



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Caso N.º 0004-10-TI

Página 1 de 27

Quito, D. M., 29 de julio del 2010

DICTAMEN N.º 027-10-DTI-CC

CASO N.º 0004-10-TI

LA CORTE CONSTITUCIONAL, para el período de transición

Juez Constitucional Ponente: Dr. Hernando Morales Vinueza

I. ANTECEDENTES:

El Economista Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República, mediante Oficio N.º T. 4766-SNJ-10-21 de fecha 06 de enero del 2010, dirigido al Presidente de la Corte Constitucional, mediante el cual adjunta el “Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones”, solicita que la Corte Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 438, numeral 1 de la Constitución de la República, emita dictamen de constitucionalidad para la denuncia del referido instrumento internacional.

Efectuado el sorteo respectivo, la Secretaría General de la Corte Constitucional remitió el presente caso al Dr. Hernando Morales Vinueza, a quien le correspondió actuar como Juez Sustanciador.

Con fecha 18 de febrero del 2010, el Dr. Hernando Morales Vinueza, Juez Constitucional Sustanciador, mediante Oficio N.º 008-10-HM, remite a la Secretaría General de la Corte Constitucional el respectivo informe, mediante el cual declaró que el presente instrumento internacional requiere aprobación legislativa previo a su denuncia, a fin de que sea conocido por el Pleno del organismo. El Pleno de la Corte Constitucional aprobó el informe presentado por el Juez Constitucional Sustanciador. Mediante Oficio N.º 564-CC-SG-2010 de fecha 30 de marzo del 2010, la Secretaría General, por disposición del Pleno de la Corte Constitucional, en sesión extraordinaria del 25 de marzo del 2010, solicita que se remita a la Secretaría General el texto del presente instrumento internacional para su publicación en el Registro Oficial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111, numeral 2, literal *b* de la Ley Orgánica de Garantías

cc

Jurisdiccionales y Control Constitucional.

II. TEXTO DEL CONVENIO OBJETO DE ANÁLISIS

CONVENIO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA POPULAR DE CHINA PARA EL FOMENTO Y PROTECCIÓN RECÍPROCOS DE INVERSIONES

El Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China (denominados en lo sucesivo las Partes Contratantes):

En su afán de crear condiciones favorables para las inversiones efectuadas por inversionistas de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante;

Reconociendo que el fomento, la promoción y la protección recíprocos de tales inversiones conducirán a estimular la iniciativa de negocios de los inversionistas e incrementarán la prosperidad en ambos Estados;

Deseando intensificar la cooperación económica de ambos Estados sobre una base de equidad y beneficios mutuos;

Han convenido lo siguiente:

Artículo 1

Para los propósitos de este Convenio,

1.- El término “inversión” significa todo tipo de activo invertido por inversionistas de una de las Partes Contratantes de conformidad con las leyes y reglamentos de la otra Parte Contratante en el territorio de esta última, e incluye concretamente, pero sin limitarse a:

- a) Bienes muebles e inmuebles, y otros derechos reales tales como prendas e hipotecas;
- b) Acciones, capital y cualquier otra clase de participación en compañías;
- c) Derechos monetarios o cualquier otra clase de obligaciones que tenga valor económico;
- d) Derechos de autor, propiedad industrial, conocimientos técnicos y procesos tecnológicos;

cel



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Caso N.º 0004-10-TI

Página 3 de 27

- e) Concesiones legales, incluyendo aquellas para la búsqueda o explotación de recursos naturales;

2.- El término “inversionista” significa:

Con respecto a la República Popular de China:

- a) Personas naturales que tengan la nacionalidad de la República Popular de China;
- b) Entidades económicas creadas de conformidad con las leyes de la República Popular de China y domiciliadas en la República Popular de China.

Con respecto a la República del Ecuador:

- a) Las personas naturales que tengan la nacionalidad de la República del Ecuador;
- b) Las personas jurídicas, sociedades comerciales y demás sociedades y asociaciones que tengan su Sede en el territorio de la República del Ecuador, y que tengan personería jurídica, independientemente de la clase de responsabilidad en sus socios o de la actividad que realicen;

3.- El término “ganancias” significa los montos generados por las inversiones, tales como utilidades, dividendos, intereses, regalías u otros ingresos legítimos.

Artículo 2

1.- Cada Parte Contratante impulsará a los inversionistas de la otra Parte Contratante a hacer inversiones en su territorio y admitirá tales inversiones de conformidad con sus leyes y reglamentos.

2.- Cada Parte Contratante concederá asistencia y proveerá facilidades a ciudadanos de la otra Parte Contratante para obtener visas y permisos de trabajo en o para su territorio, en relación con actividades asociadas a dichas inversiones, de conformidad con su legislación interna.

Artículo 3

1.- Las inversiones de cualquiera de las Partes Contratantes y las actividades relacionadas con las mismas gozarán de un tratamiento justo y equitativo, así como de protección en el territorio de la otra Parte Contratante.

ak

2.- El tratamiento y protección mencionados en el Numeral 1 de este Artículo no será menos favorable que los acordados a inversiones de inversionistas de terceros países y a actividades relacionadas con las mismas.

3.- El tratamiento y protección mencionados en los Numerales 1 y 2 de este Artículo no incluyen ningún tratamiento preferencial acordado por la otra Parte Contratante a inversionistas de un tercer Estado en base a uniones aduaneras, zonas de libre comercio, uniones económicas, acuerdos relativos a la supresión de la doble tributación o para facilitar el comercio en la frontera.

Artículo 4

Ninguna de las Partes Contratantes expropiará, nacionalizará o tomará medidas similares (en lo sucesivo denominadas “expropiación”) en contra de inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante en su territorio, a menos que se reúnan las siguientes condiciones:

- a) Declaratoria de utilidad pública;
- b) En virtud de un trámite legal interno;
- c) Sin discriminación;
- d) A cambio de una justa compensación.

La compensación mencionada en el Numeral 1, literal d) de este Artículo deberá ser equivalente al valor de las inversiones expropiadas en el momento en que se declara la expropiación, ser convertible y libremente transferible. La compensación deberá ser pagada sin demoras injustificadas.

Artículo 5

Los inversionistas de una de las Partes Contratantes que han sufrido pérdidas de sus inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante, por causa de guerra, estado de emergencia nacional, insurrección, amotinamiento u otro suceso similar, recibirán de la segunda Parte Contratante, un tratamiento no menos favorable que el acordado por ésta a inversionistas de un tercer Estado.

Artículo 6

1.- Cada Parte Contratante garantizará a los inversionistas de la otra Parte Contratante, con sujeción a sus leyes y reglamentos, la transferencia de sus inversiones y de las utilidades obtenidas, incluyendo:

ala



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Caso N.º 0004-10-TI

Página 5 de 27

- a) Utilidades, dividendos, intereses y otros ingresos legítimos;
- b) Montos resultantes de liquidaciones totales o parciales de sus inversiones;
- c) Pagos efectuados de conformidad con un convenio de préstamo en relación con una inversión;
- d) Regalías según el Numeral 1 literal d) del Artículo 1;
- e) Pagos por asistencia técnica, tarifas por servicios técnicos, honorarios de gestión;
- f) Pagos relacionados con Proyectos bajo contrato.

2.- La transferencia antes mencionada se hará al tipo de cambio prevaleciente de la Parte Contratante que ha aceptado la inversión, a la fecha de la transferencia.

Artículo 7

Si una de las Partes Contratantes o una de sus Entidades competentes realiza un pago a un inversionista bajo una garantía que ha acordado a una inversión de dicho inversionista en el territorio de la otra Parte Contratante, dicha Parte Contratante deberá reconocer la cesión de cualquier derecho o reclamo de dicho inversionista a la primera Parte Contratante o a su Entidad competente, y reconocerá la subrogación de dicha Parte o de su Entidad sobre tales derechos o reclamo. El derecho o reclamo subrogado no podrá ser mayor que el derecho o reclamo original de dicho inversionista.

Artículo 8

1.- Cualquier conflicto entre las Partes Contratantes relacionado con la interpretación o aplicación de este Convenio será, en la medida de lo posible, resuelto por consultas a través del canal diplomático.

2.- Si un conflicto no puede ser resuelto de esta manera en un plazo de seis meses, contado a partir de la presentación formal del reclamo por una de las Partes Contratantes, dicho conflicto será sometido a un tribunal de arbitraje ad-hoc.

3.- Dicho tribunal estará conformado por tres árbitros. En un plazo de dos meses desde la fecha en que una de las Partes Contratantes reciba de la otra Parte comunicación escrita solicitando el arbitraje, cada una de las Partes deberá nombrar a un árbitro. Dichos dos árbitros deberán nombrar de mutuo acuerdo a un tercer árbitro, el cual deberá ser ciudadano de un tercer Estado que mantenga relaciones diplomáticas con ambas Partes Contratantes. El tercer árbitro será

at

designado por las dos Partes Contratantes como Presidente del tribunal de arbitraje.

4.- Si el tribunal de arbitraje no ha sido constituido en un plazo de cuatro meses desde la fecha de recepción de la comunicación escrita solicitando el arbitraje, cualquiera de las Partes Contratantes puede, ante la ausencia de cualquier otra disposición al respecto, invitar al Presidente de la Corte Internacional de Justicia a que nombre al (a los) árbitro (s) que todavía no haya (n) sido designado (s). Si el Presidente es ciudadano de cualquiera de las Partes Contratantes o por cualquier otra causa no puede cumplir dicha función, se invitará al siguiente miembro de mayor antigüedad de la Corte Internacional de Justicia que no sea ciudadano de ninguna de las Partes Contratantes a hacer el (los) nombramiento (s) necesario (s).

5.- El tribunal de arbitraje deberá fijar su propio procedimiento. El tribunal deberá entregar su laudo de conformidad con lo dispuesto en este Convenio y con los principios de derecho internacional.

6.- El tribunal deberá decidir el laudo por mayoría de votos. Dicho laudo será definitivo y vinculante para ambas Partes Contratantes. El tribunal de arbitraje ad-hoc deberá, previa solicitud de cualquiera de las Partes Contratantes, aclarar o ampliar dicho laudo.

7.- Cada una de las Partes Contratantes deberá sufragar el costo de sus respectivos árbitros y de su representación en el proceso de arbitraje. Los costos pertinentes del Presidente y del tribunal serán sufragados equitativamente por ambas Partes Contratantes.

Artículo 9

1.- Cualquier conflicto entre un inversionista de una de las Partes Contratantes y la otra Parte Contratante en relación con una inversión en el territorio de dicha Parte deberá, en la medida de lo posible, ser resuelto amigablemente por medio de negociaciones entre las partes en conflicto.

2.- Si el conflicto no puede ser resuelto por medio de negociaciones en un plazo de seis meses, cualquier parte del conflicto tendrá derecho a presentar al mismo tribunal competente de la Parte Contratante que acepta la inversión.

3.- Si un conflicto relacionado con el monto de compensación por expropiación no puede ser resuelto en un plazo de seis meses después de recurrir a las



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Caso N.º 0004-10-TI

Página 7 de 27

negociaciones tal como se especifica en el Numeral 1 de este Artículo, dicho conflicto podrá ser presentado por petición de cualquiera de las partes a un tribunal de arbitraje ad-hoc. Lo dispuesto en este numeral no se aplicará si el inversionista interesado ha recurrido al procedimiento especificado en el Numeral 2 de este Artículo.

4.- Dicho tribunal de arbitraje será constituido para cada individual de la siguiente manera: cada parte del conflicto deberá nombrar a un árbitro, y ambos deberán seleccionar como Presidente a un ciudadano de un tercer Estado que tenga relaciones diplomáticas con las dos Partes Contratantes. Los dos primeros árbitros serán nombrados en un plazo de dos meses después de que una de las partes del conflicto reciba de la otra parte notificación escrita de la solicitud de arbitraje, y el Presidente deberá ser seleccionado en un plazo de cuatro meses. Si dentro del periodo antes especificado el tribunal no ha sido constituido, cualquiera de las partes del conflicto puede invitar al Secretario General del Centro Internacional para la Resolución de Conflictos de Inversiones a que haga los nombramientos respectivos.

5.- El tribunal deberá fijar su propio procedimiento. Sin embargo, el tribunal puede, en el curso de la determinación de su procedimiento, usar como guía las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional para la Resolución de Conflictos de Inversiones.

6.- El tribunal deberá llegar a una decisión por mayoría de votos. Dicha decisión será definitiva y vinculante para ambas partes del conflicto. Ambas Partes Contratantes se comprometerán a aplicar la decisión de conformidad con la respectiva legislación tributaria.

7.- El tribunal fallará de conformidad con la legislación de la Parte Contratante en el conflicto que acepta la inversión, incluyendo sus reglas sobre conflictos de leyes, las disposiciones de este Convenio, y los principios generalmente reconocidos del derecho internacional aceptados por ambas Partes Contratantes.

8.- Cada una de las partes del conflicto deberá sufragar los costos de sus respectivos miembros designados al tribunal y de su representación y actuaciones. El Costo del Presidente designado y los costos restantes serán sufragados equitativamente por las partes del conflicto.

Artículo 10

Si el tratamiento que, de conformidad con sus leyes y reglamentos, una de las

CE

Partes Contratantes va a acordar a inversiones efectuadas por inversionistas de la otra Parte Contratante o a actividades relacionadas con dichas inversiones es más favorable que el tratamiento previsto en este Convenio, se deberá aplicar el tratamiento más favorable.

Artículo 11

Este Convenio se aplicará a inversiones efectuadas por inversionistas de cualquiera de las partes Contratantes antes o después de su entrada en vigor, de conformidad con las leyes y reglamentos de la otra Parte Contratante en el territorio de esta última.

Artículo 12

1.- Los representantes de las dos Partes Contratantes deberán realizar reuniones oportunamente con el fin de:

- a) Revisar la aplicación de este Convenio;
- b) Intercambiar información legal y sobre oportunidades de inversión;
- c) Resolver conflictos originados por inversiones;
- d) Transmitir propuestas para la promoción de inversiones;
- e) Estudiar otros asuntos relacionados con inversiones.

2.- Si cualquiera de las Partes Contratantes solicita una consulta por cualquier asunto indicado en el Numeral 1 de este Artículo, la otra Parte Contratante deberá dar pronta respuesta a la misma, y las consultas se realizarán alternativamente en Beijing y en Quito.

Artículo 13

1.- Este Convenio entrará en vigor en el primer día del mes siguiente a la fecha en que cada una de las Partes Contratantes notifique a la otra por escrito de que sus respectivos trámites legales internos han sido cumplidos, y permanecerá vigente por un periodo de cinco años.

2.- Este Convenio seguirá vigente si alguna de las Partes Contratantes no envía una notificación por escrito a la otra Parte Contratante para denunciar el mismo un año antes de la expiración especificada en el Numeral 1 de este Artículo.

3.- Después de expirado el periodo inicial de cinco años, cualquiera de las Partes Contratantes puede en cualquier momento posterior a esa denunciar este



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Caso N.º 0004-10-TI

Página 9 de 27

Convenio, enviando una notificación por escrito con por lo menos un año de anticipación a la otra Parte Contratante.

4.- Con respecto a inversiones efectuadas antes de la fecha de denuncia del presente convenio, las disposiciones del Artículo 1 al 12 seguirán vigentes por un periodo adicional de diez años desde dicha fecha de denuncia.

En fe de lo cual, los representantes debidamente autorizados de sus respectivos Gobiernos han firmado este Convenio.

Efectuado en Beijing el 21 de marzo de 1994, en doble ejemplar en los idiomas chino, español e inglés, siendo todos los textos igualmente válidos. En caso de divergencia de interpretación, prevalecerá el texto en inglés.

Por el Gobierno de la República
del Ecuador

Por el Gobierno de la República
Popular de China

DIEGO PAREDES PEÑA
Ministro de Relaciones Exteriores

SHI GUANG SHENG
Viceministro del MOFTEC

III. PRONUNCIAMIENTO DE PERSONA INTERESADA DEFENDIENDO O IMPUGNANDO LA CONSTITUCIONALIDAD DEL INSTRUMENTO INTERNACIONAL

Ec. Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República

El Presidente Constitucional de la República, al solicitar pronunciamiento de la Corte Constitucional para efectuar la denuncia del “Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones”, en lo principal, expuso: Que varios acuerdos bilaterales de protección recíproca de inversiones suscritos por el Ecuador con distintos países, contienen cláusulas contrarias a la Constitución de la República y lesivas a los intereses nacionales, como la de someter al Estado ecuatoriano a arbitrajes internacionales para la solución en caso de conflictos relativos a dichos convenios, desconociendo la jurisdicción ecuatoriana.

Que los tribunales arbitrales, a los que dichos tratados obligan a someterse jurisdiccionalmente al Ecuador, al resolver controversias entre compañías

cc

extranjeras y el Estado ecuatoriano, no toman en cuenta el Derecho ecuatoriano, sino que valoran peculiarmente el concepto de “inversión”, llegando a desconocer el derecho nacional cuando consideran que las medidas legislativas tomadas por el Ecuador han sido “arbitrarias” o “discriminatorias”. Que a pesar de que la mayoría de esos tratados han respetado la soberanía tributaria de los países receptores de inversiones, los tribunales arbitrales la han desconocido en ocasiones, al considerar que una medida tributaria es confiscatoria.

Por esta razón solicita que la Corte Constitucional emita dictamen de constitucionalidad favorable y vinculante para denunciar el “Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones”

Blasco Peñaherrera Solah, representante de la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador

Publicado el texto del “Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones” en el Registro Oficial N.º 169 (Suplemento) del lunes 12 de abril del 2010, para que alguna persona pueda defender o impugnar el referido instrumento jurídico internacional, en el término de diez días previsto en el artículo 111, numeral 2, literal *b* de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ha comparecido el ciudadano Blasco Peñaherrera Solah, invocando la calidad de representante legal de la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador, mediante escrito de fecha 22 de abril del 2010, quien en lo principal, manifiesta: Que no existe en la Constitución ecuatoriana un procedimiento para declarar inconstitucional un tratado internacional, ni existe pronunciamiento de la Corte Constitucional en ese sentido; que a pesar de la falta de motivación, entiende que la petición del Presidente de la República –para denunciar el tratado suscrito con la República Popular de China– se fundamenta en el artículo 422 de la Constitución, que dispone: *“No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas”*, norma que para el abogado defensor del Estado –afirma– es ineficaz.

Que la citada norma constitucional pierde de vista la tensión entre soberanía y arbitraje, que no radica en el procedimiento (jurisdicción y tipos de controversias), sino en el derecho sustancial aplicable a las disputas que son las que imponen ciertos límites a los Estados. Que este aspecto no se halla



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Caso N.º 0004-10-TI

Página 11 de 27

contemplado ni prohibido en la Constitución.

Añade que el artículo 422 del texto constitucional no resuelve el problema de la limitación de la soberanía y tampoco prohíbe la celebración de tratados internacionales de protección de inversiones, a pesar –afirma– de lo que comúnmente se cree; que del artículo 422 de la Constitución se desprenden tres elementos a considerar: a) prohibición de celebrar tratados en los que se ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional; b) en controversias contractuales o de índole comercial; y c) entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

Señala que respecto al segundo elemento, el negocio jurídico va a estar delimitado en un contrato comercial entre el Estado y un inversionista extranjero, y no se refiere a controversias derivadas de un tratado internacional. Que las controversias derivadas de violación de un tratado usualmente nacen de decisiones soberanas de un Estado, no contenidas en contratos, sino en leyes o actos administrativos, por lo que serían actos extracontractuales, en tanto que las controversias comerciales son disputas que nacen de acciones u omisiones contractuales.

Que a las disputas contractuales o de índole comercial se les aplica usualmente normas de derecho interno, mientras que a las disputas por violación de un tratado se aplican normas del Derecho internacional; por tanto, sostiene, el artículo 422 de la Constitución de la República se refiere a disputas contractuales o de índole comercial derivadas de un contrato.

Que los tratados de protección de inversiones no protegen ni regulan controversias contractuales, sino controversias por actos ilícitos internacionales estatales extracontractuales que vulneran normas internacionales –constantes en tratados– y no contractuales –que se encuentran en un contrato–.

Indica que según información contenida en la página web del Estudio “Wray-Cabezas” se confirma que las decisiones del CIADI, en materia de inversión, han sido bastante equilibradas; que el historial ecuatoriano es bastante ejemplificativo, ya que –sostiene– ha ganado la mayoría de las causas que se le han iniciado o ha llegado a importantes acuerdos.

Que resulta poco claro que se quiera dejar sin efecto los tratados de protección de inversiones porque los tribunales arbitrales, supuestamente, han desconocido la soberanía tributaria del Ecuador; de hecho estos tratados excluyen expresamente el tema tributario de su jurisdicción.

de

Que el Ecuador tiene pleno derecho para denunciar los tratados de protección de inversión, pues así se estipula en los mismos; sin embargo –añade– caben dos puntualizaciones: a) El Ecuador deberá notificar con un año de anticipación su voluntad de terminar definitivamente los tratados de protección de inversiones, y una vez notificada esa decisión de denunciarlos, los inversionistas tendrán diez años más de protección; y, b) ¿por qué no se denuncian todos los tratados de protección de inversiones?, ya que –afirma– según la nota del Presidente Correa, el proceso de denuncia no afectará a los tratados suscritos con Paraguay, El Salvador, Rumania, España, Bolivia, Cuba y Perú, y pregunta si existe alguna razón al respecto.

Que si la preocupación es que el Ecuador sea juzgado por tribunales internacionales y las decisiones de aquellos comprometan el derecho interno o acusen a nuestro país de discriminación o arbitrariedad, ¿qué opinión le merece al Presidente de la República el hecho de que el Ecuador sea reiteradamente condenado por la Corte de Derechos Humanos de San José? Y se pregunta si ¿por este hecho vamos a denunciar el Pacto de San José de Costa Rica?

Finalmente, solicita que la Corte Constitucional se abstenga de emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad respecto a los acuerdos bilaterales de protección recíprocos de inversiones suscritos por el Ecuador con varios Estados, y se instruya al Gobierno Nacional para que proceda a la renegociación de los tratados referidos, para lo cual se deberán iniciar las negociaciones diplomáticas pertinentes, y en caso de no ocurrir así, se presenten los arbitrajes necesarios para solucionar las diferencias en cuanto al contenido y alcance de las disciplinas jurídicas contenidas en los tratados de protección de inversiones.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Para resolver la presente causa, se formulan siguientes:

CONSIDERACIONES:

Competencia de la Corte Constitucional

El Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, es competente para conocer y resolver la presente causa, de conformidad con lo previsto en los artículos 429 y 438 numeral 1 de la Constitución de la República, artículos 75, numeral 3, literal *d*, 107 y siguientes y Tercera Disposición Transitoria de la Ley



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Caso N.º 0004-10-TI

Página 13 de 27

Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; en concordancia con los artículos 69 y siguientes del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

La presente acción ha sido tramitada de conformidad con el ordenamiento jurídico constitucional y legal aplicable al caso, por lo que se declara su validez.

Naturaleza jurídica, alcances y efectos del control de constitucionalidad de los Tratados Internacionales

La Constitución de la República, respecto al control de constitucionalidad de los instrumentos internacionales, dispone que todo convenio, pacto, acuerdo, tratado, etc., deben mantener compatibilidad con sus normas. Partiendo de esta premisa constitucional, el artículo 417 determina que: “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución...”.

El examen de constitucionalidad de los tratados internacionales implica analizar si el contenido de dichos instrumentos jurídicos guarda conformidad con las normas de la Constitución de la República, así como el cumplimiento de las reglas procedimentales para su negociación y suscripción, conforme lo previsto en el artículo 108 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Al respecto debe pronunciarse la Corte Constitucional.

La Denuncia de los Tratados Internacionales

En el Derecho Internacional Público, la denuncia es la declaración unilateral a través de la cual un Estado decide retirar su consentimiento de un tratado internacional, rompiendo la relación obligatoria que le vinculaba a través del mismo. Esta facultad se basa en el principio de soberanía de los Estados; así como éstos pueden vincularse a otros Estados, contrayendo obligaciones mediante los tratados, también pueden desvincularse por su mera voluntad mediante la denuncia¹.

Habrá que tener presente que la denuncia es uno de los modos de terminación de los tratados, y la naturaleza jurídica que garantiza la extinción de éstos, al contrario de los casos de nulidad, no se encuentra condicionada por ningún vicio del consentimiento o por resultar incompatible con las normas esenciales del Derecho Internacional, sino por el efecto de situaciones sobrevenidas en el marco de un tratado que hasta ese momento ha mantenido su validez, o por decisión de

¹ Ver en [http://es.wikipedia.org/wiki/Denuncia_\(derecho_internacional\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Denuncia_(derecho_internacional)).

de

las partes, posterior a su entrada en vigor. Claro está que el propio Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados reconoce a la denuncia (artículo 56) entre las circunstancias contempladas como causas de terminación, siempre que conste la intención de las partes en autorizarla o se deduzca de la naturaleza del tratado².

El rol de la Asamblea Nacional en la ratificación o denuncia de los tratados y convenios internacionales

Bajo un sistema de democracia representativa, el rol que asume el órgano legislativo es primordial, pues encarna la voluntad popular expresada mediante sus representantes en la Asamblea Nacional. En tal virtud, actuando a nombre y en representación de sus mandantes, los legisladores deben aprobar de manera previa la ratificación o denuncia de los tratados internacionales, ya que de ese pronunciamiento depende que el Ecuador incursione o se desligue de un compromiso internacional.

Para expresar su aprobación, la Asamblea Nacional debe observar lo previsto en el artículo 419 de la Constitución de la República, que señala los casos en los cuales es necesaria esa aprobación legislativa previa para la ratificación o denuncia de los tratados internacionales.

Al presentar el respectivo Informe, el Dr. Hernando Morales Vinuela, Juez sustanciador, señaló que el “Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones” requiere aprobación legislativa previa para su denuncia, ya que dicho convenio es de los previstos en el numeral 7 que se refiere a los tratados que “atribuyan competencia propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional”, criterio que es acogido por el Pleno de la Corte Constitucional.

Control de Constitucionalidad del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones

Control Formal de la suscripción del Convenio

Al respecto, cabe señalar que el Ecuador, en ejercicio de su soberanía, suscribió

² DE FARAMIÑAN GILBERT, Juan Manuel, Catedrático de la Universidad de Jaén, comentando la obra “La Denuncia de los Tratados. Régimen en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y Práctica Estatal” de CONDE PÉREZ E. – Ed. Congreso de Diputados Colección Monografías – año 2007

ale



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Caso N.º 0004-10-T1

Página 15 de 27

el “Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones”, en Beijing el 21 de marzo de 1994, siendo representado por el Ministro de Relaciones Exteriores, de conformidad con el artículo 7, numeral 2, literal *a* de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Una vez suscrito por el Ecuador el Convenio objeto de análisis, fue ratificado mediante Decreto Ejecutivo N.º 352-B del 2 de junio de 1997³, conforme el procedimiento previsto en las normas constitucionales vigentes a esa época, obligándose desde entonces el Ecuador al cumplimiento de los compromisos adquiridos en el Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones.

Control material de constitucionalidad del Convenio

El Presidente de la República sostiene que el “Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones”, así como otros de la misma naturaleza, suscritos por el Ecuador con otros países, “contienen cláusulas contrarias a la Constitución y lesivas para los intereses nacionales, como la de someter al Estado ecuatoriano a arbitrajes internacionales para la solución en caso de conflictos relativos a dichos convenios, desconociendo la jurisdicción ecuatoriana”; por tanto, corresponde a esta Corte examinar su contenido, a fin de establecer si dicho instrumento jurídico internacional guarda o no conformidad con el texto constitucional.

Al respecto, la Corte Constitucional efectúa el siguiente análisis:

El artículo 1 define los términos a ser empleados en el Convenio, tales como: 1) “inversión”, entendiéndose como tales los bienes muebles e inmuebles, derechos reales como prenda e hipoteca; acciones, capital y otras formas de participación en compañías; derechos monetarios; derechos de autor, propiedad industrial, conocimientos técnicos, procesos tecnológicos; concesiones legales; 2) “inversionista”, entendiéndose como tales a las personas naturales que tengan la nacionalidad china o ecuatoriana, y/o jurídicas que hayan sido constituidas conforme a las leyes de cada uno de estos países; y 3) “ganancias”, entendiéndose como tales los montos generados por la inversiones (utilidades, dividendos,

³ Una vez ratificado por el Gobierno, el texto del Convenio fue publicado en el R. O. No. 104 del 9 de julio de 1997.

uu

intereses, regalías u otros ingresos legítimos).

El artículo 2 del Convenio establece el compromiso de ambas Partes para impulsar a los inversionistas de la otra Parte a efectuar inversiones en su territorio y conforme a sus leyes y reglamentos, facilitando la obtención de visas y permisos de trabajo a los inversionistas en las actividades asociadas a dichas inversiones y sujetándose a la legislación interna del Estado receptor de las inversiones.

El artículo 3 garantiza a las inversiones de cada Parte Contratante y las actividades relacionadas con las mismas, un trato justo y equitativo, así como la protección en el territorio de la otra Parte, trato que no será menos favorable que los acordados a favor de inversionistas de terceros Estados, aclarándose que este tratamiento y protección no incluye los tratos preferenciales acordados por cada Parte a favor de inversionistas de un tercer país, respecto de uniones aduaneras, zonas de libre comercio, uniones económicas, acuerdos relativos a la supresión de la doble tributación o para facilitar el comercio de frontera.

El artículo 4 del instrumento internacional objeto de análisis establece que ninguna de las Partes expropiará, nacionalizará o tomará medidas sucesivas en contra de las inversiones de inversionistas de la otra Parte en su territorio, salvo las siguientes condiciones: a) declaratoria de utilidad pública; b) en virtud de un trámite legal interno; c) sin discriminación; y, d) a cambio de justa compensación; para el efecto se entenderá como justa compensación la equivalente al valor de las inversiones expropiadas en el momento en que se efectúe la expropiación, y sin demoras injustificadas.

El artículo 5 señala que los inversionistas de una Parte Contratante, que hayan sufrido pérdida de sus inversiones en el territorio de la otra Parte, a causa de guerra, estado de emergencia, insurrección, amotinamiento u otros similares, recibirán de la otra Parte un trato no menos favorable que el acordado por ésta a favor de inversionistas de un tercer país.

El artículo 6 dispone que cada Parte garantiza a los inversionistas de la otra Parte, con sujeción a sus leyes y reglamentos (del Estado receptor), la transferencia de sus inversiones y utilidades, pago que se hará al tipo de cambio prevaleciente en la Parte Contratante receptora de la inversión.

El artículo 7 del Convenio dispone que si una de las Partes Contratantes o una de sus entidades competentes realiza un pago a un inversionista bajo una garantía que ha acordado a una inversión de dicho inversionista en el territorio de la otra



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Caso N.º 0004-10-TI

Página 17 de 27

Parte Contratante, ésta reconocerá la cesión de cualquier derecho o reclamo de dicho inversionista a la primera Parte Contratante o a su entidad competente y reconocerá la subrogación de dicha Parte o su entidad sobre tal derecho o reclamo; y que el derecho o reclamo subrogado no puede ser mayor que el derecho o reclamo original del inversionista.

El artículo 8 estipula que cualquier conflicto entre las Partes Contratantes, relacionado con la interpretación o aplicación del convenio, debe ser resuelto a través del canal diplomático; si ello no es posible en el plazo de seis meses, el conflicto será sometido a un tribunal arbitral ad-hoc, que estará conformado por tres árbitros, los cuales serán designados uno por cada Parte y entre estos dos designarán un tercero que será ciudadano de un tercer Estado que mantenga relaciones con ambas Partes en conflicto y presidirá el tribunal arbitral; si el tribunal no fuere integrado en el plazo de cuatro meses de haberse solicitado el arbitraje, cualquiera de las Partes puede invitar al Presidente de la Corte Internacional de Justicia para que nombre a los árbitros que aún no hayan sido designados; si el Presidente fuere ciudadano de las Partes en conflicto, se invitará al siguiente miembro de mayor antigüedad de la Corte Internacional de Justicia que no sea ciudadano de los Estados Partes del Convenio; el tribunal emitirá su laudo conforme lo previsto en el Convenio y los principios del Derecho Internacional; su decisión será tomada por mayoría de votos y es vinculante para las Partes Contratantes, pudiendo aclarar o ampliar el laudo; y cada Parte deberá sufragar los costos de sus respectivos árbitros; los costos del Presidente y del tribunal serán sufragados por las Partes equitativamente.

El artículo 9 del Convenio establece que los conflictos entre un inversionista de una de las Partes Contratantes y la otra Parte Contratante, en relación con una inversión en el territorio de dicha Parte deberá, en la medida de lo posible, ser resuelto por medio de negociaciones entre las partes en conflicto; de no hallarse solución en el plazo de seis meses, cualquier parte del conflicto tendrá derecho a presentarlo ante el tribunal competente de la Parte Contratante que acepta la inversión; si un conflicto relacionado con el monto de indemnización no puede ser resuelto en el plazo de seis meses luego de recurrir a las negociaciones, podrá ser presentado por cualquiera de las Partes a un tribunal de arbitraje ad-hoc, procedimiento que no será aplicable si el inversionista ha comparecido ante el tribunal competente de la Parte que acepta la inversión; cada Parte designará un árbitro y entre estos dos designarán un tercero que presidirá el tribunal; si en el plazo de cuatro meses no está constituido el tribunal, cualquiera de las Partes podrá invitar al Secretario General del Centro Internacional para la Resolución de Conflictos de Inversiones para que haga los nombramientos necesarios; el tribunal fijará su propio procedimiento pero podrá utilizar como guía las Reglas.

abr

de Arbitraje del Centro Internacional para la Resolución de los Conflictos de Inversiones; tomará su decisión por mayoría de votos y será vinculante para las Partes Contratantes; el tribunal emitirá el laudo de conformidad con la legislación de la Parte Contratante en conflicto que acepte la inversión, además de sus reglas sobre conflictos de leyes, las disposiciones del Convenio y los principios reconocidos del Derecho Internacional aceptadas por ambas Partes Contratantes, las que deberán sufragar los costos de sus respectivos miembros designados al tribunal; el costo del Presidente y los costos restantes serán sufragados por las Partes de manera equitativa.

El artículo 10 establece que si el tratamiento que una de las Partes dé, conforme a su legislación interna, respecto de inversiones efectuadas por inversionistas de la otra Parte Contratante, fuera más favorable que el tratamiento previsto en el Convenio, se aplicarán las normas más favorables.

El artículo 11 señala que el Convenio se aplicará a inversiones efectuadas por inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes, antes o después de la entrada en vigor del convenio, de conformidad con las leyes y reglamentos de la otra Parte Contratante, en cuyo territorio se hagan tales inversiones

El artículo 12 del Convenio establece que las Partes mantendrán reuniones oportunamente para: a) revisar la aplicación del Convenio; b) intercambiar información legal y sobre oportunidades de inversión; c) resolver conflictos originados por inversiones; d) transmitir propuestas para la promoción de inversiones; y, e) estudiar otros asuntos relacionados con inversiones; si una de las Partes efectúa una consulta respecto de estos asuntos, la otra Parte deberá dar respuesta oportunamente; las consultas se efectuarán en Beijing y en Quito.

El artículo 13 estipula acerca de la entrada en vigor del Convenio a partir del primer día del mes siguiente a la fecha en que cada Parte notifique a la otra acerca de que sus respectivos trámites internos han sido cumplidos y tendrá una vigencia de cinco años, continuando vigente si alguna de las partes no envía una notificación escrita a la otra para denunciar el Convenio un año antes de la expiración del plazo de vigencia; expirado el plazo de cinco años, cualquiera de las Partes Contratantes podrá denunciarlo, enviando una notificación escrita a la otra Parte con anticipación de al menos un año; respecto a las inversiones efectuadas antes de la fecha de denuncia del Convenio, las normas de los artículos 1 a 12 del mismo, seguirán en vigencia por el plazo de diez años desde la fecha de denuncia del Convenio.





CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Caso N.º 0004-10-TI

Página 19 de 27

Análisis Constitucional del Convenio suscrito con la República Popular de China

El convenio internacional, objeto del presente análisis, celebrado entre Ecuador y la República Popular de China, tiene como objetivo el fomento y protección recíprocos de inversiones, para lo cual ambas Partes han convenido en crear condiciones favorables para las inversiones efectuadas por inversionistas de cada una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante; además, se indica que las Partes (Ecuador y China) desean “intensificar la cooperación económica de ambos Estados sobre la base de equidad y beneficio mutuos”, como se indica en el Preámbulo del instrumento jurídico internacional que se analiza.

Es preciso señalar que el “Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones” forma parte de los denominados “Tratados Bilaterales de Inversión” (TBI) que el Ecuador ha suscrito también con otros Estados, los cuales constituyen un tipo especial de contrato suscrito entre dos Estados para asegurar una efectiva protección al inversionista extranjero por parte del Estado receptor y, de esta forma, promover las inversiones en dicho país dentro de un marco legal estable. Decio Machado sostiene que los TBI forman parte de un complejo sistema diseñado en varios niveles, que van desde lo nacional a lo multilateral, que constituye el marco jurídico para el reconocimiento de los intereses y prerrogativas de los inversionistas⁴.

En efecto, mediante el convenio se garantiza a los inversionistas de cada uno de los Estados Partes, la posibilidad de invertir en el otro Estado, sujetándose a la legislación interna del Estado receptor de inversiones (artículo 2), gozando de un trato justo y equitativo, así como de la protección por parte del Estado receptor, los cuales no serán menos favorables que los acordados respecto de inversiones de inversionistas de terceros países (artículo 3). Sumado a ello, el Estado receptor de inversiones no podrá expropiar tales inversiones de los inversionistas de la otra Parte, a menos que sea mediante declaratoria de utilidad pública, en virtud de un trámite legal interno, sin discriminación y a cambio de una justa compensación (artículo 4).

Afirma Decio Machado que el hecho más relevante, subyacente en los TBI, se

⁴ MACHADO Decio; “Ecuador y la denuncia de los Tratados Bilaterales de Inversión”; ver en www.quiendebeaquien.org

refiere al procedimiento de solución de controversias Inversionista-Estado, en el cual se adopta la modalidad de “arbitraje” en Cortes extranjeras. Esta cláusula pone en el mismo nivel a estos dos actores y posibilita algo impensable en otros tiempos: que una “persona jurídica”, en este caso las corporaciones transnacionales, puedan demandar a un Estado Nacional. Hay distintos tipos de Cortes de Arbitraje. Tal vez una de las más importantes es el CIADI, adscrito al Banco Mundial; UNCITRAL, adscrito a la ONU; y los mecanismos “ad-hoc” por acuerdo entre las partes. Estas Cortes son de carácter privado y por tanto no responden a un interés colectivo⁵.

Las relaciones internacionales entre los sujetos del Derecho Internacional Público son de índole económicas, políticas, sociales, culturales, religiosas. En muchas ocasiones estas relaciones presentan marcadas diferencias que hay que controlar y conciliar para que la comunidad internacional cumpla con sus fines comunes de garantizar la paz y seguridad internacional⁶. Es por ello que el Derecho Internacional Público prevé formas para solucionar las controversias internacionales a través de medios pacíficos diplomáticos (negociación, buenos oficios, mediación, investigación y conciliación); de los medios pacíficos jurídicos (arbitraje y arreglo judicial) y los medios violentos o coactivos (retorsión, ruptura de relaciones diplomáticas, represalia, bloqueo, ultimátum y la guerra) para la solución del conflicto que se presente⁷.

Estas formas de desacuerdos o divergencias sobre determinados temas son conocidos como “conflicto internacional”. En la doctrina internacional existen numerosas concepciones sobre lo que se considera como un conflicto internacional. La Corte de la Haya, en el caso de las concesiones Mavrommatis en Palestina en el año 1924, señaló que un conflicto *“es una controversia o un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos Estados”*⁸. Asimismo, la doctrina distingue dos tipos de conflictos internacionales, siendo uno de ellos los conflictos de orden jurídico, que para Rousseau *“son aquellos en los cuales las partes están en desacuerdo sobre la aplicación o la interpretación del derecho existente”*⁹.

⁵ Idem.

⁶ HERNANDEZ VILLALOBOS, Larys y MANASÍA FERNÁNDEZ, Nelly; “Conflictos Internacionales; Medios de Solución y Derecho Internacional Humanitario”; Avance del proyecto de investigación “Los Conflictos Internacionales y sus Medios de Solución”, registrado ante el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico (CONDES), bajo el No. 0332-2004; Maracaibo-Venezuela.

⁷ Idem.

⁸ BROTONS REMIRO A. y otros “Derecho Internacional” - Editorial Mc Graw-Hill S.A. - Madrid, 1997.

⁹ ROUSSEAU, Ch.; “Derecho Internacional Público Profundizado” – La Ley S.A. Editora e Impresora – Buenos Aires, 1966.

an



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Caso N.º 0004-10-TI

Página 21 de 27

Ahora bien, entre los medios jurídicos de solución pacífica de conflictos se encuentra el arbitraje. Una de las mejores definiciones de este medio de solución está señalada por el artículo 37 del Convenio de la Haya del 18 de octubre de 1907, referido a la solución pacífica de los conflictos internacionales, el cual expresa: “*El arbitraje internacional tiene por objeto resolver los litigios entre los Estados, mediante jueces por ellos elegidos y sobre la base del respeto del derecho...*” (citado por Rousseau, 1966)¹⁰. Para que las partes puedan someter su controversia ante un arbitraje internacional es necesario que exista la voluntad de las mismas, manifestada y concretizada en el compromiso, “entendido como el acuerdo en el que se decide recurrir al arbitraje y que representa la voluntad común de las partes¹¹”.

El “Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones” fue suscrito el 21 de marzo de 1994 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo N.º 352-B del 2 de junio de 1997, es decir, cuando se encontraban vigentes las codificaciones de la Constitución de 1993 (Ley 25, Registro Oficial N.º 183 del 5 de mayo de 1993) y la de 1997 (Registro Oficial 2 del 13 de febrero de 1997), respectivamente, en las cuales no existía la prohibición de celebrar dicho tratado, por el cual el Ecuador se somete a la jurisdicción y competencia de tribunales arbitrales, tanto para el caso de controversias entre los Estados Partes (Ecuador y China) derivadas de la interpretación y aplicación del Convenio, como de las controversias surgidas, en relación con una inversión, entre un inversionista nacional de alguno de estos Estados y el Estado receptor de inversiones, por tanto, no se transgredía ninguna norma constitucional.

En cambio, al expedirse la actual Constitución a partir de octubre del 2008, se estableció un nuevo modelo de constitucionalidad en el Ecuador, al cual se debe sujetar todo el ordenamiento jurídico, así como el procedimiento y condiciones para la suscripción y ratificación de los convenios internacionales.

Los objetivos señalados en el “Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones” guardan relación con la norma contenida en el artículo 416, numeral 1 de la actual Constitución de la República, esto es que el Ecuador, en sus relaciones internacionales, “*proclama (...) la cooperación, la integración y la solidaridad*”. En este aspecto y en el marco de las normas contenidas en el referido Convenio, los ciudadanos ecuatorianos han podido

¹⁰ Idem..

¹¹ Idem.

an

✓

efectuar inversiones de varios tipos en la República Popular de China, así como los nacionales de ese Estado lo han hecho en el Ecuador, para lo cual han debido sujetarse a las disposiciones del ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados receptores de inversiones.

Sin embargo, se advierten dos normas, que disponen el sometimiento del Ecuador a decisión de tribunales arbitrales ad-hoc, que presuntamente podrían considerarse lesivas a los intereses del Ecuador, aspecto que debe ser analizado por la Corte Constitucional. Las citadas normas se encuentran contenidas en los artículos 8 y 9 del referido instrumento internacional,

El artículo 8 del convenio establece la posibilidad de que, en el evento de suscitarse controversias entre los Estados Partes (Ecuador y China), respecto de la interpretación o aplicación del mismo, de no lograrse resolverlas por los canales diplomáticos, dicha controversia sea sometida a la decisión de un tribunal arbitral ad-hoc, para lo cual cada Estado Parte designará un árbitro y entre estos dos deben designar a un tercero, que no tenga la nacionalidad de ninguno de los Estados en conflicto, quien presidirá el tribunal.

Como ya se ha manifestado en las consideraciones precedentes, el arbitraje es una institución reconocida por el Derecho Internacional Público para la solución de controversias surgidas entre dos o más Estados. De ahí que, en caso de surgir controversias entre Ecuador y China respecto de la interpretación y/o aplicación del “Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones”, y que estas no puedan ser resueltas por consultas a través del canal diplomático, es completamente válido recurrir al arbitraje, sin que ello implique afectar la soberanía nacional ni ceder jurisdicción alguna, ya que de conformidad con el artículo 416, numeral 9 de la Constitución de la República, el Ecuador reconoce el derecho internacional como norma de conducta.

En cuanto a lo dispuesto en el artículo 9 del Convenio celebrado con la República Popular China, dicha norma establece, para el caso de controversias entre inversionistas nacionales de un Estado Parte y el otro Estado Parte, en relación con una inversión en el territorio de este último (receptor de inversiones), tres posibilidades de solución de dicha controversia.

En primer lugar, el numeral 1 de dicha norma establece la opción de solucionar la controversia en forma amistosa a través de negociaciones directas entre las partes en conflicto, forma de actuar que guarda concordancia con el artículo 416, numeral 2 de la Constitución de la República, en cuanto señala que el Ecuador



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Caso N.º 0004-10-TI

Página 23 de 27

propugna la solución pacífica de las controversias.

Como segunda opción, el numeral 2 del artículo 9 del Convenio señala que, de no lograrse un arreglo por medio de conversaciones entre las partes del conflicto, cualquiera de éstas podrá presentar su reclamo ante el tribunal competente del Estado receptor de inversiones, lo cual garantiza el pleno ejercicio de la jurisdicción y competencia que el ordenamiento jurídico interno atribuye a sus jueces locales, sin que se advierta transgresión de nuestra normativa constitucional.

En tercer lugar, el numeral 3 del artículo 9 del Convenio objeto de análisis, señala que si un conflicto relacionado con el monto de compensación por expropiación no puede ser resuelto en un plazo de seis meses después de recurrir a las negociaciones, “dicho conflicto podrá ser presentado por petición de cualquiera de las partes a un tribunal de arbitraje ad-hoc”.

Sobre este aspecto es necesario puntualizar algunos elementos que clarifiquen el alcance y consecuencias de esta norma contenida en el Convenio, para lo cual se analiza lo siguiente: a) Los inversionistas de un Estado Parte (personas naturales o jurídicas), en base al Convenio suscrito entre Ecuador y la República Popular China, pueden efectuar inversiones en el otro Estado (receptor de inversiones), actividad que, lógicamente, puede ser puesta en práctica a través de la existencia de una relación contractual o de índole comercial con el Estado receptor de inversiones; b) La expropiación es una institución jurídica prevista y regulada en nuestro ordenamiento jurídico, que opera por razones de utilidad pública o interés social y nacional (artículo 323 de la Constitución de la República), previo el pago de la respectiva indemnización, conforme a la ley; c) En cuanto al monto de indemnización (justo precio), nuestro ordenamiento jurídico regula lo referente al valor y forma de pago, aspecto que debe ser sometido a decisión de los jueces competentes, que es la forma como el Estado ejerce soberanamente su jurisdicción.

El artículo 422 de nuestra Constitución dispone lo siguiente:

“No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de

pu

[Firma]

designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional”.

De la norma citada se infieren dos aspectos:

- 1) La ratificación de que el arbitraje es una institución reconocida por el Derecho Internacional Público, al cual el Ecuador reconoce como norma de conducta para desenvolverse en el concierto internacional de naciones en determinados asuntos; y,
- 2) La expresa prohibición de celebrar convenios o tratados internacionales en los que el Ecuador ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional en controversias relativas a asuntos contractuales o comerciales con personas naturales o jurídicas privadas.

En el presente caso, el contenido del artículo 9, numeral 3 del convenio, puesto a conocimiento de esta Corte, somete al Ecuador a un tribunal arbitral ad-hoc, para la resolución de controversias surgidas con un inversionista (persona natural o jurídica) que tenga la nacionalidad de la República Popular China, lo que implica renunciar a la “Jurisdicción del Estado”, considerada como una de las manifestaciones más importantes de la soberanía territorial y que se refiere a la administración de justicia por tribunales del Estado¹² (Ecuador); por tanto, la citada norma del Convenio objeto de análisis contraviene lo preceptuado en el primer inciso del artículo 422 del texto constitucional, por lo que es procedente su denuncia.

La denuncia implica una serie de requisitos, siendo uno de ellos, que la posibilidad de denuncia unilateral esté reflejada en una cláusula específica y condicionada por el principio de buena fe, pero sobre todo, por el respeto al resto de las partes en el tratado¹³, ya que –como afirma la profesora Conde Pérez– la denuncia se trata de un acto “que se encuentra en la frontera entre dos principios básicos del ordenamiento internacional: la regla del *pacta sunt servanda* y el

¹² Ver “Diccionario de Derecho Internacional” del Embajador Miguel A. Vasco – Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador, año 2005.

¹³ DE FARAMIÑAN GILBERT, Juan Manuel, Catedrático de la Universidad de Jaén, comentando la obra “La Denuncia de los Tratados. Régimen en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y Práctica Estatal” de CONDE PÉREZ E. – Ed. Congreso de Diputados Colección Monografías – año 2007.



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Caso N.º 0004-10-TI

Página 25 de 27

principio de la soberanía estatal¹⁴.

El numeral 1 del artículo 13 del presente Convenio dispone que el plazo de vigencia es de cinco años a partir de primer día del mes siguiente a la fecha en que cada Estado Parte haya notificado a la otra, por escrito, del cumplimiento de sus respectivos trámites legales internos; la misma norma establece, en el numeral 2, que el convenio seguirá vigente si alguna de las Partes no envía notificación por escrito a la otra para denunciarlo, un año antes de la expiración del plazo de vigencia pactado, hecho que no ha ocurrido, por lo que el referido instrumento internacional ha mantenido una vigencia de aproximadamente 13 años desde su ratificación mediante Decreto Ejecutivo N.º 352-B del 2 de junio de 1997, publicado en el Registro Oficial N.º 104 del 9 de julio de 1997.

Sin embargo, el numeral 3 del artículo 13 del instrumento internacional analizado dispone que: *“después de expirado el periodo inicial de cinco años, cualquiera de las Partes Contratantes puede, en cualquier momento posterior a esa fecha, denunciar este Convenio, enviando una notificación por escrito con, por lo menos un año de anticipación, a la otra Parte Contratante”*; de tal forma que no existe impedimento alguno para efectuar la denuncia del “Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones”.

Si bien del análisis efectuado al “Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones” se advierte, de manera concreta, que es el numeral 3 del artículo 9 del citado instrumento internacional el que se halla en contradicción con el artículo 422 de la Constitución de la República, debe tomarse en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 44 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, *“el derecho de una Parte, provisto en un tratado o emanado del artículo 56, a denunciar ese tratado, retirarse de él o suspender su aplicación, no podrá ejercerse sino con respecto a la totalidad del tratado, a menos que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto”* (énfasis añadido); por tanto, la denuncia que se efectúe del tratado objeto de análisis, afecta a la totalidad del mismo, siendo la consecuencia de ello, que el Ecuador deje de ser parte en dicho instrumento internacional.

Sin embargo, el numeral 4 del artículo 13 del convenio examinado dispone: *“Con respecto a inversiones efectuadas antes de la fecha de denuncia del presente*

¹⁴ Idem.

ok

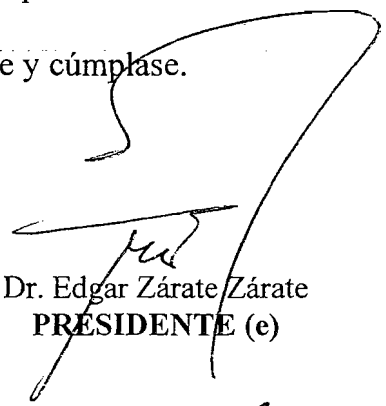
*Convenio, las disposiciones del artículo 1 al 12 seguirán vigentes por un periodo adicional de diez años desde la fecha de denuncia”, aspecto que deberá ser tomado en cuenta por el Ecuador, en aplicación de lo preceptuado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, referente al principio *pacta sunt servanda*.*

V. DECISIÓN

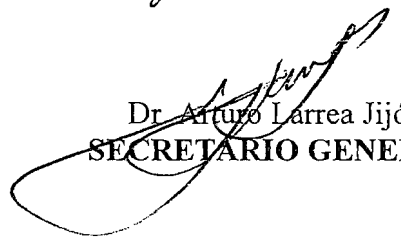
En mérito de lo expuesto, administrando Justicia Constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el periodo de transición, en ejercicio de sus atribuciones, emite el siguiente:

DICTAMEN:

1. Declarar que el artículo 9, numeral 3 del “Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones” contradice lo dispuesto en el primer inciso del artículo 422 de la Constitución de la República, en cuanto a la prohibición de celebrar tratados o instrumentos internacionales en que el Ecuador ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional en controversias contractuales o de índole comercial entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.
2. Declarar que, al encontrarse el instrumento internacional analizado en contradicción con el texto constitucional, es procedente continuar el trámite correspondiente para su denuncia.
3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.



Dr. Edgar Zárate Zárate
PRESIDENTE (e)



Dr. Arturo Larrea Jijón
SECRETARIO GENERAL

cite



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Caso N.º 0004-10-TI

Página 27 de 27

Razón: Siento por tal, que el Dictamen que antecede fue aprobado por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con seis votos de los doctores: Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Hernando Morales Vinueza, Fabián Sancho Lobato, Ruth Seni Pinoargote y Edgar Zárate Zárate, sin contar con la presencia de los doctores: Alfonso Luz Yunes, Manuel Viteri Olvera y Patricio Pazmiño Freire, en sesión del día jueves veintinueve de julio del dos mil diez. Lo certifico.


Dr. Arturo Larrea Jijón
SECRETARIO GENERAL

ALJ/cpy/ccp

ur