



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

SEÑOR DOCTOR ENRIQUE HERRERÍA BONET JUEZ CONSTITUCIONAL PONENTE DENTRO DE LA CAUSA No. 86-21-IN CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Fabián Pozo Neira, en mi calidad de Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República conforme se desprende del Decreto Ejecutivo No. 2 del 24 de mayo de 2021, comparezco en la causa **No. 86-21-IN**, dentro del término concedido, con la presente intervención defendiendo la constitucionalidad del Decreto Ejecutivo No. 122 de 16 de julio de 2021 (en adelante, el “Decreto Impugnado” o “Decreto 122”) en los siguientes términos.

1. ANTECEDENTES

- 1.1 El Decreto 122 fue publicado el 21 de julio de 2021 mediante el Registro Oficial Suplemento No. 499.
- 1.2 El 22 de septiembre de 2021 se presenta la Acción Pública de Inconstitucionalidad (en adelante, API) en contra del Decreto Impugnado. El accionante es la Asociación de Defensa al Consumidor “Acción por la Vida” representada por Wilson Noé Zambrano Alcívar y Wilmer Herman Díaz Peña (en adelante, “Accionantes”).
- 1.3 El 21 de enero de 2021, avocaron conocimiento de las API la Jueza Constitucional Karla Andrade Quevedo, y los Jueces Constitucionales Enrique Herrería Bonet y Ramiro Ávila Santamaría, disponiendo que la Presidencia de la República intervenga respecto de la constitucionalidad del Decreto Impugnado.
- 1.4 La API se han presentado como una inconstitucionalidad por el fondo. Se alega que el Decreto 122 atenta contra los artículos 190, 339 y 422 de la Constitución de la República.
- 1.5 Esta API fue **acumuladas a la causa 62-21-IN** admitida a trámite por las Juezas Constitucionales Karla Andrade Quevedo y Carmen Corral Ponce y el Juez Constitucional Agustín Grijalva Jiménez el 15 de octubre de 2021.
- 1.6 Sobre la base de todo lo expuesto, esta Secretaría General Jurídica presenta el siguiente análisis sobre control constitucional para el caso que nos ocupa.

2. DE LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS ACCIONANTES

- 2.1 Los accionantes fundamentan su acción básicamente en que el Decreto 122 contradice la prohibición contenida en el artículo 422 de la Constitución ya que supuestamente se estaría cediendo la jurisdicción soberana del Ecuador a instancias de arbitraje



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

internacional. De acuerdo con los accionantes, “*tal prohibición estuvo en el espíritu del legislador*”¹ basando esta alegación en que

*el informe de la Mesa 9 de la Asamblea Constituyente, se expresó con contundencia: "El Artículo [422] recoge una aspiración de gran respaldo nacional, consecuencia de los abusos que han deteriorado la soberanía jurídica del Ecuador. En forma expresa, dicha norma prescribe que no se podrá celebrar convenios o tratados internacionales que obliguen al Estado ecuatoriano a ceder jurisdicción a instancias de arbitraje internacional en materia contractual o comercial. Históricamente, en el Ecuador se han suscrito tratados que se han considerado como lesivos para los intereses del país, por cuanto trasladan la jurisdicción y competencia en casos de controversias originadas por relaciones contractuales o comerciales suscritas con empresas transnacionales, a instancias supranacionales de arbitraje, en las que, al parecer, los Estados son puestos al mismo nivel que una compañía comercial".*²

- 2.2 Además, sugieren que el artículo 190 hace referencia únicamente al arbitraje nacional y no permitiría el arbitraje internacional ya que, supuestamente, “*sería irrelevante la opinión del Procurador, ya que el sistema establecido por el CIADI [...] hacen innecesaria esa opinión donde no cabe la previa opinión de un funcionario, para hacer viable el sometimiento al arbitraje*”.³
- 2.3 Finalmente, alega que se estaría contraviniendo el artículo 339 de la Constitución de la República que indica que el Estado promoverá la inversión nacional y extranjera, y que la inversión extranjera directa debe sujetarse al marco jurídico y regulaciones ecuatorianas, ya que el Decreto 122 es contrario y “*repugna*” el espíritu de la Constitución.⁴
- 2.4 Como se demostrará a continuación, los accionantes presentan argumentos que no responden a la realidad de la emisión del Decreto Impugnado, ni a su objetivo. Las alegaciones expuestas carecen de sustento constitucional por lo que la API resulta

¹ Demanda de acción pública de inconstitucionalidad presentada el 22 de septiembre de 2021 ante la Corte Constitucional del Ecuador. Causa No. 86-21-IN. p. 30.

² Demanda de acción pública de inconstitucionalidad presentada el 22 de septiembre de 2021 ante la Corte Constitucional del Ecuador. Causa No. 86-21-IN. p. 30.

³ Demanda de acción pública de inconstitucionalidad presentada el 22 de septiembre de 2021 ante la Corte Constitucional del Ecuador. Causa No. 86-21-IN. p. 31.

⁴ Demanda de acción pública de inconstitucionalidad presentada el 22 de septiembre de 2021 ante la Corte Constitucional del Ecuador. Causa No. 86-21-IN. p. 38.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

improcedente desde su inicio, y debe ser considerada por la Corte Constitucional, y por lo tanto desestimada.

3. DE LA SUPUESTA VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 422

- 3.1 Como se mencionó en la sección anterior, los accionantes indican que el Decreto 122 estaría violentando directamente la prohibición de acudir a arbitraje. Para entender que el Decreto Impugnado no adolece de inconstitucionalidades, se deben hacer ciertas puntualizaciones
- 3.2 En primer lugar, debe quedar claro que el efecto del Decreto 122 es solamente ratificar un instrumento internacional, no suscribirlo como supone el artículo 422 de la Constitución. De hecho, si se realiza un análisis del Decreto Impugnado se puede concluir que este se dictó tomando como base el contexto constitucional en general, y en especial, lo que disponen los artículos 417 al 422.
- 3.3 De acuerdo con los accionantes, *“al suscribirlo [el Decreto] era necesaria la aprobación de la Asamblea Nacional, ya que es contundente el numeral 7 del artículo 419 de la Constitución, cuando con meridiana claridad determina que será necesaria esa aprobación en los casos que los tratados internacionales”*⁵, lo que nos lleva a colegir que, o desconocen el Dictamen No. 5-21-TI/21; o pretenden desconocerlo.
- 3.4 El mencionado dictamen se emitió en virtud del pedido que realizó el Presidente de la República a la Corte Constitucional para que esta revise, *a priori*, si era necesaria o no la aprobación legislativa. La Corte dispuso que el Convenio *“NO se encuentra incurso en los supuestos contenidos en el artículo 419 de la Constitución de la República, por lo cual, no requiere aprobación legislativa ni de dictamen previo y vinculante de constitucionalidad.”*⁶
- 3.5 En el mismo sentido, la Corte Constitucional indicó en su boletín jurisprudencial que *“el Ejecutivo, como no puede ser de otra manera, tiene la facultad de ratificar directamente un tratado internacional cuando no se refiera a uno de los asuntos contemplados expresamente en el art. 419 de la CRE.”*⁷

⁵ Demanda de acción pública de inconstitucionalidad presentada el 22 de septiembre de 2021 ante la Corte Constitucional del Ecuador. Causa No. 86-21-IN. p. 14.

⁶ Corte Constitucional. Dictamen 5-21-TI/21, de 30 de junio de 2021

⁷ Boletín Jurisprudencial De La Corte Constitucional Del Ecuador, agosto 2021, pp. 55–69., <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/boletines-jurisprudenciales/2021-19/agosto-18/5281-bolet%C3%ADnagosto2021/file.html>.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

- 3.6 Entonces sobre la base de este Dictamen emitido el 30 de junio de 2021 es que el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 147 de la Constitución, procedió a ratificar el Convenio el 16 de julio de 2021, cumpliendo por ende, con todos los requisitos constitucionales y legales necesarios.
- 3.7 Por otro lado, los accionantes alegan que el propósito del artículo 422 era “*articular una norma constitucional, que en defensa de la soberanía del país, evitara que nuevamente fuera sometido a jurisdicciones extrañas, que además carecían de relevancia judicial*”.⁸ Al respecto, cabe señalar que el Decreto Impugnado, bajo ninguna circunstancia, atenta contra la soberanía del país ni significa que por la ratificación que hace el Estado, obligatoriamente, debe acudir a arbitraje.
- 3.8 En este sentido, el preámbulo del Convenio CIADI dispone que “*la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado;*”.
- 3.9 Esto también fue analizado en el Dictamen 5-21-TI/21 que indicó que “*para someter tales diferencias los Estados signatarios o miembros deben consentir en que una o ciertas disputas sean resueltas bajo dicho marco [...] carácter eminentemente convencional de los métodos alternos de solución de conflictos, que, por regla general, exigen un acuerdo de voluntades o consentimiento para someterse a estos métodos [...]*” o lo que es lo mismo, la mera ratificación del Convenio con el Decreto 122 no significa que el Estado cede jurisdicción o competencias propias del orden jurídico interno, por lo que no se ha demostrado violación alguna al artículo 422 de la Constitución.
- 3.10 Por su parte, en el libelo de la demanda, una y otra vez se ha dicho que el Decreto Impugnado, contraviene el artículo 422 de la Constitución de la República y de esta manera supuestamente se estaría cediendo soberanía. Sin embargo, es necesario aclarar que el objeto del Decreto 122 es únicamente el de ratificar un instrumento internacional, no suscribirlo como supone el artículo 422 de la Constitución, que en su parte pertinente dispone la **imposibilidad de celebración de 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.
- 3.11 El entendimiento de los Legitimados Activos es el de que una ratificación, equivale a la suscripción de un tratado o un instrumento internacional, lo cual es absolutamente errado

⁸Demanda de acción pública de inconstitucionalidad presentada el 22 de septiembre de 2021 ante la Corte Constitucional del Ecuador. Causa No. 86-21-IN. p. 30.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

y contrario a las reglas de interpretación constitucional, que además no les corresponde asumir. Siendo que un convenio arbitral es “un contrato por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resolverá mediante arbitraje.”⁹

- 3.12 Conforme el artículo 427 de la Constitución, la interpretación prevalente debe ser aquella que se ajuste el tenor literal del texto a la Constitución en su integralidad. Solamente en caso de duda cabe acudir a otras metodologías, incluyendo la búsqueda de la voluntad del constituyente o interpretación volitiva.
- 3.13 La interpretación de la voluntad del “legislador”, constituyente no es igual a la del legislador ordinario. En el caso del legislador ordinario, puede asomar como correcto buscar su voluntad en las actas de las deliberaciones, sin embargo, en el caso del constituyente, es el texto constitucional el que fue sometido a aprobación del pueblo soberano; o lo que es lo mismo, el soberano se pronunció sobre el texto consultado y no sobre las actas de las comisiones, por lo que estas últimas carecen de valor para el efecto propuesto.
- 3.14 En el caso del legislador ordinario -poder constituido- éste actúa en virtud del poder que el soberano ha delegado en la Asamblea Nacional, sin que se realice consulta al pueblo. En tal situación, la referencia a los debates, informes y actas, alcanza dependiendo del caso una utilidad interpretativa. En cambio, en el caso del poder constituyente, éste actuó en su momento por mandato popular para elaborar un Proyecto de Constitución, y siendo así, este Proyecto -producto final de sus deliberaciones- es el que fue sometido a votación a fin de que el pueblo decida aprobarlo o desecharlo. Demás está decir que el pueblo se pronunció a favor del texto con un 63,93% de los votos válidos el 28 de septiembre de 2008.
- 3.15 Por lo expresado y analizado es que insistimos en que no cabe indagar por la voluntad del Constituyente en las actas de sus comisiones, o si éstas se reflejaron o no en el texto final que fue sometido a aprobación del Soberano. Lo contrario podría significar *-in extremis-* una sustitución¹⁰ del texto de la constitución.

⁹ González de Cossío, F. Arbitraje. Ed. Porrúa, México, 2004, p. 56

¹⁰ Sobre la teoría de la sustitución constitucional puede verse: Bernal-Pulido, Carlos. Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución de Colombia, en Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional. 400 y ss (Henaó, Juan Carlos ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013).



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

- 3.16 Con este antecedente, considero que se debe realizar una interpretación literal armónica con el texto de la Constitución en su integralidad, para lo que debemos remitirnos sin más, al texto del artículo 422 de la Constitución, que dice:

Art. 422.- 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 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. (Los resaltados fuera del texto original).

- 3.17 De la redacción del artículo 422 se extraen los siguientes supuestos que deben cumplirse para encontrarse dentro de tal prohibición excepcional:

- a. **Debe tratarse de un tratado o instrumento internacional.-** La regla es clara al indicar que “*No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales...*”, por lo que no se incluye en la prohibición ninguna otra fuente de Derecho Internacional Público, ni tampoco fuentes de derecho interno.
- b. **Debe referirse a controversias Estado – Privados.-** La redacción del primer párrafo del art. 422 se refiere exclusivamente a ciertas disputas “*entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas*”, por lo que están excluidas de la prohibición las controversias Estado-Estado, así como las disputas entre privados.
- c. **El tratado o instrumento debe incluir una cesión de soberanía a instancias de arbitraje internacional.-** La redacción del texto se refiere a aquellos tratados o instrumentos “*en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional*” en ciertas materias específicas.
- d. **Las controversias deben ser contractuales o de índole comercial.-** Pues el texto se refiere exclusivamente a “*controversias contractuales o de índole comercial*”.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

3.18 Debido a la redacción del artículo 422, estos son requisitos acumulativos y no alternativos. Para que un tratado o instrumento internacional se encuentre dentro de esta prohibición debe cumplir estos 4 supuestos a la vez.

3.19 La implicación práctica de esta interpretación literal es significativa, teniendo por ejemplo que:

- a. un tratado que no verse sobre asuntos de índole comercial no se encontraría dentro de esta prohibición,
- b. no puede extenderse la prohibición hacia contratos que no se relacionan con un Tratado o Instrumento internacional,
- c. tampoco se puede extender la prohibición a aquellos tratados en los que no exista cesión de jurisdicción soberana.

3.20 Tal interpretación literal no debe desatenderse por prejuicios ideológicos, aun cuando hubiesen sido expresados por algunos de los Asambleístas Constituyentes.

3.21 La complejidad de la materia no excluye la primacía de la interpretación literal, sino que remite a su utilización como términos especializados o de uso del arte¹¹. Por esta razón, los conceptos expresados en el artículo en ciernes deben analizarse conforme su entendimiento técnico.

3.22 Como se expone a continuación, el entendimiento técnico de ciertos términos incluidos en la redacción de este artículo permite delimitar el alcance efectivo de la prohibición de celebración de ciertos tratados o convenios en los que se pacte arbitraje. A continuación, me refiero a ellos:

3.22.1 El alcance del concepto de “*tratados o instrumentos internacionales*”.

3.22.1.1 Los tratados o instrumentos internacionales son fuentes de Derecho Internacional Público.

3.22.1.2 El artículo 416 numeral 9 de la Constitución reconoce al derecho internacional como norma de conducta para el Estado Ecuatoriano.

¹¹ Tal interpretación es común en la legislación ecuatoriana, por ejemplo, consta en las reglas de interpretación judicial previstas en el Título Preliminar del Código Civil, que dice: “**Art. 18.-** *Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes: (...) 3. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.*”



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

3.22.1.3 De las fuentes de derecho internacional público reconocidas por la Corte Internacional de Justicia, la única que es susceptible de ser “celebrada” -considerando el verbo utilizado por el artículo 422- son los tratados. Otras fuentes como la costumbre, los principios generales o las decisiones judiciales y doctrinas de los publicistas no se “celebran”, en sentido estricto.

3.22.1.4 De la revisión de otras normas constitucionales en los que se emplea la expresión “instrumento internacional”, como los artículos 416 y 418, se confirma que tal expresión fue utilizada como sinónimo de “tratado”, pues se refieren a la formación del consentimiento del Estado ecuatoriano para adherirse a un instrumento, y las potestades del Presidente para suscribirlo, celebrarlo o ratificarlo.

3.22.1.5 Esta posición es acorde a la definición de “tratado” contenida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹².

3.22.2 El alcance de los términos “Jurisdicción Soberana”.

3.22.2.1 El argumento central de las accionantes respecto del artículo 422 de la Constitución, es que existiría “cesión de jurisdicción soberana”, para ello es esencial determinar si un Estado tiene “jurisdicción soberana” sobre un determinado tipo de conflictos.

3.22.2.2 El concepto de “jurisdicción soberana” es un concepto de Derecho Internacional Público relativo a la potestad normativa de los Estados con respecto a sus circunscripciones territoriales. La *inmunidad soberana* del Estado se basa en los principios de soberanía, igualdad e independencia, y, en buenas cuentas, impide que otros Estados ejerzan jurisdicción sobre los actos que realice un Estado en ejercicio de su potestad soberana, o sobre los bienes de los que es titular y utiliza en virtud de tal potestad¹³.

3.22.2.3 Los Estados tienen sin duda jurisdicción soberana sobre los conflictos surgidos dentro de su territorio, pero no tiene jurisdicción soberana sobre los conflictos surgidos con otros Estados. Esto lo reconoce la Constitución ecuatoriana en su artículo 416 al referirse a la independencia e igualdad jurídica de los Estados.

3.22.2.4 En esencia, esta “jurisdicción soberana” de los Estados -como sujetos de derecho internacional- puede entenderse entonces como la prohibición de que un Estado pueda juzgar a otro Estado -o sus nacionales- en sus propias cortes locales, sin su consentimiento.

¹² La referida convención define a los Tratados diciendo: “*Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención: a) se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*”

¹³ Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 2006, p. 299.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

- 3.22.2.5 Sin embargo, tal inmunidad de jurisdicción no es absoluta, debiendo distinguirse los actos realizados por el Estado en uso de su soberanía (*acta iure imperii*) de los actos propios de las actividades de gestión y administración (*acta iure gestionis*).
- 3.22.2.6 Lo contrario -que un Estado sólo deba ser juzgado en sus propias cortes, o Doctrina Calvo- ha quedado abandonado por el derecho internacional público moderno, precisamente por el surgimiento de un orden jurídico internacional que obliga a los Estados a responder por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales¹⁴.
- 3.22.2.7 Justamente, el Derecho Internacional Público ha creado una serie de órganos internacionales para solución de controversias relacionadas con los Estados, mediante la suscripción de Convenios, Convenciones, Tratados y similares cuya celebración es en sí misma una expresión soberana del consentimiento de un Estado como sujeto de Derecho Internacional.
- 3.22.2.8 Así, sería errado interpretar que el Estado Ecuatoriano ha cedido *jurisdicción soberana* al celebrar convenios por los que se crean instancias internacionales de resolución de conflictos, por ejemplo, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Penal Internacional.
- 3.22.2.9 Aceptar una interpretación cerrada del término “*jurisdicción soberana*”, implicaría desconocer la existencia misma del Derecho Internacional Público. Tal interpretación desconocería la responsabilidad que los Estados tienen como sujetos de derecho internacional y por ende sus obligaciones internacionales, para dejar la solución de conflictos internacionales a la mera “*diplomacia de los cañones*”, como antaño.
- 3.22.2.10 Por estas razones, mal podría interpretarse que un Estado “*cede*” una jurisdicción que *prima facie*, y en sentido estricto, no posee. Al contrario, los mecanismos de solución de controversias que entre dos o más Estados se acuerden son una expresión de consentimiento soberano, mas no una cesión de soberanía, pues ninguno de los intervinientes tiene en sí mismo jurisdicción previa sobre el otro.
- 3.22.2.11 Por esta razón, inclusive en el caso de los Tratados Bilaterales de Inversiones - en los que generalmente se pacta algún tipo de mecanismo de solución de controversias como es el arbitraje- no existe un supuesto de “*cesión de jurisdicción soberana*”. La prohibición del artículo 422 se refiere a aquellos casos en los que, *prima facie*, sea aplicable el derecho doméstico, como referiré más adelante.

3.22.3 El alcance de los términos “controversias contractuales o de índole comercial”.

- 3.22.3.1 El artículo 422 de la Constitución se refiere expresamente a “*controversias contractuales o de índole comercial*”. Por su redacción, es claro que no basta la cesión

¹⁴ Molteni, Atilio, *La Responsabilidad Internacional del Estado*, Lecciones y Ensayos, 1964, p. 44



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

de “*jurisdicción soberana*”, sino que ésta se refiera a asuntos “*contractuales o de índole comercial*”.

- 3.22.3.2 Como se expuso arriba, los Tratados no son contratos, por lo que la palabra “*contractuales*” no les aplica, sin que esto requiera mayor abundamiento.
- 3.22.3.3 En cambio, la distinción entre lo que es “*comercial*” y lo que no lo es resulta debatible. La anterior conformación de la Corte Constitucional sostuvo que los Tratados Bilaterales de Inversiones comprometen “*al país en acuerdos de integración y de comercio, al abordar una temática relacionada directamente al ámbito comercial, como es la de inversiones*”¹⁵. Esto es errado.
- 3.22.3.4 Decimos que es errado pues es muy distinto el “*arbitraje de inversiones*” del “*arbitraje comercial*”, se trata de dos materias distintas, conformadas por legislaciones distintas, precedentes jurisprudenciales distintos y doctrinas distintas.
- 3.22.3.5 La diferencia es clara. Una controversia es comercial si se fundamenta *en actos de comercio*, obligaciones de comerciantes en operaciones mercantiles, o en contratos comerciales, asimismo, corresponde a actos de *intercambio* de bienes o servicios generalmente verificados en *corto plazo*. En cambio, una controversia es de inversiones si se refiere a flujos de recursos destinados a la producción, generación de empleos y capacidades, es decir, corresponde a una operación de mediano y largo plazo cuyos retornos o réditos son *incierto*s, es decir, se caracteriza por su *riesgo*.
- 3.22.3.6 Para efectos eminentemente jurídicos, la intervención del Estado en la regulación de una u otra actividad proviene también de distintas facultades, así, el Estado ocasionalmente realiza actividades de tipo comercial, que provienen de su *ius gestionis*, mientras que regula las inversiones en uso de su poder de imperio o *ius imperii*. Por esto, por ejemplo, una empresa estatal puede ser demandada en arbitraje comercial, mientras que un Estado puede responder internacionalmente por las expropiaciones ilícitas de inversiones. Como se ahonda más adelante, la una es una responsabilidad civil contractual o extracontractual de derecho interno, y la otra es una responsabilidad de derecho internacional público.
- 3.22.3.7 En el mismo sentido, siguiendo la distinción técnica de las palabras “*arbitraje comercial*” y “*arbitraje de inversiones*” vale decir, son asuntos distintos.
- 3.22.3.8 Los tribunales arbitrales han establecido reiteradamente una serie de requisitos para considerar que una controversia versa sobre inversiones y no sobre meras transacciones comerciales. Doctrinariamente, este análisis se conoce como “*test*”

¹⁵ Corte Constitucional, Dictamen No. 043-10-DTI-CC del Caso 0013-10-TI, publicado en RO (S) 359 de 10 de enero de 2011



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Salini”, por haberse originado en el caso *Salini v. Marruecos*¹⁶, requiriéndose que para que una transacción califique como inversión debe cumplirse con: i) Una contribución económica, ii) Que tenga una considerable duración, iii) En la que el inversionista participe en el riesgo de la transacción, y, iv) Que signifique una contribución al desarrollo económico del Estado receptor.

3.22.3.9 Estas consideraciones permiten distinguir, por ejemplo, que una empresa que vende maquinarias a un Estado o Empresa Estatal realiza una transacción comercial, más no una inversión. Por otro lado, si tal empresa obtiene una concesión y participa de un contrato de producción compartida, efectivamente realiza una inversión pues es participe del *riesgo*¹⁷.

3.22.3.10 A todo esto, debe quedar claro que la redacción del artículo 422 de la Constitución se refiere solamente al caso de controversias entre el Estado y personas jurídicas privadas. Es decir, aquellas controversias Estado-Estado y privado-privado se encuentran excluidas del mismo.

3.22.4 CONCLUSIONES SOBRE LA INTERPRETACION LITERAL DEL ARTÍCULO 422 CONSTITUCIONAL:

3.22.4.1 Como expuse en párrafos anteriores, el entendimiento literal técnico de los términos empleados por el artículo 422 determina el alcance de su prohibición excepcional.

3.22.4.2 Considerando este entendimiento, se presentan dos posibilidades: a) el art. 422 tiene una redacción tan poco prolija que, en efecto, no establece prohibición alguna, o b) considerando el principio de efecto útil, prohíbe un tipo específico y determinado de Tratado en el que se cumplan ciertos requisitos específicos.

3.22.4.3 Dado que no se puede interpretar que la prohibición alcanza lo que la Constitución expresamente no prohíbe, solamente podría interpretarse que están prohibidos aquellos tratados que cumplan los siguientes requisitos:

Tabla 1 – Criterios que debe cumplir un Tratado para estar sujeto a la prohibición del art. 422 inciso 1 de la Constitución
a. Debe regular disputas de derecho local
b. Debe referirse a controversias contractuales o comerciales

¹⁶ *Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 16 July 2001, ¶ 52

¹⁷ Ejemplo tomado de R. Doak Bishop, James Crawford, W. Michael Reisman. (2005). *Foreign investment disputes*. La Haya: Kluwer Law International.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

c. Debe referirse a disputas entre el Estado y un tercero privado
d. El Tratado debe incluir una cláusula arbitral como método de disputas de derecho local, renunciándose a las cortes nacionales.
e. El arbitraje pactado debe ser de naturaleza internacional.

3.22.4.4 Estos requisitos se verificarían, por ejemplo, en un supuesto en el que el Estado suscriba un Tratado en el que se establezca que una controversia de contratación pública (derecho local en la que se suscribe un contrato Estado - privado) de provisión de bienes (naturaleza comercial) en la que se renuncie a la jurisdicción ordinaria (Tribunales Contencioso Administrativos) para establecer un mecanismo obligatorio de arbitraje internacional.

3.22.4.5 Estos supuestos, más que referirse a los que conocemos como “TBI” (BITS en inglés), parecen referirse a los que en doctrina se conocen como “TBA”, Tratados Bilaterales de Arbitraje (BATS, en inglés), en los que dos Estados celebran un tratado bilateral a efectos de que todas las controversias comerciales de cierta categoría entre sus nacionales se resuelvan, por defecto, como arbitraje comercial internacional, excluyendo a los tribunales ordinarios de ambas partes¹⁸.

3.22.4.6 Aun en este supuesto, tal Tratado estaría sujeto a la excepción del párrafo segundo del artículo 422, que permite -aun en estos supuestos- pactar arbitraje en instancias regionales latinoamericanas (*arbitraje administrado con sede regional*) o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios (*arbitraje ad-hoc*).

3.22.4.7 Por lo expuesto, se concluye claramente que las alegaciones de las accionantes respecto de este artículo 422 son absolutamente improcedentes, pues las mismas plantean una interpretación absolutista de una supuesta cesión de soberanía que, evidentemente, no se corresponde al texto constitucional.

3.22.4.8 El Estado puede -como en efecto lo hace- además suscribir convenios arbitrales, requiriendo en ciertas circunstancias la autorización de la Procuraduría General del Estado. Esto está habilitado expresamente por el artículo 190 de la Constitución.

3.22.4.9 Basta la lectura de estas normas para desechar las API objeto de este pronunciamiento.

¹⁸ BITS, BATS and BUTs: Reflections on International Dispute Resolution, University of Pennsylvania Law School, 28 April 2014.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

3.22.4.10 De esta forma, queda claro que el objetivo que tiene el dictamen del Procurador General del Estado es garantizar que el convenio al cual se está sometiendo el Estado sea válido y no contrario a la Constitución y las demás leyes del ordenamiento jurídico.

4. CONCLUSIONES

- 4.1 Es claro que el Decreto Impugnado cumplió desde un inicio con los requisitos establecidos en la Constitución, en especial aquel con el que la Corte Constitucional autorizó al Presidente a ratificar el Convenio. Asimismo, se debe tomar en cuenta que, contrario a lo indicado por los accionantes, el Decreto 122 es un reflejo del artículo 339 ya que este promueve las inversiones; siendo que es obligación del Estado promover la inversión para generar reactivación económica y desarrollo, lo cual se puede ver materializado con la ratificación del Convenio.
- 4.2 Asimismo, debe quedar constancia de que la API presentada por los accionantes contienen un texto idéntico a la Acción de Inconstitucionalidad presentada dentro de los casos 83-21-IN y 93-21-IN, particular sobre el que debe ser ordenada por la Corte Constitucional, la sanción respectiva de acuerdo con lo que determina la ley.
- 4.3 Los accionantes no han podido demostrar como el Decreto 122 supuestamente contravendría la Constitución. Al contrario, se ha demostrado que su emisión se hizo sobre la base de la normativa constitucional y legal además de hacerse sobre la autorización del Dictamen No. 5-21-TI/21 dictado por esta Corte.
- 4.4 Por la argumentación expuesta en los acápites anteriores, queda demostrada la inexistencia de violación a norma constitucional alguna, considerando además a la insuficiente justificación de los Legitimados Activos para desvirtuar la presunción de constitucionalidad del articulado impugnado.
- 4.5 Finalmente, respetuosamente manifestamos que la inconstitucionalidad normativa debe ser aplicada como último recurso en estricto apego al principio *in dubio pro legislatore*, y a lo ordenado en los números 2, 3 y 6 del artículo 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional por lo que se solicita a su Autoridad deseche de plano la demanda de inconstitucionalidad.

5. AUTORIZACIONES Y NOTIFICACIONES

- 5.1 Autorizo a los abogados Isabel Noboa Nowak, Carla Guerra Barreiro, Yolanda Salgado Guerrón, María Mercedes Idrovo, Hugo Aguiar Lozano, Joaquín Ponce Díaz y Roberto



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Andrade Malo; Asesores de esta Secretaría General Jurídica, para que intervengan y suscriban cuanto escrito fuere necesario.

- 5.2 Notificaciones que nos correspondan, las recibiremos en el casillero constitucional No. 001, así como en los correos electrónicos sgj@presidencia.gob.ec y nsj@presidencia.gob.ec.

Fabián Pozo Neira
Secretario General Jurídico
PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA