

Causa 2-23-TI

SEÑORAS JUEZAS Y SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR

I.- Comparecientes

Fabián Corral Burbano de Lara y Alvaro Galindo Cardona, ecuatorianos, abogados, mayores de edad, por nuestros propios derechos,¹ y por cuanto consideramos que el Ecuador debe relacionarse con los países con los que tiene intereses concurrentes, a fin de articular mecanismos jurídicos que fomenten las inversiones y afiancen el progreso nacional, y de conformidad con lo previsto en los artículos 12 y 85 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, presentamos este *amicus curiae*, en el trámite de control previo de constitucionalidad por la Corte Constitucional del “Acuerdo de Asociación Comercial entre la República del Ecuador y la República de Costa Rica”, de 1 de marzo de 2023 (en adelante, “**El Acuerdo**”).

II.- Amicus curiae

El propósito de este *amicus curiae* es presentar a la Corte Constitucional los elementos de juicio que, en nuestra opinión, ayudarán a resolver la interpretación que debería darse al artículo 422 de la Constitución del Ecuador, en relación con el Acuerdo, específicamente con la Sección B, Capítulo 15, que contiene disposiciones respecto de Inversiones y Controversias.

III.- Antecedentes

1.- El Acuerdo se suscribió, entre otras, con la finalidad de,

“FORTALECER los lazos especiales de amistad y cooperación entre [Ecuador y Costa Rica] y promover la integración económica regional; AMPLIAR el comercio a través de una mayor cooperación internacional y fortalecimiento de las relaciones entre sus pueblos para beneficio mutuo; PROPICIAR la creación de un mercado más amplio y seguro para las mercancías y los servicios producidos en sus respectivos territorios y un entorno estable y predecible para la inversión, por consiguiente, mejorando la competitividad de sus firmas en los mercados globales; PROMOVER un desarrollo económico integral a fin de reducir la pobreza”.

2.- El Acuerdo fue sometido a la consideración de la Corte Constitucional, por la Presidencia de la República del Ecuador, con fecha 8 de mayo de 2023, con oficio

¹ Los firmantes de esta opinión han dedicado décadas a la cátedra universitaria, han estado y siguen estado vinculados a centros de estudios en el Ecuador y en el exterior. Adicionalmente, ejercen la profesión de abogados en el Ecuador y en el exterior. Esta opinión, sin embargo, no vincula a ninguna de las instituciones con las que colaboran ni tampoco la posición de sus clientes.

Nº T431-SGJ-23-0118. Con fecha 16 de junio de 2023, se publicó el Acuerdo de Asociación Comercial entre la República de Costa Rica y la República del Ecuador, en el Registro Oficial, edición constitucional N.º 237.

IV.- El arbitraje en la Constitución

3.- El Art. 190 de la Constitución del Ecuador establece:

“Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. // En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.”

4.- Este es un principio general que incluye toda clase de arbitrajes, como procedimientos alternativos para la solución de conflictos. La norma forma parte del Capítulo Cuarto, Sección Octava, relativo a la Función Judicial. El arbitraje, por lo tanto, forma parte del ordenamiento jurídico del Ecuador.²

5.- En armonía con la disposición constitucional, los artículos 41 y 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación y su Reglamento, establecen los presupuestos y las reglas aplicables al arbitraje internacional.³

6.- El artículo 416.12 de la Constitución incluye, como principio de las relaciones internacionales del Ecuador, la solución amigable de disputas y afianza el sistema arbitral internacional como mecanismo para fomentar el comercio y la inversión entre los estados. Esa norma *“Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre estados”*.⁴ La forma de alcanzar tales objetivos es a través de un régimen de solución de controversias, que juridifique las pretensiones de las partes, establezca reglas de procedimiento y atribuya jurisdicción a tribunales arbitrales organizados según el ordenamiento jurídico internacional.

7.- El principio contenido en el artículo 190 de la Constitución no puede interpretarse en forma restrictiva. La interpretación correcta es aquella que permita la aplicación de la Constitución en su conjunto, así lo dispone la misma Constitución en el artículo 427:

“Artículo 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad.”

² Artículo 425 Constitución Ecuador. Registro Oficial Nº 449, de 20 de octubre de 2008.

³ Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial Nº 417, 14 de diciembre de 2006 Y su Reglamento, expedido mediante Decreto Ejecutivo 165, de 18 de agosto de 2021.

⁴ Constitución. Título VIII. Relaciones Internacionales. Capítulo Primero: Principios de las relaciones internacionales. Art. 416.12.

8.- La Constitución, en su conjunto, propicia la seguridad jurídica,⁵ la inversión productiva⁶ y un sistema económico que sea el pilar del desarrollo nacional. Admite y valora los instrumentos internacionales, que forman parte del ordenamiento jurídico (Art. 417). Y como queda indicado, establece el precepto de solución pacífica y jurídica de los conflictos entre el Estado y las empresas privadas extranjeras (Art. 416.12), aspectos relevantes para el examen del artículo 422 de la Constitución.

9.- Si la inversión está garantizada, si es un pilar para el desarrollo nacional, y si se trata de una realidad transversal a toda la economía y a toda la sociedad, es lógico concluir que el contenido del artículo 190 de la Constitución, en armonía con el artículo 416.12, como forma de resolver los conflictos provenientes de las inversiones productivas, incluye tanto el arbitraje local como el internacional, con los apropiados matices que derivan de cada caso concreto.

10.- Esto, por cierto, implica que el Estado, como los particulares (personas naturales y jurídicas), a través de pactos legítimos, pueden someter una controversia a la competencia de tribunales y árbitros nacionales o internacionales, según corresponda a cada caso, y a procedimientos válidamente acordados. Es evidente, además, que en el caso de que intervenga el Estado como contraparte, el instrumento jurídico que contenga el pacto arbitral, las materias arbitrables y los procedimientos que se apliquen, constarán ya sea en un tratado, convenio o acuerdo, como lo establecen los artículos 417 y siguientes de la Constitución.

11.- De conformidad con el Derecho Internacional Público y con las disposiciones contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁷ (en adelante, la “**Convención de Viena**”), son éstos y, por cierto, los convenios y acuerdos, las formas jurídicas a través de las cuales los Estados se relacionan y establecen las reglas que hacen posible la convivencia universal, sin acudir a la fuerza o a la innecesaria protección diplomática.

V.- El artículo 422 de la Constitución

12.- El Art. 422 de la Constitución establece la única excepción al arbitraje internacional, así:

“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

⁵ Artículo 82 Constitución.

⁶ Artículo 339 Constitución.

⁷ Incluir año y registro oficial de su publicación

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 (...)”.

13.- Como se trata de una excepción al principio general, de la admisión del arbitraje como procedimiento alternativo para la solución de conflictos y a la regla de solución jurídica y pacífica de las controversias entre el Estado y las “empresas privadas extranjeras”, los elementos constitutivos de la prohibición del primer párrafo del artículo 422, deben interpretarse aplicando la lógica jurídica al texto constitucional, adecuándolo a su contexto general,⁸ sin consideraciones extensivas ni analógicas.

14.- La prohibición constitucional está constituida por los siguientes elementos:

- (i) la cesión de “jurisdicción soberana” a instancias de arbitraje internacional;
- (ii) siempre que se trate de controversias contractuales o de índole comercial; y,
- (iii) que las controversias que sean materia del arbitraje se produzcan entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

15.- Las condiciones jurídicas de la norma, atendiendo a su redacción y a la construcción gramatical, son concurrentes.

VI.- Examen de las condiciones previstas en el artículo 422 de la Constitución

16.- Las condiciones establecidas en el artículo son copulativas, ya que deben darse en conjunto para que se configure la prohibición. Entonces:

a) ¿Qué implica la “cesión de jurisdicción soberana”?

17.- La Real Academia de la Lengua Española define el verbo **ceder** como: “1. tr. Dar, transferir o traspasar a alguien una cosa, acción o derecho”.

18.- La “cesión de un derecho o acción” implica el traspaso del derecho o acción del sujeto titular hacia un tercero. La disposición normativa de la Constitución alude a la transferencia de la capacidad local de juzgar del Estado, a través de sus instituciones y jueces, a instancias de arbitraje internacional.

b) Soberanía y jurisdicción; independencia y capacidad jurídica internacional

19.- El Estado es el “titular” -para emplear un término del derecho civil- de la jurisdicción y de la competencia que provienen del orden jurídico interno. Las

⁸ **Artículo 3. LOGCC. Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.** - Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

fuentes de tal titularidad son la Constitución y la Ley local. Esos atributos son parte constitutiva del Estado de Derecho y provienen del concepto de soberanía.

20.- En el caso de esta opinión, se trata de saber:

- (i) ¿Si en un instrumento internacional se pactan disposiciones que aluden a competencias y procedimientos arbitrales, destinados a resolver conflictos que nazcan de la aplicación del instrumento internacional, el Estado suscribiente estaría cediendo su jurisdicción local a una instancia distinta? O,
- (ii) En otra hipótesis, ¿el Estado tiene capacidad de juzgar internamente asuntos y controversias cuya fuente es una relación jurídica de Derecho Internacional?

21.- En estas dos interrogantes se encuentra el núcleo de la cuestión.

22.- Para mejor comprensión del tema, hay que realizar algunas distinciones previas y necesarias en los asuntos de: soberanía estatal y jurisdicción, independencia y Estado como sujeto de Derecho Internacional.

23.- Bajo un concepto nacionalista de soberanía, que conceptualice al Estado como poder absoluto y último legislador y juzgador, el Derecho Internacional sería imposible, y, por supuesto, tampoco sería factible el arbitraje internacional, que involucre al Estado o a sus empresas.

24.- La Jurisdicción se define como el poder y la capacidad jurídicas para aplicar las leyes, juzgar y ejecutar lo juzgado, en determinados asuntos, en el ámbito del territorio en el que se ejerce la autoridad, ya sea en razón de la materia o de las personas, (Art. 167 de la Constitución y Arts. 150 y 152 del Código Orgánico de la Función Judicial).⁹

25.- Para enfocar adecuadamente el asunto, la **noción de soberanía** debe matizarse.

⁹ **Artículo 167 Constitución:** “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.”

Artículo 150 del Código Orgánico de la Función Judicial: JURISDICCION.- La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia.

Artículo 151 del Código Orgánico de la Función Judicial. AMBITO DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL.- Las juezas y jueces establecidos en este Código conocerán todos los asuntos que se promuevan **dentro del territorio de la República**, cualquiera sea su naturaleza o la calidad de las personas que intervengan en ellos, sean nacionales o extranjeros, sin perjuicio de lo establecido por la Constitución, tratados y convenios internacionales vigentes. Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas de Derecho Internacional Público....

26.- Según las nociones del Derecho Político, soberanía es el poder que tiene el Estado para conducirse, sin más condicionamiento que su propia voluntad. Es la facultad de autogobernarse y autodeterminarse, dentro de su territorio, sin obedecer a poderes ajenos y distintos a los propios. Pero la autodeterminación, en un mundo de convivencia, basado en los ideales de paz y seguridad que recoge el Derecho Internacional, no puede entenderse la soberanía como supremacía absoluta, como podría ocurrir en el ámbito interno de cada país.

27.- Más aún, la autodeterminación del Estado no excluye ni prohíbe que éste asuma obligaciones a través de un tratado y se someta a sus normas, lo que constituiría, entonces, una expresión de la voluntad autónoma del Estado, concurrente con la de otro u otros Estados. Esto es, precisamente, el ejercicio de su soberanía para comprometerse bajo normas del Derecho Internacional.

28.- Debe puntualizarse, entonces, que la soberanía se desdobra en (i) **supremacía**, que es la voluntad o poder superior en el orden interno. Es el poder legitimado y expresado en el ámbito del territorio, lo que supone que el poder político está por sobre los demás poderes locales, que deben obediencia a las leyes, en virtud del deber jurídico general de subordinación.

29.- Este aspecto del Estado se manifiesta en las facultades de legislar y construir el ordenamiento jurídico, juzgar y ejecutar lo juzgado, bajo los principios de jurisdicción y competencia nacionales; administrar los bienes e intereses públicos; gestionar obras y servicios; velar por la integridad territorial y la seguridad internas, pero respetando siempre los derechos de terceros y las obligaciones provenientes de fuentes internacionales.

30.- El Ecuador es Estado Parte de la Convención de Viena, según la cual, por el principio del "*pacta sunt servanda*", todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Más aún, el artículo 27 de la misma Convención, establece que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Existe, por lo tanto, subordinación del Estado al Derecho internacional.

31.- Así pues, el concepto de *supremacía* no opera en el ámbito internacional. No hay poderes nacionales absolutos ni estados superiores a otros. Al contrario, en lo internacional existe (ii) **independencia**, lo que implica que cada Estado actúe frente a otros en pie de igualdad, preservando su forma de gobierno, su territorio y su ordenamiento jurídico local. El Derecho Internacional resolvió el tema de los Estados soberanos, enfatizando en el concepto de **igualdad-personalidad-independencia**, y enmarcando, como corresponde, el tema de la supremacía en los límites del territorio. Y aun esa supremacía, en la actualidad, está limitada por el ordenamiento jurídico internacional.

32.- En consecuencia, al celebrar convenios, tratados y acuerdos, y al someter una controversia a la jurisdicción arbitral internacional, el Estado no abdica de sus potestades. Al contrario, las reafirma y las ejerce, a través de un acto de

voluntad vinculante. Y como en el ámbito internacional no existe soberanía en el sentido de supremacía, ni jurisdicción soberana y absoluta, ni potestad de imperio frente a otro Estado, nada se cede. No se puede ceder lo que no se tiene.

33.- La premisa con la que inicia el texto del artículo 422 de la Constitución, esto es, la prohibición de ceder “jurisdicción soberana” mediante un instrumento de Derecho Internacional, no se configura y no puede configurarse, porque aquella norma prohibitiva alude al **acto de transferir la potestad de juzgamiento local**, o competencia de un juez o corte nacional, a un organismo internacional.

34.- Es necesario observar que, cuando se celebra un tratado, acuerdo o convenio, el Estado no actúa transfiriendo competencias locales o potestades de juzgar. No actúa, *strictu sensu*, en ejercicio de soberanía, ni dispone a favor de terceros, atribuciones que provienen de la Constitución o de la Ley local. Actúa como sujeto de Derecho Internacional. El Estado somete un conflicto existente o eventual, cuya fuente proviene de un instrumento internacional, a un órgano arbitral creado por el ordenamiento convencional, en legítimo ejercicio de su voluntad y como sujeto de Derecho Internacional.

35.- Hans Kelsen afirmó, en su Teoría General del Estado, que el Estado puede obligarse en virtud de un tratado a no intervenir autónomamente, es decir, mediante órganos nombrados por él mismo, en la administración de ciertos asuntos, obligándose, por el contrario, a realizar esa administración con otro u otros Estados, es decir, mediante órganos designados por el ordenamiento común -por ejemplo- el Tratado.¹⁰

36.- Una interpretación restrictiva del primer párrafo del Art. 422 de la Constitución sería incorrecta, porque la teoría de la “cesión de jurisdicción soberana”, se basa en la falsa hipótesis de que el Estado, mediante instrumento internacional, transfiere a órganos arbitrales constituidos bajo las normas del Derecho Internacional, atribuciones judiciales locales, que deberían ejercer los jueces y tribunales nacionales. Esa tesis, en nuestra opinión, es incorrecta.

37.- No corresponde a la verdad jurídica, por lo antes dicho, y más aún, porque se incurre en la confusión de identificar dos fuentes de Derecho absolutamente distintas: la ley local, de la que proviene la jurisdicción (competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales), con el tratado o convenio, en el que se pacta el arbitraje internacional y se atribuye competencia a los órganos arbitrales internacionales, pacto que no obsta el ejercicio de la soberanía del Estado.

38.- En síntesis: el concepto de “jurisdicción soberana”, en el sentido en el que el constituyente redactó la norma, debe entenderse como la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado en el territorio del Estado, es decir, el concepto se identifica con la “jurisdicción” y “competencia” que corresponde a los jueces locales.¹¹ Alude al

¹⁰ Kelsen, Hans, Teoría General del Estado, p. 147.

¹¹ Art. 150 Código Orgánico de la Función Judicial.

concepto de la “potestad de imperio” propia del Estado en la circunscripción de su territorio. No comprende, ni puede invadir competencias de juzgamiento pactados en el tratado o convenio, porque éstas últimas no nacen de la Ley ecuatoriana ni de la Constitución.

39.- Nacen de un instrumento internacional, que no puede subordinarse a la ley local, ya que eso limitaría el principio *pacta sunt servanda* que contiene la Convención de Viena y lesionaría el mandado contenido en su artículo 27.¹² El Ecuador, de hecho, se adhirió sin reservas a la Convención de Viena.

40.- La soberanía del Estado, en el ámbito internacional, no opera como factor de poder prevaleciente sobre los demás Estados. La soberanía, en el ámbito internacional, produce otro efecto jurídico distinto: atribuye al Estado la calidad de sujeto de Derecho Internacional. Se trata, entonces, de un ente independiente y habilitado para celebrar tratados o convenios, para obligarse frente a terceros (Estados u organismos internacionales) en plano de igualdad jurídica.

41.- El contenido de los instrumentos internacionales no se puede eludir ni desconocer, ni bajo consideraciones políticas, ni redactando disposiciones confusas que busquen ese fin. Nótese que la Constitución del Ecuador se redactó y puso en vigencia en el 2008, cuando el Estado ya era parte de la Convención de Viena, desde el año 2005.

Conclusión

42.- En conclusión, el primer elemento o condición del artículo 422 de la Constitución, no se cumple en el caso de la Sección B del Capítulo 15 (inversiones) del Acuerdo. Sus disposiciones no configuran la prohibición constitucional. No hay cesión de la capacidad de juzgar de los jueces ecuatorianos a instancias de arbitraje internacional. **No hay cesión de soberanía, ni renuncia a la potestad de imperio en el territorio y bajo la ley.** El Ecuador está obligado por el ordenamiento jurídico internacional y debe atenerse a los acuerdos que celebre.

b) Controversias “Contractuales y de Índole Comercial”

43.- La prohibición constitucional adquiere sentido y se activa, cuando se trata de: **(i)** controversias contractuales; o, **(ii)** de índole comercial. No existen más posibilidades.

44.- Por lo mismo, las controversias a las que alude el Art. 422 de la Constitución deben tener como fuente un contrato celebrado entre el Estado y una persona

¹² **Convención de Viena, Art. 26. "Pacta sunt servanda".** Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Convención de Viena, Art. 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

privada, o cuando ha existido una relación comercial entre las partes. La Constitución no menciona, ni directa, ni indirectamente, el caso de las controversias cuya fuente se encuentra en materia relacionada a las inversiones.

45.- Si se considera, como debe ser, en conjunto a las normas constitucionales y a las disposiciones del Acuerdo, se concluye que hay dos elementos que deben distinguirse: por un lado, controversias de naturaleza contractual o comercial entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas, y, por el otro, controversias derivadas de una inversión. Hay que examinar, además, si esos conceptos son distintos o si se confunden en uno solo.

¿Una controversia de naturaleza “contractual” o “comercial” corresponde a una controversia de inversiones?

46.- Para el efecto, es necesario referirse al contenido del Capítulo de Inversiones del Acuerdo de Asociación Comercial.

47.- El artículo 15.1 define la materia y su ámbito de aplicación y cobertura, así:

“Este Capítulo aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:

(a) los inversionistas de la otra Parte;

(b) inversiones cubiertas; y

(c) en lo relativo a lo a los artículos 15.7 y 15.9, a todas las inversiones en el territorio de la Parte.”

48.- Es decir, el Acuerdo se refiere a una materia específica: “inversiones”. En cambio, el texto constitucional del Art. 422 alude inequívocamente a “controversias contractuales o de índole comercial”.

49.- Es necesario, entonces, determinar en qué consiste una inversión y si una controversia en temas de inversión puede ser asimilada a una controversia contractual o de índole comercial entre el Estado y una persona natural o jurídica privada.

50.- En nuestra opinión, se trata de temas distintos, que no pueden confundirse.

51.- Así, y tomando en cuenta el primer asunto tratado en esta opinión (cesión de jurisdicción soberana) y en armonía con la forma correcta de interpretar y entender esa primera parte de la norma, se concluye que las “controversias contractuales y las de índole comercial” deben provenir de relaciones jurídicas (contratos) sometidas, desde su nacimiento, a la legislación local del Ecuador y sujetas a la competencia de los jueces y tribunales nacionales. Pero, si se trata de controversias provenientes de inversión extranjera, amparadas por el instrumento internacional, la jurisdicción, desde el inicio de esa relación jurídica con el Estado, se somete al ordenamiento pactado en el Acuerdo, y las controversias que se produzcan, y su

solución se radicará en el régimen jurisdiccional definido en el instrumento internacional y según las reglas allí convenidas.

52.- A nuestro entender, lo que el constituyente habría buscado al redactar el artículo 422, es evitar el traslado de la competencia original del juez local (el juez natural del contrato), a una instancia de arbitraje internacional, pero siempre que se trate de controversias cuya fuente se encuentre en los contratos celebrados entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas, caso absolutamente diferente de una relación de inversión extranjera protegida al amparo de un tratado y que se perfecciona al amparo de los estándares de protección sustantivos y procesales del Acuerdo, por cierto, los relativos al arbitraje internacional.

53.- Es importante destacar que las controversias a las que alude el artículo 422 de la Constitución, en su primer inciso, las provenientes de una inversión, tienen distinta fuente jurídica. Las controversias de naturaleza contractual o comercial encuentran su fuente en una relación generada por un contrato. La discrepancia deriva del incumplimiento de sus cláusulas contractuales. Las reglas aplicables, entonces, son las del propio contrato, cuya violación se reclama, y las provenientes del ordenamiento jurídico local, es decir, el Código Civil, el Código de Comercio, las leyes de la materia, la Ley de Contratación Pública, y las demás normas que le sean aplicables.

54.- De forma natural, estas controversias las resuelve el juez local competente en función de las reglas de la jurisdicción y la competencia previstas en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), o mediante arbitraje nacional o internacional, si existe una cláusula arbitral convenida por las partes y si existen los supuestos de los artículos 41 y 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

55.- Por otro lado, cuando existe un tratado en el que se promueva y proteja las inversiones extranjeras, que incluya un mecanismo de solución de diferencias inversionista-Estado, el inversionista solo podría alegar violaciones a lo contemplado en dicho tratado para recurrir al referido mecanismo de solución de diferencias. Es decir, no podría invocar como causa de acción, por ejemplo, un contrato que suscribió para viabilizar su inversión, es decir, como base de la jurisdicción y competencia para demandar al Estado, porque esa relación de naturaleza contractual secundaria o derivada no tiene como fuente el Acuerdo al amparo del cual se realizó la inversión.

56.- Es preciso tomar en cuenta lo previsto por el artículo 15.20 (Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje) del capítulo de inversiones del Acuerdo, el cual prevé en qué casos se puede recurrir al mecanismo de arbitraje, así:

*“1. Transcurrido el plazo mínimo referido en el párrafo 2 del artículo 15.18, en caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse **una controversia relativa a una inversión** mediante consultas y negociación*

(a) el demandante, por cuenta propia, puede someter a arbitraje una reclamación en la que se alegue:

- i. que el demandado ha violado una obligación de conformidad con la Sección A; y*
- ii. que el demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de esta.”*

57.- Del texto transcrito se desprende que, para recurrir al mecanismo de arbitraje previsto por el Acuerdo, una violación de cualquier obligación del Estado receptor respecto a una inversión o inversionista que no esté prevista bajo los estándares sustantivos del Acuerdo no sería suficiente.

58.- La violación debe referirse, exclusivamente, a los estándares de protección previstos en la Sección A (Obligaciones Sustantivas) del Capítulo 15 del Acuerdo. Por lo tanto, es evidente que el mecanismo de solución de diferencias de la Sección B de este capítulo no admite la posibilidad de que una controversia de índole contractual pueda ser sometida al arbitraje.

59.- La única excepción a esta regla se presentaría si el Acuerdo hubiese incorporado una disposición de cumplimiento de obligaciones de carácter general (las también llamadas en la doctrina, “cláusulas paraguas”). El resultado de una disposición de esta naturaleza es la de elevar cualquier incumplimiento de carácter contractual a la violación de los estándares de protección sustantivos bajo el Acuerdo. Sin embargo, el Acuerdo no contiene una disposición de tal naturaleza.

60.- El *effect utile* del artículo 422 sería, efectivamente, impedir la incorporación de una “cláusula paraguas” en el Acuerdo; si en efecto la incluyera, bajo el control previo de constitucionalidad que puede ejercer la Corte Constitucional, esta podría condicionar la entrada en vigor del Acuerdo a su adecuación para que el instrumento internacional en cuestión cumpla con el esquema normativo previsto bajo el ordenamiento jurídico doméstico.¹³

61.- Por otra parte, el artículo 15.1 del Acuerdo define el ámbito del mecanismo de solución de diferencias del Capítulo 15 del Acuerdo limitándolo a materia de inversiones. En ese artículo, que define el ámbito de todo el capítulo, no se establece que el mismo otorgue una protección a conductas de naturaleza contractual o comercial.

62.- Se trata, entonces, de establecer si una actividad “contractual” o “comercial” también puede considerarse “inversión”.

¹³ Ver, por ejemplo, el control previo de constitucionalidad ejercido por la Corte Constitucional al Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el fomento y protección recíprocos de inversiones, 10 de julio de 2014. Sentencia C-252 del 2019. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/c-252-19.htm>

63.- La sección C del Capítulo 15 del Acuerdo de Asociación Comercial con Costa Rica define inversión de la siguiente manera:

“Todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo cierta duración y otras características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo.”

64.- Este artículo es consistente con la definición más aceptada a nivel internacional sobre el concepto de inversión, conocida también como el “*Salini test*”.¹⁴ Este “examen” plantea cuatro elementos para definir lo que debe considerarse una inversión. Esto es, un aporte económico con destino al Estado receptor de la inversión: **(i)** que tenga una considerable duración; **(ii)** que el inversionista participe del riesgo de la transacción; **(iii)** que se realice con el propósito de obtener un beneficio; y, **(iv)** que implique un aporte de capitales u otros recursos.

65.- La inversión, por tanto, es una operación compleja, que responde a un análisis y planificación económica de largo plazo, que incluye multitud de relaciones jurídicas derivadas de la operación principal (societarias, financieras, civiles, mercantiles, laborales, etc), que constituyen instrumentos jurídicos y operativos para hacer posible la operación y las ganancias, en la que el inversionista asume los riesgos y eventualmente las ganancias.

66.- Las operaciones comerciales no responden a la complejidad de la inversión. Pueden estar insertas en ella, pero ni la simplifican ni la suplantán. Los actos de comercio y sus vínculos contractuales están ampliamente descritos en el artículo 8 del Código de Comercio del Ecuador,¹⁵ en tanto que el régimen de inversiones consta de otras normas jurídicas diferentes y especializadas, como las del Código de la Producción y sus reformas, por ejemplo, y además en las normas del Derecho Internacional de los Tratados y Convenios suscritos por el Ecuador.

67.- Además, la Constitución del Ecuador, en los artículos 335, 336 y 337 se ocupa de los intercambios económicos y el comercio justo; en tanto que, en una sección distinta, y en los artículos 338 y 339, legisla sobre los temas de ahorro en inversión. La lectura de esas dos secciones de la Constitución permite concluir que, según el ordenamiento constitucional, los temas de comercio son diferentes y merecen una atención y políticas distintas a las que corresponden a la inversión extranjera.

68.- Así, en tanto el artículo 335 alude a la regulación, control e intervención en los intercambios y transacciones económicas, esto es, a actividades comerciales propiamente dichas, en el artículo 339, sobre inversiones, esta última norma dispone que el “*Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras*”. Las distinciones que la Constitución hace respecto del comercio y de la inversión son

¹⁴ Ver, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco (I)*, ICSID Case No. ARB/00/4

¹⁵ Registro Oficial Suplemento 497 de 29-may.-2019. Art. 8.

notorias. El constituyente distinguió, al redactar el texto constitucional, las actividades de naturaleza contractual o comercial de la inversión.

69.- También, el artículo 416.12 de la Constitución es relevante, ya que contiene los principios de las relaciones internacionales que regulan la actividad del Estado. La norma se refiere a la inversión y al comercio como temas distintos, tratándose incluso de la actividad internacional del Ecuador.¹⁶

70.- Por tanto, la definición de inversión está clara, tanto a nivel de práctica internacional, como en el Acuerdo.

VII.- El criterio de la Corte Constitucional

71.- La Corte Constitucional del Ecuador, en el Dictámen N° 034-19-TI/19, de 4 de diciembre de 2019, sobre la necesidad de aprobación legislativa del “Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República del Ecuador y la República Federativa del Brasil”, determinó que el mencionado Acuerdo no contenía obligaciones de índole comercial para el Ecuador. En el Dictamen, la Corte realizó interesantes e ilustrativas disinciones entre los temas comerciales y los de inversiones, así:

*“16. Por otro lado, no se evidencia que las disposiciones del Acuerdo comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio (Art. 419.6). Al respecto, cabe acotar que el Acuerdo tiene como objetivo fomentar la inversión entre los Estados parte, a través de disposiciones que conceden ciertos derechos y garantías por parte del Estado receptor de la inversión a favor de los inversionistas de la otra parte. Como todo instrumento internacional de promoción de inversiones, el Acuerdo busca fomentar la exportación de capitales y la inversión extranjera al otorgar protecciones a los inversionistas extranjeros. **Esto no deriva en la creación de obligaciones tendientes a la integración entre los Estados parte. Tampoco se verifica que el Acuerdo derive en la creación de obligaciones de índole comercial para el país.**”* (el resaltado nos pertenece)

“17. Tampoco se evidencia que alguna disposición del Acuerdo atribuya competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional (Art. 419.7). Cabe acotar que los mecanismos de solución de disputas previstos en el Acuerdo, entre los cuales se encuentra el arbitraje, están exclusivamente destinados a solventar las disputas que puedan surgir entre las partes del Acuerdo, esto es, entre Estados. La resolución de disputas entre Estados no es una competencia propia del orden jurídico interno de un Estado, por lo que al pactar arbitraje en el presente Acuerdo,

¹⁶ **Artículo 416.12:** Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia, (...)12. Fomenta un nuevo sistema de **comercio e inversión** entre los estados que se sustente en la justicia...”

no se está atribuyendo una competencia de esta naturaleza a un organismo internacional o supranacional.”

72.- En el apartado citado, la Corte Constitucional se refiere justamente a organismos “supranacionales”. Al igual que las controversias Estado-Estado no son materia de solución de disputas bajo el ordenamiento jurídico nacional sino internacional, por simple conclusión lógica, las disputas bajo tratados internacionales inversionista-Estado, no son materia cuya competencia esté atribuida a las cortes locales y, por lo tanto, no son competencia propia del “orden jurídico interno”. Tanto es así, que el propio texto del Acuerdo, en su artículo 15.29, establece que el derecho aplicable a la controversia y a ser aplicado por los tribunales será “...**de conformidad con este Acuerdo y con las normas del Derecho Internacional**”. (el resaltado nos pertenece)

Arbitraje Internacional en materia de inversiones (Legislación nacional)

73.- El Estado ecuatoriano, en las reformas al Código Orgánico de la Producción, estableció reglas que se refieren al arbitraje internacional en controversias provenientes de inversiones. La reforma de 21 de agosto de 2018 estableció lo siguiente:

*“**Para contratos de inversión que superen los diez millones de dólares de los Estados Unidos de América, el Estado deberá pactar arbitraje nacional o internacional en derecho, de conformidad con la ley. En el caso en el que el Estado pacte arbitraje internacional en derecho, el contrato de inversión hará referencia a que toda controversia resultante de la inversión o del contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, será resuelta, a elección del reclamante, mediante arbitraje de conformidad con, entre otras, las siguientes reglas en vigor al momento de la promulgación de esta Ley: (i) Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI - Naciones Unidas administrado por la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya (CPA); (ii) Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París (CCI); o, (iii) Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial CIAC). Las reglas de arbitraje de emergencia no se aplicarán en ningún caso.**”* (el resaltado nos pertenece)

74.- El artículo antes citado obliga al Estado a pactar arbitraje, sea nacional o internacional, para contratos de inversión. Es más, en caso de que se pacte un arbitraje internacional, la norma establece el contenido del contrato de inversión en el que se debe hacer referencia a toda la relación de inversión con el Estado.

75.- Esto tiene total concordancia con lo que determina el Art. 190 de la Constitución. Esta norma constitucional, como fue analizado con anterioridad, permite, sin lugar a dudas, la existencia de un arbitraje internacional en los tratados de inversión. Y adicional a esto, la norma del Código Orgánico de la Producción no solo permite, sino que manda al Estado a incluir una cláusula compromisoria en los contratos que suscriba sobre la misma materia.

76.- El Acuerdo, en su Art. 15, Sección B, Arts. 15.18 al 15.35, desarrolla el tema de “Solución de Controversias Inversionista-Estado”. De su lectura, se puede confirmar que el mecanismo de solución de controversias propuesto se apega a lo permitido bajo el ordenamiento jurídico doméstico, así como a lo dictaminado previamente por la Corte Constitucional en materia de inversiones. Y, sobre todo, como fue explicado, resultaría en un equívoco interpretar la disposición del Acuerdo como uno de los escenarios previstos bajo el Art. 422 de la Constitución:

- No existe una “cesión soberana” de jurisdicción,
- No son materias de naturaleza “contractual o comercial”, es una materia exclusivamente de inversiones,
- Es un tratado celebrado entre Estados, por lo tanto, no es entre “personas naturales o jurídicas privadas”.

VIII.- Conclusiones

77.- Con el análisis exhaustivo de las consideraciones constitucionales, legales y jurisprudenciales sobre el arbitraje internacional en tratados de inversiones entre Estados, podemos concluir:

- El primer párrafo del artículo 422 de la Constitución establece una prohibición de “celebrar tratados o instrumentos internacionales” con cuatro (4) elementos que deben darse simultáneamente:
 - i. “que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana”.
 - ii. “a instancias de arbitraje internacional”.
 - iii. “en controversias contractuales o de índole comercial”.
 - iv. “entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas”.
- A su vez, analizado el mecanismo de solución de diferencias inversionista-Estado de la Sección B, Capítulo 15 del Acuerdo, se puede concluir que no encaja en ninguno de los cuatro elementos de la prohibición del Art. 422 de la Constitución:
 - No se cede jurisdicción soberana, al no tratarse de un tema con sede local, sino de sede internacional.
 - No tiene naturaleza contractual ni de índole comercial, es un tema exclusivamente de inversiones.
 - Este convenio se celebra entre Estados.

IX.- Petición Concreta

78.- Con lo expuesto, solicitamos a la Corte Constitucional que se tome en cuenta este *amicus curiae* al momento de decidir sobre el control previo de constitucionalidad del Acuerdo. La disposición del Acuerdo sobre solución de controversias inversionista-Estado cumple con los preceptos constitucionales y

legales del ordenamiento jurídico nacional. Además, como fue expuesto, la prohibición del Art. 422 de la Constitución no es aplicable en este caso, por lo que el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado del Acuerdo es constitucional.

79.- Los aquí firmantes, en el evento que pueda considerarse de utilidad, están dispuestos a presentarse en audiencia pública para responder a cualquier consulta de las señoras juezas y los señores jueces de la Corte Constitucional.

80.- Notificaciones recibiremos en los correos electrónicos fcorralb@corralbarriga.com y alvaro.galindo@georgetown.edu

Fabián Corral Burbano de Lara

Alvaro Galindo Cardona