

Los Tratados Bilaterales de Inversiones: Un nuevo reto para la Corte Constitucional del Ecuador

Por: Félix Iván Reyes Chévez

En el mes de junio del año 2018, el Pleno de la Asamblea Nacional del Ecuador consideró como necesaria una interpretación por parte de la Corte Constitucional del alcance de la prohibición contenida en el artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador. Esta prohibición constitucional se dio respecto a la 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. Luego de adoptada dicha Resolución, la Asamblea planteó una Acción de Interpretación ante la mencionada Corte, la cual se está sustanciando en la actualidad.

La discusión tiene como raíz la supuesta tensión que surgiría entre los Tratados Bilaterales de Inversiones

(“TBIs”) con cláusulas de resolución de disputas a través de un arbitraje en el CIADI y la prohibición constitucional antes mencionada.

Cuestión Preliminar:

Previamente, es necesario contextualizar que los Tratados Internacionales son fuentes directas del Derecho Internacional Público (“DIP”) y, sobre las reglas de este derecho, surgen sus efectos jurídicos. En consecuencia, en el caso de algún incumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones asumidas en Tratados Internacionales; las responsabilidades que se derivarían deben ser resueltas en el ámbito de dicho derecho supranacional.

• Respecto a la supuesta cesión de jurisdicción soberana

A través de estos tipos de Tratados, los Estados se obligan a respetar las inversiones de otro Estado, y viceversa. En el caso de que uno de los Estados suscriptores incumpla el TBI, el inversionista del otro Estado suscriptor puede demandarlo ante un Tribunal Arbitral del CIADI. En el CIADI, un Tribunal Arbitral observará si el Estado demandado, efectivamente, ha violado el TBI; es decir, si el Estado ha incumplido con su obligación internacional de respetar al inversionista e inversión del otro Estado suscriptor.

En el CIADI, un Tribunal Arbitral observará si el Estado demandado, efectivamente, ha violado el TBI; es decir, si el Estado ha incumplido con su obligación internacional de respetar al inversionista e inversión del otro Estado suscriptor.

Si entendemos que los TBIs son Tratados Internacionales, su interpretación y aplicación se trata bajo el DIP, tal como se lo había indicado en líneas anteriores. Por lo tanto, no podríamos pensar que la responsabilidad internacional de un Estado, ante un incumplimiento de esta naturaleza, podría ser juzgada y sancionada por ese propio Estado ante sus cortes locales.

Partiendo de aquello, ante la suscripción de un TBI con cláusula arbitral CIADI y el incumplimiento de obligaciones allí contraídas; ilógico sería pensar que un Estado cede su jurisdicción soberana, por cuanto, estaríamos dentro de la esfera de las responsabilidades internacionales de DIP que deberían ser resueltas a través de órganos supranacionales (como lo es el CIADI). Por esa razón, se rescata una fulminante frase de Ecuador Very Young Arbitration Practitioners (ECUVYAP) respecto a este punto en particular al mencionar que: [el Estado ecuatoriano] mal podría ceder una jurisdicción que no tiene.

- **Respecto a las controversias contractuales o de índole comercial**

Sobre controversias contractuales, y rescatando el notable análisis realizado por el Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, para diferenciar las controversias contractuales de las controversias relacionadas a las inversiones, se requerirá identificar lo siguiente: (i) la fuente de la que provienen estos tipos de disputas; (ii) el

derecho aplicable y (iii) la responsabilidad que se invoca. Sobre el primer punto, la fuente de una controversia contractual nace, obviamente, de un contrato, lo cual nos permite observar una gran diferencia entre las controversias derivadas de inversiones, dado que éstas nacen de Tratados Internacionales, específicamente de los TBIs. Sobre el segundo punto, en las controversias contractuales en el Ecuador, el derecho aplicable son los cuerpos normativos, como el Código Civil, Código de Comercio, etc. Respecto a controversias internacionales, en el caso, por ejemplo, de compraventas de mercancías o de la Convención de Viena, el derecho aplicable será el DIP. Sobre el tercer punto, respecto a la responsabilidad ante un incumplimiento de carácter contractual, estaríamos frente a las reglas de la responsabilidad civil

Si entendemos que los TBIs son Tratados Internacionales, su interpretación y aplicación se trata bajo el Derecho Internacional Público. Por lo tanto, no podríamos pensar que la responsabilidad internacional de un Estado, ante un incumplimiento de esta naturaleza, podría ser juzgada y sancionada por ese propio Estado ante sus cortes locales.

contractual. Sin embargo, ante el incumplimiento de obligaciones derivadas de un Tratado Internacional (en este caso, un TBI), la responsabilidad que se estaría enfrentando sería aquella derivada del Derecho Internacional Público.

Antes de analizar la diferencia entre controversias de índole comercial y las derivadas de las inversiones, es válido pensar en un significado técnico jurídico sobre el concepto de “inversión”. Del Derecho Internacional de las Inversiones, nutrido de las decisiones del CIADI y los criterios de respetados autores, podemos rescatar una categoría adoptada a raíz de la interpretación del Convenio del CIADI. A través de dicha interpretación, se incorporan a la definición de “inversión” la concurrencia de tres elementos: a) una contribución económica, b) que tuviera una considerable duración, y, c) en la que el inversionista participe en el riesgo de la transacción. La incorporación de estos elementos para la construcción del concepto de “inversión” repara en aspectos que la diferencian, en gran medida, del concepto de transacción comercial; siendo esta caracterizada por su elemento de inmediatez. Por esa razón, varios Tribunales Arbitrales del CIADI se han declarado incompetentes al encontrarse ante disputas relacionadas con asuntos meramente

comerciales y que no guardaban la categoría de inversiones.

Conclusión

La Acción de Interpretación Constitucional supone, para la Corte Constitucional, un ejercicio de interpretación normativa para establecer el alcance de la norma interpretada; según nuestro criterio, la interpretación deber ser sobre su tenor literal. En base a ese tipo de interpretaciones, se puede concluir que las características de los TBIs y sus efectos jurídicos escaparían de la prohibición constitucional, toda vez que, a través de la suscripción de un TBI, el Estado ecuatoriano no cedería su jurisdicción soberana, ni las controversias nacidas de un Tratado de este tipo podrían categorizarse como contractuales ni comerciales.

Sin perjuicio de lo anterior, y sin lugar a duda, es un gran reto el que tiene al frente la Corte Constitucional del Ecuador. Corte que, a través de sus fallos, algunos muy controvertidos, nos ha demostrado que adopta decisiones notablemente razonadas, y a la altura de las circunstancias.