

La Corte Constitucional ecuatoriana declara la inconstitucionalidad de varios Tratados Bilaterales de Inversión

Katia FACH GOMEZ*

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Zaragoza

A partir del mes de junio de 2010, la Corte Constitucional ecuatoriana ha empezado a emitir una serie de Dictámenes en los que se declara la inconstitucionalidad de algunos artículos contenidos en los Convenios para el Fomento y Protección Recíproca de las inversiones (en adelante, y siguiendo la nomenclatura ecuatoriana, TBIs) que Ecuador ha firmado con diversos Estados. Este comentario se va a centrar en los Dictámenes referidos a los TBIs en vigor –hasta el momento– con Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Federal de Alemania y República Popular de China¹ (en adelante y respectivamente, TBIG, TBIA, TBIC).

Estos tres Dictámenes traen su origen en el Oficio T. 4766–SNJ–10–21 que el Presidente Rafael Correa dirigió el 6 de enero de 2010 al Presidente de la Corte Constitucional, solicitando que este órgano emitiese un dictamen de constitucionalidad para denunciar estos TBIs². La base de esta petición es el art. 438.1º de la Constitución del Ecuador de 2008³. El citado Oficio del pre-

* La autora es miembro de los proyectos de investigación DER2009–11 702 (Sub JURI) y e–PROCIFIS (Ref S14/3). katiafachgomez@gmail.com. Este comentario se terminó de elaborar en el mes de agosto de 2010.

¹ En los próximos meses se prevé que la Corte Constitucional ecuatoriana emita nuevos dictámenes sobre otros TBIs cuestionados por el Presidente Ecuatoriano, como son los que vinculan al país con Argentina, Chile, Francia, Holanda, Suiza, Canadá, Suecia, USA y Venezuela.

² Según el artículo 420.2 de la Constitución: “La denuncia un tratado aprobado corresponderá a la Presidenta o Presidente de la República. En caso de denuncia de un tratado aprobado por la ciudadanía en referéndum se requerirá el mismo procedimiento que lo aprobó”. Previamente, el artículo 419 exige que: “La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: 4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución. 6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio” y el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa de 2009 establece que: “la ratificación o denuncia de los tratados y otras normas internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea nacional en los casos que: 6. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo nacional o supranacional”. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5047&Itemid=541.

³ Artículo 438: “La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley: 1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional. 2. Convocatorias a consultas populares de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados. 3. Objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la Presidenta o Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes”. www.asambleanacional.gov.ec

sidente ecuatoriano declara que varios TBIs “contienen clausulas contrarias a la Constitución de la Republica 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”⁴. Asimismo, en el Oficio se critica que los tribunales arbitrales internacionales a los que los Ecuador se ha sometido a través de sus TBIs “no toman en cuenta el Derecho ecuatoriano, sino que valoran peculiarmente el concepto de inversión, llegando a desconocer el derecho nacional cuando considerar que las medidas legislativas tomadas por el Ecuador han sido arbitrarias o discriminatorias”.

El contenido de este Oficio del Presidente Correa ha generado controversia en Ecuador. Haciendo uso de la posibilidad prevista en el artículo 111.2.b) de la Ley Orgánica ecuatoriana de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2009⁵ (en adelante LOGJCC), el representante legal de la Federación de Camaras de Comercio del Ecuador ha presentado ante la Corte Constitucional un escrito en el que explicita la inconformidad de esta representación empresarial con el proceso iniciado por el presidente ecuatoriano. Las Cámaras de Comercio estiman que, entendiendo que el presidente basa su petición en el art. 422.1 de la Constitución ecuatoriana, dicho precepto es ineficaz para lograr la declaración de inconstitucionalidad de los TBIs. Se argumenta –cuestionablemente⁶– que el tenor de este artículo (“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”) no prohíbe la celebración de TBIs, sino que únicamente impide la conclusión de contratos comerciales entre el Estado ecuatoriano y un inversor extranjero.

Asimismo, las Cámaras de Comercio recuerdan al Tribunal Constitucional unos datos adicionales: una denuncia por parte de Ecuador de sus TBs requiere cumplir con determinados presupuestos en ellos contenidos –como que la denuncia ha de notificarse con un año de antelación y que, pese a la denuncia, los inversores dispondrán de diez años adicionales de protección–. Además, el Estado ecuatoriano ha ganado la mayoría de las causas que le han

⁴ www.corteconstitucional.gov.ec.

⁵ Art. 111: “Trámite del control constitucional.– El trámite del control constitucional de los tratados internacionales se sujetará a las siguientes reglas: 2. Para el control constitucional previsto en el numeral 1 del artículo 110, se seguirán las siguientes reglas: a) La Presidenta o Presidente de la República enviará a la Corte Constitucional copia auténtica de los tratados internacionales, en un plazo razonable. En caso de no hacerlo, la Corte Constitucional lo conocerá de oficio. b) Una vez efectuado el sorteo para la designación de la jueza o juez ponente, se ordenará la publicación a través del Registro Oficial y del portal electrónico de la Corte Constitucional, para que dentro del término de diez días, contados a partir de la publicación, cualquier ciudadano intervenga defendiendo o impugnando la constitucionalidad parcial o total del respectivo tratado internacional”. http://www.derecho-ecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5198&Itemid=554.

⁶ Da la impresión de que dicha interpretación, que pretende invalidar el artículo 422 de la Constitución como herramienta para justificar la denuncia de TBIs, no era la que llevaba en mente el legislador constituyente ecuatoriano. En mi opinión, la referencia a “controversias contractuales o de índole comercial” se vincula a las materias que justifican la celebración de TBIs.

sido planteadas ante CIADI o ha llegado a “importantes acuerdos”⁷. Por todo ello las Cámaras de Comercio solicitan de la Corte que no emita el dictamen requerido por el Presidente; plantean la duda de por qué Correa no ha denunciado también los TBIs que Ecuador ha suscrito con otros Estados como Cuba, Bolivia, Perú, Paraguay, El Salvador, España y Rumanía y piden a la Corte Constitucional que sugiera al ejecutivo la adopción de una medida más moderada, como es la renegociación de los TBIs a través de la vía diplomática⁸ o, que en su defecto, se acuda a un arbitraje que permita solucionar las diferencias en torno al contenido y alcance de los TBIs⁹.

En relación con el TBIG, el señor Jose Gustavo Prieto Muñoz¹⁰ también ha presentado un escrito ante la Corte Constitucional, en el que recoge las siguientes reflexiones: la propia Constitución ecuatoriana admite el arbitraje y desea promover los flujos de capitales; el principio de buena fe obliga a los Estados a respetar sus compromisos –respeto que ha de mantenerse salvo en supuestos excepcionales que no se considera que concurran en este caso– y la Corte ha de indicar si el art. 422 de la Constitución también afecta a obligaciones adquiridas previamente por el Estado ecuatoriano¹¹.

En los tres Dictámenes analizados, las Consideraciones de la Corte Constitucional ecuatoriana comienzan afirmando su competencia para conocer de la petición del Presidente, basando esta competencia en los arts. 429 y 438.1º de la Constitución, arts. 75.3.d, 107 y Disposición Transitoria Tercera de la LOGJCC y artículos 69 y siguientes del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional. El hecho de que, en el momento de suscribirse los TBIs ahora cuestionados, estos no transgredían ninguna norma constitucional es admitido por la Corte¹², ya que la en cada momento vigente Constitución ecuatoriana –del año 1993 o 1997– no contenía un artículo semejante al actual art. 422 de la Constitución de 2008. No obstante, la Corte declara que la necesidad de realizar el control de constitucionalidad a dichos TBIs viene justificada ahora por el art. 417 de la nueva Constitución, que afirma que: “los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución”¹³.

⁷ Se supone que con esta ambigua expresión se está aludiendo a otras formas de solucionar los conflictos distinta de la emisión de un laudo arbitral.

⁸ Esta posibilidad está recogida expresamente en la LOGJCC. Art. 112: “Efectos de las sentencias y dictámenes.– Las sentencias y dictámenes correspondientes tendrán los mismos efectos de las de constitucionalidad abstracta en general, y en particular, los siguientes: 4. Cuando se declara la inconstitucionalidad de un tratado ya ratificado, el Estado deberá denunciar el tratado ante el órgano correspondiente, la orden de promover la renegociación del tratado, o promover la enmienda, reforma o cambio constitucional”.

⁹ Se entiende que con ello se está haciendo referencia al recurso arbitral interestatal que ofrecen los artículos 8, 9 y 9 TBIs con China, Reino Unido e Irlanda y República Federal de Alemania.

¹⁰ Abogado ecuatoriano especializado en derecho comercial.
<http://gpmabogados.com/informacion.html>
<http://www.uasb.edu.ec/contenido.php?cd=1113&swpath=notev&pg=noc>

¹¹ TBIG, pp. 8 y 9.

¹² TBIC, p. 21, TBIG, pag. 14, TBIA, p. 18.

¹³ En el mismo sentido, *vid.* los arts. 424 y 425 de la Constitución de 2008.

De las extensas Consideraciones de la Corte en torno a la constitucionalidad de los TBIs citados, se van a presentar las siguientes reflexiones:

– La Corte Constitucional ecuatoriana realiza una serie de afirmaciones que, sin entrar a valorar su grado de veracidad, suponen una clarísima proclama en contra del sistema clásico de inversiones internacionales. Así, la Corte afirma que los TBIs “en la práctica han significado que los beneficios vayan en gran medida a los países inversionistas o de origen de los capitales”; “ventajas que podríamos analogarlas con aquellos tratados de doble tributación, gracias a los cuales invierto y gano en otro país, pero tributo en mi propio país”; “cabe preguntarnos hasta qué punto estos TBIs han sido recíprocos, qué beneficios han obtenido nuestros inversionistas en el Reino Unido, diríase que prácticamente los TBIs han sido de adhesión”; las cortes de arbitraje internacional “son de carácter privado y no responden a un interés colectivo”; “se ha aducido que nuestro sistema jurídico no es confiable ni idóneo, que es lento e inmoral, y se ha sostenido que el arbitraje externo es el mecanismo idóneo para solucionar los conflictos o diferencias. La Constitución de la República establece actualmente parámetros bien definidos respecto a esta temática”¹⁴.

– Si se comparan estos Dictámenes, la siguiente diferencia resulta llamativa: Por un lado, la Corte considera que el artículo 8 del TBIC no contradice el art. 422.1º de la Constitución. Este precepto recoge una garantía habitual en los TBIs: cualquier conflicto entre ambos Estados contratantes en torno a la interpretación del TBI se intentará resolver por consultas a través del canal diplomático y si no se llega a un acuerdo, la controversia será dirimida por un tribunal arbitral que, de no ser designado por los Estados implicados, será nombrado por el Presidente de la Corte Internacional de Justicia. En relación con el arbitraje a que alude este art. 8, la Corte Constitucional ecuatoriana considera que tal no afecta a la soberanía de la República de Ecuador ni supone cesión de jurisdicción, ya que el art. 416.9º de la actual Constitución proclama que: “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: (...) reconoce al derecho internacional como norma de conducta, y demanda la democratización de los organismos internacionales y la equitativa participación de los Estados al interior de estos”. Sin embargo, por otro lado, el art. 9 de los TBIG y TBIA, pese a intentar solventar asimismo los conflictos entre los Estados contratantes en materia de interpretación del TBI a través de las negociaciones directas o en su defecto de un arbitraje ad hoc, sí que es considerado por la Corte en su totalidad como “una cláusula contraria a la Constitución y consecuentemente lesiva para el interés soberano del país”¹⁵.

– En relación con los conflictos que surjan entre la República de Ecuador y un inversionista del otro Estado contratante, los tres Dictámenes concluyen

¹⁴ TBIG, p. 14.

¹⁵ TBIG, p. 15 y TBIA, pp. 15–16.

proclamando taxativamente que los preceptos referidos a arbitraje internacional contradicen el art. 422.1° de la Constitución. Analizando estos textos de forma individualizada, la Corte considera que los apartados 1 y 2 del art. 9 TBIC –admitiendo las negociaciones directas y el recurso a los tribunales nacionales–, no suponen una violación constitucional. En cambio, la Corte no admite el art. 9.3° TBIC: “si un conflicto relacionado con el monto de la compensación por expropiación no puede ser resuelto en un plazo de seis meses después de recurrir a las negociaciones tal y 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*”, ya 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 Estado”¹⁶. Es reseñable que, a diferencia de los otros TBIs analizados, el art. 9.3° TBIC limita materialmente la intervención de un tribunal arbitral *ad hoc* a un “conflicto relacionado con el monto de la compensación por expropiación”. Otro dato sobre el que reflexionar es que algunos de los tribunales de arbitraje *ad hoc* que se llegasen a crear para resolver este tipo de controversias, pese a ser algo que no viene impuesto por el TBIC, sí podrían cumplir de facto con los requisitos establecidos por el art. 422.2° de la actual Constitución ecuatoriana (“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”)¹⁷.

De una forma más contundente, el art. 8 del TBIG que remite a la conciliación y arbitraje de CIADI es considerado inconstitucional por la Corte en su totalidad, ya 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 Estado”¹⁸. En el mismo sentido se pronuncia la Corte con respecto al artículo 10 del TBIA, recordando además expresamente este Tribunal que el Estado Ecuatoriano se retiró de CIADI a través del Decreto Ejecutivo número 1823¹⁹.

– Es también destacable que la declaración de inconstitucionalidad emitida por la Corte respecto del TBIA no sólo es extensible a la solución de divergencias entre las partes contratantes (art. 9) y entre un inversionista y la parte receptora de la inversión (art. 10), sino que también se extiende a los

¹⁶ TBIC, p. 24.

¹⁷ Este planteamiento requiere entender que la referencia constitucional a las “instancias arbitrales regionales” también engloba tribunales arbitrales *ad hoc* y que la expresión “controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica” no está exigiendo que el inversor sea nacional de un Estado latinoamericano, sino únicamente que la controversia surja en el ámbito geográfico latinoamericano (Ecuatoriano, en este caso).

¹⁸ A pesar de lo que podría concluirse al leer esta contundente declaración, el art. 8 del TBIG sí que incluye una amplia referencia a la resolución de estos conflictos “por medios de recursos locales o de otra manera”. TBIG, p. 15.

¹⁹ TBIA, p. 16.

artículos 7 y 8 del Tratado, referidos respectivamente a “la aplicación de otras normas” y la “protección de inversiones anteriores”. De esta forma, la Corte impide que se pueda llegar a dar al inversor extranjero un trato más favorable que el previsto en el TBIA y asimismo proclama que proteger inversiones previas a la entrada en vigor del TBIA supondría una violación del actual art. 82 de la Constitución (“El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”)²⁰.

– Otra inconsistencia entre los Dictámenes analizados es la siguiente: En el TBIC, la Corte cita el art. 44 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados para indicar que si Ecuador denuncia estos TBIs, la denuncia se ejercerá no sólo respecto de los preceptos declarados inconstitucionales, sino respecto de la totalidad de los TBIs²¹. Ello no impide que, atendiendo al texto de los propios TBIs y al art. 26 de la citada Convención, las inversiones efectuadas antes de la fecha de la denuncia vayan a seguir pudiendo invocar durante diez años adicionales los derechos que se derivan de los TBIs –entre los que se incluye el acceso a un tribunal arbitral ad hoc para resolver conflictos–²². En cambio, el Dictamen de la Corte en torno al TBIA defiende el posicionamiento contrario respecto de la extensión de la denuncia, al afirmar que “dado que sólo ciertos artículos del instrumento internacional están en contradicción con el texto constitucional, esta Corte considera que no es menester denunciar todo el tratado internacional, sino exclusivamente los artículos que no guardan armonía con el texto constitucional”²³.

– Da la impresión de que en respuesta a los escritos que los ciudadanos reseñados han presentado ante la Corte Constitucional, ésta se esfuerza por ir descartando a lo largo de su Decisión los distintos argumentos en contra del oficio del Presidente Correa. A modo de ejemplo, en el Dictamen en torno al TBIG se reflexiona extensamente sobre las excepciones al principio *pacta sunt servanda*²⁴ y, más concretamente, se concluye que nuevos principios constitucionales ecuatorianos –como la independencia e igualdad jurídica de los Estados o el fomento de un nuevo sistema de comercio e inversión que se sustente en la justicia, conducente a rechazar que las controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados o la prioridad otorgada a la inversión nacional–²⁵ suponen un cambio esencial de circunstancias subsumible en el principio *rebus sic stantibus*²⁶.

²⁰ TBIA, p. 14.

²¹ TBIC, p. 25.

²² TBIC, pp. 25 y 26.

²³ TBIA, p. 19.

²⁴ TBIG, p. 11.

²⁵ Arts. 416, 276 y 339 de la Constitución de 2008, TBIG, p. 15, TBIA, p. 12.

²⁶ La Corte declara que: “Los tratados se suscriben bajo determinadas circunstancias existentes en ese momento y estas son, en ocasiones, la base para la celebración del acuerdo, y si estas varían sustancialmente y no pudieran ser previstas, habría desaparecido la razón de ser del convenio y no tendría sentido mantenerlo, dicho cambio vuelve imposible su cumplimiento, o las condiciones ya no pueden ser las mismas que originariamente se estipularon” TBIG, pag. 12.

– La Corte Constitucional introduce en sus Dictámenes varias reflexiones teóricas en torno a conceptos jurídicos como “denuncia de tratados internacionales”²⁷, “jurisdicción del Estado”²⁸, “conflicto internacional” o “principios Generales del Derecho Internacional”²⁹. Respecto a ellas, aparte de ser cuestionable en ocasiones el grado de vinculación de estas explicaciones con los TBIs controvertidos, llama la atención que: la Corte Constitucional cite a wikipedia como fuente para explicar la noción de denuncia de tratados internacionales y que en varias ocasiones³⁰ la Corte se apoye en un breve comentario³¹ contenido en la web www.quiendebeaqui.org –web creada por un grupo de españoles con el objetivo de realizar una “campana por la abolición de la deuda externa y la restitución de la deuda ecológica”– para explicar términos tan técnicos y esenciales en los Dictámenes como TBI. Asimismo, el Dictamen referido al TBIG alude a los arts.s 75.3.d y 107 de la Constitución Ecuatoriana como fundamento para el control de constitucionalidad que la Corte ejerce sobre los tratados internacionales³², cuando en realidad estos preceptos pertenecen a la LOGJCC. En mi opinión, detalles como estos hacen que los Dictámenes de la Corte Constitucional vean mermada su credibilidad jurídica. Existe una muy rica doctrina en estas materias, cuya alusión por parte del alto tribunal haría supérfluas citas como las indicadas.

Por último cabe señalar que la Corte indica expresamente que el contenido de los TBIs no es idéntico y, por tanto, el pronunciamiento que la Corte realiza es respecto a un TBI concreto y no constituye un pronunciamiento respecto a todos los demás TBIs enumerados por el Presidente Correa en su oficio³³. Pese a esta afirmación, parece probable que futuros Dictámenes de la Corte Constitucional ecuatoriana respecto a la denuncia de otros TBIs lleguen a las mismas conclusiones que los TBIs analizados en este trabajo.

²⁷ TBIC p. 19.

²⁸ TBIC, p. 24.

²⁹ TBIG, p. 10.

³⁰ TBIC p.19, TBIG, pag. 14.

³¹ <http://www.quiendebeaqui.org/spip.php?article1688>.

³² TBIG, p. 9

³³ TBIA, p. 18.