

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**COLEGIO DE JURISPRUDENCIA**

**LA POTESTAD DEL INVERSIONISTA DE RENUNCIAR AL FORO  
ARBITRAL EN LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN**

**SEBASTIÁN SAÁ TAMAYO**

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogado

Quito, Mayo del 2009

**© Derechos de Autor**

**SEBASTIÁN SAÁ TAMAYO**

**Mayo del 2009**

**A mi padre, por enseñarme el valor de la integridad  
A mi madre, por su sacrificio, amor y paciencia  
A mis hermanos, por su ejemplo y eterno apoyo**

**Agradecimientos,**

**A**

## RESUMEN

La presente tesis trata el tema de la renuncia del foro arbitral por parte del Inversionista en los Tratados Bilaterales de Inversión. Este trabajo busca el resolver algunos de los cuestionamientos respecto de la posición del inversionista ante el Derecho Internacional y sus diversas atribuciones. El tema central de este trabajo nace de los actuales casos en la jurisprudencia internacional, especialmente aquellos ventilados en el Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a la Inversión (CIADI), en los cuales se ha evidenciado excepciones a la jurisdicción en base a lo que los Estados han invocado como renunciaciones a la misma. Esta excepción, si bien ha sido mencionada en la doctrina y los Tribunales se han pronunciado al respecto, no se ha tratado frontalmente el problema de si el inversionista puede o no disponer de éste Derecho y cuáles serían los efectos de una u otra hipótesis. Adicional a esto, este trabajo discute el tratamiento que se le ha dado al tema desde el punto de vista de renuncia, buscando una solución práctica y más acertada al tema enfocándolo desde la perspectiva de un ejercicio de un derecho mas no una renuncia de tal. Para alcanzar esta conclusión el presente trabajo nos lleva desde los fundamentos del Derecho Internacional de las Inversiones pasando por instituciones del Derecho Internacional Público y realizando un enfoque sustancial en la Jurisprudencia Internacional.

## **ABSTRACT**

The following thesis addresses the Investor's right to waive Arbitration under a Bilateral Investment Treaty. This paper seeks to solve some of the major questions regarding the standing of the Investor in the lights of International Law. The central topic of this thesis derives from latest case law, mainly those provided by the International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), in which State practice have included exceptions to Jurisdiction based on supposed Investor's waivers to arbitration. This exception to Jurisdiction has been mentioned by doctrine, and plenty Tribunals have been in the position where they had to address the subject, though neither has in fact addressed directly the problem of whether an Investor can waive this right and what would be the effects of such a disposition of this right. Additionally, this paper debates the treatment that both doctrine and jurisprudence have awarded to the problem behind the waivers, and treats the problem from the perspective of an exercise of a right and not a waiver of such. To reach such conclusion, the present dissertation takes us from the very origins of International Investment Law to the principles and institutions that govern International Law, analyzing as well, the most representative Jurisprudence on the subject.

# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	11
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>Nociones Generales</b>	
1.1. Tratados Bilaterales de Inversión (TBI)	17
1.1.1. Marco Histórico de los TBI	17
1.1.2. Desarrollo y Evolución de los TBI	19
1.1.3. Origen de la Obligación de los Estados	21
1.1.4. Motivación para la existencia de los TBI	22
1.1.5. Estructura del TBI	23
1.1.5.1. Preámbulo	23
1.1.5.2. Definiciones	24
1.1.5.3. Admisibilidad de la Inversión	25
1.1.5.4. Derechos Sustantivos	25
1.1.5.5. Compensación y Remediación bajo el Derecho Internacional	26
1.1.5.6. Solución de Disputas Estado – Estado	26
1.1.5.7. Solución de Disputas Inversionista – Estado	27
1.1.5.8. Duración del Tratado	28
1.1.6. Tratados Bilaterales y Tratados Multilaterales	28
1.2. El Arbitraje como pilar del Derecho Internacional de las Inversiones	29
1.2.1. Nociones Generales y Marco Histórico del Arbitraje	29
1.2.2. Naturaleza Jurídica del Arbitraje	31
1.2.2.1. Doctrina Contractual	31
1.2.2.2. Tesis Jurisdiccional	32

1.2.2.3. Tesis Mixta	32
1.2.3. Arbitraje Internacional	33
1.2.3.1. El fenómeno del Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones I	33
1.2.3.2. La Convención de Nueva York de 1958	33
1.2.4. El Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones	34
1.2.5. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)	35
<b>CAPITULO II</b>	
<b>El Inversionista como Titular de Derechos ante el Derecho Internacional</b>	
2.1. Sujetos de Derecho Internacional, Historia y Evolución	38
2.1.1. Origen del Problema	38
2.1.2. Sujetos del Derecho Internacional de las Inversiones	39
2.1.2.1. Actores en el Derecho Internacional de las Inversiones	39
2.1.2.1.1. La Corporación Multinacional	39
2.1.2.1.2. Corporaciones Estatales	40
2.1.2.1.3. Instituciones Internacionales	40
2.1.2.1.4. Organizaciones no Gubernamentales	41
2.1.2.2. Estado Receptor, Estado Exportador de Capital e Inversionista	41
2.1.3. La Capacidad de Inversionista de poseer Derechos y Obligaciones bajo el Derecho Internacional de las Inversiones	42
2.1.3.1. El Derecho del Individuo a representarse ante un Tribunal Internacional ( <i>Ius Standi</i> )	44
2.1.3.2. ¿Son los Derechos previstos en el TBI del Estado o del Inversionista?	45
2.1.3.2.1. Control de las Demandas elevadas por el Inversionista	48
2.1.3.2.2. La Ley aplicable al Procedimiento	49



2.1.3.2.3. El Agotamiento de los Recursos Locales	49
2.1.3.2.4. Cláusula de Opción de Vías ( <i>Fork in the Road</i> )	50
2.1.3.2.5. Los daños sufridos	51
2.1.4. Origen de la Protección Diplomática y de los Derechos que otorga el TBI	51
2.1.5. Criterios Jurisprudenciales en el CIADI	52

### **CAPÍTULO III**

#### **La Potestad del Inversionista de Renunciar al Foro Arbitral Mediante Cláusula Contractual**

3.1. Interacciones entre Reclamos Contractuales y Reclamos bajo el Tratado	54
3.1.1. El resurgimiento de la Doctrina Calvo en los Contratos de Inversión	55
3.1.1.1. Caso Lanco v. República Argentina	58
3.1.1.2. Caso Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi v. República Argentina	59
3.1.2. Doctrina de la Base Esencial o Fundamental de la Demanda	61
3.1.2.1. Salini Costruttori e Italstrade v. República de Marruecos	62
3.1.2.2. Societé Generale de Surveillance S.A. v. República de Pakistán	63
3.1.2.3. Societé Generale de Surveillance S.A v. República de Filipinas	65
3.1.3. La “Cláusula Paraguas”	66
3.1.4. Efectos de una Cláusula Calvo en un Contrato de Inversión cuando media un TBI con Cláusula Paraguas	69

### **CAPÍTULO IV**

#### **La Potestad del Inversionista de Renunciar al Foro Arbitral y el Error Conceptual del término “Waiver”**

4.1. El caso Occidental Exploration and Production Company contra el Ecuador	71
--	----

	10
4.1.1. Primera Excepción a la Jurisdicción invocada por el Ecuador	72
4.1.2. Argumentos de la Demandante en respuesta a las objeciones a la Jurisdicción	75
4.1.3. Argumentos expuestos en la Audiencia de Jurisdicción	76
4.1.4. Decisión del Tribunal respecto de la primera excepción a la Jurisdicción expuesta por el Estado Ecuatoriano	77
4.1.5. Lecciones de OEPC y OPC v. Ecuador	80
4.1.5.1. ¿Puede el Inversionista renunciar al Foro Arbitra CIADI?	80
4.1.5.2. ¿Qué se puede y que no se puede considerar una renuncia al Foro Arbitral?	81
4.2. Alcance de la posible renuncia frente a Derechos Sustantivos	82
4.2.1. ¿Derecho Directos o Derechos Derivativos?	82
4.2.2. ¿Cuales son los Derechos Sustantivos que otorga el TBI y puede el Inversionista al ser titular de éstos renunciar?	84
4.3. La selección de Foro y el error conceptual de renuncia de Derechos	86
4.3.1. Agotamiento de Remedios Locales y Práctica Moderna	86
4.3.2. Efectos de la provisión de <i>Fork in the Road</i> en los TBI	86
4.3.3. La provisión de <i>U-Turn</i> o Vuelta en U	87
4.3.4. El error conceptual del término renuncia o “waiver” y la provisión de selección de foro como Derecho del Inversionista	89
4.3.5. Efectos de una elección de foro vs. una renuncia de foro	91
4.3.6. Validez del pacto de elección de foro	92
<b>CONCLUSIONES</b>	96
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	102

## INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional de las Inversiones es una rama del Derecho Internacional Público relativamente nuevo. Nace del Derecho Comercial Internacional pero, a diferencia de este, no es un derecho absolutamente público ya que trata las controversias relativas a inversiones, las cuales por su naturaleza son de carácter privado. Por ende, también se la ha considerado una rama del Derecho Internacional Privado. Es a su vez, un derecho que, al ser relativamente nuevo, tiene varios elementos del mismo, que son prácticamente vírgenes, y que dan lugar a la discusión y análisis para lograr hacer una construcción jurídica de este ámbito del derecho internacional que cada vez tiene un mayor peso en la vida de los Estados y los particulares. En un mundo globalizado, en el cual cada día las relaciones de carácter internacional son más y más comunes, es necesario el contar con herramientas claras, que nos permitan un correcto desarrollo del derecho y consecuentemente de la economía.

Esto nos lleva a la importancia del tema que he decidido escoger para mi tesis. Pero primero cuál es el problema que esta tesis busca resolver. El problema consiste en determinar si los inversionistas tienen la potestad de renunciar a un foro arbitral y a la vez poder determinar cuales son los efectos de dicha renuncia. Esto visto de forma práctica se refleja en que los Tratados Bilaterales de Inversión contienen una cláusula destinada a otorgar al inversionista la potestad de escoger entre una serie de foros entre los cuales resaltan aquellos de Arbitraje Internacional. La primera interrogante que nace a partir de esta afirmación es, ¿Cuál es el carácter de este instrumento que se firma entre Estados pero que está diseñado para que surta efecto para terceros (el inversionista)? Entonces a raíz de esto abarcamos el tema, cual es el rol que desempeña este tercero (inversionista) dentro de este instrumento internacional. Es así como en la práctica y ejercicio de este derecho, se han presentado casos en los cuales, los Tribunales se han visto obligados a pronunciarse respecto de supuestas renunciaciones por parte del inversionista, a la jurisdicción arbitral. Entonces analizaremos, si el inversionista, siendo un mero tercero dentro de un Instrumento de carácter Internacional, tiene la potestad de renunciar a los derechos que le han otorgado los Estados. Esto no será blanco y negro, definitivamente tendrá matices, para lo cual es necesario hacer un enfoque de varias de las instituciones del Derecho Internacional de las Inversiones.

Es así como el primer capítulo de la tesis tiene la misión de introducir los elementos más importantes del Derecho Internacional de las Inversiones dentro del contexto del problema planteado. Estos elementos son esencialmente tres. El primero de ellos es el Tratado Bilateral de Inversión que juega un rol fundamental dentro del Derecho Internacional de las Inversiones ya que es la principal fuente de derechos de los inversionistas y más aún, es el documento que contiene la cláusula de selección de foros que será el tema central de esta tesis. El análisis buscará identificar la naturaleza de este instrumento, desmembrar sus elementos y profundizar en su nacimiento y desarrollo.

El segundo elemento del primer capítulo es el arbitraje. Esta institución jurídica es un pilar fundamental dentro del Derecho Internacional de las Inversiones. La razón de ser detrás de la figura del arbitraje en la protección de las inversiones se

remonta a la doctrina bajo la cual los Estados pueden tener una influencia directa sobre sus cortes locales por lo cual un Tribunal Arbitral imparcial representa una verdadera garantía para el Inversionista. El desarrollo de este elemento incluye el fragmentar los componentes esenciales del arbitraje, puesto que la pregunta de fondo de la presente tesis implica una supuesta renuncia al consentimiento a arbitrar por parte del inversionista. Elementos como el consentimiento o los requisitos formales forman parte integral de esta tesis por lo cual tenerlos en cuenta al momento del análisis resulta menester. Una vez expuestos los principios del arbitraje se topa el tema del arbitraje internacional, que si bien mantiene todos los principios generales del arbitraje, contiene ciertas particularidades como lo son la ejecución del laudo para lo cual se hace una breve mención a la Convención de Nueva York sobre la ejecución de laudos extranjeros.

Finalmente el capítulo uno de la presente tesis realiza una breve descripción de uno de los entes rectores y de mayor relevancia para el Derecho Internacional de las Inversiones que viene a ser el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversión (CIADI). Para la mejor comprensión del nacimiento y desarrollo de esta entidad, se topa superficialmente el Convenio de Washington mediante el cual los Estados firmantes dan vida al Centro CIADI. Subsiguientemente se realiza una explicación acerca de todos los elementos que conforman el CIADI. Principalmente aquellos que se refieren a los requisitos para que la controversia, en función de los requisitos de Jurisdicción pueda ser conocida por un Tribunal del Centro. Los requisitos de jurisdicción resultan clave, puesto que el tema central de esta tesis se basa en lo que potencialmente es una excepción a la Jurisdicción del Centro por haber renunciado en teoría a la misma.

Una vez que los diversos elementos que entran en juego se han puesto en el contexto del problema central, abordamos en el segundo capítulo la primera pregunta relevante al tema que consiste en si el individuo es sujeto de derechos ante el Derecho Internacional. Primero se hace una breve mención de aquellos actores del Derecho Internacional de las Inversiones los cuales comúnmente se les ha atribuido cierto protagonismo en el ejercicio del mismo. Después de conocer los actores, enfocamos la pregunta respecto de si el individuo ante el derecho internacional es sujeto tanto de derechos como obligaciones. Aquí se aborda varias preguntas subsidiarias que

eventualmente nos llevan a la respuesta a la pregunta previamente planteada. Entre estas preguntas subsidiarias podemos resaltar el plantearse si el individuo tiene *ius standi* ante los diversos Tribunales, si el inversionista es el titular de los Derechos del TBI, que ha dicho la jurisprudencia, principalmente en materia de derechos humanos al respecto entre otras. Sobre este último tema se realiza un énfasis importante en los casos del Tribunal Internacional de Justicia que ha sido el pionero en pronunciarse respecto de diversos casos en los cuales los Estados han intervenido en defensa de sus nacionales pero la pregunta respecto de si los derechos son del individuo ha sido materia de debate.

Finalmente en el capítulo segundo se trata una de las instituciones rectoras en el Derecho Internacional de las Inversiones que es la Protección Diplomática. Esta figura representa el primer mecanismo por el cual el Derecho Internacional comenzó a proteger a la inversión extranjera. El desarrollo de esta figura es de trascendental importancia para el problema central puesto que será necesario establecer las diferencias entre la protección diplomática y los derechos del TBI; de donde resulta la respuesta a la pregunta de quién es el titular de los derechos de los Tratados Bilaterales de Inversión.

Una vez resuelta esta cuestionante, podemos avanzar al estudio de las renuncias a los foros arbitrales mediante cláusulas contractuales. Este ha sido un tema ampliamente tratado en la jurisprudencia y que ha sentado las bases para la pregunta materia de este tema. Como primer tema, se aborda las interacciones entre reclamos contractuales y reclamos bajo el tratado. Esto nos pone en perspectiva las diferencias que existen entre invocar estándares del Tratado o simplemente alegar violaciones propias al contrato. Aquí hacemos un paréntesis dentro de lo que se trata el alcance de la doctrina Calvo, puesto que es en base a ésta por la cual nace lo que se conoce como una cláusula de foro local exclusivo dentro del contrato. Es en base a estas cláusulas que los Estados han interpuesto la excepción de renuncia a la Jurisdicción CIADI o de cualquier otro foro arbitral del TBI en base a un pacto entre las partes de someter cualquier controversia a las Cortes locales.

Con relación a este tema, el tercer capítulo busca evidenciar la problemática que ha surgido en razón de este tema mediante hacer un análisis extensivo de los pronunciamientos que han tenido los diversos tribunales a los cuales se les ha

planteado el problema. Pasaremos por el caso *Lanco v. Argentina* que fue el primero en pronunciarse respecto de lo que potencialmente podía ser una renuncia a la Jurisdicción CIADI. Subsiguientemente se topa el caso de *Aguas del Aconquija y Vivendi contra la República Argentina*. En este tema se topa todos los elementos esenciales respecto del tema de las cláusulas Calvo en los contratos. Se evalúa la decisión del Tribunal y posteriormente se abarca lo establecido por el Comité de Anulación del laudo CIADI. Respecto del Comité de Anulación, se busca el ponderar las conclusiones a las que llega, puesto que estas marcan un lineamiento que posteriormente es recogido por varios otros Tribunales.

Posteriormente se trata los laudos de los Tribunales en *Salini Costruttori e Italstrade contra Marruecos* y principalmente los laudos de *SGS v. Pakistán* y *SGS v. Filipinas*. Estos dos últimos han sido materia de fervia discusión en la doctrina internacional puesto que aún siendo muy similares los hechos de ambos casos, los Tribunales llegaron a decisiones completamente opuestas, ambas relacionadas con el tema central de estudio de esta tesis.

Finalmente el capítulo tercero busca el describir el alcance de lo que se conoce en el Derecho Internacional de las Inversiones como un cláusula paraguas. Esta figura es materia de estudio respecto de las diferencias entre los reclamos contractuales y los reclamos bajo el tratado. El encontrar el verdadero alcance, evaluando los diversos Tribunales que se han pronunciado al respecto, resulta fundamental para poder encontrar los efectos prácticos que esta figura puede tener en relación a lo que podría ser una renuncia al foro arbitral por medio de un contrato, y más aún, poder limitar la controversia a las Cortes locales en función de demandas que nacen exclusivamente de un contrato y no de provisiones del Tratado.

El cuarto capítulo es aquel en el cual las conclusiones a las cuales se llega en los primeros tres capítulos confabulan para poder abordar el tema frontalmente. Para lograr poner el planteamiento del problema en el contexto ecuatoriano, el caso madre a tratarse será el de *Occidental Exploration and Production Company y Occidental Petroleum Company contra la República del Ecuador*. Este caso aborda el tema de las renunciaciones expresas, y recoge lo apuntado por el Tribunal en *Aguas del Tunari* respecto de lo que se puede considerar una renuncia y lo que no. La manera como se divide el análisis del caso es en base a la excepción del estado ecuatoriano y su debido

planteamiento y razonamiento en base a la supuesta renuncia en el Contrato de Participación. Subsiguientemente se evalúa la contestación de la excepción por parte del demandante y sus respectivos argumentos para finalmente abordar las conclusiones a las cuales llega el Tribunal.

En base a estas conclusiones se busca llegar a soluciones parciales respecto del problema, principalmente en dos temas claves que son: Puede el Inversionista renunciar al foro arbitral; y que se puede considerar una renuncia válida al foro arbitral.

Siguiendo la línea de razonamiento de las renunciaciones, es necesario abordar de manera superficial la posibilidad de renunciar a derechos sustantivos del TBI. Como primer punto, se debe diferenciar que se considera un estándar de protección y por ende un derecho sustantivo y que no se lo considera. Se busca de esta forma diferenciar lo que podría llegar a ser una renuncia del foro a lo que sería una renuncia de un estándar de protección del TBI.

Finalmente en el capítulo cuarto se topa el tema del error conceptual que, a decir de la hipótesis del problema, es uno de los grandes impedimentos al momento de lograr establecer las soluciones al problema. Aquí se trata puntualmente las diferencias entre lo que se considera un waiver o renuncia entre lo que sería a decir de la hipótesis, un pacto de selección de foro. Se aborda el tema de diferenciar entre una renuncia de un derecho a un ejercicio del mismo cuando se encuentra de por medio una cláusula de selección de foro. Para poner en contexto el problema, se hace una descripción de los elementos en donde encuentra sus raíces el argumento, siendo estos principalmente la cláusula de selección de foro y la doctrina del *fork in the road* pasando por la provisión de *u turn* o vuelta en U.

Finalmente, y a manera de conclusión se buscará diferenciar los efectos que produce el tratar a la figura no como una renuncia sino como un pacto de selección de foro. El análisis buscará el describir como la diferencia entre una selección de foro y una renuncia no es únicamente de carácter conceptual, puesto que los efectos que surten a raíz de darles un diferente tratamiento son esenciales al momento de la aplicación de las normas pertinentes, los beneficios y el nivel de protección que conlleva el tratarlo de una u otra forma.



## **CAPÍTULO I**

### **NOCIONES GENERALES**

Para poder abordar de mejor forma el tema a discutirse en la presente tesis es necesario realizar una breve descripción de algunas de las instituciones que conforman el Derecho Internacional de las Inversiones. Dentro de estas podemos encontrar a los Tratados Bilaterales de Inversión, los fundamentos del Arbitraje, y el Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones.

#### **1.1. Tratados Bilaterales de Inversión (TBI)**

##### **1.1.1 Marco Histórico de los TBI**

En la costumbre internacional, el extranjero era tradicionalmente materia de abusos por parte de los Estados que le otorgaban derechos limitados y normalmente favorecían a sus nacionales en los negocios que estos hacían con ellos.<sup>1</sup> Sin embargo desde tiempos de la colonia española a principios del siglo XVI, FRANCISCO DE VITORIA ya declaraba que los extranjeros eran sujetos de protección para comerciar,

---

<sup>1</sup> Cfr. P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C SHREUER, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 5

viajar y vivir en tierras extranjeras.<sup>2</sup> Posteriormente HUGO GROTIUS en su tratado de “*What Belong to Man in Common*” ya establece las normas básicas de no discriminación a los extranjeros.<sup>3</sup> Pero es EMMERICH DE VATTEL el primer tratadista moderno en referirse al status de los extranjeros en país ajeno al de su nacionalidad en su obra “*The Law of Nations*.”<sup>4</sup> VATTEL establece que una vez que los extranjeros son admitidos por el Estado receptor, estos se sujetan a las leyes y normas de dicho Estado, pero asimismo el Estado se obliga a darles el mismo trato que a sus nacionales.<sup>5</sup> De esta forma vemos como aun cuando las normas internacionales ya establecen una protección mínima de los derechos de los extranjeros, existía un evidente deseo de crear reglas especiales para la protección de las inversiones extranjeras que se evidenciarían en su plenitud en el siglo XX.<sup>6</sup>

Los antecesores de los TBIs fueron los “FCN” cuyas siglas en ingles representan *Friendship Commerce and Navigation Treaties*. Estos contenían normas dedicadas a proteger la propiedad de los extranjeros pero principalmente se enfocaban en normar el comercio más que la inversión extranjera.<sup>7</sup> Con el tiempo se vio la necesidad de separar a dichos instrumentos originalmente comerciales para encontrar instrumentos que se dediquen exclusivamente a la protección de las inversiones.<sup>8</sup> El

---

<sup>2</sup> Cfr. F. DE VITORIA, *De Indis et De Ivre Belli : Relectiones*, Washington, DC: Carnegie Institution of Washington, 1917, s. p. 3

<sup>3</sup> H. GROTIUS, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres* (1625), J. B. Scott, ed., F.W. Kelsey, trans. (Oxford: Clarendon Press, 1925), Book II, Chapter II, XXII, where Grotius refers to most-favoured- nation treatment: ‘A common right by supposition relates to the acts which any people permits without distinction to foreigners; for if under such circumstances a single people is excluded, a wrong is done to it. Thus if foreigners are anywhere permitted to hunt, fish, snare birds, or gather pearls, to inherit by will, or sell property, and even to contract marriages in case there is no scarcity of women, such rights cannot be denied to one people alone, except on account of previous wrong-doing.’ en: A. Newcombe, L. Paradel, *Law and Practice of Investment Treaties*, Netherlands, Kluwer Law International, 2009, p. 4.

<sup>4</sup> E. VATTEL, *Law of Nations*, J. Chitty, trans. (Philadelphia: T.&J.W. Johnson & Co., 1858), Book II, Chapter VIII, §100. en: A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties*, Netherlands, Kluwer Law International, 2009, p. 4.

<sup>5</sup> A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties*, Netherlands, Kluwer Law International, 2009, p. 4.

<sup>6</sup> Cfr. M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2005, p 209

<sup>7</sup> Cfr. K.J. VANDELDE, *The Bilateral Investment Treaty Program of the United States*, 21 Cornell Int'l L.J. 1998, p. 201, 203-208

<sup>8</sup> Cfr. Ibidem, p. 203

talón de Aquiles de los FCN siempre fue la necesidad de que los Estados intervengan en las controversias de los Inversionistas<sup>9</sup>. Bajo la óptica de los FCNs, los Inversionistas no eran sujetos activos dentro del Derecho Internacional por lo cual eran los Estados quienes hacían uso en representación de esos derechos que normalmente se evidenciaban en forma de protección diplomática.<sup>10</sup> Los FCNs comenzaron a ser más apropiados para países con similares situaciones económicas y comerciales.<sup>11</sup> Si bien el FCN dio lugar a varios estándares de protección que eventualmente fueron desarrollados por las Naciones Unidas en los años sesentas, dentro de los cuales podemos resaltar el trato nacional<sup>12</sup>, eventualmente se evidenció la necesidad de encontrar un instrumento más idóneo para la protección de las inversiones y es de esta forma como nacen los Tratados Bilaterales de Inversión.<sup>13</sup>

### 1.1.2 Desarrollo y Evolución de los TBIs

Los tratados bilaterales de inversión son un fenómeno que encuentra su boom en los años 80 pero que existieron desde los años 60 con la firma del primer TBI hace exactamente 50 años entre Alemania y Pakistán en 1959.

Los TBI surgen como una fórmula que cumple dos propósitos: de una parte, comprometen al Estado receptor de la inversión a dar ciertas garantías a los inversionistas extranjeros, y de la otra, facilitan a éstos la solución de las diferencias sin necesidad de acudir a la protección diplomática.<sup>14</sup>

De esta forma se crea un mecanismo bajo el cual los Estados se obligan al amparo del Derecho Internacional a cumplir una serie de obligaciones con el

---

<sup>9</sup> Cfr. SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*, op. cit., p. 210

<sup>10</sup> Cfr. MCLACHLAN, CAMPBELL QC, SHORE, LAURENCE, WEINIGER, MATTHEW, *International Investment Arbitration. Oxford International Arbitration Series*, New York, Oxford University Press, 2007, p. 28.

<sup>11</sup> Cfr. D. BISHOP, J CRAWFORD, W. REISMAN, *Foreign Investment Disputes, The Modern FCN treaty series*, Netherlands, Kluwer Law International, 2005, p. 22

<sup>12</sup> Cfr. R. DOLZER, M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, D. BISHOP, J CRAWFORD, W. REISMAN, *Foreign Investment Disputes, The Modern FCN treaty series*, Netherlands, Kluwer Law International, 2005, p. 47

<sup>13</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 47

<sup>14</sup> NIETO NAVIA, R, *La paradoja del auge del Arbitraje Internacional de Inversión, en Arbitraje Internacional- Tensiones Actuales*, Bogota, Editorial Legis, 2007, p. 36.

Inversionista al igual que garantizar la protección de los derechos consagrados en este instrumento internacional.

Existe el cuestionamiento respecto de si los TBI buscan que prevalezca la costumbre internacional. La parte opuesta a esta posición establece que los tratados crean *lex specialis* entre las partes. Pero considerando que existen tantas variaciones entre los diferentes TBIs es difícil establecer que estos podrían crear un cierto grado de costumbre internacional.<sup>15</sup> Aun cuando la carcasa de cada TBI parece igual, cada uno tiene sus especificaciones que dan lugar a normas de interpretación diferentes y a estándares y grados de los mismos diversos<sup>16</sup>. Otro factor importante de los TBI es que se hace entre partes desiguales. Es decir entre un Estado exportador de capital y uno receptor de capital. El propósito en sí del tratado es la protección de la inversión que el otro Estado va a recibir. Al respecto NIETO manifiesta lo siguiente:

En general, lo que se busca es que el Estado receptor de la Inversión mantenga un cierto grado de estabilidad jurídica y que las inversiones extranjeras no se vean afectadas por medidas discriminatorias o confiscatorias. Estos tratados protegen al inversionista frente a actos indebidos y fundamentalmente discriminatorios del Estado receptor.<sup>17</sup>

Aunque el tratado contempla una doble vía de acción del mismo, es normalmente de una sola vía, es decir hacia el Estado receptor de la inversión. NIETO establece que muchas veces el bajo desarrollo de los países firmantes puede afectar a la correcta lectura de las provisiones que establece el tratado. Hay un ejercicio de la soberanía del Estado que espera recibir la inversión extranjera, tal ejercicio de soberanía se puede evidenciar mediante el otorgar al inversionista mecanismos de solución de controversias limitándose de cierta manera a acudir a las cortes locales como sería lo estándar. Aparte de estas limitantes, el Tratado es plenamente válido con la firma del mismo, puesto que se presume que la intención del Estado al suscribir es el de cumplir en relación al principio de *pacta sunt servanda*. Los tratados bilaterales son voluntarios y no existe ningún grado de coerción al momento de su suscripción.

---

<sup>15</sup> Cfr. R. DOLZER, C. SHREUER, *Principles of International Investment Law, Treaty Law Evolution and Purpose*, op.cit., p. 21

<sup>16</sup> Cfr. SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*, op. cit., p 205

<sup>17</sup> NIETO NAVIA, R, *La paradoja del auge del Arbitraje Internacional de Inversión, en Arbitraje Internacional- Tensiones Actuales*, op. cit., 2007 p 37

### 1.1.3. Origen de la Obligación de los Estados

En el Derecho Internacional Público los Tratados juegan un rol esencial como fuentes que nutren a esta rama de la ciencia jurídica. Estos proveen una serie de derechos y obligaciones que finalmente recaen en los Estados que los ratifican. Al respecto el Dr. Manuel Diez de Picasso establece lo siguiente:

Los acuerdos internacionales son una fuente del Derecho Internacional mediante la cual se crean derechos y obligaciones que debido a su origen se conocen como derecho convencional y que constituyen el efecto jurídico general del Tratado. Lo que plantea el problema del fundamento de tal obligatoriedad entre las partes.<sup>18</sup>

En palabras del mismo DIEZ DE PICASSO, el fundamento para tal obligatoriedad se encuentra en el principio ampliamente reconocido en el Derecho Internacional de *pacta sunt servanda*. MANUEL DIEZ DE VELASCO señala al respecto que:

La norma *pacta sunt servanda* que implica que la actitud de buena fe ha de prevalecer durante la ejecución de un Tratado en vigor, satisface la necesidad de seguridad jurídica, y ha sido transmitida a través del tiempo como una verdad evidente y universalmente aceptada.<sup>19</sup>

Finalmente el Convenio de Viena en su Art. 26 señala que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe, consagrando así el principio de *pacta sunt servanda* y elevándolo a lo que se conoce comúnmente en el Derecho Internacional como el Tratado de los Tratados que es el Convenio de Viena.

En cuanto al arbitraje internacional se refiere, este principio ha sido categorizado como norma básica dentro de la aplicación e interpretación de los

---

<sup>18</sup> M. DIEZ DE PICASSO, *Los Tratados Internacionales: El Tratado desde su entrada en vigor hasta su terminación*, en Manuel Diez de Velasco Instituciones de Derecho Público, Madrid, Editorial Tecnos, 2006, p. 187

<sup>19</sup> MANUEL DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Público*, Madrid, Editorial Tecnos, 2006, p. 188

acuerdos de carácter internacional.<sup>20</sup> En 1929 la corte Permanente de Justicia se pronuncio al respecto estableciendo que:

No puede ser admitido que cuando un Gobierno se obliga mediante un acuerdo internacional al pago de una deuda, a sabiendas de que esto acarrea una obligación internacional en razón del principio *Pacta Sunt Servanda*, pueda librarse haciendo uso de su legislación local.<sup>21</sup>

De esta forma vemos como la obligación del Estado en materia de inversiones encuentra su fuente en el Tratado Bilateral de Inversión, que al ratificarlo mediante acto soberano, no solo entra a formar parte del ordenamiento jurídico del Estado<sup>22</sup>, como es el caso ecuatoriano, sino que también obliga al Estado contratante a cumplirlo ante la esfera del Derecho Internacional.<sup>23</sup>

#### **1.1.4. Motivación para la existencia de los tratados bilaterales de inversión**

Las razones que dan lugar a tales instrumentos se relacionan con la inversión que realizan las grandes multinacionales pero también ciudadanos extranjeros que ya sea de forma individual o mediante un vehiculo societario que tocan temas sensibles como la soberanía, la explotación de recursos estatales y las políticas internas de cada estado.<sup>24</sup> Los tratados bilaterales de inversión suplen estos factores, en cuanto se negocian de acuerdo a los intereses que busca cada parte en base a sus necesidades y pretensiones. Así los tratados bilaterales de inversión proporcionaran las reglas definitivas para que los nacionales de sus Estados inviertan en el territorio del otro. Sería un error interpretar que estos tratados establecen costumbre internacional. Los Estados no entran en TBIs para redundar en lo que ya se conoce, sino que buscan especificar las condiciones exactas aplicables para su caso concreto y las provisiones

---

<sup>20</sup> Cfr. P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C SHREUER, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 95

<sup>21</sup> Cfr. Caso del Pago del Prestamo de oro brasileiro contratado en Francia, PICJ Series A o. 21 p. 116, en P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C SHREUER, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 95

<sup>22</sup> Constitución Política del Ecuador, Art. 417

<sup>23</sup> MANUEL DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Público*, op. cit., p. 188

<sup>24</sup> Cfr. SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*, op. cit., p 205

que se darán en caso de que surja una disputa entre el inversionista y el Estado receptor<sup>25</sup>.

Los tratados bilaterales de inversión deben ser vistos como una clara intención del país receptor de proteger las inversiones e incluso de cambiar su política respecto de las practicas contrarias a los estándares de protección que se venían dando hasta el momento.<sup>26</sup> Siempre existirá una disputa mediante la cual el país exportador de capital tratará que la protección del inversionista sea la máxima mientras que el país receptor buscará ceder la menor cantidad posible de soberanía y de lograr los mayores beneficios para el Estado mediante la creación de normas que no contraríen las provisiones del tratado.<sup>27</sup>

Finalmente SALACUSE establece que el inversionista se verá más atraído por invertir en un determinado Estado cuando medie la protección de un TBI.<sup>28</sup> Esto resulta evidente en aras de que los TBI otorgan al inversionista una serie de derechos a los cuales de conformidad con el principio de *Pacta Sunt Servanda*, el Estado se obliga a respetarlos y cumplirlos.

### **1.1.5 Estructura del TBI**

#### **1.1.5.1 Preámbulo**

El TBI comienza con unos antecedentes en los que se manifiesta el interés de las partes de proteger las inversiones de los nacionales de ambos estados en su territorio. Esto se lo conoce como el preámbulo del TBI. Éste menciona comúnmente el deseo de ambos Estados de intensificar su cooperación económica y un reconocimiento que la protección de las inversiones fortalecerá y estimulará tal cooperación económica. De esta forma el Tratado Bilateral entre Estados Unidos y Nicaragua establece lo siguiente en su preámbulo:

---

<sup>25</sup> Cfr. DOLZER, R, SCHREUER C, *Principles of International Investment Law*, op. cit., p 33

<sup>26</sup> Cfr. N. RUBINS, S. KINSELLA, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution*, New York, Oxford University Press, 2005, p. 90

<sup>27</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 91

<sup>28</sup> Cfr. SALACUSE W, J, *The Growth of Bilateral Investment Treaties and their impact on Foreign Investment in Developing Countries*, en Doak Bishop, *Foreign Investment Disputes*, Netherlands, Kluwer Law International, 2005, p 19

El Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República de Nicaragua, (en adelante, las "Partes").

Deseando promover una mayor cooperación económica entre ellas, con respecto a las inversiones hechas por nacionales y empresas de una Parte en el territorio de la otra Parte;

Reconociendo que el acuerdo sobre el trato que se otorgue a dichas inversiones estimulará el movimiento del capital privado y el desarrollo económico de las Partes.

Conviniendo en que un marco estable para las inversiones rendirá la máxima utilización eficaz de los recursos económicos y mejorará el nivel de vida;

Reconociendo que el fomento de los vínculos económicos y comerciales puede promover el respeto por los derechos laborales reconocidos internacionalmente;

Conviniendo en que estos objetivos pueden cumplirse sin perjuicio de las medidas sanitarias, de seguridad y ambientales de aplicación general; y

Habiendo resuelto concertar un convenio relativo al fomento y la protección recíproca de la inversión;<sup>29</sup>

El preámbulo ha sido de trascendental importancia a la hora de evaluar el alcance que buscaban las partes al momento de su ratificación. Es en este sentido como tribunales como *Saluka v. República Checa*<sup>30</sup>, *CME v. Republica Checa* en la opinión disidente de *BROWNLIE*<sup>31</sup>, entre otros lo han interpretado.

### 1.1.5.2 Definiciones

El segundo elemento que se encuentra en los TBIs es el referente a las Definiciones. Si bien aquí se define algunos conceptos del Tratado, son dos los elementos rectores ha definirse en esta sección. Dichos términos son el de “nacional” (que determina la jurisdicción *ratione personae* del tratado) en el cual se puede citar el

---

<sup>29</sup> Tratado Bilateral de Inversión entre Estados Unidos y Nicaragua.

<[http://www.sice.oas.org/BITS/usanic\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/BITS/usanic_s.asp)>

<sup>30</sup> *Saluka Investment BV (The Netherlands) v. Czech Republic (Partial Award)* (UNCITRAL, 2006, Watts C, Fortiers & Behrens) para 300

<sup>31</sup> *CME BV (The Netherlands) v. Czech Republic (Separate Opinion Brownlie)* 9 ICSID Rep 412, 431 (UNCITRAL, 2003).



caso de Maffezzini contra el Reino de España, o Rompetrol contra Rumania<sup>32</sup> en los cuales encontramos un extenso desarrollo de la jurisdicción en *ratione personae*; y la definición de “inversión” (que determina la jurisdicción *ratione materiae*) en el cual encontramos casos como MCI contra Ecuador o Fedax contra Venezuela,<sup>33</sup> en los cuales los Tribunales realizan una mención expresa a este requisito. Otra definición importante es la referente al concepto de territorio, puesto que no todos los países incluyen a islas o colonias y es necesario especificar el alcance de este elemento.

### 1.1.5.3 Admisibilidad de la Inversión

El tercer elemento a encontrarse en los TBIs es el de admisibilidad. Este se refiere a las normas a cumplirse en el marco legal del Estado Receptor. Así el Inversionista debe cumplir las normas y en general el ordenamiento jurídico del Estado Receptor. El TBI modelo de los Estados Unidos<sup>34</sup> prevé que esta provisión sea respetada desde el desarrollo del proyecto de inversión pasando por su ejecución y su eventual funcionamiento.<sup>35</sup> Lo que busca este elemento del TBI es que la inversión no sea contraria a las normas domésticas del Estado receptor. Esto es consecuente con una teoría de trato nacional, puesto que los nacionales necesitan cumplir con las mismas reglas y normas para invertir que los extranjeros por lo cual ambos se ven obligados a regirse por el ordenamiento jurídico de cada Estado en el que pretenden invertir.

### 1.1.5.4. Derechos Sustantivos

---

<sup>32</sup> Maffezzini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Rompetrol Group N.V. v. Romania (ICSID Case No. ARB/06/3)

<sup>33</sup> Fedax N.V. v. Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/96/3), MCI v. Republic of Ecuador (ICSID Case No. ARB/04/19)

<sup>34</sup> Tratado Bilateral de Inversión Modelo de los Estados Unidos de Norteamérica.

<sup>35</sup> Cfr. SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment, op. cit., p 212

El cuarto elemento es aquel referente a los derechos sustantivos de los Inversionistas. En éste se hace una descripción de los diversos estándares de protección a la inversión dentro de los cuales cabe mencionar al trato justo y equitativo, trato nacional, nación más favorecida, protección y seguridad constante, protección frente a expropiación, entre otras obligaciones a las cuales los Estados parte se comprometen a cumplirlas<sup>36</sup>.

#### **1.1.5.5. Compensación y Remediación bajo el Derecho Internacional**

La mayoría de los TBIs contienen esta norma destinada a evaluar la potencial responsabilidad que tienen los Estados de indemnizar a los inversionistas en casos de conflictos internos o guerras. También incluyen los medios de compensación al Inversionista cuando se ha dado una expropiación o nacionalización por parte del Estado a unos de los activos del Inversionista.

#### **1.1.5.6. Solución de Disputas Estado- Estado**

Los TBIs comúnmente contienen una cláusula destinada a la solución de controversias entre las partes contratantes, es decir entre los Estados parte del Tratado. El tratado busca consagrar el mecanismo bajo el cual se solucione una disputa directa entre los Estados partes debido a una violación del derecho internacional, en particular al TBI.<sup>37</sup> Comúnmente estas cláusulas están diseñadas para conflictos con la interpretación del Tratado, y buscan mecanismos como la consulta y la negociación como pasos previos a una instancia arbitral.<sup>38</sup>

En la redacción de la Convención de Washington se llegó al consenso de que los procedimientos que concernían a disputas entre estados no debía interferir ni afectar en lo absoluto los procesos que seguían los inversionistas en contra del

---

<sup>36</sup> Cfr. MCLACHLAN, CAMPBELL QC, SHORE, LAURENCE, WEINIGER, MATTHEW, *International Investment Arbitration. Oxford International Arbitration Series*, op. cit., p 30 Tratado Bilateral de Inversiones Modelo de los Estados Unidos de Norteamérica

<sup>37</sup> Cfr. DOLZER, R, SCHREUER C, *Principles of International Investment Law*, op. cit., p 213

<sup>38</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 213

Estado.<sup>39</sup> En el caso de Lucchetti contra Perú, el inversionista inició un arbitraje contra el Estado receptor en base al TBI Chile- Perú.<sup>40</sup> Paralelamente el Estado Peruano inicio un arbitraje contra Chile en función de la cláusula de solución de controversias Estado- Estado, y solicito al Tribunal CIADI que suspenda el arbitraje entre el Estado y el Inversionista hasta que se resuelva la disputa inter estatal.<sup>41</sup> El Tribunal rechazó la solicitud del Estado peruano y continuó con el procedimiento en función de que eran causas diferentes y que no debían alterar el curso de cada una.<sup>42</sup>

### 1.1.5.7. Solución de Disputas Inversionista-Estado

Este artículo es posiblemente el más relevante para los fines que persigue la presente tesis. En esta sección se determina como los Estados convienen arreglar las diferencias con los Inversionistas, comúnmente enumerando una lista de foros dentro de los cuales se suele incluir al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, a mecanismos UNCITRAL y a las cortes locales.<sup>43</sup> Estos foros quedan a elección del Inversionista al momento de la controversia a cual de estas desea acudir. Para poder activar este mecanismo, los mismos TBIs prevén varias etapas previas como lo son un periodo de consulta y negociación para dar un tiempo prudencial a las partes para que intenten alcanzar una solución amistosa al asunto (comúnmente conocido en Derecho Internacional como el “Cool Off Period”)<sup>44</sup>, un período de espera obligatorio antes de acudir al mecanismo arbitral, agotamiento de recursos internos cuando el TBI así lo estipule, elección de las reglas del arbitraje

---

<sup>39</sup> Cfr. History of the Convention, Vol II p. 65-66, 273-274, 576-577, en DOLZER, R, SCHREUER C, Principles of International Investment Law, op. cit., p 214

<sup>40</sup> Lucchetti v. Perú, Decisión en Jurisdicción, 7 de febrero del 2005, para. 7-9.

<sup>41</sup> Cfr. DOLZER, R, SCHREUER C, Principles of International Investment Law, op. cit., p 214

<sup>42</sup> Lucchetti v. Perú, Decisión en Jurisdicción, 7 de febrero del 2005, para. 7-9.

<sup>43</sup> Art. 6 Tratado Bilateral de Inversión entre Estados Unidos y Ecuador, Art. 10 del Tratado Bilateral de Inversión entre España y Ecuador.

<sup>44</sup> Cfr. GALLIARD, E. *Tratado y Contrato: el problema de los “hechos comunes” y de las “cláusulas paraguas”*, Conferencia en I Comité Colombiano de Arbitraje, Bogota 3 y 4 de noviembre del 2005.

cuando el instrumento así lo establezca<sup>45</sup>, entre otras cláusulas que no suelen ser muy comunes pero que podrían encontrarse en base a la *ratione voluntatis* de las partes.

#### 1.1.5.8. Duración del Tratado

Los tratados comúnmente tienen una cláusula que establece el tiempo durante el cual estarán en vigencia. Adicional a esto se establece el mecanismo por el cual se podría denunciar el Tratado y el tiempo en el que este prevalecería en vigencia posterior a su denuncia. El TBI Ecuador - Estados Unidos establece en su cláusula décima segunda lo siguiente al respecto:

##### **Artículo XII**

1. El presente Tratado entrará en vigor treinta días después de la fecha de canje de los instrumentos de ratificación y permanecerá en vigor por un período de 10 años y continuará en vigor a menos que se denuncie de conformidad con las disposiciones del párrafo 2 del presente Artículo. El presente Tratado se aplicará a las inversiones existentes en el momento de su entrada en vigor y a las inversiones que se efectúen o adquieran posteriormente.
2. Cualquiera de las Partes podrá denunciar el presente Tratado al concluir el período inicial de diez años, o en cualquier momento posterior, mediante notificación por escrito a la otra Parte con un año de antelación.
3. Con respecto a las inversiones efectuadas o adquiridas antes de la fecha de terminación del presente Tratado, y a las cuales el presente Tratado sea por lo demás aplicable, las disposiciones de todos los demás artículos del presente Tratado continuarán en vigor durante un período adicional de diez años después de la fecha de terminación.<sup>46</sup>

#### 1.1.6. Tratados Bilaterales y Tratados Multilaterales

Existen varios tratados aplicables al derecho internacional de las inversiones. Sin embargo la creación de un tratado multilateral que establezca las normas claras y

---

<sup>45</sup> Cfr. NIETO NAVIA, R, *La paradoja del auge del Arbitraje Internacional de Inversión, en Arbitraje Internacional- Tensiones Actuales*, op. cit., 2007 p 39

<sup>46</sup> Tratado Bilateral de Inversión Ecuador – Estados Unidos, agosto de 1993

de aplicación a un número grande de Estados ha fracasado.<sup>47</sup> Varios intentos se han realizado como lo son el de la Organización Mundial de Comercio después de la Segundo Guerra Mundial, pero estos han visto frustrados. La OECD también ha hecho sus esfuerzos por buscar un acuerdo multilateral de esta índole en 1990 pero también fracaso. La única convención exitosa que se ha dado de manera multilateral ha sido la Convención de Washington que dio lugar al CIADI. Sin embargo esta convención únicamente trata sobre temas procedimentales más no de protección directa de las inversiones. Una de los tratados multilaterales mas fuertes y de mayor éxito es el capítulo 11 del Convenio NAFTA que trata directamente el tema de la inversión extranjera y es vinculante para EE.UU., Canadá y México<sup>48</sup>. Otro ejemplo de un tratado multilateral es el del ASEAN, tratado para la promoción y protección de las inversiones. La MERCOSUR también contiene provisiones de índole multinacional de protección de las inversiones para los países miembros.

## **1.2. El Arbitraje como pilar del Derecho Internacional de las Inversiones**

### **1.2.1. Nociones Generales y Marco Histórico del Arbitraje**

El arbitraje es una figura que tiende a ser categorizada como nueva aún cuando sus orígenes se remontan a épocas bastantes antiguas. De acuerdo al autor BRUNO OPETIT:

El Arbitraje procede de larga historia. Conocido desde la antigüedad, ha sido practicado en las sociedades tradicionales en el seno de las comunidades rurales, mercantiles o territoriales, y la Revolución Francesa, en su primera fase, le profesó un culto verdaderamente particular.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> M. STEVENS. R. DOLZER. *Foreign Investment Disputes: Bilateral Investment Treaties*. op. cit., p. 64

<sup>48</sup> Cfr. SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*, op. cit., p 206

<sup>49</sup> OPETIT, B, *Teoría del Arbitraje*, Bogota, Colombia, Editorial Legis, p 17-18

Sin embargo, es a partir del siglo XX y fundamentalmente desde los años 50 en el cual la figura del arbitraje experimenta un crecimiento prodigioso.<sup>50</sup> Es así como el arbitraje ha servido de mecanismo alternativo de solución de controversias en varios ámbitos no solo del derecho privado sino también del derecho internacional.<sup>51</sup>

En Latinoamérica el arbitraje encuentra su boom en la década de los noventa evidenciándose no solo en las legislaciones locales sino con la ratificación de varios instrumentos de carácter internacional. Al respecto CASTILLO FREIRE señala:

En materia de arbitraje, específicamente, el avance latinoamericano en cuanto a la actualización normativa ha sido significativo. Las leyes de arbitraje de la mayoría de los países de América Latina, influenciadas por la Ley Modelo de UNCITRAL, se encuentran a la altura de las leyes más modernas.<sup>52</sup>

El Ecuador no se excluye de este proceso de expansión del arbitraje y se lo evidencia en varios aspectos del desarrollo estatal político y jurídico.<sup>53</sup> Incluso el presidente Rodrigo Borja en 1991 presentó la tesis de someter el conflicto fronterizo con la República del Perú a un arbitraje papal, el cual determinaría una solución a un conflicto de naturaleza jurídica propia del Derecho Internacional Público.<sup>54</sup>

Es así como la figura del arbitraje va adquiriendo forma hasta convertirse en uno de los mecanismos heterocompositivos más aceptados para la solución de controversias. De esta forma, el autor MONROY CABRA define al arbitraje moderno como:

El método de resolver extrajudicialmente las controversias que pueden ocurrir, o que hayan surgido entre dos o más partes, mediante actuación de una o varias personas, las cuales derivan sus poderes del acuerdo de las partes, así como del reconocimiento que la ley hace de su función.<sup>55</sup>

---

<sup>50</sup> OPPETIT, B, *Teoría del Arbitraje*, Bogota, Colombia, Editorial Legis, p 18

<sup>51</sup> S. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, H. LEONARDI DE HERBÓN. *El Arbitraje*. Buenos Aires, Editorial Abelardo-Perrot, 1998, p. 11

<sup>52</sup> M. CASTILLO FREIRE, R. SABROSA MINAYA, *El Arbitraje en la experiencia latinoamericana*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, p. 3.

<sup>53</sup> BERNAL GUTIÉRREZ, R. *El arbitraje del Estado: la regulación en Latinoamérica*, Bogota, en: Revista Internacional de Arbitraje, Legis, junio-diciembre 2004, p. 123-124.

<sup>54</sup> Diario "El Hoy", *El Arbitraje Papal de Borja*, publicado 28 de enero de 1995

<sup>55</sup> MONROY CABRA, MARCO GERARDO. *Arbitraje Comercial Nacional e Inversiones*. Segunda Edición. Colombia: Editorial Legis, 1998. p.23.

El arbitraje contiene ciertas características propias de este mecanismo alternativo de solución de controversias dentro de las cuales se encuentran:

- a) Es consensual en vista de que necesariamente debe mediar un acuerdo entre las partes en las cuales otorgan jurisdicción a este mecanismo renunciando a los foros ordinarios;
- b) Es un proceso esencialmente heterocompositivo puesto que representa un verdadero proceso en el cual es una tercera persona o personas (árbitros) quienes proveen de solución a la controversia
- c) El arbitraje es un mecanismo esencialmente privado:
- d) Las partes tienen la libertad, según como se haya pactado, de escoger factores del proceso como lo pueden ser el derecho aplicable, el idioma, el lugar a darse, el centro que llevará a cabo el proceso, escoger los árbitros entre otras particularidades;
- e) A diferencia de los procesos ante la jurisdicción estatal ordinaria, los procesos arbitrales pueden ser confidenciales si las partes así lo establecen;
- f) El arbitraje provee de un laudo firme y ejecutable sin que este pueda ser revisado salvo en casos extraordinarios.<sup>56</sup>

## 1.2.2 Naturaleza Jurídica del Arbitraje

Existen tres tesis bajo las cuales se pretende justificar el origen y naturaleza jurídica del Arbitraje. Estas son la Doctrina Contractual, la Tesis Jurisdiccional y la Tesis Mixta.

### 1.2.2.1 Doctrina Contractual

Establece que la controversia la conoce un tercero independiente quién no ejerce funciones que le corresponden exclusivamente al Estado como es el administrar

---

<sup>56</sup> MONROY CABRA, MARCO GERARDO. *Arbitraje Comercial Nacional e Inversiones*. ob.cit., p.27. (Todos los elementos del arbitraje son tomados de este autor)

justicia. Por ende el arbitraje sería únicamente la ejecución de un mandato que nace de una obligación adquirida por parte del Árbitro o Tribunal. Por lo tanto es la voluntad de las partes la que le otorga dicho mandato más no una verdadera administración de justicia. De esta forma el autor BRUNO OPPETTIT describe al alcance de la Doctrina Contractual como la siguiente:

Las partes, dentro de circunstancias limitativamente precisadas, estipularían servirse de un tercero, designado por ellas mismas o por un organismo exterior, encargado de completar o de modificar el contrato; la decisión del tercero, considerada como la expresión misma de la voluntad de las partes, se incorporaría al contrato, adquiriendo así fuerza obligatoria.<sup>57</sup>

### 1.2.2.2 Tesis Jurisdiccional

Autores que defienden esta tesis establecen que el arbitraje al contener un elemento esencialmente procedimental, adquiere la naturaleza de jurisdiccional. Si bien el elemento que da inicio al arbitraje es netamente un acuerdo entre particulares, los efectos de sus actuaciones tienen el mismo efecto que aquellos que administran justicia en nombre del Estado. GIMENO SENDRA establece: “la decisión arbitral ostenta todas las notas esenciales de cosa juzgada, tales como la obligatoriedad, ejecutoriedad, imperatividad...”<sup>58</sup>

### 1.2.2.3. Tesis Mixta

Como su nombre claramente lo establece, esta tesis es aquella que afirma que no se podría hablar de una tesis contractual puramente o una tesis jurisdiccional en su totalidad. La tesis mixta establece que existe un factor contractual al momento de ceder a un tercero imparcial que no ejerce propiamente la jurisdicción estatal, pero que entra en juego un factor jurisdiccional por la eficacia que se le otorga a la decisión

---

<sup>57</sup> OPPETTIT, B, *Teoría del Arbitraje*, Bogota, Colombia, Editorial Legis, p 182

<sup>58</sup> GIMENO, SENDRA V. *Derecho Procesal*. Tomo I, Vol. I y II, 5ta Edición. Valencia, 1990



de este tercero que puede asemejarse a aquella de un juez que administra justicia.<sup>59</sup> En base a la ley de arbitraje y mediación, que otorga a los laudos, fuerza de sentencia ejecutoriada, pero que establece a su vez que este nace del convenio arbitral entre las partes, considero que es bajo la tesis mixta donde se ubica el Ecuador.<sup>60</sup>

### 1.2.3. Arbitraje Internacional

#### 1.2.3.1 El fenómeno del Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones

La gran acumulación de capital sumado a las oportunidades de inversión global, conjuntamente con la intromisión de nuevos mercados en busca de una circulación de capital, pero principalmente la necesidad del Inversionista de buscar un foro imparcial para la solución de las posibles controversias que surjan en razón de su actividad contra el Estado receptor, han sido la razón que ha dado nacimiento al fenómeno del Arbitraje Internacional en materia de Inversiones<sup>61</sup>. El Arbitraje Internacional nace como un medio de solución de controversias en materia comercial. Es de esta forma como se empieza a desarrollar varios foros en los cuales las controversias en materia comercial podrían ser elevados a un Tribunal Arbitral cuando existía el previo consentimiento de las partes y los elementos ya citados previamente para que se de lugar al Arbitraje.

#### 1.2.3.2. La Convención de Nueva York de 1958

---

<sup>59</sup> Cfr. CHILLON MEDINA, MERINO MERCHÁN, Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional, Madrid Segunda Edición, 1991. p. 117 tomado de Salcedo Verduga Ernesto, p. 58.

<sup>60</sup> Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 1 y Art. 32

<http://www1.puertodeguayaquil.com/concesiones/leyes/Ley%20de%20Arbitraje%20y%20Mediaci%C3%B3n.pdf>

<sup>61</sup> Cfr. MCLACHLAN, CAMPBELL QC, SHORE, LAURENCE, WEINIGER, MATTHEW, *International Investment Arbitration. Oxford International Arbitration Series*, op. cit., p 4

La Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 requiere que los Estados signatarios reconozcan y apliquen los laudos extranjeros dentro de su jurisdicción. Sin embargo algunos países reconocen su aplicación *erga omnes*, es decir que no se necesita que el laudo provenga de un país signatario para que este sea aplicado en su territorio como es el caso de España.

El amplio número de Estados que lo han ratificado indica no sólo el éxito del Convenio en cuanto al objetivo inmediato que pretendía, facilitar el reconocimiento y ejecución de laudos, sino que sus soluciones representan un mínimo común denominador a escala mundial. Desde este punto de vista, el Convenio de Nueva York de 1958 establece la «infraestructura» legal del arbitraje comercial internacional y proporciona las claves para la efectiva «circulación internacional» de los laudos («sentencias arbitrales» en la terminología del Convenio).<sup>62</sup>

El Convenio de Nueva York sin embargo fue de cierta forma excluido de la práctica común del Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones puesto que fue reemplazado por mecanismos más apropiados y efectivos como lo es el del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativa a Inversiones (CIADI) el mismo que será desarrollado posteriormente.

#### **1.2.4. El Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones**

El Arbitraje Internacional en materia de Inversiones encuentra un antes y un después de la Convención de Washington de 1965. Mediante esta Convención se crea lo que se conoce como Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias en materia de inversión. Mediante la Convención de Washington y el Centro (CIADI) se establece el primer mecanismo *self contained* que permitía al inversionista acudir mediante una cláusula contractual como fue en sus principios o mediante un TBI a la jurisdicción de este Centro. Sin embargo para que el inversionista pueda acudir demandando a un Estado frente al Centro (CIADI) el Estado debía ser parte de la Convención de Washington que dentro de la clasificación del Derecho Internacional es un Tratado Multilateral.

---

<sup>62</sup> VIRGOS, M. *Arbitraje Comercial Internacional y Convenio de Nueva York de 1958*, Madrid, Actualidad Jurídica, (Uria y Menéndez), Diciembre del 2003, p 2

En esta nueva forma de Arbitraje el Estado Exportador de Capital o *Home State* no juega ningún papel, e incluso el Inversionista al presentar el reclamo ante el Centro CIADI renuncia a la protección diplomática. De esta manera el arbitraje ante el CIADI que proviene no solo de un contrato sino también de la invitación que realiza un Estado Receptor a los nacionales de otro Estado es consentimiento suficiente para poder acudir al Centro. Por esta razón muchos autores se han atrevido a comparar a este proceso como un Arbitraje en términos procedimentales, pero a su vez una operación muy parecida a una acción directa ante una Corte de Derechos Humanos.<sup>63</sup> El primer caso de Arbitraje en resultado de Tratado Bilateral de Inversión conocido por el Centro fue en 1987 y a partir de eso los casos se han elevado exponencialmente hasta superar los 200.<sup>64</sup>

#### **1.2.5. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)**

El Convenio de Washington que data del 18 de marzo de 1966 nace como una iniciativa de los directores ejecutivos del Banco Mundial en busca de la creación de un foro imparcial destinado a conocer los reclamos referentes a la materia específica de inversiones. El Convenio entró en vigencia en 1966 y su éxito se vislumbró conforme se firmaban más acuerdos de protección de las inversiones extranjeras, los mismos que normalmente incluyen al CIADI como una de las opciones de foros para resolución de controversias. En 1990 la presencia del CIADI se consolidó, siendo el principal centro para la solución de controversias en materia de inversión. Para los Estados Miembros, una de las mayores ventajas de este sistema es que las soluciones se encuentran despolitizadas, lo cual brinda mayor seguridad a los inversionistas al momento de considerar la inversión.<sup>65</sup> Para el 20 de octubre del 2005 la Convención

---

<sup>63</sup> Cfr. MCLACHLAN, CAMPBELL QC, SHORE, LAURENCE, WEINIGER, MATTHEW, *International Investment Arbitration. Oxford International Arbitration Series*, op. cit., p 5

<sup>64</sup> Asian Agricultural Products Ltd. V. Republic of Sri Lanka (Laudo) 4 ICSID Rep 245 (ICSID, 1990, EL-Kosheri P, Goldman & Asante).

<sup>65</sup> Cfr. DOLZER, R, SCHREUER C, *Principles of International Investment Law*, op. cit., 2008, p 3

ya tenía a 141 Estados ratificados.<sup>66</sup> El Convenio cuenta con un Centro de Conciliación y Arbitraje además de reglas autónomas que fueron adoptadas por el Comité Administrativo en base del Artículo 6(1)(a)-(c) del Convenio.<sup>67</sup> Este Centro se caracterizó por cinco elementos esenciales: (a) las compañías extranjeras y personas naturales pueden demandar directamente al Estado receptor; (b) la inmunidad del Estado se restringe severamente; (c) se puede aplicar el Derecho Internacional en la relación Estado – inversor; (d) en principio, se excluyen los remedios locales; (e) los laudos arbitrales CIADI se pueden ejecutar directamente en los Estado Parte del Convenio CIADI<sup>68</sup>.

En una breve descripción de los requisitos que establece el Centro CIADI para avocar competencia y jurisdicción encontramos los siguientes que se encuentran descritos en el Art. 25 del Convenio y que establece lo siguiente:

Artículo 25

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

(2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:

(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

---

<sup>66</sup> Cfr. NIETO NAVIA, R, *La paradoja del auge del Arbitraje Internacional de Inversión, en Arbitraje Internacional- Tensiones Actuales*, op. cit., 2007 p 40

<sup>67</sup> Cfr. ÁLVAREZ, ÁVILA G. *Las Características del Arbitraje CIADI*, en *Anuario de Derecho Internacional*, México, Universidad Autónoma de México, Vol. 2 p 27

<sup>68</sup> Cfr. F. CANTUARIAS, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, Lima, Editorial UPC, 2007, p. 800

(3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

(4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.<sup>69</sup>

En este artículo se menciona los tres principales requerimientos para satisfacer la jurisdicción del CIADI que son: consentimiento, *ratione personae* y *ratione materiae*. Adicional a esto se le suma el *ratione temporis* que iría ligado al requisito de consentimiento.<sup>70</sup> Estos tres elementos forman la piedra angular de la jurisdicción del CIADI y a su vez lo diferencia de otras instancias de Arbitraje Internacional donde no se debe satisfacer estos presupuestos.

---

<sup>69</sup> Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Art. 25. Revisado a enero del 2003.

<sup>70</sup> Cfr. WILLIAMS, D. *Jurisdiction and Admissibility*, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008 p 870-871

## **CAPÍTULO II**

### **EL INVERSIONISTA COMO TITULAR DE DERECHOS ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL**

#### **2.1. Sujetos del Derecho Internacional, historia y evolución**

Una vez que se ha puesto en contexto los diferentes elementos que entran en juego al hablar del Derecho Internacional de las Inversiones, lo procedente es abarcar el tema de las potestades que tiene el Inversionista y específicamente si tiene o no el derecho a renunciar a los foros que provee el Tratado Bilateral de Inversión.

##### **2.1.1 Origen del Problema**

El problema encuentra su origen en la realidad que enfrentan los Tribunales al verse con la obligación de interpretar y pronunciarse respecto de posibles renunciaciones por parte del Inversionista a ejercer su derecho para comenzar un arbitraje cuyo consentimiento se encuentra en un Tratado Bilateral de Inversión. Los Tribunales deben enfrentar la problemática de pronunciarse respecto de si una cláusula de selección de foro doméstico en un contrato o demás instrumentos vinculantes, puede elevarse a una renuncia al derecho de acceder a un arbitraje internacional que provea

el TBI.<sup>71</sup> De esta forma, podemos ver que el Tribunal al pronunciarse sobre este tema en particular, decide no solo sobre la validez de tal renuncia, sino sobre la misma competencia del Tribunal para conocer el caso. De esta manera vemos que la trascendencia de tal decisión es fundamental para los intereses ya sean del Estado o del Inversionista.

## **2.1.2. Sujetos del Derecho Internacional de las Inversiones**

### **2.1.2.1 Actores en el Derecho Internacional de las Inversiones**

En el pasado la inversión extranjera se daba por individuos o grupos de individuos que buscaban negocios que puedan resultar en ganancias rápidas. Esto cambió, y las inversiones comenzaron a tener cierta temporalidad.<sup>72</sup> Además a esto se le añaden factores como la ola de privatización sumada a que hoy en día prácticamente cualquier multinacional que busca invertir en un país se ve obligada a asociarse con una entidad estatal.<sup>73</sup>

#### **2.1.2.1.1. La corporación multinacional**

La estructura de una organización multinacional es el de poder ejercer control sobre la red de subsidiarias a nivel mundial.<sup>74</sup> En un principio se temía que por el poder económico que significan estas empresas y por el respaldo que tienen de sus estados madre, podrían afectar la política y el curso de un país mediante la reubicación en otro lugar. Muchas corporaciones multinacionales abarcan un poder económico superior al de algunos Estados ejerciendo así una especie de hegemonía económica.

---

<sup>71</sup> Cfr. HOFFMAN K, ANNE. *The Investors Right to Waive Access to Protection under a Bilateral Investment Treaty*. ICSID Review volume 22. p 69

<sup>72</sup> Cfr. P. MUCHLINSKI. *The Principal Actors, Policy Issues. International Investment Law*. Oxford University Press. 2008 New York p. 7

<sup>73</sup> Cfr. M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2004, p. 65

<sup>74</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 66

Es claro que en la óptica del derecho internacional de las inversiones las corporaciones multinacionales poseen tanto derechos como obligaciones<sup>75</sup>.

#### **2.1.2.1.2. Corporaciones Estatales**

Las corporaciones estatales mantienen un rol protagonista en estados en vías de desarrollo, donde buscan cumplir con una actividad no lucrativa, en el campo donde las empresas privadas buscan prestar el mismo servicio pero con un lucro.<sup>76</sup> Las corporaciones estatales mantienen monopolios en sectores donde las empresas privadas buscan entrar. Es así como nacen figuras como el *Joint Venture* para buscar una explotación compartida de cierto recurso que hasta ese momento era de monopolio de una corporación estatal. Son sujetos de obligaciones y derechos ante la óptica del derecho internacional de las inversiones aunque esto tiene sus matices como se encuentra en la jurisprudencia que ha estado dividida respecto de este tema.<sup>77</sup>

#### **2.1.2.1.3. Instituciones Internacionales**

Las instituciones internacionales no son parte de la esfera del derecho internacional de las inversiones pero si afectan a su desarrollo mediante la creación de normas entre otras cosas. Ejemplo de esto es el Banco Mundial que fue el responsable de la creación del CIADI.

#### **2.1.2.1.4. Organizaciones no Gubernamentales**

Estas tienen un impacto de influencia hacia la normativa y dirección que toman el derecho internacional de las inversiones pero constituyen parte del mismo.<sup>78</sup> Al

---

<sup>75</sup> Cfr. P. MUCHLINSKI. *The Principal Actors, Policy Issues. International Investment Law*. Oxford University Press. 2008 New York p. 6

<sup>76</sup> Cfr. Ibidem, p. 69

<sup>77</sup> Cfr. P. MUCHLINSKI. *The Principal Actors, Policy Issues. International Investment Law*. op. cit., p. 8

<sup>78</sup> Cfr. M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, op. cit., p. 68



igual que en otras ramas del Derecho Internacional, su participación es fundamental como entes externos encargados del crecimiento y desarrollo de la rama.

### **2.1.2.2. Estado Receptor, Estado Exportador de Capital e Inversionista**

El Derecho Internacional de las Inversiones encuentra como base a tres actores fundamentales representados por el Estado Receptor de la Inversión, el Estado Exportador de Capital y finalmente el inversionista. En una noción tradicionalista podemos decir que los primeros dos han sido considerados como aquellos con la personalidad jurídica para ejercer los derechos y obligaciones dentro de esta rama del Derecho Internacional de las Inversiones.<sup>79</sup> Es de esta forma como el Derecho Internacional que en un principio se lo conocía como el Derecho de las Naciones, reconoce al individuo como un objeto de derechos más no un sujeto de derechos como tal. Similar tratamiento se le otorgaba a los ríos, las fronteras, el territorio entre otros.<sup>80</sup>

Típicamente, las controversias que surgían en razón de una inversión era materia de protección diplomática por parte de los Estados; de esta manera los derechos de los inversionistas eran representados o apadrinados por los Estados a los cuales pertenecían sin que el Inversionista tenga un verdadero rol activo en la defensa de sus intereses.<sup>81</sup> De esta manera, se consideraba que el Inversionista no era un sujeto de Derecho Internacional por lo cual la violación a los derechos del mismo se elevaba a una demanda por compensación del Estado Exportador de Capital contra el Estado Receptor dentro del marco del Derecho Internacional. Para que esta acción pueda tener lugar se debía de cumplir con ciertos presupuestos que incluían el haber agotado todas las instancias domésticas y que el inversionista posea realmente la nacionalidad del Estado Exportador de Capital.

Aún cuando ésta fue la visión tradicionalista del Derecho Internacional, la concepción de que las provisiones en materia de Derecho Internacional podían ser

---

<sup>79</sup> Cfr. A. HOFFMAN K. *The Investors Right to Waive Access to Protection under a Bilateral Investment Treaty*. op. cit., p 69

<sup>80</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 70

<sup>81</sup> Cfr. P. MUCHLINSKI, *The Principal Actors, Policy Issues. International Investment Law*. op. cit., 2008, p. 6

directamente vinculantes para el Individuo siempre han estado en constante cuestionamiento. A medida que el movimiento de capital en forma de inversión se fue acrecentando, nuevas visiones respecto del rol del Inversionista comenzaron a aparecer. A partir del periodo Inter. guerras esta noción de concebir al individuo como sujeto de Derechos en la esfera del Derecho Internacional se acrecenta y da lugar a que otros entes como lo son las organizaciones no gubernamentales también adquieran un cierto protagonismo ante el Derecho Internacional.<sup>82</sup> De esta forma, el inversionista comienza a ganar cierta personalidad dentro del Derecho Internacional. Es de esta forma como se comienza a concebir la posibilidad de que sean los propios inversionistas quienes eleven las diversas disputas y demandas a instancias internacionales.<sup>83</sup> Esto se conoce como el *locus standi* del inversionista, que a diferencia de la concepción tradicionalista le permitía al inversionista acudir directamente a una instancia arbitral sin el patrocinio de su Estado madre. Esto sin embargo no necesariamente le otorga personalidad jurídica al Inversionista ante el Derecho Internacional. Este tema será profundizado posteriormente en la presente tesis.

### **2.1.3. La Capacidad del Inversionista de Poseer Derechos y Obligaciones bajo el Derecho Internacional de las Inversiones**

Para poder determinar si un Individuo califica como sujeto de Derechos es necesario efectuar un examen para identificar si tal Individuo posee tanto derechos como obligaciones en este caso ante el Derecho Internacional. Si bien, como se mencionó previamente, la concepción tradicionalista de los Sujetos de Derecho en el Derecho Internacional no los consideraba como tal, al evaluar el alcance de dichos individuos podemos ver que cumplen con la regla de tener derechos y obligaciones. Desde el siglo 16 ya existía una minoría de juristas que defendían la tesis de que los entes no gubernamentales eran sujetos de Derecho Internacional.<sup>84</sup> Desde ese

---

<sup>82</sup> Cfr. A. HOFFMAN K. *The Investors Right to Waive Access to Protection under a Bilateral Investment Treaty*. op. cit., p 72

<sup>83</sup> Cfr. P. MUCHLINSKI, *The Principal Actors, Policy Issues. International Investment Law*. op. cit., 2008 p. 9

<sup>84</sup> Cfr. A. HOFFMAN K. *The Investors Right to Waive Access to Protection under a Bilateral Investment Treaty*. op. cit., p 73

entonces el crecimiento de esta posición ha sido notable, especialmente en materia de Derechos Humanos, donde hoy en día es muy poco cuestionable el reconocer al individuo como Sujeto de Derechos. Una institución que ha jugado un rol fundamental no solo en consagrarse como un ente no gubernamental con mucha influencia en el Derecho Internacional, sino también al proveer de fuentes que colaboran con la noción de que el Inversionista es Sujeto de Derechos han sido las Naciones Unidas. En uno de sus documentos insignia (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) en su Protocolo Opcional establece lo siguiente al respecto:

Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo.<sup>85</sup>

En lo que concierne a organizaciones latinoamericanas, la Convención Americana de Derechos Humanos otorga incuestionablemente al Individuo la facultad de ejercer directamente sus derechos y a ser considerado como un Sujeto de Derechos ante el Derecho Internacional para el efecto. Tal pronunciamiento lo confirma en varias ocasiones la Corte Interamericana de Derecho Humanos, organismo cuyo diseño básico se sostiene bajo el concepto del individuo como Sujeto de Derecho Internacional. Finalmente, la Corte Internacional de Justicia confirma al individuo como Sujeto de Derecho Internacional en el caso de LaGrand en el 2001, al establecer que en sujeción a la Convención de Viena en Relaciones Consulares de 1963 que el Artículo 36 párrafo 1 del *Beamtenabkommen*, crea derechos individuales;<sup>86</sup> los mismos que por virtud del Artículo I del Protocolo Opcional previamente citado, puede ser invocado por el individuo y llevado a la Corte correspondiente para su respectivo conocimiento.

---

<sup>85</sup> Protocolo Adicional del Pacto de Derechos Económicos y Políticos

<sup>86</sup> Cfr. Caso Lagrand, (Alemania v. Estados Unidos) 2001 CIJ, Rep 466

### 2.1.3.1. El derecho del Individuo a representarse ante un Tribunal Internacional (*Ius Standi*)

Si bien hoy en día es irrefutable el hecho de que los Individuos bajo ciertas circunstancias pueden llegar a poseer Derechos y Obligaciones ante el Derecho Internacional, una de las grandes cuestionantes es si pueden hacer ejercicio directo de tales atribuciones ante un Tribunal Internacional. Por ejemplo, surge la duda respecto del “*ius standi*” del Individuo en la Corte Internacional de Justicia puesto que el Artículo 34 (1) de los Estatutos de dicho ente prevén que solo los Estados podrán ser parte en los casos que se lleven ante la Corte<sup>87</sup>. Sin embargo el hecho de que el Individuo carezca de “*ius standi*” no significa que este salga de la esfera de pertenecer a un sujeto de Derecho Internacional. El “*ius standi*” lo prevé cada instrumento que otorga los derechos al individuo. Es de esta manera como Tratados que datan de principios de siglo XX como lo es el de Versalles<sup>88</sup> ya otorgaban a Individuos de las Fuerzas Aliadas la facultad de llevar ante un Tribunal Arbitral Mixto sus demandas en contra de Alemania. Sin embargo, la necesidad de que la doctrina del “*ius standi*” del Individuo frente a Tribunales Internacionales comenzó a hacerse sentir cuando autores como BRIERLY comentaban al respecto, que una de las posibles soluciones podría devenir de otorgar al individuo acceso a los Tribunales en ejercicio de sus propios derechos; sin embargo, existía la traba de los Estados que se mostraban escépticos a otorgar tal potestad a extranjeros que podría elevar demandas fuera de su jurisdicción nacional.<sup>89</sup>

En la actualidad los ejemplos que otorgan “*ius standi*” al individuo frente a Tribunales Internacionales se han multiplicado.<sup>90</sup> El ejemplo más claro es el de la Convención de Washington sobre el Arreglo de Diferencias entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) que se suma a los más de 2000 TBI que se han firmado y ratificado garantizando al Individuo esta facultad de acceder personalmente

---

<sup>87</sup> Estatutos de la Corte Internacional de Justicia

<sup>88</sup> Cfr. Tratado de Versalles de Junio de 1919, Art. 297

<sup>89</sup> Cfr. BRIERLY in A. HOFFMAN K. *The Investors Right to Waive Access to Protection under a Bilateral Investment Treaty*. ICSID Review volume 22. p 74

<sup>90</sup> Cfr. *Mondev International v. Estados Unidos*, (Caso No. ARB(AF)/99/2) para. 66 en base a los artículos 1116 y 1117 de NAFTA, 11 de octubre del 2002.

y en ejercicio de sus derechos ante un Tribunal Internacional. De esta manera el *ius standi* del individuo al amparo del derecho internacional de las inversiones, ha sido confirmado en múltiples ocasiones no solo por la jurisprudencia<sup>91</sup>, sino también por la doctrina<sup>92</sup> y costumbre.<sup>93</sup>

### 2.1.3.2. ¿Son los Derechos previstos en el TBI del Estado o del Inversionista?

Si bien al parecer no cabe duda de que los Individuos son Sujetos de Derecho ante el Derecho Internacional, y que existe en la actualidad varios ejemplos que otorgan accesos directos en representación de sus Derechos a los Individuos, todavía se mantiene la pregunta de si en el caso concreto de los TBI, el Inversionista es parte del Tratado o simplemente es el Estado quién mediante el Tratado le otorga ciertas atribuciones que no lo elevan a ser parte del mismo. Es esta última tesis la que ha sido mayormente adoptada tanto por la jurisprudencia<sup>94</sup> como la doctrina<sup>95</sup>. Puesto que el Inversionista no otorga su consentimiento ni participa al momento de la firma del Tratado, no se podría considerar a éste como parte del mismo.<sup>96</sup> En lo que respecta a los temas formales del Tratado, son únicamente los Estados quienes forman parte del mismo, claro ejemplo es que únicamente éstos pueden disponer del Tratado en tal forma de ratificarlo o denunciarlo de acuerdo al mecanismo que se prevé. Sin embargo, se mantiene la pregunta de si es el Estado entonces quién posee los derechos y únicamente le otorga al inversionista un permiso de ejercer dichos derechos.<sup>97</sup>

---

<sup>91</sup> Cfr. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd*, 1970 ICJ 3, 44 (Laudo del 5 de febrero)

<sup>92</sup> Cfr. LAUTERPACH, en P.C. JESSUP, *Responsability of States for Injuries*, op. cit., p. 903-908

<sup>93</sup> Cfr. J. CRAWFORD, *The ILC Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts: A Retrospect*, 96 AJIL 874, 2002, p. 888.

<sup>94</sup> Cfr. *CMS v. Argentina*, ICSID case No. ARB/01/08, Decisión en las Objeciones a la Jurisdicción

<sup>95</sup> Cfr. P.C. JESSUP. *A Modern Law of Nations. en Power to Waive Arbitration* en Anne Koffman. ICSID Review Vol I 2006. International Center for the Settlement of Investment Disputes. p. 77

<sup>96</sup> Cfr. HOFFMAN K, ANNE. *The Investors Right to Waive Access to Protection under a Bilateral Investment Treaty*. op. cit., p. 77

<sup>97</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 76

Para abordar este cuestionamiento es necesario evaluar primero el origen de dichos derechos. La protección tradicional que se brindaba a los Inversionistas cuando éstos eran materia de abusos por parte del Estado receptor de la Inversión era la protección diplomática.<sup>98</sup> La práctica de la protección diplomática se remonta a la edad media sino antes de acuerdo a BROWLIE.<sup>99</sup> Esta protección diplomática fue interpretada por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Mavrommatis*<sup>100</sup> de la siguiente manera:

Es un principio elemental del derecho internacional que un Estado tiene el derecho de proteger a sus nacionales, cuando son dañados por actos de otros Estados contrarios al derecho internacional, de quienes no pudieron obtener satisfacción a través de sus canales comunes. Tomando el caso de uno de sus nacionales y recurriendo a la acción diplomática o al procedimiento judicial internacional en su nombre, un Estado está, en realidad, ejerciendo uno de sus derechos, el derecho de asegurar, en la persona de sus nacionales, el respeto por la normas de derecho internacional.<sup>101</sup>

En este ámbito queda claro que la protección diplomática es un derecho cuyo titular es el Estado más no el inversionista que se ha visto afectado.

La protección diplomática trajo consigo algunos problemas prácticos al momento de la defensa de los intereses de los Inversionistas dentro de los cuales se

---

<sup>98</sup> A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties*, Netherlands, Kluwer Law International, 2009, p. 5.

<sup>99</sup> I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 6th edn (Oxford: Oxford University Press, 2003) [Brownlie, *Principles of Public International Law*] at 500. In addition to diplomatic protection, claims were also enforced through private means by obtaining letters of marque or reprisal from political authorities. See K.J. Partsch, 'Reprisals' in *Encyclopedia*, *supra* note 8, Vol. IV at 200. en: A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties*, Netherlands, Kluwer Law International, 2009, p. 5.

<sup>100</sup> Cfr. Caso *Mavrommatis*. Grecia v. Reino Unido. 1924, Permanent Court of International Justice, Series A No. 2, para 12. 'It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another state, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law.'

<sup>101</sup> United Nations Centre of Transnational Corporations. *Bilateral Investment Treaties*. New York. UN 1988. p 84

puede enfatizar los siguientes: a) El Estado decidía cuando y a que inversionista proteger; b) El Estado determinaba hasta cuando impulsar la protección diplomática y cuando aceptar una transacción o arreglo; c) Finalmente la protección diplomática era materia de fricciones entre los Estados cuando estos no lograban alcanzar un acuerdo, elevándose así a problemas diplomáticos que trascendían el caso concreto de la determinada inversión,<sup>102</sup> incluso en muchos casos llevando a lo que se conocía como *gun boat diplomacy* que en circunstancias acarrearán conflictos bélicos entre Estados<sup>103</sup>. Estos problemas fueron recogidos por el Tribunal en *Barcelona Traction*, en el cual se establece que la protección diplomática no refleja un mecanismo justo de protección de las inversiones, en vista de que puede verse afectado por consideraciones políticas, económicas o de otra índole<sup>104</sup>. Bajo esta perspectiva nacen los TBI, para que sean los Inversionistas quienes ante un foro imparcial, como lo es el Arbitraje Internacional, defiendan sus intereses de manera personal. Sin embargo, la pregunta está en si esta defensa de sus intereses constituye un verdadero traspaso de derechos o una mera institucionalización y refuerzo de la protección diplomática<sup>105</sup>. Al respecto el Tribunal en el caso de NAFTA del Grupo Loewen Inc. y Raymond Loewen v. Estados Unidos establece que:

No existe norma que prevea el traspaso de reglas derivadas del Derecho Privado al campo del Derecho Internacional donde los demandantes son permitidos por mera conveniencia el ejercer derechos que originalmente pertenecen a los Estados parte.<sup>106</sup>

---

<sup>102</sup> Cfr. E. YMAZ VIDELA, *Protección de Inversiones Extranjeras, Tratados Bilaterales: Sus efectos en las Contrataciones Administrativas*. Buenos Aires, Editorial La Ley, 1999, p. 50

<sup>103</sup> Cfr. M. HOOD, *Gunboat Diplomacy 1895-1905* (London: George Allen & Unwin, 1975) and J. CABLE, *Gunboat Diplomacy, 1919-1979: Political Applications of Limited Naval Force*, 2<sup>nd</sup> edn (London: Macmillan, 1981). en: A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties*, Netherlands, Kluwer Law International, 2009, p. 9.

<sup>104</sup> Cfr. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. V. Spain*, 1970 ICJ 3, 44. Laudo de feb 5 1970.

<sup>105</sup> Cfr. HOFFMAN K, ANNE. *The Investors Right to Waive Access to Protection under a Bilateral Investment Treaty*. op. cit., p. 79

<sup>106</sup> Memorial de Contra Replica de Loewen Inc. en Materia de Jurisdicción. Abril 26, 2002)

Al limitar los derechos del Inversionista a un mero mandato del Estado que permite por fines prácticos el ejercicio del mismo y que lo asimila con una institucionalización de la protección diplomática; el inversionista no tendría derecho alguno frente al Estado receptor en un Tribunal Internacional, argumento que resulta anacrónico a la luz de Derecho Internacional moderno. Para abordar el tema de si el inversionista es el sujeto de los derechos que provee el TBI o si simplemente es un ejecutor de derechos ajenos, se debe evaluar algunos de los elementos que determinan quién es realmente el dueño de dichos derechos.

#### **2.1.3.2.1. Control de las Demandas elevadas por el Inversionista**

A diferencia de lo que se había mencionado previamente con la protección diplomática, el Inversionista es quién formula y eleva las demandas ante el Tribunal previsto en el TBI. Es éste mismo quién asume tanto el costo del Arbitraje como su estrategia de defensa, sin que el Estado del cual es nacional el inversionista (Estado Madre) interfiera en lo absoluto. No es requisito para establecer la jurisdicción de un Tribunal previsto en el TBI que el Estado Madre patrocine tal demanda, ni siquiera se plantea la necesidad de que el Estado Madre tenga conocimiento de dicha demanda. Adicional a esto, el inversionista persigue únicamente sus propios intereses, aún cuando estos puedan ser contrarios a intereses que persiga el Estado Madre.<sup>107</sup> De esta manera podemos ver como las demandas que resultan de los Tratados Bilaterales de Inversión difieren de la protección diplomática en cuanto los derechos que persigue el inversionista son sus propios y no aquellos del Estado como es el caso de la Protección Diplomática.

#### **2.1.3.2.2. La ley aplicable al procedimiento**

Las demandas que se elevan ante una instancia de arbitraje internacional en materia de inversiones se gobiernan por las reglas que las partes escogen en el TBI. Éstas pueden ser las reglas UNCITRAL, o la *lex fori* que puede ser la ley domestica

---

<sup>107</sup> Cfr. HOFFMAN K, ANNE. *The Investors Right to Waive Access to Protection under a Bilateral Investment Treaty*. op. cit., p. 84



del Estado Receptor de la Inversión, o en el caso CIADI éstas ya se encuentran contenidas en el mismo Centro en el Art. 42 de la Convención. La ley aplicable al procedimiento es en gran medida diferente de aquella que gobierna la protección diplomática, puesto que al ser ésta exclusiva de los Estados se rige únicamente por el Derecho Internacional<sup>108</sup>. De esta manera, si se estaría hablando de un mero mandato de los Estados hacia los Inversionistas de ejercer derechos que en esencia pertenecerían a los Estados, estaríamos ante la situación que los Tribunales deberían aplicar únicamente el Derecho Internacional, al ser ésta una controversia que implica derechos de los Estados y no de individuos.<sup>109</sup> En este contexto, la misma norma del Art. 42 del Convenio CIADI al establecer como ley aplicable la ley doméstica, establece que no se podría limitar el ejercicio de los Derechos a un ámbito de Derecho Internacional Público, y por lo tanto defiende la tesis de que el Inversionista acude a este foro en ejercicio de sus propios y personales derechos.<sup>110</sup>

#### 2.1.3.1.3. El agotamiento de los recursos locales

El agotamiento de los recursos locales no ha sido considerado como un presupuesto para elevar una demanda ante una instancia de arbitraje internacional. El mismo Convenio CIADI en su Artículo 26 determina que no será un prerrequisito, para elevar el reclamo ante el CIADI, el haber agotado todas las instancias internas del país receptor, a menos que las partes hayan acordado en hacerlo<sup>111</sup>. La mayoría de los TBI no establecen tal requisito, por lo cual las excepciones elevadas en función de este argumento han sido unánimemente rechazadas por los Tribunales. Nuevamente nos encontramos ante una diferencia con la Protección Diplomática,

---

<sup>108</sup> Cfr. F. MANN. *State Contracts and International Arbitration*. London. 42 *British Yearbook of International Law*. 1967. p 1, 2

<sup>109</sup> Cfr. HOFFMAN K, ANNE. *The Investors Right to Waive Access to Protection under a Bilateral Investment Treaty*. op. cit., p. 87, 88

<sup>110</sup> Cfr. F. CANTUARIAS SALAVERRY. *Arbitraje ante el CIADI. Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. op. cit., p 686.

<sup>111</sup> Cfr. C. SHREUER. *The ICSID Convention: A Commentary*. New York. Oxford University Press 2003. p. 24

que como ya fue mencionado previamente, requiere que el Inversionista haya agotado todos los recursos domésticos que el Estado receptor de la Inversión le provea. Si estaríamos hablando de un mismo derecho el que ejerce el Inversionista de aquel de Protección diplomática, estaríamos ante una evidente contradicción en cuanto uno mantiene un determinado procediendo para entrar en acción mientras que el otro se lo puede ejercer sin el previo cumplimiento del mismo.

#### 2.1.3.1.4. Cláusula de Opción de Vías (*Fork in the Road Provision*)

La cláusula de opción de vías o *Fork in the Road Provision* es aquella que otorga al Inversionista la facultad de elegir irrevocablemente entre acudir a las Cortes Locales y buscar remedio por parte del sistema judicial del mismo Estado, o acudir a una instancia de arbitraje internacional prevista en el TBI.<sup>112</sup> Partiendo de esta definición nos encontramos con un evidente problema al tratar de equiparar la protección diplomática con el derecho del Inversionista a acudir a una de las vías que establece el TBI. Si enfocamos a la potestad del Inversionista como una derivación de la Protección Diplomática y por ende un derecho del Estado, no podríamos hablar de una decisión del mismo Inversionista de limitarse a las Cortes locales, en razón de que como se discutió en el párrafo anterior, esto significaría atentar contra uno de los presupuestos que exige la protección diplomática. Adicional a lo anterior, queda en evidencia que tal decisión afecta directamente a los intereses del Inversionista, sin que estos puedan ser emparentados con los del Estado, puesto que de activar el mecanismo de “*fork in the road*” sin éxito, sería el Inversionista el afectado en sus derechos más no el Estado. Si existiera una verdadera afectación al Estado, éste evidentemente tomaría interés en la decisión que tome el Inversionista en vista de que es irreversible y será vinculante al momento que el Estado quisiera elevar un reclamo ante otra instancia.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> Cfr F. CANTUARIAS SALAVERRY. *Arbitraje ante el CIADI. Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. op. cit., 2007. p 677.

<sup>113</sup> Cfr HOFFMAN K, ANNE. *The Investors Right to Waive Access to Protection under a Bilateral Investment Treaty*. op. cit., p. 89

#### 2.1.3.2.5. Los daños sufridos

En lo que respecta a materia de compensación, resulta claro argumentar que todos los daños que se intenta reparar son aquellos a los cuales ha sido sujeto el propio Inversionista. Resulta incluso un tanto ridículo considerar que al momento de la compensación se tome en consideración los intereses del Estado en vista de que éste no es quién ha sufrido el daño. El caso de Chorzow Factory, que representa el caso insignia respecto de parámetros para compensación, establece que los daños que sufre un individuo respecto de los daños que sufre un Estado, pueden resultar de un mismo acto, pero estos nunca podrían ser los mismos, aún cuando su valoración puede asemejarse, el daño al individuo siempre será otro que el del Estado<sup>114</sup>. El hecho irrefutable que sean los intereses y el daño del Inversionista los que se valoran a la hora de la compensación, juega de manera directa a favor de la tesis de que el inversionista es el titular de los derechos consagrados en los TBI.

#### 2.1.4. Origen de la Protección Diplomática y de los Derechos que otorga el TBI

Como se manifestó previamente, existe una marcada diferencia entre la protección diplomática y el ejercicio de los derechos que consagran los TBIs. En definitiva, no podríamos estar hablando de una institucionalización de la protección diplomática mediante un otorgamiento de *ius standi* al inversionista. Sin embargo, ambos elementos, tanto la protección diplomática como los derechos consagrados en los TBI, comparten un denominador común de trascendental importancia. Tal similitud es el origen de ambos derechos.<sup>115</sup> Tanto la protección diplomática como los derechos del TBI nacen de la voluntad de los Estados que mediante ejercicio

---

<sup>114</sup> Cfr HOFFMAN K, ANNE. *The Investors Right to Waive Access to Protection under a Bilateral Investment Treaty*. op. cit., p. 90

<sup>115</sup> CAMPBELL MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration*, London, Oxford Arbitration Series, 2007, p. 60.

soberano se obligan a una serie de deberes al amparo del Derecho Internacional y de conformidad al principio de *Pacta Sunt Servanda*.<sup>116</sup>

Por lo tanto, al ser el Estado el que se compromete a cumplir sus obligaciones internacionales, nace una limitante al ejercicio de los derechos que se le conceden al inversionista. Éste sería quién tiene el ejercicio del derecho, e incluso cierta disposición sobre el mismo dentro del marco que le otorga el TBI, pero estaría limitado en cuanto a tener una plena disposición sobre el derecho, en función del origen de la obligación.

### 2.1.5. Criterios Jurisprudenciales en el CIADI

Como punto final respecto de los varios argumentos tanto en la jurisprudencia moderna como en la doctrina, que consideran al individuo como sujeto de derechos al amparo del Derecho Internacional, la jurisprudencia más relevante en el tema que viene a ser la del CIADI, han sido casi unánimes al reconocer al inversionista como sujeto de derechos y obligaciones al amparo del TBI.

En el caso de CME v. República Checa<sup>117</sup> el Tribunal encuentra que de conformidad con el Art. 8 del Tratado, el Inversionista tiene *locus standi* para someter al Centro cualquier disputa bajo el amparo del Tratado. Adicional al caso citado, en lo que confiere a la jurisprudencia de NAFTA, en el caso Mondev<sup>118</sup> se hace una referencia expresa al capítulo 11 de dicho tratado y se menciona que el Artículo 1116 permite al inversionista extranjero puede elevar una acción en nombre propio en beneficio de una empresa local que este posee o controla.

El criterio del individuo como sujeto de derechos y obligaciones a la luz del Derecho Internacional es un tema que al momento se encuentra superado por las decenas de Tratados e Instrumentos internacionales que los reconocen como tal, y

---

<sup>116</sup> MANUEL DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Público*, Madrid, Editorial Tecnos, 2006, p. 188

<sup>117</sup> Cfr. CME Czech Republic (Netherlands) v. República Checa, Decisión en Jurisdicción, para. 43, 13 de septiembre de 2001

<sup>118</sup> Cfr. Mondev International v. Estados Unidos, (Caso No. ARB(AF)/99/2) para. 66 en base a los artículos 1116 y 1117 de NAFTA, 11 de octubre del 2002.

este criterio no solo ha sido recogido ampliamente por el CIADI, sino que forma uno de sus pilares.<sup>119</sup>

---

<sup>119</sup> Cfr. C. SHREUER, *ICSID Convention: A commentary*, op. cit., p. see generally.

### **CAPÍTULO III**

## **LA POTESTAD DEL INVERSIONISTA DE RENUNCIAR AL FORO ARBITRAL MEDIANTE CLÁSULA CONTRACTUAL**

#### **3.1 Interacciones entre Reclamos Contractuales y Reclamos bajo el Tratado**

Los tribunales para poder abordar este cuestionamiento han optado por hacer una distinción que ha ido ganando terreno en el marco del Derecho Internacional de las Inversiones. Esta distinción atiende a diferenciar los reclamos que derivan de un Contrato de los reclamos que derivan directamente del Tratado.

Esta materia ha sido tratada como interacciones entre reclamos contractuales y controversias a partir de un tratado. Éstas, surgen cuando un Inversionista firma un contrato de inversión o un equivalente a éste con un Estado. En este contrato el Inversionista pacta someterse a las Cortes locales o a un Tribunal Arbitral interno.<sup>120</sup> Por el otro lado, el Estado receptor de la Inversión ha ratificado un Tratado Bilateral de Inversión con el país a cual responde la nacionalidad del Inversionista previamente

---

<sup>120</sup> Cfr. F. CANTUARIAS SALAVERRY. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. ob. cit., p. 685

citado. En este Tratado se confiere al Inversionista la potestad de acudir a un foro (Vg. CIADI), para solucionar la controversia. Entonces, nos encontramos en el conflicto de si existe una violación al Contrato, cuál de estos dos foros es el competente para conocer la controversia?

### 3.1.1. El resurgimiento de la Doctrina Calvo en los Contratos de Inversión

La doctrina Calvo nace a mediados del siglo XIX cuando el diplomático Carlos Calvo establece un sistema de trato al inversionista como respuesta a la amenaza de intervencionismo de los países europeos en Latinoamérica.<sup>121</sup> La doctrina Calvo establece que:

...los extranjeros, como los nacionales, deben sujetarse a las leyes y jurisdicción del Estado donde reside su negocio o actividad económica, incluyendo cuando estos sufren un daño o menoscabo como resultado de un desorden publico, interferencia política o guerra civil...<sup>122</sup>

Bajo esta doctrina, el principio de soberanía estatal precluía al de protección diplomática o cualquier otra forma de solución de disputas entre el Inversionista y el Estado receptor de la inversión.<sup>123</sup> En suma la Doctrina Calvo establece tres ideas concretas que son:

1. El Derecho Internacional solo requiere que el Estado receptor de la inversión confiera trato nacional a los inversionistas extranjeros; esto es no más beneficioso de aquel que otorgarían a sus inversionistas nacionales.
2. La ley nacional o doméstica gobierna las relaciones y provee los derechos a los inversionistas.

---

<sup>121</sup> Cfr. HORACIO GRIGERA NAÓN, “*Arbitration in Latin America: Progress and Setbacks*,” 2004 Freshfields Lecture, *Arbitration International*, vol. 21, No. 2 (2005), p. 131.

<sup>122</sup> HORACIO GRIGERA NAÓN, “*Arbitration in Latin America: Progress and Setbacks*,” ob. cit., p. 134.

<sup>123</sup> Cfr. B.CREMADES, *The resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America*, *Transnational Dispute Management*, ob. cit., p. 4.

3. Las cortes del Estado receptor tienen la jurisdicción exclusiva sobre las disputas que involucran a inversionistas extranjeros, quienes no pueden buscar alivio mediante la protección diplomática.<sup>124</sup>

La Doctrina Calvo se volvió muy popular en Latinoamérica, dando nacimiento a la Cláusula Calvo en los contratos de inversión, la misma que establece que cualquier controversia o disputa será conocida exclusivamente por las Cortes locales.<sup>125</sup>

La filosofía del trato nacional dentro de la cláusula Calvo es el pilar para determinar el trato que recibiría el inversionista, así como el de que toda controversia se debe ventilar ante las cortes locales y bajo las leyes del Estado receptorista de la Inversión.<sup>126</sup> Esto se evidenció en los primeros TBIs como lo fueron los ratificados por la República Argentina, que establecían la necesidad de agotar las instancias internas para poder demandar ante un tribunal arbitral. Esto todavía se puede encontrar en varios TBIs, y representa una influencia directa de la doctrina Calvo. Las cláusulas que establecen un periodo de tiempo para que se trate de solucionar la controversia “cooling off period” también son una influencia directa de la Doctrina Calvo.<sup>127</sup>

Los principales obstáculos que encontró la aplicación de laudos extranjero en países en los que la Doctrina Calvo se encontraba arraigada era el de la cláusula compromisoria que debía ser formalizada ante las cortes locales. La segunda razón es el conocido doble exequátur. Hoy en día, las cortes latinoamericanas han abolido ambos requisitos.<sup>128</sup>

En los años noventa prácticamente todos los países latinoamericanos ratificaron varios instrumentos entre los que resaltan TBIs para la promoción y protección de las inversiones.<sup>129</sup> Como los estándares consagrados en el TBI eran

---

<sup>124</sup> Cfr. B.CREMADES, *The resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America, Transnational Dispute Management*, ob. cit., p. 5.

<sup>125</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 5.

<sup>126</sup> HORACIO GRIGERA NAÓN, “*Arbitration in Latin America: Progress and Setbacks*,” ob. cit., p. 134.

<sup>127</sup> Cfr. B.CREMADES, *The resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America, Transnational Dispute Management*, ob. cit., p. 5.

<sup>128</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 6.

<sup>129</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 5.



comúnmente contrarios a la doctrina Calvo, entonces ésta quedó prácticamente enterrada en la práctica del derecho internacional de las inversiones.<sup>130</sup> Sin embargo, la práctica reciente en la firma de contratos con inversionistas extranjeros, ha limitado a que éstos puedan únicamente acudir a las cortes locales en una especie de resurgimiento de la cláusula Calvo.<sup>131</sup> Los inversionistas, como es el caso de *Vivendi v. Argentina*<sup>132</sup>, que será tratado posteriormente a profundidad, han intentado que toda violación del contrato pueda elevarse a violación del tratado, y por ende hacer uso de los foros que consagra este último. El que un tribunal acepte o no a una demanda que nace del contrato como violación al TBI va a depender esencialmente de lo que diga textualmente el TBI.

En Argentina a principios de los 90 se comenzó a evidenciar la crisis económica que se cristalizó en el 2001. Esto vino de la mano con varias medidas como lo fueron el corralito entre otros decretos de emergencia; lo que acarreo con una seria repercusión en los intereses de los inversionistas extranjeros en Argentina, activando así, una serie de demandas de inversionistas que al momento ascienden a 35.<sup>133</sup> A raíz de esta situación, la política argentina intentó lograr algún mecanismo para repartir las demandas que se encontraban en el CIADI a las cortes locales. Intentando que los inversionistas por lo menos tengan que agotar los recursos internos antes de poder demandar ante el CIADI e incluso la posibilidad de que las cortes locales puedan revisar los laudos internacionales.<sup>134</sup>

Una de estas estrategias fue la de invocar las cláusulas Calvo que contenían los diversos contratos de inversión, alegando que éstas representan una renuncia tácita a los foros previstos en el TBI, y establecían un pacto vinculante en el cual tanto el inversionista como el Estado, debían ventilar sus controversias ante las Cortes locales. Esta situación dio nacimiento a la pregunta respecto de si puede el Inversionista

---

<sup>130</sup> Cfr. B.CREMADES, *The resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America, Transnational Dispute Management*, ob. cit., p. 6.

<sup>131</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 7.

<sup>132</sup> Cfr. *Compañía de Aguas del Aconquija & Vivendi Universal v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, *Decisión on Request for Annulment*, reprinted in 41 I.L.M. 1135 (2002) at para. 102:

<sup>133</sup> Cfr. B.CREMADES, *The resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America, Transnational Dispute Management*, ob. cit., p. 7.

<sup>134</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 7.

renunciar a los foros previstos en el TBI mediante una cláusula Calvo en un contrato. Al respecto varios Tribunales se pronunciaron con diversos razonamientos.

### 3.1.1.1. Caso Lanco v. República Argentina

En Lanco v. Argentina<sup>135</sup> se atiende de manera expresa al cuestionamiento respecto de quién es el órgano que debe avocar conocimiento sobre las controversias que nacen de un contrato que establece un foro exclusivo para la solución de las controversias que surjan del mismo<sup>136</sup>. El Tribunal entra en los detalles de los instrumentos que en este caso entregan o limitan la jurisdicción, analizando primero el TBI.

De esta manera el Tribunal menciona que Según el Art. 7 del TBI Argentina EE.UU. el inversionista podrá escoger entre someter la controversia a las cortes nacionales o al arbitraje del CIADI entre otros foros. Sin embargo, el contrato firmado por Lanco con Argentina tenía una cláusula que establecía que las partes acordaban que en caso de cualquier controversia que resulte del contrato, se acudiría a la jurisdicción de las Cortes Federales Contenciosas de la Argentina. El Tribunal acordó que en vista de que las Cortes Federales Argentinas no son un foro renunciante, no se puede establecer que éste era un mecanismo previamente acordado de solución de controversias<sup>137</sup>. Las cortes locales no requieren de ser mencionadas como el foro porque se sobreentienden, y el Art. 7 le otorga al inversionista la potestad de escoger entre varios foros entre los cuales se incluyen las cortes locales<sup>138</sup>.

El Tribunal agregó que el Art. 7 provee la competencia y jurisdicción al CIADI en vista que se perfecciona el consentimiento de las partes, aun cuando Argentina alegó que este consentimiento se modifica a través del contrato firmado por Lanco.

---

<sup>135</sup> Cfr. Lanco v. Republica Argentina. Laudo en Jurisdicción. (Caso ARB/97/6), Para. 27.

<sup>136</sup> Cfr. B.M. CREMADES Y D.J. CAIRNS, *La Seguridad Jurídica de las Inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados*, Bogotá, Colombia, Revista Internacional de Arbitraje Nro 1, 2004, p. 75

<sup>137</sup> Lanco v. Republica Argentina. Laudo en Jurisdicción. (Caso ARB/97/6), Para. 27-29.

<sup>138</sup> Cfr. O. SPIERMAN. *Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties*. ob. cit., p 11

El tribunal también agregó que aún cuando esta cláusula no hubiese existido, el resultado hubiera sido exacto en vista que la competencia del CIADI nace de un instrumento internacional en este caso el Art. 7 del TBI Argentina EE.UU. Adicional a esto, el Art. 26 del CIADI presupone que no es necesario que se agoten los remedios locales a menos que las partes establezcan lo contrario, pero el TBI pertinente no menciona nada al respecto. El tribunal mantuvo que la exclusividad del foro a escoger por el inversionista atiende a un mecanismo de protección y que el no acudir a otros foros responde a que estos no pueden resultar muy atractivos para los intereses del inversionista<sup>139</sup>.

### **3.1.1.2. Caso Aguas del Aconquija S.A y Vivendi v. República Argentina**

Si bien Lanco fue el primer Tribunal en tratar el tema de las Interacciones entre el contrato de Inversión y el TBI, varios otros Tribunales se le sumaron, adoptando tesis diferentes<sup>140</sup>. Un claro ejemplo de un caso muy similar en el cual se adoptó una tesis diferente a la previamente expuesta fue el Tribunal en Compañía de Aguas de Aconquija S.A. y Vivendi vs. República Argentina<sup>141</sup>. En este caso el Art. 8 del TBI Argentina con Francia establecía una cláusula de selección de foros que incluía ya sea a un Tribunal CIADI o un arbitraje ad hoc bajo las reglas de Reglamento Modelo del Arbitraje UNCITRAL.

Esta controversia nace entre la Compañía de Aguas de Aconquija y la empresa francesa Compagnie Generale des Eaux y la Provincia Argentina de Tucumán. En este caso el contrato contiene una cláusula de selección exclusiva de foro a las cortes de la provincia de Tucumán. Lo primero que debió evaluar el tribunal es que si esta cláusula vinculaba tanto a CAA como a CGE. El Art. 8 del TBI Francia Argentina establecía que el inversionista a su discreción podrá seleccionar el foro de su conveniencia de los que establece el TBI. Segundo punto es que las demandas del CAA y CGE no pueden someterse a las cortes locales, puesto que éstas no nacen del

---

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>140</sup> Cfr. F. CANTUARIAS SALAVERRY. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. ob. cit., p. 687

<sup>141</sup> Cfr. Compañía de Aguas de Aconquija S.A. y Vivendi Universal v. República Argentina (caso ARB/97/3)

contrato de concesión sino directamente de provisiones del TBI. Al respecto el Tribunal estableció lo siguiente:

Del modo que están formuladas, estas reclamaciones contra la República Argentina no caen bajo la Jurisdicción de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, tan solo debido a que, ex hipótesis, dichas reclamaciones no se fundamentan en el Contrato de Concesión sino que alegan una causa de pedir bajo el TBI.

Y agrega que:

De este modo, no se puede considerar que la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión impide que el inversor proceda bajo el Convenio CIADI en contra de la República Argentina con una reclamación que le imputa a la República Argentina una violación del TBI Argentina Francia.<sup>142</sup>

En consecuencia con lo citado, el criterio del Tribunal, las cortes locales solo podrían decidir sobre las demandas que nazcan exclusivamente del contrato de concesión.<sup>143</sup> El tribunal mantuvo que las demandas finalmente nacían del contrato y que por ende debían ser ventiladas ante las Cortes administrativas de Tucumán. Esta decisión fue bastante criticada<sup>144</sup> y fue esto en parte por lo cual fue anulada parcialmente por el comité de revisión.<sup>145</sup> El comité de revisión estableció en su fallo, de 3 de julio de 2002, que los árbitros se habían excedido en su poder al decidir que no podían pronunciarse sobre el fondo de la controversia y que las demandas contractuales estarían *prima facie* dentro de los tratados bilaterales de inversión. En palabras de CANTUARIAS SALAVERRY:

Para arribar a esta decisión, la comisión ad hoc consideró que un Estado puede violar un tratado sin violentar un contrato de inversión y viceversa y que, además, un mismo hecho puede llevar a cometer ambas violaciones.<sup>146</sup>

---

<sup>142</sup> Compañía de Aguas de Aconquija S.A. y Vivendi Universal v. República Argentina (caso ARB/97/3)

<sup>143</sup> Cfr. O. SPIERMAN. *Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties*. ob. cit., p. 16

<sup>144</sup> Ibidem, p. 16

<sup>145</sup> Ibidem, p.17

<sup>146</sup> F. CANTUARIAS SALAVERRY. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. ob. cit., p. 688.

El Comité de Revisión también se pronunció respecto de si las controversias de hecho surgen a raíz de un Contrato, entonces el Tribunal Arbitral (CIADI) sí se encuentra en la obligación de reconocer el pacto de solución de controversias prevista en el contrato. El Tribunal resolvió que:

En un caso donde la base esencial de una reclamación sometida a un tribunal internacional es el incumplimiento de un contrato, el tribunal dará efecto a cualquier cláusula válida de elección de foro en el contrato.<sup>147</sup>

En consecuencia, el Comité resolvió que en vista de que las controversias planteadas por los demandantes eran formuladas en razón del TBI, el Tribunal se excedió en sus poderes al no resolver las dichas pretensiones y optó por anular el laudo arbitral.<sup>148</sup>

### 3.1.2. Doctrina de la Base Esencial o Fundamental de la Demanda

A raíz de este fallo nace lo que se conoce como la base esencial o fundamental de la demanda (*Essential or fundamental basis of the Claim*) que básicamente establece la necesidad de analizar si lo que se demanda es fundamentalmente una violación contractual o de un derecho consagrado en el TBI.<sup>149</sup> Si se establece la primera hipótesis, que lo esencial de la demanda deriva de un contrato, entonces los Tribunales deberán respetar el pacto contenido en el contrato, pero si la demanda en esencia nace de un derecho del TBI entonces la Jurisdicción será la prevista en dicho instrumento internacional. Este mismo razonamiento fue adoptado por una serie de Tribunales entre los cuales se puede destacar los siguientes:

- Fallo de Anulación de 28 de enero de 2002 seguido por Wena Hotels Limited vs. Republica Árabe de Egipto (Caso ARB/98/4)

---

<sup>147</sup> Comité de Anulación Compañía de Aguas de Aconquija S.A. y Vivendi Universal v. República Argentina. Disponible en [www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award15](http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award15).

<sup>148</sup> Cfr. J.GILL, M. BIRT. *Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: A Comparative Review of the SGS Cases*. Journal of International Arbitration, vol. 21, nro 5, 2004. p. 401.

<sup>149</sup> Cfr. F. CANTUARIAS SALAVERRY. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. ob. cit., p. 689

- Decisión en Jurisdicción del 11 de mayo de 2005 seguido por *Sempra Energy International vs. Republica Argentina* (Caso ARB/02/16)
- Decisión en Jurisdicción de 19 de noviembre de 2005 seguido por *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. vs. República Islámica de Pakistán* (Caso ARB/03/29)
- Decisión sobre Jurisdicción de 22 de diciembre de 2003 seguido por *IBM World Trade Corporation vs. República del Ecuador* (Caso ARB/02/10)
- Decisión sobre Jurisdicción de 7 de mayo de 2004 seguido por *Saluka Investments vs. República Checa* (Arbitraje ad hoc bajo las reglas UNCITRAL).<sup>150</sup>

### 3.1.2.1. *Salini Costruttori e Italstrade v. República de Marruecos*

Algunos de los precedentes más relevantes para el estudio de esta tesis es el de *Salini Costruttori e Italstrade v. Morocco*. En este laudo, la controversia surge entre dos empresas italianas contra la Sociedad Nacional de Carreteras de Marruecos, empresa que fue atribuida a responsabilidad del Estado. El contrato contenía una cláusula que otorgaba jurisdicción a las cortes administrativas locales. Sin embargo el Artículo 8(2) del TBI Italia-Marruecos permitía al inversionista a acudir a un Tribunal CIADI o a un tribunal bajo las reglas UNCITRAL.<sup>151</sup> El demandante acudió la jurisdicción del CIADI y ante las excepciones del Estado respecto de la cláusula del foro local prevista en el contrato, el tribunal manifestó que el Artículo 8 del TBI constituye una declaración unilateral por parte del Estado de someter las controversias ante la jurisdicción del CIADI. Concluye, a su vez, que la solicitud de arbitraje perfecciona el consentimiento ya establecido por el Estado en el artículo 8 del TBI. Por lo tanto, el Tribunal concluyó que el Artículo 8 prevalece sobre las provisiones del contrato respecto del acudir a las cortes locales.

Este Tribunal acoge una tesis similar a la del Tribunal en *Lanco v. Argentina* al establecer que la jurisdicción de las cortes administrativas no son un foro de elección de las partes sino que lo determina la ley, por ende no establece la libre voluntad de las partes el someterse exclusivamente a esta jurisdicción. Sin embargo,

---

<sup>150</sup> Casos tomados en: F. CANTUARIAS SALAVERRY. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima. Universidad Peruana de Ciencia Aplicadas. Abril del 2007. p. 690-691.

<sup>151</sup> Cfr. *Salini Costruttori and Italstrade v. Morocco*, Decision of 23 July 2001, (2003) 42 *International Legal Materials* 609, paras 31–35.

este Tribunal toca el tema de si la selección de foro en el Contrato puede considerarse como una renuncia al foro arbitral. Al respecto se menciona que el principio de autonomía de la voluntad no puede tener el alcance de permitir renunciar al inversionista a un foro arbitral por adelantado.<sup>152</sup> Aun así, el artículo 8 incluye las disputas que devienen de contratos, por lo cual se puede asumir que es una especie de cláusula paraguas en la cual las violaciones al contrato se extienden a violaciones del tratado y por ende se da jurisdicción al centro.<sup>153</sup> Este tema será tratado a profundidad en subcapítulos posteriores.

### 3.1.2.2. SGS v. República de Pakistán

Las decisiones de Lanco, CGE y Salini Costruttori se preocuparon más por los aspectos formales respecto de la potestad del inversionista de renunciar a la cláusula de foro del TBI, dejando sin embargo muchas lagunas respecto de esta pregunta.<sup>154</sup> Estos tres casos resultaron en una respuesta favorable hacia el inversionista, en el aspecto que el inversionista no puede dar su pleno consentimiento respecto a la jurisdicción de las cortes locales porque esta es una alternativa que la establece la ley y que no requiere consentimiento del inversionista para su aplicabilidad. Ninguna de estas resoluciones dice que el inversionista no puede renunciar a un arbitraje internacional. En SGS v. Pakistán el tribunal realiza una interpretación menos restrictiva del TBI y sobre el poder del inversionista de renunciar al arbitraje internacional. La controversia nace en base al TBI Suiza-Pakistán respecto de la terminación de un contrato para servicios de inspección de bienes a ser exportados desde ciertos países a Pakistán. El contrato incorporaba una cláusula que decía que las controversias serán resueltas de acuerdo al Acta de Arbitraje de Pakistán.<sup>155</sup> Aun cuando la corte de Pakistán estableció que no había otra jurisdicción aparte de la local,

---

<sup>152</sup> Cfr. O. SPIERMAN. *Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties*, ob. cit., p. 18

<sup>153</sup> Cfr. E. OBADIA, 'ICSID, Investment Treaties and Arbitration: Current and Emerging Issues' in (2001) 18 ICSID News No. 2.

<sup>154</sup> Cfr. O. SPIERMAN. *Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties*. ob. cit., p. 16.

<sup>155</sup> Cfr. SGS Société Générale de Surveillance SA v. Pakistan, Decision of 6 August 2003, (2003) 18 ICSID Review-Foreign Investment LJ 307, para. 161.

el Tribunal CIADI estableció que sí tenía jurisdicción bajo el amparo del artículo 9 del TBI. Establece a su vez que la jurisdicción del CIADI está limitada, en este caso, a las demandas provenientes del Tratado.

El Tribunal llegó a la conclusión que las demandas provenientes del contrato no podían ser sometidas a la jurisdicción del CIADI, puesto que el contratante no es el Estado, oponiéndose a los parámetros marcados por el Tribunal en el caso Vivendi. Este tribunal sin embargo, omitió el tratar si un inversionista puede o no renunciar al arbitraje internacional bajo el TBI. En este caso se dijo que el inversionista no pudo haber renunciado al derecho de arbitraje, en función de que el Contrato se celebra en 1994 y el TBI en 1995. Como el tribunal decidió limitar la jurisdicción del CIADI a violaciones del Tratado, se debía evaluar si las violaciones al contrato podían transformarse en violaciones al Tratado, y lo hacen mediante invocar la cláusula 11 del TBI que establece que el Estado deberá garantizar el cumplimiento de las obligaciones que el mismo haya contraído con el inversionista.<sup>156</sup> El tribunal concluye al respecto que no es posible dar tal interpretación a la cláusula 11 puesto que resultaría en otorgar al inversionista la potestad de declarar nula cualquier cláusula legítimamente negociada que establezca una solución de controversias. Respecto de la Cláusula 11 previamente citada y la respectiva decisión del Tribunal se tratará posteriormente en el subcapítulo referente a la Cláusula Paraguas.

El inversionista tiene la ventaja sobre el Estado de hacer valer el foro que considere, aun cuando estableció su consentimiento en el contrato. El inversionista podrá escoger entre irse por el Tratado o el Contrato pero el Estado no podrá irse por el contrato si el inversionista no lo acuerda así.<sup>157</sup> En conclusión SGS v. Pakistán no contradice la potestad del inversionista de renunciar al foro arbitral internacional.

---

<sup>156</sup> Cfr. EMMANUEL GAILLARD, *L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements* ob. cit., 853, 866–871.

<sup>157</sup> Cfr. O. SPIERMAN. *Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties*. ob. cit., p. 17.



### 3.1.2.3. SGS v. Filipinas

Es un caso hermano de SGS v. Pakistán, incluso el servicio que prestaba el inversionista era similar al del caso anteriormente citado. La cláusula 12 del contrato establecía que toda disputa referente a las obligaciones de las partes debía ser sometida ante las cortes regionales de Makati o Manila. SGS en el 2000 reclamó el pago por servicios prestados bajo el contrato. El Tribunal en este caso adoptó una conclusión no tan consistente con los tribunales anteriormente citados que habían tratado el tema.<sup>158</sup> Fundamentaron su decisión en que si bien otros tribunales constituidos bajo el CIADI buscan ser consistentes entre sí, al final cada tribunal debe ejercer su competencia en razón de la ley aplicable, que siempre será diferente en vista de que las fuentes son el TBI y las normas de cada Estado. El Tribunal se aleja del dualismo de demandas contractuales y demandas bajo el TBI y establece que bajo el artículo 10 del TBI compromisos incluyen los compromisos contractuales.<sup>159</sup> Pero no cubre estas obligaciones bajo el ámbito de la ley internacional. En el aspecto de la renuncia de foros, este Tribunal superó los argumentos de otros en claridad y consistencia al establecer que las provisiones generales del TBI no deberían, a menos que se exprese, preponderar sobre cláusulas exclusivas y específicas respecto de la solución de controversias hechas en el contrato de inversión.

Continúa el tribunal diciendo que al establecer la jurisdicción de las cortes locales no se está siendo redundante como lo estableció el Tribunal en Lanco, establece que no importa cual sea el foro que se establezca en el contrato, si son cortes locales o arbitrajes nacionales o cualquier otro foro, se debe interpretar que éste es vinculante para las partes y que establecen la jurisdicción exclusiva del contrato, y debe respetarse a menos que otro documento la invalide.<sup>160</sup> El tribunal no atribuyó este poder de invalidar dicha cláusula al TBI ni al Convenio CIADI.

De esta manera podemos ver como a la luz de los precedentes en materia de Derecho Internacional de los Inversiones, la mayoría de Tribunales han acogido la

---

<sup>158</sup> Cfr. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Philippines*, Decision of 29 January 2004, not yet reported (available at [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid)), para. 97.

<sup>159</sup> *ibid.*, paras 29 and 130–135.

<sup>160</sup> Cfr. O. SPIERMAN. *Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties*. ob. cit., p. 20.

tesis de la base esencial o fundamental de la demanda, separando así de manera categórica las demandas que surgen de un contrato con aquellas derivadas de derechos consagrados en los TBI. Sin embargo, puede darse el caso que mediante una cláusula Paraguas el Contrato quede íntegramente protegido bajo el amparo del TBI, elevando así toda violación contractual a violación del TBI. Al respecto cabe analizar el verdadero alcance de la mencionada “Cláusula Paraguas.”

### 3.1.3. La “Cláusula Paraguas”

Las Cláusulas Paraguas obligan a los Estados a cumplir todo compromiso u obligación que haya contraído con relación a las inversiones de Nacionales o Compañías de la otra parte contratante.<sup>161</sup> La cláusula paraguas crea una obligación internacional recíproca de los Estados Contratantes, que los obliga como Estados receptores de Inversión a observar todas las obligaciones que han asumido para con el Inversionista del otro Estado Contratante.<sup>162</sup> En base a este concepto de cláusula Paraguas nace el cuestionamiento que plantea Paolo Di Rosa y es recogido posteriormente por Cantuarias Salaverry al decir que:

... si, mediante una cláusula paraguas, a veces también denominada cláusula sobre el cumplimiento de compromisos, contenida en el TBI, las reclamaciones contractuales de un inversionista que hubiera celebrado un contrato ya sea con el Estado o con una entidad autónoma, se transforman automáticamente e ipso iure en reclamaciones basadas en el Tratado que cuenta con el beneficio del mecanismo de solución de diferencias previsto en el TBI...<sup>163</sup>

La cláusula paraguas encuentra sus bases en la propuesta que realiza el especialista ELIU LAUTERPACH a principios de los 50s en la cual propone elevar los

---

<sup>161</sup> Cfr. A.C. SINCLAIR, *The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*, ob. cit., p. 412.

<sup>162</sup> Cfr. A.C. SINCLAIR, *The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*, ob. cit., p. 433.

<sup>163</sup> P. DI ROSA, *The Recent Wave of Arbitration against Argentina under Bilateral Investment Treaties: Background and Principal Legal Issues*, en: *Inter-American Law Review*, vol. 36, nro 1, 2004. p. 64

contratos de concesiones petroleras en Irán a un Tratado<sup>164</sup>, para que de esta forma las violaciones al contrato también sean violaciones al Tratado activando así los mecanismos de solución de controversias previstas en el mismo y alejando la controversia de las Cortes y leyes iraníes. Esta idea no prosperó pero fue la base para la idea de que una violación del contrato puede mediante una cláusula ser elevada a violación del TBI.<sup>165</sup>

En el primer TBI entre Alemania y Pakistán, firmado en el 1959, ya se incluye una cláusula con estas características, pero no es hasta los 80s cuando el Inversionista adquiere un marcado *ius standi* ante los Tribunales, que dicha cláusula adquiere una trascendental importancia.<sup>166</sup> Sin embargo, muchos autores mantienen la posición de que es muy probable que varios de los Estados que han ratificado TBIs con Cláusulas Paraguas, no estén conscientes de que esto involucra otorgar jurisdicción a Tribunales Internacionales respecto de incumplimientos o disputas contractuales.<sup>167</sup>

A la luz de la Jurisprudencia, esencialmente del CIADI, el primer Tribunal en abordar la pregunta respecto del alcance de la Cláusula Paraguas fue el de Fedax v. República de Venezuela.<sup>168</sup> En este caso, el Estado Venezolano no había honrado unos documentos de deuda y el Inversionista demandó alegando incumplimiento del Tratado en base a una cláusula paraguas contenida en este último. Si bien el Tribunal se pronuncia respecto de la operancia de la cláusula paraguas para dichos documentos, el caso no trascendió más allá, puesto que fue resuelto mediante una transacción.

El siguiente Tribunal en tratar directamente el alcance de una cláusula paraguas fue el de SGS vs. Pakistán. Este se alejó de la tesis de interpretación amplia de la cláusula paraguas para elevar las violaciones contractuales a violaciones del tratado y estableció que dicha cláusula no hace que las supuestas violaciones contractuales de Pakistán puedan ser tratadas por dicho Tribunal. El Tribunal dio los siguientes argumentos para fundamentar su decisión:

---

<sup>164</sup> Cfr. A.C. SINCLAIR, *The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*, ob. cit., p. 412.

<sup>165</sup> Cfr. F. CANTUARIAS SALAVERRY. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. ob. cit., p. 703.

<sup>166</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 704.

<sup>167</sup> Cfr. J. GILL, M. GEARING, G. BIRT, *Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: A comparative review of the SGS cases*. ob. cit., p. 403.

<sup>168</sup> Cfr. Decisión en Jurisdicción Fedax v. República de Venezuela. 1998. para. 29.

72. En primer lugar, el Artículo 11 se refiere a compromisos en general, no solo a compromisos contractuales. Por lo tanto, si se considera que dicho artículo eleva los reclamos contractuales al nivel de los reclamos basados en cualquier compromiso contenido en todo actos legislativo, administrativo u acto unilateral de otra naturaleza del Estado o de cualquiera de sus entidades o subdivisiones deberán considerarse como reclamos basados en los tratados...

73. En segundo lugar, y en consecuencia, si toda violación de cualquier compromiso del Estado es una violación al tratado, todos los niveles sustanciales de protección del Tratado se tornan inútiles...

74. Por último, algo que introduce un matiz en las conclusiones a que arribo el Tribunal es que no excluye la posibilidad de que los Estados decidan considerar en un TBI, que la menor violación de un contrato celebrado entre un Estado y un inversionista extranjero representa una violación del Tratado, aunque ello deba establecerse de manera clara e inequívoca...<sup>169</sup>

Respecto de esta decisión, apenas meses después el tribunal en *SGS v. Filipinas* llegó a una conclusión opuesta a la previamente establecida, aún cuando los hechos del caso eran muy similares. Este Tribunal optó por invocar la tesis de interpretación amplia de la cláusula paraguas, y elevar toda obligación contractual incumplida por el Estado, a una violación del Tratado.<sup>170</sup>

Estas dos tesis fueron posteriormente recogidas por varios Tribunales, sin que exista un consenso, ni en la jurisprudencia ni en la doctrina, respecto del alcance de la cláusula paraguas. Sin embargo, nos unimos a la tesis recogida en *SGS v. Filipinas* y elaborada en *Eureko B.V. v. Polonia* que establece que la cualquier obligación referente a la inversión se encuentra protegida por el TBI gracias a la cláusula paraguas.<sup>171</sup> El párrafo 246 del laudo parcial en jurisdicción establece lo siguiente:

El significado simple u ordinario de la provisión que prescribe que un Estado deberá observar toda obligación en la que entre, con respecto de una inversión extranjera no es en lo absoluto oscura. La frase “deberá observar” es imperativa y categórica. No solo hace mención a ciertas obligaciones sino a todas las obligaciones referentes a inversiones extranjeras.<sup>172</sup>

---

<sup>169</sup> *SGS Société Générale de Surveillance SA v. Pakistan*, Decision of 6 August 2003, (2003) 18 ICSID Review-Foreign Investment LJ 307, para. 72. Traducción en F. CANTUARIAS SALAVERRY. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. ob. cit., p. 706.

<sup>170</sup> Cfr. F. CANTUARIAS SALAVERRY. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. ob. cit., p. 703.

<sup>171</sup> Cfr. *Eureko B.V. v. República de Polonia*, para. 250, la decisión se ubica en: [www.investmentclaims.com/decisions/Eureko-Poland-LiabilityAward.pdf](http://www.investmentclaims.com/decisions/Eureko-Poland-LiabilityAward.pdf)

<sup>172</sup> *Ibidem* para 246

Siguiendo esta misma línea de razonamiento el Tribunal en *Noble Ventures Inc. v. Rumania* estableció que:

Una cláusula paraguas normalmente se considera que transforma a las obligaciones legales municipales en obligaciones directamente justiciables conforme al derecho Internacional. La cláusula paraguas es una excepción a la norma bien arraigada de derecho internacional general, de que en circunstancias normales per se, un incumplimiento de un contrato por el Estado no da lugar a la responsabilidad internacional directa por parte del Estado. Al existir un incumplimiento contractual en el cual medie una cláusula paraguas, dicho incumplimiento se internacionaliza.<sup>173</sup>

### **3.1.4. Efectos de una Cláusula Calvo en un Contrato de Inversión cuando media un TBI con Cláusula Paraguas**

Siguiendo el razonamiento previamente expuesto, y reconocido no solo por varios Tribunales sino también en general por la doctrina<sup>174</sup>, todo reclamo contractual puede ser elevado a una violación del TBI mediante el uso de una cláusula paraguas. Ahora, de conformidad con la doctrina de la demanda fundamental o sustancial previamente expuesta, vemos que existe una clara uniformidad en la jurisprudencia respecto de rechazar las demandas que provienen de contratos cuando estos tienen una cláusula Calvo en ellas. Pero la pregunta obvia deviene de ¿Qué pasa cuando existe una cláusula Calvo en un contrato, pero a su vez toda obligación del Estado referente a una inversión se encuentra protegida por el TBI?

La respuesta a esta pregunta resulta de la interpretación literal del texto de la cláusula o la provisión contenida en el TBI. Por lo tanto, estaríamos hablando una violación meramente contractual y con un foro exclusivo para la solución de la misma, que al mediar una cláusula paraguas se eleva a violación del Tratado y por lo tanto activa los mecanismos de solución de disputas previstos en los TBI.

---

<sup>173</sup> *Noble Ventures v. República de Rumania*, Caso ARB/01/11) en: F. CANTUARIAS SALAVERRY. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima. Universidad Peruana de Ciencia Aplicadas. Abril del 2007. p. 710.

<sup>174</sup> Cfr. T. WALDE, *The Umbrella Clause in Investment Arbitration: A comment on Original Intentions and Recent Cases*, ob. Cit., p. 217.

Si bien previamente en este análisis, ya se argumentó de manera amplia que las cláusulas calvo en un contrato limitan la jurisdicción de los foros del Tratado a conocer disputas contractuales, una cláusula paraguas para fines prácticos nulifica o la hace infructífero al pacto de acudir a las cortes locales en un contrato de inversión, haciendo que toda violación contractual pueda ser conocida por los tribunales o foros arbitrales previstos en el TBI.

## **CAPÍTULO IV**

### **LA POTESTAD DEL INVERSIONISTA DE RENUNCIAR AL FORO ARBITRAL Y EL ERROR CONCEPTUAL DEL TÉRMINO “WAIVER”**

#### **4.1. El caso *Occidental Exploration and Production Company* contra el Ecuador**

Una vez que se ha tratado los casos más pertinentes en la Jurisprudencia internacional referentes al tema de la renuncia o waivers, el caso más trascendental dentro del presente estudio es el de OEPC y OPC v. Ecuador. En este caso se analiza la terminación de un contrato por una declaración gubernamental de caducidad del mismo. Dentro de la Audiencia de Jurisdicción, el punto medular de la defensa del Estado ecuatoriano fue el invocar una renuncia expresa a la jurisdicción del CIADI en el tema concreto de la caducidad. El Tribunal, se vio en la necesidad de abarcar una serie de cuestionamientos respecto de que se puede considerar como una renuncia y que no, y cuáles son los efectos que causa esa renuncia en contraste a la jurisdicción del CIADI para conocer dichas disputas.

#### 4.1.1. Primera Excepción a la Jurisdicción invocada por el Ecuador

La primera excepción del Ecuador establece que el demandante renuncio de manera expresa a la jurisdicción del CIADI en el Contrato de Participación el mismo que estipula lo siguiente:

**21.4.** La terminación de este Contrato de Participación por cualquier causa distinta a aquellas que producen caducidad, podrá ser demandada por cualesquiera de las Partes con sujeción a los procedimientos convenidos en la Cláusula Vigésima, a falta de acuerdo entre ellas.<sup>175</sup>

Lo que el Estado ecuatoriano establece al citar el artículo 21.4. del Contrato de Participación es que el Inversionista en este caso expresa su voluntad manifiesta de no llevar las controversias, que devengan de este acto de la administración pública conocido como Caducidad, a los mecanismos previstos en la Cláusula Vigésima del mismo contrato, que incluye como foro de solución de controversias contractuales al CIADI.

Por el otro lado, es necesario citar la otra fuente por la cual el CIADI puede avocar jurisdicción que es el Tratado Bilateral que media entre Estados Unidos de Norteamérica y Ecuador. El mismo establece en su Artículo VI lo siguiente:

#### ARTÍCULO VI

1. A efectos del presente artículo una diferencia en materia de inversión es una diferencia entre una Parte y un nacional o una sociedad de la otra Parte, que se deba o sea pertinente a:

- a) un acuerdo de inversión concertado entre esa Parte y dicho nacional o sociedad;
- b) una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en materia de inversiones extranjeras de una Parte a dicho nacional o sociedad, o
- c) una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión.

2. Cuando surja una diferencia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional

---

<sup>175</sup> Contrato de Participación, Petroecuador con OEPC, en: OPC y OEPC v. República del Ecuador, (Caso CIADI No. ARB/06/11) para. 31



interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías, para su resolución:

- a) A los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia; o
- b) cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convenido, o
- c) Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 de este artículo.

3. a) Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2, y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio:

- i) Del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ('el Centro') establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 ('Convenio del CIADI'), siempre que la Parte sea parte en dicho Convenio; o
- ii) Del Mecanismo Complementario del Centro, de no ser posible recurrir a éste; o
- iii) Según las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o
- iv) De cualquier otra institución arbitral o conforme a otra norma de arbitraje, según convengan las partes en la diferencia.

b) Una vez que la sociedad o el nacional interesado dé su consentimiento, cualquiera de las partes en la diferencia podrá iniciar el arbitraje según la opción especificada en el consentimiento.

4. Cada una de las Partes consiente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio para su solución, de conformidad con la opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o de la sociedad, según el párrafo 3. Ese consentimiento, junto con el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, cuando se da conforme el párrafo 3, cumplirá el requisito de:

- a) Un 'consentimiento por escrito' de las partes en la diferencia a efectos del Capítulo II de la Convención del CIADI (Jurisdicción del Centro) y a efectos de las normas del Mecanismo Complementario, y
- b) Un 'acuerdo por escrito' a efectos del Artículo II de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 ('Convención de Nueva York').

5. Todo arbitraje efectuado de conformidad con la cláusula ii, iii ó iv del inciso a), párrafo 3 del presente artículo, tendrá lugar en un Estado que sea Parte en la Convención de Nueva York.<sup>176</sup>

El tribunal analiza el alcance de que la cláusula 21.4 del Contrato de Participación haya sido concebida como una excepción a la posibilidad de acudir a la

---

<sup>176</sup> Tratado Bilateral de Inversión, Ecuador – Estados Unidos, agosto de 1993.

jurisdicción CIADI en las circunstancias que se presenta el caso. El Estado ecuatoriano señala de esta manera que el Tribunal CIADI no es competente para conocer una declaración de caducidad, puesto que es el derecho ecuatoriano quién se ha reservado esta potestad exclusiva.<sup>177</sup> El estado ecuatoriano en su memorial de Jurisdicción establece lo siguiente al respecto:

Habiendo acordado que la Ley ecuatoriana rige sobre el Contrato de Participación, las Demandantes estaban obligadas a cumplir con las leyes ecuatorianas al momento de decidir la impugnación del Decreto de Caducidad. Las Demandantes debieron haber solicitado la anulación del Decreto de Caducidad ante los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos por medio de la interposición de una demanda en contra del Decreto mismo (*recurso de plena jurisdicción*) o interponiendo una demanda para anular el Decreto (*recurso de nulidad*). Las Demandantes no actuaron sobre ninguna de las dos opciones. En consecuencia, todo organismo, incluyendo a este Tribunal, debe tomar la presunción de legalidad de dicha resolución descartando toda competencia para sentenciar sobre ellas.<sup>178</sup>

De esta forma, el Ecuador sostiene que el mecanismo idóneo para reclamar un decreto de caducidad por el cual el inversionista se sienta afectado, es el de recurrir a las Cortes de lo Contencioso Administrativo domésticas. Adicional a esto, el Estado ecuatoriano agrega que un acto administrativo que tenga el carácter de decreto de caducidad no es materia arbitrable de conformidad con la legislación ecuatoriana, concretamente con la Ley de Arbitraje y Mediación.

El Estado ecuatoriano alega que existe una segunda disposición que determina de manera clara e inequívoca la intención del inversionista de no acudir un arbitraje en las circunstancias previstas en este caso. Esta es la cláusula 22.2.1. del Contrato de Participación que establece lo siguiente:

**22.2.1** En el caso de controversias que pudieren surgir a causa de la aplicación de este Contrato de Participación, la Contratista, de acuerdo con la legislación del Ecuador, renuncia de manera expresa a utilizar la vía diplomática o consular, o a recurrir a cualquier órgano jurisdiccional

---

<sup>177</sup> OPC y OEPC v. República del Ecuador, (Caso CIADI No. ARB/06/11), para 37

<sup>178</sup> Memorial del Estado Ecuatoriano, Excepciones a la Jurisdicción, en: OPC y OEPC v. República del Ecuador, (Caso CIADI No. ARB/06/11)

nacional o extranjero no previsto en este Contrato de Participación, o a *arbitraje no reconocido por la ley ecuatoriana o no previsto en este Contrato de Participación*. El incumplimiento de esta disposición será motivo de caducidad de este Contrato de Participación.<sup>179</sup>

El Estado ecuatoriano interpretó esta cláusula como una limitante de acudir a cualquier mecanismo no previsto en el Contrato de Participación. Al ser la caducidad una excepción de la jurisdicción del CIADI, y más aún un tema no arbitrable de conformidad con la legislación ecuatoriana, el inversionista confirma que mediante esta cláusula se está renunciando de manera expresa, no solo a la jurisdicción del CIADI sino a todo arbitraje en materia de un decreto de caducidad.<sup>180</sup>

#### **4.1.2. Argumentos de la Demandante en respuesta a las objeciones a la Jurisdicción**

En contraposición a los argumentos del Estado, Occidental estableció que bajo ningún concepto se puede interpretar la cláusula 21.4. como una renuncia. Los argumentos utilizados por la demandante en su memorial de contrarréplica fueron los siguientes:

- (i) La Sección 21 del Contrato de Participación no es una cláusula arbitral, sino tan sólo una disposición que establece los procedimientos que han de observarse para terminar legítimamente el Contrato de Participación. La Cláusula 21.4 en ella establecida no está destinada, por lo tanto, a excluir diferencias que surjan de una declaración de caducidad emanada de un arbitraje de los previstos en la Cláusula 20.3;
- (ii) Aunque se aceptara la interpretación dada por la Demandada a la Cláusula 21.4 – de que ésta refleje un acuerdo contractual de no someter a arbitraje las diferencias sobre rescisión unilateral – las reclamaciones de OPC basadas en el Tratado sobrevivirían, ya que OPC no es signataria del Contrato de Participación;
- (iii) La interpretación dada por la Demandada a la Cláusula 21.4 – y su excepción basada en esa interpretación – tienen como premisa que las reclamaciones de las Demandantes resultan de supuesto incumplimiento del Contrato de Participación. No obstante, tanto OPC como OEPC han presentado principalmente reclamaciones basadas en el Tratado, que

---

<sup>179</sup> Contrato de Participación, Petroecuador con OEPC, en: OPC y OEPC v. República del Ecuador, (Caso CIADI No. ARB/06/11)

<sup>180</sup> Memorial del Estado Ecuatoriano, Excepciones a la Jurisdicción, Oxy II v. Ecuador en: OPC y OEPC v. República del Ecuador, (Caso CIADI No. ARB/06/11) para. 37

sobreviven sea cual fuere la interpretación de la Demandada sobre la Cláusula 21.4;

(iv) Las reclamaciones de OEPC basadas en el contrato sobreviven sea cual fuere la interpretación de la Demandada sobre la Cláusula 21.4, ya que el Artículo VI.2 del Tratado confiere a OEPC la facultad de optar por el arbitraje del CIADI en lugar de acudir a los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos, en virtud de disposiciones contractuales o legales, para obtener un pronunciamiento sobre sus reclamaciones contractuales.<sup>181</sup>

De esta manera el inversionista alega que no solo no existe una renuncia a la jurisdicción CIADI en el contrato, sino que aun cuando esto fuera cierto, existe una marcada diferencia entre las reclamaciones de OEPC y las de OPC, en cuanto al OPC no ser parte del contrato, sus reclamaciones sobrevivirían. Finalmente, establecen, de conformidad con lo que interpretó SGS v. Pakistán y toda la teoría detrás de los reclamos bajo el contrato y los reclamos bajo el Tratado, que OEPC sostiene sus reclamos no bajo el contrato sino bajo el Tratado, por lo cual aun cuando exista una limitante contractual a la Jurisdicción del CIADI, esta no involucra los reclamos bajo el Artículo VI.2 del TBI.

#### **4.1.3. Argumentos expuestos en la Audiencia de Jurisdicción**

Resulta muy importante el mencionar lo que ocurrió durante la Audiencia de Jurisdicción en la cual el Ecuador alegó que la Cláusula 22.2.1 es una renuncia clarísima a la jurisdicción del CIADI. Al respecto el abogado de la demandada alego lo siguiente ante las preguntas de los árbitros:

...esto es un acuerdo para renunciar a algunas de las opciones del Tratado Bilateral de Inversiones, pero no a todas. No se renuncia al TBI, sino que hay menos opciones disponibles...<sup>182</sup>

El abogado del Estado ecuatoriano, sostiene por lo tanto que la renuncia, es de hecho expresa, y que es ahí donde yace la diferencia con otros tribunales que se han negado a interpretar a disposiciones de foros exclusivos en los contratos como renunciaciones tácitas en cuanto el Contrato no establece una renuncia tácita sino expresa.

<sup>181</sup> Memorial de OEPC y OPC en respuesta a las excepciones a la jurisdicción, en: OPC y OEPC v. República del Ecuador, (Caso CIADI No. ARB/06/11) para. 50.

<sup>182</sup> OPC y OEPC v. República del Ecuador, (Caso CIADI No. ARB/06/11), para. 65

Los demandantes en la Audiencia rechazaron categóricamente que la cláusula 21.4 sea una renuncia a la jurisdicción del CIADI y alegan una errónea interpretación de dicha cláusula por parte del Estado al tratar de que la cláusula en mención establezca de manera clara e inequívoca la intención del contratante de renunciar a cualquier otro tipo de foro que no sean los Tribunales locales para el caso de Caducidad. El abogado de la demandante establece lo siguiente al respecto:

Como ya señalamos en nuestra contestación, ocurrió un poco como en uno de esos folletos de promoción, en que se insiste una y otra vez que esa cláusula establece una evidente exclusión, una excepción clara, etc.; se lo dicen a uno en alrededor de media docena de páginas; se lo repiten varias veces antes de mostrarle a uno realmente el texto, lo que no es sorprendente porque si esa evidente exclusión realmente existía cabía esperar que dijera algo así como pese a las disposiciones de la Cláusula 20, en caso de pérdida de derechos por caducidad el único recurso de que dispondrán los contratantes consistirá en acudir a los tribunales o al TCA [Tribunal de lo Contencioso Administrativo] ecuatorianos. Eso merecería denominarse ‘evidente exclusión’, en lugar de un texto incluido.<sup>183</sup>

De esta manera, los demandantes no niegan la posibilidad de renunciar a derechos por parte del Inversionista, pero alegan que este no es el caso en vista de que la cláusula en mención no establece en ninguna forma una renuncia, menos aún una renuncia expresa e inequívoca.

#### **4.1.5. Decisión del Tribunal respecto de la primera excepción a la jurisdicción expuesta por el Estado ecuatoriano**

El Tribunal recoge varios de los elementos que señala el laudo de Aguas del Tunari contra Bolivia, caso que comparte similares hechos y principalmente una cláusula contractual de excepción como la del presente análisis. El Tribunal se pronuncia respecto de la cláusula 22.2.1. y establece que ésta no es un acuerdo por el cual las partes se someten exclusivamente al Tribunal de lo Contencioso Administrativo. El Tribunal dice que la interpretación de los demandados es errónea,

---

<sup>183</sup> OPC y OEPC v. República del Ecuador, (Caso CIADI No. ARB/06/11), para 69

y se apega a la tesis de los demandantes en cuanto la interpretación literal de la cláusula simplemente no establece renuncia alguna.<sup>184</sup>

El Tribunal instituye que es posible renunciar al foro del contrato, pero en virtud de los elementos y principios de interpretación de los contratos, dicha renuncia o excepción en este caso, debe estar redactada de una manera clara e inequívoca de las intenciones de las partes de acordar tal cosa. De manera similar, el caso ya mencionado de *Aguas del Tunari v. Bolivia* establece en su párrafo 119 lo siguiente:

A juicio del Tribunal, un tribunal del CIADI tiene la obligación de ejercer su competencia en esos casos cuando no existe indicio alguno de que las partes hubieran tenido la intención específica de que la cláusula incompatible con la jurisdicción del Centro operara como renuncia a, o modificación de, un mecanismo existente de otorgamiento de jurisdicción al CIADI. Un documento independiente e incompatible debe ser considerado obstando la jurisdicción de un tribunal del CIADI sólo si está claramente destinado a modificar la jurisdicción otorgada por otra parte al CIADI. Como ya se señaló, la renuncia expresa, por parte de un inversionista, a sus derechos de invocar la jurisdicción del CIADI en virtud de un TBI podría afectar a la competencia de un tribunal del CIADI. No obstante, el Tribunal no declarará la existencia de una renuncia o modificación implícitas de la jurisdicción del CIADI a menos que existan indicios específicos de la intención común de las Partes.<sup>185</sup>

Adicionalmente agregó que:

El Tribunal no interpretará una cláusula ambigua como una renuncia implícita a la jurisdicción del CIADI; el silencio, en tal sentido, no es suficiente.<sup>186</sup>

De esta manera el Tribunal en el caso *Oxy v. Ecuador* señaló que si las partes deseaban crear una excepción a la jurisdicción CIADI por medio del contrato, lo pudieron haber hecho, pero al detallarse de manera extensa en todo el alcance del

---

<sup>184</sup> Cfr. *OPC y OEPC v. República del Ecuador*, (Caso CIADI No. ARB/06/11), para 70.

<sup>185</sup> *Aguas del Tunari S.A. v. República de Bolivia* (ICSID Case No. ARB/02/3), para 119

<sup>186</sup> *Ibíd.*, para 119

término caducidad en el Contrato de Participación, no se puede alegar que va implícita una renuncia mediante la cláusula 22.2.1.

En referencia a la excepción de que la legislación ecuatoriana no prevé un arbitraje ante el CIADI para este caso en concreto, el Tribunal destacó el hecho de que el Ecuador había ratificado tanto la Convención de Washington como reconocido que una vez ratificado tal instrumento pasa a formar parte de la legislación ecuatoriana. Por lo tanto, el Tribunal concluyó que no procede dicha excepción, en vista de que no existe una renuncia clara, y que la legislación ecuatoriana incluye la Convención de Washington la misma que obliga al Ecuador a someterse a un arbitraje CIADI en materias de inversión.<sup>187</sup>

Una vez que el Tribunal rechaza la idea de que la cláusula 22.2.1. sea una renuncia a la jurisdicción CIADI, se pronuncia respecto de la segunda cláusula mediante la cual el Estado ecuatoriano establece la objeción a la jurisdicción CIADI por renuncia a la misma. Esta es la cláusula 24.1. Aquí el tribunal reconoce que existe una renuncia a la jurisdicción, pero no por parte del Demandante sino por parte de una de Petroecuador, la empresa petrolera estatal contratante. El tribunal señala que la redacción de la cláusula 20.2.1. establece una clara e inequívoca renuncia de Petroecuador a la jurisdicción ordinaria al establecer lo siguiente:

“**20.2.1.** Las controversias que surjan en la interpretación, aplicación y cumplimiento de este Contrato de Participación se someterán al arbitraje en derecho, administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, o a un Centro de Arbitraje Internacional que estará regulado por los Tratados, Convenciones, Protocolos, y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador, de conformidad con la Ley. **PETROECUADOR renuncia expresamente a la jurisdicción ordinaria**, en caso de que existan controversias entre las Partes en la interpretación, aplicación y cumplimiento en la ejecución de este Contrato de Participación”. (énfasis agregado)<sup>188</sup>

De esta manera el Tribunal señala que si el Demandante hubiese renunciado a un arbitraje CIADI, como lo establece el Estado ecuatoriano, el texto de la cláusula

<sup>187</sup> Cfr. OPC y OEPC v. República del Ecuador, (Caso CIADI No. ARB/06/11), para 74

<sup>188</sup> Contrato de Participación entre OEPC y Petroecuador, en: OPC y OEPC v. República del Ecuador, (Caso CIADI No. ARB/06/11), para. 78

contractual sería de similares condiciones a la de la cláusula previamente citada. Finalmente, el Tribunal señala que al no ser el texto de la cláusula claro e inequívoco, no puede aceptar una renuncia tácita, menos aún cuando el mismo Estado ecuatoriano reconoció en la Audiencia que no puede invocar su derecho interno para evitar la jurisdicción CIADI en el marco del Tratado.<sup>189</sup>

#### **4.1.5. Lecciones de OEPC y OPC v. Ecuador**

Definitivamente Oxy II marca una pauta en lo que refiere a la renuncia del foro arbitral por parte del Inversionista. Conjuntamente con el Tribunal en Aguas del Tunari, son los primeros en abordar frontalmente el tema de la posibilidad del Inversionista de renunciar al CIADI mediante un pacto ya sea contractual o de otra índole.

Ambos Tribunales llegan a similares conclusiones en dos temas claves: a) puede el inversionista renunciar al foro arbitral CIADI?, y b) que se puede y que no se puede considerar una renuncia al foro arbitral. Al respecto abarcaremos ambos temas en el contexto de la presente tesis.

##### **4.1.5.1. Puede el inversionista renunciar al foro arbitral CIADI?**

Esta pregunta la aborda el Tribunal al establecer que el Inversionista si puede disponer de su derecho a elección del foro. El Tribunal en ningún momento niega dicha potestad del inversionista, por el contrario la consagra y la reconoce como válida bajo ciertos parámetros. Incluso aborda la pregunta de si el contrato es un instrumento idóneo para renunciar al foro del TBI, a lo cual nuevamente responde de manera afirmativa, siempre y cuando la voluntad manifiesta del inversionista sea ésta.<sup>190</sup>

---

<sup>189</sup> Cfr. OPC y OEPC v. República del Ecuador, (Caso CIADI No. ARB/06/11), para 8

<sup>190</sup> Cfr. OPC y OEPC v. República del Ecuador, (Caso CIADI No. ARB/06/11), ver también Aguas del Tunari S.A. v. República de Bolivia (ICSID Case No. ARB/02/3



#### **4.1.1.5.2. Que se puede y que no se puede considerar una renuncia al foro arbitral?**

Esta es sin duda la pregunta central que aborda el Tribunal en *Oxy v. Ecuador*. El Tribunal analiza si se puede imponer limitaciones a un Tribunal CIADI mediante una cláusula contractual, a lo cual responde afirmativamente. Sin embargo estas excepciones deben contar con ciertos requisitos. El primero, que la voluntad se encuentre por escrito en un documento idóneo. En este caso, el Tribunal reconoce que el contrato de participación puede llegar a ser un instrumento idóneo siempre y cuando el pacto de renuncia a la jurisdicción CIADI o cualquier otra de esta índole sea clara e inequívoca. El tribunal establece que ninguna cláusula ambigua o renuncia tácita podrá ser considerada como tal, en vista de que el tribunal no puede abstenerse de conocer un determinado caso, cuando goza de competencia, si no existe una clara intención de las partes de excluir a dicho Tribunal de un determinado aspecto del mismo.

Bajo la óptica de los mismos elementos del arbitraje podemos ver que la ley ecuatoriana de arbitraje y mediación establece en su Art. 8 que:

El convenio arbitral deberá contar por escrito, y si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico al cual se refiere.<sup>191</sup>

De esta manera, el Tribunal sin hacer una mención expresa, afirma que así como existen requisitos sustanciales para someterse al arbitraje, de la misma forma deben cumplirse ciertos requisitos sustanciales para renunciar al mismo. El principal requisito del cual el Tribunal hace énfasis es el de la clara y manifiesta voluntad del Inversionista de renunciar al foro arbitral, y si su deseo es renunciar al foro del Tratado, éste, de acuerdo al Tribunal sería posible, siempre y cuando el texto de la renuncia establezca inequívocamente que esta sea la intención de las partes.

---

<sup>191</sup> Ley Ecuatoriana de Arbitraje y Mediación, Ediciones Legales, R/O 145

## 4.2. Alcance de la posible renuncia frente a Derechos Sustantivos

### 4.2.1. Derechos Directos o Derechos Derivativos?

De acuerdo a MCLACHLAN existen tres tipos de derechos que derivan de los Tratados de Inversión. Estos derechos son de acuerdo al autor: a) aquellos que derivan de la sustancia de la disputa; b) aquellos que derivan de acuerdo de las partes a arbitrar; c) y aquellos respecto del procedimiento arbitral como tal.<sup>192</sup> En referencia al primero de ellos concerniente a los derechos sustantivos, estos conforman las obligaciones primarias a los cuales se obliga el Estado por medio del Tratado Bilateral y que se los interpreta de conformidad con el Derecho Internacional Público. El segundo es el derecho que nace a partir del consentimiento u oferta del Estado para arbitrar. Si bien en este caso el Inversionista no ha plasmado todavía su consentimiento, al verse la voluntad del Estado plasmada en el TBI, se la considera una oferta abierta para que el Inversionista acepte cuando considere necesario. Finalmente están las normas procedimentales del arbitraje las cuales crean un Derecho de debido proceso a la hora de arbitrar.<sup>193</sup>

De los diversos derechos mencionados previamente, considero necesario el abordar primero aquellos referentes a los derechos sustantivos que otorga el TBI y obliga al Estado a cumplirlos. Una vez que en párrafos anteriores se ha evaluado y confirmado que el Inversionista sí es titular de ciertos derechos, ahora cabe determinar si existen limitaciones al ejercicio de ellos o si mantiene plena disponibilidad frente a todos los derechos que consagra el TBI. Al respecto cabe hacerse la pregunta inicial de si los derechos sustantivos que otorga el TBI son derivativos o directos. Aquellos que defienden la tesis de que los derechos sustantivos tengan un carácter de directos se ven obligados a recurrir a precedentes en Derechos Humanos como lo es el caso LeGrand del 2001 ante la Corte Internacional de

---

<sup>192</sup> Cfr. C. MCLACHLAN. L. SHORE. M. WEINIGER. *International Investment Arbitration*. New York. Oxford University Press. 2007. p. 60

<sup>193</sup> Cfr. *Ibíd*em, p. 60.

Justicia<sup>194</sup>. En este caso, se sostuvo que la provisión de la Convención de Viena en Relaciones Consulares requiere a las autoridades penitenciarias que se informe sin retraso alguno a la persona detenida de sus derechos creando así derechos a los individuos.<sup>195</sup> De igual manera, los individuos pueden llevar demandas directas ante la Corte Europea de Derechos Humanos asimismo como ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>196</sup>

La tesis de los derechos derivativos es aquella que defiende el hecho de que éstos son en esencia del Estado, a causa de la protección diplomática, asunto que ya fue tratado previamente. Como se concluyó anteriormente, los Derechos derivados del TBI son en efecto derechos del Inversionista; es de esta forma como lo interpreta el Corte Inglesa de Apelaciones en el caso *Occidental v. Ecuador*, al entrar en la excepción planteada por el Ecuador referente a que la Corte no podía conocer respecto de transacciones entre dos Estados.<sup>197</sup> *Occidental* por su lado argumentó que el BIT era de hecho una transacción por la cual el Estado ecuatoriano se obligaba con el inversionista. La Corte se vio obligada a abordar la pregunta de si los derechos derivados del TBI, de los cuales estaba haciendo uso *Occidental* pertenecían a esta empresa o a los Estados Unidos. La corte optó por la tesis bajo la cual es el inversionista quien eleva la demanda en función de los derechos de éste y no en base a los intereses que persigue el Estado.<sup>198</sup> Por lo tanto reconoce al inversionista como un titular de derechos y con el respectivo *ius standi* para elevar su demanda en ejercicio de sus propios derechos ante dicha Corte.

Como conclusión preliminar podemos ver que los Individuos han sido reconocidos por el Derecho Internacional en múltiples ocasiones como sujetos de Derecho. En el caso concreto de los Inversionistas es aún más claro, siendo éstos quienes no solo elevan sus demandas ante los Tribunales previstos en el TBI (*Ius*

---

<sup>194</sup> Cfr. Caso *Legrand*, (Alemania v. Estados Unidos) 2001 CIJ, Rep 466

<sup>195</sup> I Cfr. Caso *Legrand*, (Alemania v. Estados Unidos) 2001 CIJ, Rep 466, p. 467

<sup>196</sup> Cfr. C. MCLACHLAN. L. SHORE. M. WEINIGER. *International Investment Arbitration*. op. cit., 2007. p. 60

<sup>197</sup> Cfr. *República del Ecuador v. Occidental Exploration and Production Co.* (2005) EWCA Civ 1116;(2006) QB 432 (CA)

<sup>198</sup> Cfr. *República del Ecuador v. Occidental Exploration and Production Co.* (2005) EWCA Civ 1116;(2006) QB 432 (CA)

*Standi*), sino que también lo hacen en ejercicio de sus propios derechos y no bajo una institucionalización de la protección diplomática, que le pertenece al Estado Madre.

#### **4.2.2. Cuales son lo Derechos Sustantivos que otorga el TBI y puede el Inversionista al ser titular de estos renunciar?**

Bajo la clasificación previamente citada de los diversos tipos de derechos encontramos aquellos que atienden a un carácter sustantivo.<sup>199</sup> Éstos se encuentran previstos en los Tratados Bilaterales de Inversión y son los que activan el sistema de protección de los mismos bajo los foros previstos en el mismo instrumento. Estos derechos se los conoce como estándares de protección. Se dividen en absolutos y relativos, y aún cuando no todos están incluidos en absolutamente todos los TBI, estos forman el pilar del objeto del Tratado que es la promoción y protección de las Inversiones Extranjeras. Los estándares absolutos son los siguientes: a) Trato Justo y Equitativo (*Fair and Equitable Treatment*); b) Protección y Seguridad Plena (*Full Protection and Security*); c) Tratamiento no menos favorable al requerido por el Derecho Internacional (*Minimum Standard of Treatment*); d) Discriminación; e) Trato Arbitrario; f) Cumplimiento de las Obligaciones adquiridas con respecto a la Inversión; g) Cambios de Divisas; h) Expropiación.<sup>200</sup> Los estándares relativos por su lado se reflejan en apenas dos que son: a) Trato Nacional; y b) Trato de Nación más Favorecida.<sup>201</sup>

Podemos ver que dentro de los Estándares citados no encontramos a la selección de foro. Por lo tanto la presente discusión se limita al alcance del inversionista de renunciar a los derechos sustantivos. Al respecto, es indispensable enfocar el espíritu y objeto que persiguen los Estados mediante la firma del Tratado.<sup>202</sup> Los tratados Bilaterales de Inversión están destinados a la Promoción y

---

<sup>199</sup> Cfr. C. McLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER. *International Investment Arbitration*. New York. op. cit., . p. 60

<sup>200</sup> Cfr. D. BISHOP, J. CRAWFORD, M. REISMAN. *Foreign Investment Disputes*. op. cit., 1007- 1165

<sup>201</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 1166

<sup>202</sup> Cfr. D. BISHOP, *Foreign Investment Disputes*, Netherlands, Kluwer Law International, 2005, p 19

Protección de las Inversiones. Es por esto, que los Estados encuentran conveniente otorgar al Inversionista una serie de derechos para que éste haga uso de los mismos. Sin embargo, este uso no podría implicar una carta blanca para que el Inversionista pueda disponer de éstos de manera ilimitada. Es ahí donde entra la limitación respecto de una potencial renuncia por parte del Inversionista a un Derecho Sustantivo del TBI, puesto que dicha renuncia sería contraria al objeto y espíritu de un Instrumento de Derecho Internacional de conformidad a otros instrumentos internacionales, en especial el Convenio de Viena en su artículo 31 referente a la interpretación de los Tratados y Convenios Internacionales.<sup>203</sup>

Adicional a lo previamente expuesto, es necesario mencionar el origen de los derechos del inversionista. Si bien el inversionista es el titular de los mismos, son los Estados partes quiénes los crean, y por ende los únicos que pueden modificar estos derechos.<sup>204</sup> Si el inversionista renuncia a uno de estos derechos, la obligación que adquiere el Estado con el otro Estado contratante se mantiene en función del principio de *Pacta Sunt Servanda* al amparo del derecho internacional.<sup>205</sup> Por lo tanto, el Estado no quedaría exonerado de su obligación de respeto del Tratado y sus provisiones, por actos de terceros, en este caso el Inversionista. El Estado contratante podría obligar en función de la obligación adquirida mediante el Tratado, al Estado contratante a cumplir con las obligaciones que adquirió, no con el inversionista sino directamente con el otro Estado contratante.

Sin embargo, caso aparte es la cláusula de selección de foro, que si bien se lo considera como un derecho del inversionista, ésta no entra dentro de la categoría de estándar de protección, y por ende el ejercicio de este derecho no esta arraigado propiamente a una protección, sino a una serie de métodos de solución de controversias, que están a disposición del inversionista para que elija una de ellas, esta elección se la conoce como *fork in the road*.

---

<sup>203</sup> Cfr. Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Art. 31

<sup>204</sup> Cfr. SALACUSE W, J, *The Growth of Bilateral Investment Treaties and their impact on Foreign Investment in Developing Countries*, en Doak Bishop, *Foreign Investment Disputes*, Netherlands, Kluwer Law International, 2005, p 19

<sup>205</sup> Cfr. MANUEL DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Público*, op. cit., p. 188

### 4.3. La selección de foro y el error conceptual de renuncia de derechos

#### 4.3.1. Agotamiento de remedios locales y práctica moderna

Las ventajas para el inversionista de acceder a foros internacionales de solución de controversias son claras. El inversionista acude a un foro imparcial, el cual no se gobierna por los estándares y procedimiento nacionales que pueden llegar a tener cierta parcialidad o influencia del Estado receptor.<sup>206</sup> Sin embargo, algunos BIT, principalmente aquellos que atienden a los años 70s y 80s, establecen una cláusula que busca que se agoten los remedios internos previo a acudir a uno de los foros del TBI. Sin embargo, esta práctica ha sido eliminada del Derecho Internacional de las Inversiones moderno, y los TBI no contienen cláusulas que requieran al inversionista agotar todos los recursos domésticos.<sup>207</sup> No obstante, como lo dice SHREUER, esta provisión intenta aparecer en los TBI modernos en la forma de diversas cláusulas, una de ellas es el llamado “cooling off period.”<sup>208</sup> Algunas de estas provisiones establecen que el Inversionista debe hacer esfuerzos por resolver las disputas en las cortes locales dentro de un determinado periodo de tiempo, lo cual, a decir del autor previamente citado, pueden reintroducir la cláusula de agotamiento de los recursos internos por la puerta trasera.<sup>209</sup>

#### 4.3.2. Efectos de la provisión de Fork in the Road en los TBI

Las provisiones Fork in the Road apuntan a hacer irrevocable la decisión del inversionista en su elección de foro para de esta forma evitar que se acuda a instancias paralelas o una doble instancia. La pregunta de cuándo es efectivo el *fork in the road*, se encuentra principalmente en la necesidad que tienen ciertos inversionistas de

---

<sup>206</sup> K. YANNACA-SMALL, *Parallel Proceedings*, in *Oxford Handbook of Investment Arbitration Law*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 1025

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 1025

<sup>208</sup> C. SHREUER, *Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration, The Law and Practice of International Tribunals*, 2005, p. 231

<sup>209</sup> *Ibidem* p. 231

buscar soluciones a disputas que emergen de actividades comerciales o de índole privada, y que por su naturaleza, pueden necesitar ser ventiladas ante cortes civiles o administrativas domésticas.<sup>210</sup> Mientras estas disputas pueden ser relativas a la inversión, estas no son idénticas.<sup>211</sup> La decisión de acudir a las cortes locales para la solución de controversias como las previamente mencionadas, no implica dicha irretroactividad propia del *fork in the road*. Los tribunales han sido consistentes al respecto<sup>212</sup> al establecer que para que se haya dado de hecho una selección irretroactiva de foro es necesario que medie *res judicata* y *lis alibi pendens*, que implica, solo si es la misma disputa entre las mismas partes la que fue sometida a las cortes domésticas previo a someterla a un arbitraje internacional. Es así como TURNER mantiene que los Tribunales han demostrado una tendencia de privar a estas cláusulas de su significado genuino al nunca aplicarlas.<sup>213</sup>

#### 4.3.3. La provisión de U-Turn o Vuelta en U

El *fork in the road* tiene a su vez una excepción en su aplicación cuando el inversionista hace uso de las cortes locales para buscar una solución interina o temporal para evitar un daño irreparable. Esta excepción le permite al inversionista buscar este alivio temporal, sin que este involucre un bloqueo de la opción de iniciar un arbitraje bajo el Tratado. El Art. 47 del CIADI como el Art. 1134 del NAFTA y muchos TBI garantizan esta potestad del inversionista.<sup>214</sup>

Una alternativa que presenta NAFTA, respecto de la efectividad del *Fork in the Road*, es que el inversionista tenga la facultad de renunciar o retirar sus demandas ante las cortes locales para de esta forma iniciar el procedimiento ante el foro previsto

---

<sup>210</sup> P. TURNER, *The Fork in the Road Revisited*, in F. Ortino, A. Sheppard, and H Warner, London, Investment Treaty Law, Current Issues, Vol 1, 2006, p. 177-182

<sup>211</sup> K. YANNACA-SMALL, *Parallel Proceedings*, in *Oxford Handbook of Investment Arbitration Law*, op. cit., 2008, p. 1026

<sup>212</sup> *Olguín v. Paraguay*; *Vivendi v. Argentina*; *Genin v. Estonia*; *Lauder v. República Checa*; *CMS v. Argentina*; *Azurix v. Argentina*; *Enron v. Argentina*

<sup>213</sup> P. TURNER, *The Fork in the Road Revisited*, in F. Ortino, A. Sheppard, and H Warner, London, Investment Treaty Law, Current Issues, op. cit., p. 177-182

<sup>214</sup> ICSID Convention, NAFTA Chapter 11

en el TBI.<sup>215</sup> Esta provisión ha sido recogida por el TBI modelo de Estados Unidos, eliminado así el problema de tener procedimientos paralelos. El Tribunal de Waste Management se pronunció al respecto al establecer que:

Cuando ambas acciones legales tiene una base legal derivada de las mismas medidas, no pueden ambas continuar simultáneamente en vista del inminente riesgo de que el Demandante obtenga el doble beneficio en su demanda por daños. Eso es lo que precisamente el Artículo 1121 busca prevenir.<sup>216</sup>

De esta forma, el llamado U-Turn o vuelta en U impone al inversionista que renuncie a toda reclamación que mantenga ante otra instancia ya sea de jurisdicción ordinaria o arbitral antes de interponer la demanda ante el CIADI o uno de los foros previstos en el TBI.

#### **4.3.4. El error conceptual del término renuncia o “waiver” y la provisión de selección de foro como un derecho del inversionista**

Hasta el momento hemos visto varios aspectos que conciernen al punto central de la tesis de si el inversionista puede o no puede renunciar al foro arbitral. Sin embargo, una vez que se ha establecido varios puntos concernientes a dicha potestad, es indispensable abordar el tema de si es de hecho una renuncia o un mero ejercicio de un derecho.

Como vimos en párrafos anteriores, la cláusula de opción de vías se ve acompañada por lo que en la doctrina y jurisprudencia se conoce como el fork in the road. Es en base a este principio, ampliamente aceptado, bajo el cual considero que se debe abordar el tema de la renuncia al foro arbitral. Para poder graficar de mejor manera en que consiste la provisión del Tratado de selección de foros resulta conveniente citar el TBI Estados Unidos – Ecuador que establece lo siguiente en su Artículo VI lo siguiente:

---

<sup>215</sup> K. YANNACA-SMALL, *Parallel Proceedings*, in *Oxford Handbook of Investment Arbitration Law*, op. cit., p. 1028

<sup>216</sup> *Waste Management v. Mexico (I)*, (ICSID Case No. ARB(AF)/98/2), para. 23



2. Cuando surja una diferencia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías, para su resolución:

- d) A los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia; o
- e) cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convenido, o
- f) Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 de este artículo.

3. a) Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2, y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio:

- v) Del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ('el Centro') establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 ('Convenio del CIADI'), siempre que la Parte sea parte en dicho Convenio; o
- vi) Del Mecanismo Complementario del Centro, de no ser posible recurrir a éste; o
- vii) Según las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o
- viii) De cualquier otra institución arbitral o conforme a otra norma de arbitraje, según convengan las partes en la diferencia.<sup>217</sup>

Del texto citado podemos inferir que se le confiere al inversionista la potestad de elección de uno de los tantos foros que consagra el TBI. Podemos ver a su vez, que en su primera parte incluye a las Cortes locales como una instancia válida para la solución de las controversias en materia de inversión, por lo cual el inversionista puede hacer uso de esta alternativa.

En base a lo expuesto anteriormente, el elegir uno de los foros que establece el TBI, conceptualmente no es una renuncia de derecho sino un ejercicio de tal; en vista de que la provisión esta diseñada para que el inversionista sea quien decida el foro adecuado para la solución de las controversias que se puedan suscitar en razón de su inversión. Por lo cual, si bien elegir un foro, implica necesariamente una renuncia de los otros, esto no podría ser visto como una renuncia como tal.

---

<sup>217</sup> Tratado Bilateral de Inversiones entre Ecuador y Estados Unidos, agosto de 1993

De la misma manera, el que el inversionista limite sus opciones mediante una exclusión de uno de los foros, conceptualmente no es una renuncia, sino que en ejercicio de su derecho de alternativas de foros, ha decidido excluir a uno de ellos limitando de esta manera el potencial acceso al mismo.

El inversionista por lo tanto, posee un derecho consagrado por el TBI, cuya esencia misma es la de otorgar a éste la potestad de disponer de su derecho dentro de los límites que establece el mismo Tratado. Y cuáles son estos límites? Pues resulta evidente que los límites sería el escoger únicamente entre los foros que consagra el tratado, en las circunstancias en las cuales se impone.

Una excepción a este razonamiento sería el caso hipotético de que el TBI contenga únicamente un foro para la solución de las controversias. En este caso sería evidente que la intención de las partes no era la de otorgar al inversionista un derecho de disponibilidad respecto de la provisión de foros, puesto que, éste sería el único mecanismo por el cual se podría ejercer los diversos estándares del tratado. En este caso no existiría el error conceptual entre renuncia y elección en vista de que sería de hecho una renuncia. Una renuncia a un único foro, sería en consecuencia, dejar inoperante al TBI en su totalidad.

Similares efectos tendría el de renunciar a todos los foros que establece el TBI. Una vez más, esto atentaría contra el espíritu mismo de la provisión que es el de dar al inversionista el derecho de elegir un foro más no renunciar a todos éstos. Aquí el inversionista estaría disponiendo de una potestad que no le pertenece que es la renuncia al foro.

En el caso de que un inversionista renuncie a los foros previstos en el TBI, cabría preguntarse que pasa si detrás de ese inversionista existen más inversionistas que no han prestado su consentimiento o manifestado su voluntad de renunciar a los foros del TBI. Un ejemplo de esto sería el caso en el cuál, una empresa multinacional compra acciones respecto de una empresa local y es la empresa local quién renuncia al foro del TBI mas no la empresa tenedora de acciones que al amparo del mismo TBI se la considera inversionista. La solución evidente a este problema, y que se manifestó en *Oxy v. Ecuador*,<sup>218</sup> es que la renuncia opera únicamente para la empresa

---

<sup>218</sup> OPC y OEPC v. República del Ecuador, (Caso CIADI No. ARB/06/11)

que manifestó su voluntad de renunciar mas no para aquella que no ha prestado su consentimiento a tal renuncia.

Un caso en particular en el cual la renuncia de un derecho del inversionista podría adquirir plena validez, es el caso en el cual el inversionista no renuncie específicamente a los foros previstos en el TBI, sino que renuncie a su derecho de prestar su consentimiento a la oferta de arbitraje. De conformidad con el TBI y las normas del CIADI, la admisibilidad del arbitraje se perfecciona cuando el inversionista acepta, mediante los mecanismos previstos, ya sea notificación escrita al Estado, o aceptación de la oferta mediante la solicitud de arbitraje, la oferta del Estado para arbitrar. Este derecho, a diferencia de los previamente expuestos, no nace del TBI sino que es intrínseco del inversionista, y por lo tanto este tiene plena disposición sobre el mismo. De esta manera, un pacto mediante el cuál el Inversionista se obligue a no prestar su consentimiento para arbitrar, en principio no atentaría contra el TBI, puesto que este derecho no nace propiamente de dicho instrumento, sino que resulta en una consecuencia del mismo, que recae en un derecho de disposición que le pertenece exclusivamente al inversionista.

Finalmente podríamos abordar el caso en el cual se realice la elección de foro irretroactivamente pero el inversionista intente buscar un segundo foro mediante invocar el principio *res judicata* y *lis alibi pendens*. Aquí el inversionista busca elevar la controversia a un tribunal internacional en base a alegar que no se han invocado las mismas violaciones. Esto es algo que se ha visto en varios de los casos argentinos<sup>219</sup>, sin embargo, al abordar la pregunta como una elección de foro en base a la provisión del tratado, la excepción de no haber invocado el tratado se desvanece. El momento que un Tribunal doméstico o una Corte Ordinaria avoca jurisdicción del caso en base a la selección del foro por parte del inversionista, automáticamente se está invocando el tratado y por lo tanto no cabría la excepción de diferentes reclamos en diferentes cortes.

---

<sup>219</sup> Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/97/3), CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8)

#### 4.3.5. Efectos de una elección de foro vs. una renuncia de foro

Como se estableció previamente, no es lo mismo hablar de una renuncia de un foro, a una elección del mismo. Estas dos figuras, al ser diferentes, tienen efectos diferentes. El primer efecto que podemos ver en base a esta diferenciación es que se soluciona el cuestionamiento respecto de si el inversionista puede o no puede renunciar al foro. Esta pregunta que tiene por trasfondo la duda de si el inversionista al ser titular de los derechos puede renunciar a los mismos, ya no entra en juego puesto que la tesis de que es un mero ejercicio de su derecho y no una renuncia, aparta el tratamiento jurídico que se requiere para que un individuo pueda disponer de un derecho que pudiera ser catalogado de esencial.

Segundo, y posiblemente el efecto práctico de mayor trascendencia, al establecer esta diferenciación, es la ley aplicable al momento de renunciar al foro arbitral para someterse a la jurisdicción local, y elegir dentro de las opciones que te presenta el TBI la jurisdicción local. Al elegir la jurisdicción doméstica mediante la provisión de selección de foros del TBI, el inversionista hace uso de una de las opciones que le presenta el TBI para la protección de sus intereses que se reflejan en los estándares consagrados en el mismo. Cuando se elige a la jurisdicción doméstica, su competencia nace de un instrumento internacional y no de la jurisdicción ordinaria a la cual tiene derecho de acudir toda persona. En vista de esta situación, el juez nacional que está llamado a conocer la controversia deberá ponderar sus fuentes legales, otorgando al Tratado Bilateral la calidad de *lex specialis*<sup>220</sup> y con rango constitucional. Por lo cual, al momento de conocer y resolver sobre la controversia, deberá tomar en cuenta como norma jerárquicamente superior al TBI, y por ende otorgar al inversionista toda la protección bajo los estándares que el mismo consagra. Cosa que no ocurriría en el caso de que se hablará de una renuncia a los foros del tratado, caso en el cual las Cortes locales no tendrían una obligación de aplicar el TBI como *lex specialis*, y podrían otorgar al inversionista únicamente las protecciones que establece la ley local. Más aún, podrían incluso desconocer el TBI por no ser ellos

---

<sup>220</sup> D.BISHOP, J.CRAWFORD. M. REISMAN. *Foreign Investment Disputes*. op. cit., p 1007-1165

quienes están llamados a ejercerlo en base a que el inversionista renunció a los foros llamados a aplicarlo.

#### 4.3.6. Validez del pacto de elección de foro

Si bien queda claro que el elegir un foro, nace de un ejercicio de un derecho del inversionista, y se respalda en la teoría del *fork in the road* que crea una selección irretroactiva de uno de los foros, uno de los puntos medulares es la forma bajo las cuales tal selección es efectiva.

El caso de Aguas del Tunari marca una pauta al establecer que solo una renuncia clara e inequívoca puede tener los efectos de privar a un Tribunal CIADI de conocer respecto de un determinado caso.<sup>221</sup> La pregunta evidente que surge a raíz de este razonamiento es: ¿Qué es una renuncia, (o en este caso una selección) que cumpla con los requisitos de clara e inequívoca? Para encontrar la respuesta a este problema, debemos necesariamente recurrir a los principios de los negocios jurídicos, principalmente en lo que respecta a la voluntad, y segundo, dado su carácter de pacto innominado debemos buscar casos análogos para verificar cuáles son los requisitos formales que se debe exigir.

Atendiendo al significado de voluntad, podemos ver que en el caso concreto esta deber estar acompañada de ciertos formalismos, principalmente aquel que atiende a la escritura del mismo. Según OSPINA:

En las legislaciones modernas, el formalismo no obra al igual que en los sistemas simbolistas, en los cuales el solo cumplimiento de ciertas ritualidades es la causa suficiente y determinante (*causa civilis obligandi*) de la eficacia jurídica que se les atribuye a ciertas ritualidades (*forma dat esse rei*).<sup>222</sup>

Adicional a lo expuesto agrega;

<sup>221</sup> Aguas del Tunari S.A. v. República de Bolivia (ICSID Case No. ARB/02/3), ver en general.

<sup>222</sup> G. OSPINA, *Teoría General de los Contratos y el Negocio Jurídico*, Bogotá, Editorial Temis, 2000, p. 28.

Obviamente la voluntad de los agentes jurídicos debe exteriorizarse, pues al derecho solamente le interesan las actuaciones de aquellos que trascienden su fuero interno y repercuten en la vida social.<sup>223</sup>

Una vez que tal voluntad ha sido exteriorizada, ésta debe cumplir con ciertos requisitos, que si bien las legislaciones no tratan el asunto específico de la forma mediante la cual se debe realizar la selección de foro, se debe seguir las reglas generales y assimilarlas con casos análogos. Es necesario como primer paso, en busca de emparejar a este negocio jurídico con otro, el otorgarle a este pacto de selección de foro por su naturaleza, la calidad de documento solemne que tiene una serie de formalidades que se lo considera *ad substantionem*. De esta forma, si el documento no cumple con ciertas formalidades se lo reputa inexistente. Resulta lógico que al documento que se lo debe emparejar, es al de la cláusula compromisoria o compromiso arbitral, y a partir de estos buscar los requisitos para que el pacto de selección de foro, no solo contenga la voluntad manifiesta de los contratantes sino también, el requisito de claro e inequívoco establecido por el Tribunal en Aguas del Tunari y confirmado por el Tribunal en Oxy II.<sup>224</sup>

Los requisitos de una cláusula compromisoria han sido divididos por la doctrina en objetivos y subjetivos. Los presupuestos subjetivos hacen referencia a la validez de la cláusula compromisoria en relación a las partes. Estos presupuestos se resumen en tres: capacidad, legitimación y titularidad.<sup>225</sup> En síntesis estos tres presupuestos buscan que el sujeto sea capaz, que tenga legitimación sobre el derecho que versa el compromiso y finalmente que sea el titular del mismo aunque este podría ser reemplazado por una representación.<sup>226</sup> Por el otro lado, encontramos a los requisitos objetivos que son: la licitud, la determinabilidad, la posibilidad y la

---

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 29

<sup>224</sup> OPC y OEPC v. República del Ecuador, (Caso CIADI No. ARB/06/11), Aguas del Tunari S.A. v. República de Bolivia (ICSID Case No. ARB/02/3)

<sup>225</sup> J.P.CASASOLA MURILLO, *La Cláusula Compromisoria*, San José, Costa Rica, Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, , 1990, p. 119

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 120

patrimoniabilidad.<sup>227</sup> Éstos no será necesario incluirlos dentro del pacto de selección de foro, puesto que estos están destinados a otorgar jurisdicción a un arbitraje y no serían aplicables en el caso de un pacto de selección de foro.

Por lo tanto, si se cumple con los tres requisitos ya solo quedaría aquel de la voluntad clara y manifiesta. Siguiendo la misma analogía del compromiso arbitral se establecería como requisitos que contenga, a) el acuerdo mediante el cual se somete a un determinado foro o mediante el cual se limita a un determinado foro de las opciones que otorga el TBI, y b) el objeto de la disputa al cual se quiere establecer o limitar a un determinado foro. Ambos requisitos deben estar redactados de manera clara y que no quede duda de que esta sea la intención de las partes. Una vez que se han cumplido estos requisitos, el Tribunal o Juez a interpretarlos deberá seguir las reglas de interpretación, para de esta forma evaluar si consisten en verdaderos pactos de selección de foro o carecen de alguno de los requisitos previamente expuestos.

---

<sup>227</sup> J.P.CASASOLA MURILLO, *La Cláusula Compromisoria*, San José, Costa Rica, Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, , 1990, p. 119

## CONCLUSIONES

A lo largo de la presente investigación y análisis hemos encontrado varios puntos que se encaminan hacia varias conclusiones. Es así como desde el primer capítulo, se busca el marcar el contexto de los diversos elementos que conforman el derecho internacional de las inversiones, y los capítulos siguientes buscan desmembrar estas instituciones con el objetivo de abordar el tema materia de este estudio.

De esta manera vemos que varias de las preguntas planteadas se evidencian capítulo a capítulo buscando una construcción lógica de los argumentos, y presentados de manera sistemática para que solo cuando un punto se ha probado se pueda avanzar a la siguiente pregunta ya con los presupuestos planteados y argumentados.

Es de esta forma como empieza el análisis por establecer cual es la situación jurídica del Inversionista frente a este instrumento de Derecho Internacional que es



el Tratado Bilateral de Inversión. Al pasar por varios puntos, empezando por definir los roles que cumple cada actor del Derecho Internacional de las Inversiones nos planteamos la pregunta de si el Individuo es Sujeto de Derechos y Obligaciones al amparo del Derecho Internacional. Aquí encontramos que en base a fallos y doctrina que han marcado el camino, principalmente el caso LeGrand de la Corte Internacional de Justicia se puede concluir que los individuos si son sujetos de derechos y obligaciones al amparo del Derecho Internacional. Esto se evidencia aún más al invocar el derecho humanitario en el cual se comprueba de manera casi irrefutable que los individuos son sujetos de derechos.

Una vez que se llega a esa conclusión es necesario abordar el tema del respectivo *ius standi*. Al respecto se evalúa los diferentes casos en los cuales el individuo ha hecho ejercicio directo de sus derechos contra un Estado en una instancia de solución de controversias internacional. Claro ejemplo de este mecanismo es la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, la evidencia más clara respecto del *ius standi* del individuo para el caso concreto de las inversiones es la Convención de Washington que mediante el Centro CIADI conoce los reclamos del inversionista sin contar con ningún respaldo o ni siquiera la venia de su Estado madre.

Hasta aquí hemos visto que el individuo sí es sujeto de derechos y obligaciones y que también puede llegar a tener *ius standi* ante una instancia internacional. La siguiente pregunta es si estos dos elementos se encuentran presentes en el caso concreto de los TBIs. Es decir, si los derechos del TBI son del inversionista, o en su defecto representan una mera concesión del Estado. El argumento central detrás de este análisis se encuentra en la definición y carácter que se le otorga a la figura de la protección diplomática. En los párrafos referentes a este cuestionamiento se abarca los orígenes de la protección diplomática y sus diferencias con los TBI. De hecho se concluye que los TBI fueron una manera de corregir los errores y problemas detrás de la figura de la protección diplomática mediante el otorgar al inversionista el ejercicio de los derechos que previamente ostentaba el Estado.

Para poder evaluar el verdadero alcance de las diferencias marcadas entre la protección diplomática y los derechos que otorga el TBI, se toparon algunos puntos entre los cuales están: el control de las demandas elevadas por el inversionista, la ley

aplicable al procedimiento, el agotamiento de los recursos locales, la cláusula de opción de vías, y los daños sufridos. Todas estas apuntan a señalar las varias diferencias entre los derechos del TBI y la protección diplomática por lo tanto se llega a la conclusión que los derechos del inversionista no pueden ser una mera concesión en base a un derecho que le pertenece al Estado que es la protección diplomática, puesto que los derechos del TBI no son lo mismo que dicha figura. Sin embargo, se llega a la vez a la conclusión de que aun cuando las diferencias entre la protección diplomática y los derechos previstos en el Tratado se evidencian de forma clara, ambas comparten un denominador común de trascendental importancia que radica en el origen de ambos. Este origen atiende a la voluntad de los Estados quienes en función de un Tratado Internacional se obligan mediante el principio de *pacta sunt servanda* a cumplir con dicha obligación.

En base al razonamiento sistemático previamente expuesto, las lecciones que nos deja el capítulo dos es que el Inversionista es sujeto de derechos y obligaciones al amparo del Derecho Internacional, posee un incuestionable *ius standi* tanto por instrumentos como la convención de Washington como por otros como lo puede ser el TBI o un mismo contrato, y finalmente el inversionista es el titular de los derechos que consagra el TBI.

Una vez superado este tema, se trata frontalmente el tema que se lo considera como el que trajo a colación por primera vez el problema que afronta esta tesis. Este atiende a las diferencias entre reclamos contractuales y reclamos bajo el tratado, que se relacionan de manera directa con el problema de la renuncia al foro arbitral cuando existen cláusulas de foro exclusivo en los contratos.

Como primer punto les identificamos a estas cláusulas de foro exclusivo en los contratos como verdaderas cláusulas Calvo que buscan limitar al inversionista extranjero a resolver una controversia en una instancia que no sea la doméstica. Esto al amparo del derecho internacional de las inversiones, ha sido materia de sendas discusiones respecto de si se considera una renuncia a otros foros, principalmente a aquellos que garantiza el TBI. Al respecto se trato varios fallos que se han pronunciado al respecto. En base a lo que la mayoría de fallos han señalado, y principalmente al comité de anulación en el caso Aguas de Aconquija y Vivendi vs. República Argentina. Por lo tanto, como conclusión se encuentra, que las cláusulas

Calvo en los contratos no representan verdaderas renunciaciones a los foros arbitrales del Tratado por las siguientes razones: a) En razón de la doctrina de la base esencial o fundamental de la demanda expuesta por el Comité de Anulación en *Aguas de Aconquija y Vivendi v. Argentina*, existe una diferencia entre los reclamos contractuales y los reclamos bajo el tratado. Esto produce que los efectos de limitar mediante una cláusula Calvo la jurisdicción arbitral solo tengan efecto cuando estas se refieren a reclamos bajo el contrato. Si los reclamos son bajo el Tratado, la cláusula Calvo se vuelve inoperante en cuanto a limitar la jurisdicción de un Tribunal Arbitral de los expuestos en el TBI. b) No se puede considerar a las Cláusulas Calvo como una renuncia tácita a la jurisdicción de los Tribunales Arbitrales puesto que estos se encuentran en la obligación, tanto por el TBI o en el caso del CIADI por la Convención de Washington a conocer las disputas en base al Tratado, el no hacerlo es extralimitarse en sus funciones como lo concluyo el Comité de Anulación el caso *Aguas de Aconquija y Vivendi v. Argentina*.

Finalmente, cuando media una cláusula paraguas, la diferenciación entre reclamos bajo el contrato y reclamos bajo el tratado se vuelve de cierta forma una futilidad. Esto en vista de que la cláusula paraguas produce el efecto de que toda violación relacionada con la inversión, en este caso el contrato, representa una violación al TBI por lo tanto, se puede invocar cualquier violación al contrato como una al amparo del TBI. En este caso una cláusula Calvo no tiene efecto alguno al limitar a un Tribunal Arbitral a conocer la controversia, aun cuando esta sea sustancialmente contractual.

El capítulo cuarto busca traer los argumentos previamente expuestos al contexto ecuatoriano y principalmente en cuanto a lo que renunciaciones expresas se refiere. El laudo del caso *Oxy v. Ecuador* nos trae a colación varias luces respecto de donde se encuentra la problemática planteada ante el Derecho Internacional de las Inversiones. Se obtiene una serie de conclusiones de trascendental importancia para el estudio de esta tesis. Primero al evaluar la posición que mantiene el Estado ecuatoriano, se pudo evidenciar todos los argumentos fuertes en defensa de lo que sería una renuncia a someter la caducidad al arbitraje. Por el otro lado, *Oxy* representa la posición de defender la jurisdicción desde la perspectiva de que la cláusula no es una renuncia expresa, y por ende no limita la jurisdicción. El Tribunal se pronuncia a

favor de los demandantes, acogiéndose a la tesis que plantea el caso de Aguas del Tunari contra Bolivia. De esta forma queda claro que la posición actual en la jurisprudencia apunta a las conclusiones de que si se puede renunciar a un foro arbitral pero que esta renuncia debe contener los requisitos de ser clara e inequívoca.

Adicional a esto el caso nos da luces respecto de las diferencias prácticas entre reclamos bajo el contrato y reclamos bajo el TBI, al igual que diferencia los reclamos de la parte contratante (en este caso OECP) de los reclamos del inversionista accionista (OCP).

Ante estas conclusiones se topa entonces el tema del error conceptual al momento de abordar el tema por los diversos tribunales y doctrinarios. Aquí encontramos que al ser una desmembramiento de instituciones como el *fork in the road* y el *u turn* vemos que el inversionista esta haciendo uso de derechos que le consagra el mismo TBI pero que traen como consecuencias renuncias a determinados foros. Vemos que este acto del inversionista no es en si una renuncia sino una selección de foro.

El TBI establece una serie de posibilidades a las cuales el Inversionista puede acudir. Es el mismo espíritu de esta norma el que sea el inversionista quién en uso de su voluntad determine cual de los foros le resulta más conveniente tomando en cuenta todos los argumentos que circundan a la inversión. Esta decisión, en base a la doctrina de *fork in the road* tiene carácter de irretroactiva, por lo cual es vinculante para la parte que realiza la selección.

Por lo tanto, el error conceptual se configura en darle el tratamiento de renuncia o waiver de derechos, cuando en realidad es todo lo contrario. No implica una renuncia a un derecho o la falta de ejercicio del mismo, sino que implica un ejercicio de un derecho que consiste en que el inversionista hace uso de su potestad para seleccionar el foro que más le convenga. Como se dijo en el capítulo cuarto, esto puede tener sus excepciones que se pueden reflejar cuando el tratado contenga únicamente un foro, situación en la cual la misma provisión pierde el carácter de cláusula de selección de foro, o cuando el inversionista renuncia a todos los foros, situación en la cual estaríamos ante una verdadera renuncia y no un pacto de selección de foro en base a las opciones del TBI.

Finalmente, se trata el tema puntual de los efectos del pacto de selección de foro versus los efectos de lo que sería una renuncia. Aquí es claro que al momento de seleccionar el foro, en el caso de ser una Corte local esta se vería obligada a aplicar el TBI como *lex specialis* otorgando así un nivel superior de protección hacia el inversionista y ponderando este instrumento frente a normas de menor jerarquía. Adicional a esto, la renuncia tendría implicaciones de carácter limitativo al momento de evaluar el orden público del tratado, o la obligación irrenunciable en base al tratado que mantiene el Estado firmante, pero al momento de tratar el tema como una selección de foro, aun cuando este sea de las Cortes locales, no cabe duda que el Inversionista no está disponiendo de un derecho de manera extralimitada, sino al contrario está haciendo uso de la disponibilidad propia de la naturaleza de la norma.

Esta tesis nació con el objetivo de dar luces a una problemática actual en el derecho Internacional de las Inversiones, específicamente el tema en ascenso de los “waivers”. Aplicándola al contexto ecuatoriano, vemos que velando por los intereses estatales se debe asumir políticas responsables en las cuales las normas estén claras para ambas partes. En el caso concreto de los “waivers”, los Estados que han invocado esta excepción, hasta el momento han fracasado rotundamente. Esto no es atribuible a que sea una excepción de poco peso, al contrario, podría llegar a ser un factor determinante al momento de negarse la jurisdicción ante un Arbitraje Internacional. No obstante, si la política pública ecuatoriana busca limitar el acceso de ciertos casos a arbitrajes lo debe hacer siguiendo una serie de reglas y formalidades para que estas adquieran plena validez. El caso específico de esta tesis, el firmar un pacto de selección de foro irretroactivo, previo a cualquier controversia, puede surtir los efectos deseados, siempre y cuando la voluntad del inversionista no se encuentre viciada y sea una redacción clara e inequívoca de aquella voluntad, el Estado puede blindarse de acudir a arbitrajes internacionales.

Sin embargo, en vista del creciente desarrollo de países que promueven y protegen de manera efectiva a la inversión extranjera, el verdadero desarrollo en cuanto a beneficio estatal se refiere, se encuentra en mantener un marco jurídico estable, con respeto a los pactos adquiridos y una constante protección, libre de interferencias gubernamentales ilegítimas, que permitan un impulso económico a nivel de Estado y consecuentemente se refleje en sus ciudadanos.

## FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

A.C. SINCLAIR, *The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*,

A. HOFFMAN K. *The Investors Right to Waive Access to Protection under a Bilateral Investment Treaty*. ICSID Review volume 22.

A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties*, Netherlands, Kluwer Law International, 2009.

B.M. CREMADES Y D.J. CAIRNS, *La Seguridad Jurídica de las Inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados*, Bogotá, Colombia, Revista Internacional de Arbitraje Nro 1, 2004.

B. OPPEIT, *Teoría del Arbitraje*, Bogota, Colombia, Editorial Legis, 2002.

BRIERLY in A. HOFFMAN K. *The Investors Right to Waive Access to Protection under a Bilateral Investment Treaty*. ICSID Review volume 22.

CHILLON MEDINA, MERINO MERCHÁN, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, Madrid Segunda Edición, 1991. p. 117 tomado de Salcedo Verduga Ernesto.

C. SHREUER, *Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration, The Law and Practice of International Tribunals*, 2005.

C. SHREUER. *The ICSID Convention: A Commentary*. New York. Oxford University Press 2003.

D. BISHOP, J CRAWFORD, W. REISMAN, *Foreign Investment Disputes, The Modern FCN treaty series*, Netherlands, Kluwer Law International, 2005.

DIARIO "EL HOY", *El Arbitraje Papal de Borja*, publicado 28 de enero de 1995

D. WILLIAMS. *Jurisdiction and Admissibility, The Oxford Handbook of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008.

E. GALLIARD, *Tratado y Contrato: el problema de los "hechos comunes" y de las "cláusulas paraguas"*, Conferencia en I Comité Colombiano de Arbitraje, Bogota 3 y 4 de noviembre del 2005

E. OBADIA, *ICSID, Investment Treaties and Arbitration: Current and Emerging Issues*' in (2001) 18 ICSID News No. 2.

- E. VATTEL, *Law of Nations*, J. Chitty, trans. (Philadelphia: T.&J.W. Johnson & Co., 1858), Book II, Chapter VIII,
- E. YMAZ VIDELA, *Protección de Inversiones Extranjeras, Tratados Bilaterales: Sus efectos en las Contrataciones Administrativas*. Buenos Aires, Editorial La Ley, 1999.
- F. CANTUARIAS, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, Lima, Editorial UPC, 2007.
- F. DE VITORIA, *De Indis et De Ivre Belli : Relecciones*, Washington, DC: Carnegie Institution of Washington, 1917.
- F. MANN. *State Contracts and International Arbitration*. London. 42 British Yearbook of International Law. 1967.
- G. ÁLVAREZ, ÁVILA. *Las Características del Arbitraje CLADI*, en Anuario de Derecho Internacional, México, Universidad Autónoma de México, Vol. 2.
- G. OSPINA, *Teoría General de los Contratos y el Negocio Jurídico*, Bogotá, Editorial Temis, 2000.
- H. GRIGERA NAÓN, “*Arbitration in Latin America: Progress and Setbacks*,” Roma, Freshfields, 2004.
- H. GROTIUS, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres* (1625), J. B. Scott, ed., F.W. Kelsey, trans. (Oxford: Clarendon Press, 1925), Book II, Chapter II, XXII
- I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 6th edn (Oxford: Oxford University Press, 2003) [Brownlie, *Principles of Public International Law*]
- J. CRAWFORD, *The ILC Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts: A Retrospect*, 96 AJIL 874, 2002.
- J.GILL, M. BIRT. *Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: A Comparative Review of the SGS Cases*. Journal of International Arbitration, vol. 21, nro 5, 2004.
- J.P.CASASOLA MURILLO, *La Cláusula Compromisoria*, San José, Costa Rica, Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, , 1990.
- K.J. VANDELDE, *The Bilateral Investment Treaty Program of the United States*, 21 Cornell Int'l L.J. 1998.
- K. YANNACA-SMALL, *Parallel Proceedings*, in *Oxford Handbook of Investment Arbitration Law*, New York, Oxford University Press, 2008.
- LAUTERPACH, en P.C. JESSUP, *Responsability of States for Injuries*, ICSID Review Vol I 2006. International Center for the Settlement of Investment Disputes

MCLACHLAN, CAMPBELL QC, SHORE, LAURENCE, WEINIGER, MATTHEW, *International Investment Arbitration. Oxford International Arbitration Series*, New York, Oxford University Press, 2007.

M. CASTILLO FREIRE, R. SABROSA MINAYA, *El Arbitraje en la experiencia latinoamericana*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006.

M. DIEZ DE PICASSO, *Los Tratados Internacionales: El Tratado desde su entrada en vigor hasta su terminación*, en Manuel Diez de Velasco *Instituciones de Derecho Público*, Madrid, Editorial Tecnos, 2006.

M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Público*, Madrid, Editorial Tecnos, 2006.

M. G. MONROY CABRA, *Arbitraje Comercial Nacional e Inversiones*. Segunda Edición. Colombia: Editorial Legis, 1998.

M. HOOD, *Gunboat Diplomacy 1895-1905* (London: George Allen & Unwin, 1975) and J. CABLE, *Gunboat Diplomacy, 1919-1979: Political Applications of Limited Naval Force*, 2<sup>nd</sup> edn (London: Macmillan, 1981).

M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2005.

M. VIRGOS, *Arbitraje Comercial Internacional y Convenio de Nueva York de 1958*, Madrid, Actualidad Jurídica, (Uria y Menéndez), Diciembre del 2003.

N. RUBINS, S. KINSELLA, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution*, New York, Oxford University Press, 2005.

O. SPIERMAN. *Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties*.

P.C. JESSUP. *A Modern Law of Nations. en Power to Waive Arbitration* en Anne Koffman. ICSID Review Vol I 2006. International Center for the Settlement of Investment Disputes.

P. DI ROSA, *The Recent Wave of Arbitration against Argentina under Bilateral Investment Treaties: Background and Principal Legal Issues*, en: *Inter-American Law Review*, vol. 36, nro 1, 2004.

P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C SHREUER, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008.

P. MUCHLINSKI. *The Principal Actors, Policy Issues. International Investment Law*. Oxford University Press. 2008 New York p. 7



P. TURNER, *The Fork in the Road Revisted*, in F. Ortino, A. Sheppard, and H Warner, London, Investment Treaty Law, Current Issues, Vol 1, 2006.

R. BERNAL GUTIÉRREZ, *El arbitraje del Estado: la regulación en Latinoamérica*, Bogota, en: Revista Internacional de Arbitraje, Legis, junio-diciembre 2004.

R. DOLZER, M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, D. BISHOP, J CRAWFORD, W. REISMAN, *Foreign Investment Disputes, The Modern FCN treaty series*, Netherlands, Kluwer Law International, 2005.

R. DOLZER, C. SHREUER, *Principles of International Investment Law, Treaty Law Evolution and Purpose*, falta

R. NIETO NAVIA, *La paradoja del auge del Arbitraje Internacional de Inversión, en Arbitraje Internacional- Tensiones Actuales*, Bogota, Editorial Legis, 2007.

S. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, H. LEONARDI DE HERBÓN. *El Arbitraje*. Buenos Aires, Editorial Abelardo-Perrot, 1998.

T. WALDE, *The Umbrella Clause in Investment Arbitration: A comment on Original Intentions and Recent Cases*,

V. GIMENO, SENDRA. *Derecho Procesal*. Tomo I, Vol. I y II, 5ta Edición. Valencia, 1990

W. J. SALACUSE, *The Growth of Bilateral Investment Treaties and their impact on Foreign Investment in Developing Countries*, en Doak Bishop, Foreign Investment Disputes, Netherlands, Kluwer Law International, 2005.

## FUENTES LEGALES

Aguas del Tunari S.A. v. República de Bolivia (ICSID Case No. ARB/02/3), para 119

Alex Genin and others v. República de Estonia (ICSID Case No. ARB/99/2)

Asian Agricultural Products Ltd. V. Republic of Sri Lanka (Laudo) 4 ICSID Rep 245 (ICSID, 1990, EL-Kosheri P, Goldman & Asante).

Caso Lagrand, (Alemania v. Estados Unidos) 2001 CIJ, Rep 466, 1999

Azurix Corp. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/12)

Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd, 1970 ICJ 3, 44 (Laudo del 5 de febrero)

Caso del Pago del Prestamo de oro brasileiro contratado en Francia, PICJ Series A o. 21 p. 116, en P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C SHREUER, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 95

CME BV (The Netherlands) v. Czech Republic (Separate Opinion Brownlie) 9 ICSID Rep 412, 431 (UNCITRAL, 2003).

CMS v. Argentina, ICSID case No. ARB/01/08, Decisión en las Objeciones a la Jurisdicción

Comité de Anulación Compañía de Aguas de Aconquija S.A. y Vivendi Universal v. República Argentina. Disponible en:  
[www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award15](http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award15).

Compañía de Aguas del Aconquija & Vivendi Universal v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Decisión on Request for Annulment, *reprinted in* 41 I.L.M. 1135 (2002) at para. 102:

Constitución Política del Ecuador, Ediciones Legales, 2008

Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Art. 31  
<http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Art. 25. Revisado a enero del 2003.

Contrato de Participación, Petroecuador con OEPC, en: OPC y OEPC v. República del Ecuador, (Caso CIADI No. ARB/06/11) para. 31

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/3)

Estatutos de la Corte Internacional de Justicia  
<http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm>

Eudoro A. Olguín v. República de Paraguay (ICSID Case No. ARB/98/5)

Eureko B.V. v. República de Polonia, para. 250, la decisión se ubica en:  
[www.investmentclaims.com/decisions/Eureko-Poland-LiabilityAward.pdf](http://www.investmentclaims.com/decisions/Eureko-Poland-LiabilityAward.pdf)

Fedax N.V. v. Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/96/3), MCI v. Republic of Ecuador (ICSID Case No. ARB/04/19)

Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Indalsa Perú, S.A. (antes Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A.) v. República de Perú (ICSID Case No. ARB/03/4), Decisión en Jurisdicción, 7 de febrero del 2005

Internacional Center for the Settlement of Investment Disputes, ICSID Convention, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/>

Lanco v. Republica Argentina. Decisión en Jurisdicción. (Caso ARB/97/6).

Ley Ecuatoriana de Arbitraje y Mediación, Ediciones Legales, R/O 145

Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Rompetrol Group N.V. v. Romania (ICSID Case No. ARB/06/3)

Memorial de Contra Replica de Loewen Inc. en Materia de Jurisdicción. Abril 26, 2002

Memorial del Estado Ecuatoriano, Excepciones a la Jurisdicción, en: OPC y OEPC v. República del Ecuador, (Caso CIADI No. ARB/06/11)

Mondev International v. Estados Unidos, (Caso No. ARB(AF)/99/2) para. 66 en base a los artículos 1116 y 1117 de NAFTA, 11 de octubre del 2002.

Noble Ventures v. República de Rumania, (Caso ARB/01/11) en: F. CANTUARIAS SALAVERRY. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima. Universidad Peruana de Ciencia Aplicadas. Abril del 2007. p. 710.

North American Free Trade Agreement, NAFTA, Chapter 11  
<http://tech.mit.edu/Bulletins/nafta.html>

OPC y OEPC v. República del Ecuador, (Caso CIADI No. ARB/06/11).

Protocolo Adicional del Pacto de Derechos Económicos y Políticos  
[http://extranjeros.mtin.es/es/NormativaJurisprudencia/Internacional/ConveniosMultilaterales/documentos/Pactointernac\\_1966.pdf](http://extranjeros.mtin.es/es/NormativaJurisprudencia/Internacional/ConveniosMultilaterales/documentos/Pactointernac_1966.pdf)

República del Ecuador v. Occidental Exploration and Production Co. (2005) EWCA Civ 1116;(2006) QB 432 (CA)

Salini Costruttori and Italstrade v. Morocco, Decision of 23 July 2001, (2003) 42 International Legal Materials 609, paras 31–35.

Saluka Investment BV (The Netherlands) v. Czech Republic (Partial Award) (UNCITRAL, 2006, Watts C, Fortiers & Behrens)

SGS Société Générale de Surveillance SA v. Pakistan, Decision of 6 August 2003, (2003) 18 ICSID Review-Foreign Investment LJ 307, para. 161.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Philippines, Decision of 29 January 2004, not yet reported (available at [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid)), para. 97.

Tratado Bilateral de Inversión entre Estados Unidos y Nicaragua.  
<[http://www.sice.oas.org/BITS/usanic\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/BITS/usanic_s.asp)>

Tratado Bilateral de Inversión Modelo de los Estados Unidos de Norteamérica.  
<http://ita.law.uvic.ca/investmenttreaties.htm>

Tratado Bilateral de Inversión entre Estados Unidos y Ecuador, agosto 1993  
<http://ita.law.uvic.ca/investmenttreaties.htm>

Tratado Bilateral de Inversión entre España y Ecuador.  
<http://ita.law.uvic.ca/investmenttreaties.htm>

Tratado de Versalles de Junio de 1919, Art. 297

United Nations Centre of Transnational Corporations. Bilateral Investment Treaties.  
New York. UN 1988. p 84

Waste Management v. Mexico (I), (ICSID Case No. ARB(AF)/98/2), para. 23  
CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8)