

La Huida del Arbitraje de Inversión

*Alegría Jijón Andrade**

*Recibido/Received: 22/06/2016
Aceptado/Accepted: 19/08/2016*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las denuncias a los tratados de protección de inversiones. 3. Mecanismos para limitar las protecciones otorgadas en los tratados vigentes. 3.1 El arbitraje internacional como protección no deseada. 3.2 Exclusión del arbitraje internacional por materias en bloque dentro del tratado. 3.3 Exclusiones por materias a través de leyes nacionales. 3.4 Exclusiones por materias dentro de los contratos de inversión. 3.4.1 La cláusula contractual de sumisión exclusiva a los tribunales del estado receptor, como impedimento para iniciar un arbitraje bajo los tratados. 3.4.2 Diferencias entre las reclamaciones contractuales y las reclamaciones bajo los tratados de protección de inversiones. 3.4.3 Las reclamaciones basadas en los tratados no se ven afectadas por las cláusulas de sumisión exclusiva de los contratos de inversión. 3.4.4 Dificultades para determinar qué queda excluido de arbitraje internacional y qué no. 3.4.5 Validez de las cláusulas renuncia expresas a protecciones otorgadas por un tratado. 4. Foro y procedimiento para un arbitraje de inversión bajo una cláusula contractual. 5. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: tratado bilateral de inversiones, arbitraje de inversión, contrato de inversión, reclamaciones bajo el tratado, reclamaciones bajo el contrato.

* Asociada en Pérez Bustamante y Ponce. Abogada en España por la Universidad de Navarra, Abogada en Ecuador por la Universidad de los Hemisferios, Abogada en Nueva York y miembro de New York Bar Association. LL.M en Global Business Law en la Universidad de Nueva York, LL.M en Derecho Internacional Comparado en la Universidad Nacional de Singapur. Academic Visiting Reseacher en la Universidad de Harvard.

A. JIJÓN. "La Huida al Arbitraje de Inversiones", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2015.

KEYWORDS: bilateral investment treaty, investment arbitration, investment contract, treaty claims, contract claims.

RESUMEN: El presente artículo abordará los diferentes mecanismos utilizados por los Estados para protegerse de ser condenados en cuantiosos laudos en arbitrajes de inversión por supuestos maltratos a sus inversionistas. El mecanismo más efectivo que tienen los Estados para protegerse es dejar de firmar o modificar sus tratados de protección de inversiones para excluir la posibilidad de llevar disputas a arbitrajes de inversión. Pueden también denunciar unilateralmente sus tratados, sin embargo, deben considerar los términos de carencia presentes en los tratados, la mayoría de los cuales hacen inefectiva la renuncia por diez años. La tercera opción es intentar excluir el arbitraje a través de los contratos de inversión particulares. El presente artículo se centrará en esta tercera opción, y finalmente concluirá, coincidiendo con la mayoría de la doctrina, que no es válido que un inversionista renuncie a una protección otorgada por un tratado por medio de un contrato.

ABSTRACT: This article will address the different mechanisms used by states to protect themselves from being convicted in substantial awards in investment arbitration for alleged mistreatment of its investors. The most effective means that states have to protect themselves is to stop signing or to modify the existent treaties to exclude the possibility of bringing disputes to investment arbitration. They may also unilaterally terminate their treaties, however, they must consider that most current investment treaties, make waiver ineffective for ten years. The third option is trying to exclude arbitration through private investment contracts. This article will focus on this third option, and finally conclude, coinciding with the majority of the doctrine, that it is invalid for an investor to renounce to protections granted by a treaty by means of a contract.

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace varios años, numerosos estados han manifestado su desacuerdo con el llamado “derecho de inversiones”, por ser en su opinión, favorable para los inversionistas y desfavorable para los estados receptores de la inversión.

Alegan que los Tratados Bilaterales de Inversiones (“TBIs”) se constituyeron como medios para promover y atraer la inversión extranjera, pero que han fracasado. Denuncian que se trata de tratados que solo imponen obligaciones a una parte –estados– mientras benefician a la otra –inversionistas– sin reciprocidad.

Según los detractores del derecho de inversiones, los tratados realmente no fomentan la inversión en la práctica. Se dice también que facultan a los inversionistas a denunciar actos soberanos solo porque no les favorecen, y que los tribunales que resuelven estas disputas están parcializados a favor de los inversores.

En este artículo estudiaremos los diferentes mecanismos utilizados por los estados detractores del derecho de inversiones, y de sus tratados, para liberarse de los mismos e intentar blindarse de los arbitrajes de inversión¹. Evidentemente, la principal arma que han tenido los estados frente a los tratados bilaterales y multilaterales de inversiones, que sienten que ya no les convienen, ha sido denunciarlos. Sin embargo, este no es lo único que han hecho los estados por deshacerse de las obligaciones contraídas bajo los mismos. Los estados se valen de otros varios mecanismos legales para minimizar sus obligaciones frente a sus inversionistas.

Con el afán de aterrizar los diferentes mecanismos utilizados por los estados para desvincularse de su obligación internacional de arbitrar en un foro internacional, utilizaremos a lo largo de este estudio, el ejemplo paradigmático del TBI entre Ecuador y España.

1. X. ANDRADE, “Renuncia al arbitraje previsto en un tratado: el caso ecuatoriano”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 2, 2010. p. 2.

2. LAS DENUNCIAS A LOS TRATADOS DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES

Dentro de esta coyuntura, varios estados, en especial sud-americanos, han denunciado diferentes tratados de inversión, tanto multilaterales como bilaterales. El estado ecuatoriano se ha unido a esta postura anti-tratados y arbitraje de inversión. En esta línea, el Ecuador denunció el tratado multilateral de inversiones CIADI el 12 de junio de 2009. Asimismo, inició un proceso de denuncias individuales de varios TBIs.

El proceso para denunciar un TBI en el Ecuador se compone a grandes rasgos de cinco pasos: (i) dictamen sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado por la Corte Constitucional; (ii) informe de la Comisión Especializada Permanente de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral de la Asamblea Nacional; (iii) resolución del pleno de la Asamblea; (iv) decreto presidencial anunciando la renuncia; (iv) y notificación por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores al estado parte. Los cinco pasos son indispensables para considerar que un tratado ha sido denunciado.

A modo de ejemplo, el TBI España-Ecuador entró en este proceso de denuncia en el año 2013. En este mismo año, la Corte Constitucional resolvió que el TBI era inconstitucional por violar el artículo 244 inciso primero de la Constitución ecuatoriana de 2008². El 8 de julio de 2013, la Comisión Especializada Permanente de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral de la Asamblea Nacional, presentó su informe aconsejando la denuncia del TBI España-Ecuador³. Sin embargo, después de este paso el proceso se detuvo, sin que se haya pronunciado al respecto el Pleno de la Asamblea, y sin que haya un Decreto presidencial que oficialice la denuncia.

2. Corte Constitucional, Caso No. 0010-11-TI, Resolución No. 0019-013 CTI CC, 25/04/2013.

3. Véase <<http://goo.gl/cZPyLj>>.

Este freno en los procesos de denuncia no es único para el caso del TBI con España, de hecho, la gran mayoría de procesos de denuncias de TBIs se encuentran en stand-by en el Ecuador. El gobierno ecuatoriano creó una Comisión de Auditoría de los Tratados Bilaterales de Inversión cuyo propósito es investigar la conveniencia y constitucionalidad de los TBIs, la Comisión todavía no ha emitido su informe, sin embargo, especulamos en vista de sus comunicaciones previas, que parecería que la Comisión se inclinará a favor de las denuncias.

Cabe anotar que, a pesar de dichos esfuerzos por desvincularse del derecho de inversiones, este está lejos de haber muerto. Por un lado, muchos de los nuevos Tratados de Libre Comercio poseen cláusulas similares de protección de inversiones. Y, por otro, las cláusulas de carencia presentes en la mayoría de TBIs, incluyendo el Ecuador-España⁴, establecen plazos de 10 años para que sea efectiva cualquier renuncia, por lo que la mayoría de TBIs siguen estando vigentes para disputas que surjan en un corto o mediano plazo.

3. MECANISMOS PARA LIMITAR LAS PROTECCIONES OTORGADAS EN LOS TRATADOS VIGENTES

3.1 El arbitraje internacional como protección no deseada

Una de las protecciones más importantes que brindan los TBIs a los inversionistas de los estados firmantes es la posibilidad de solucionar sus disputas en tribunales arbitrales internacionales. Esta protección es fundamental para los inversionistas, ya que los protegen del temido *home court advantage*.

Hablando en términos generales, los inversionistas suelen tener miedo de litigar en contra de un estado en sus propias cor-

4. TBI Ecuador-España, Artículo XII "En caso de denuncia, a las disposiciones previstas en los artículos I a XI del presente Acuerdo seguirán aplicándose durante un periodo de diez años a las inversiones efectuadas antes de la denuncia".

tes. Este miedo cobra especial relevancia en países en vías de desarrollo, en donde puede ocurrir que la separación de poderes dentro del estado no sea perfecta. Esta ausencia de separación puede provocar que el poder judicial no sea completamente independiente al ejecutivo, lo que haría que el litigio se lleve ante quien es juez y parte de la disputa.

Los inversionistas prefieren solucionar sus disputas con los estados en foros especializados y neutrales. Es por esto que en los TBIs se incluyen cláusulas de solución de controversias que otorgan jurisdicción a tribunales internacionales no adscritos a ningún estado.

Como vimos antes, los países receptores de inversiones, se han mostrado reticentes en los últimos años a solucionar sus disputas con los inversionistas en estos foros. En parte porque los tribunales arbitrales de inversión han condenado a varios estados a pagar sumas astronómicas de dinero a los inversionistas, en parte porque sienten que los tribunales tienen una inclinación pro-inversionista, y en parte, porque prefieren de todas maneras litigar en su propio país.

La gran mayoría de TBIs vigentes confieren la protección del arbitraje internacional a los inversionistas. Sin embargo, nada obsta para que, en el supuesto de que ambos estados lo consientan, excluyan absoluta o parcialmente el arbitraje de inversión previsto, ya sea modificando los TBIs existentes o acordando nuevos tratados más restrictivos.

Considerando que los estados receptores de la inversión normalmente prefieren litigar en casa y limitar los arbitrajes internacionales, lo complicado será la negociación con el estado, potencial inversionista, ya que estos estados siempre preferirán la protección que conlleva el llevar disputas fuera de las cortes nacionales a un foro imparcial como, teóricamente, es el arbitraje de inversión.

3.2 Exclusión del arbitraje internacional por materias en bloque dentro del tratado

Un ejemplo típico de una exclusión *rationae materiae* del arbitraje de inversión es la exclusión de temas tributarios. Existen varios TBIs que expresamente establecen que las disputas en materia tributaria entre inversionistas y estados receptores se solucionarán siempre en las cortes nacionales y no en arbitraje internacional.

La razón de la práctica, más o menos común, de la exclusión de la materia tributaria del arbitraje no se debe a que la materia no sea arbitrable *per se*, sino que en general los estados sienten que la facultad tributaria está muy vinculada con su soberanía y no son partidarios de que tribunales extranjeros juzguen sus decisiones soberanas.

Los inversionistas tienden a aceptar esta exclusión debido a que existen otros tratados, como los convenios para evitar la doble imposición, que establecen o podrían establecer, otros mecanismos para resolver este tipo de disputas sin necesidad de recurrir a arbitrajes de inversión.

No existe ninguna norma genérica de derecho nacional o internacional que disponga que los temas tributarios no son susceptibles de dirimirse a través de arbitrajes de inversión⁵. Sin embargo, ciertos TBIs, incluyendo algunos firmados por el Ecuador, han excluido o limitado la materia tributaria de los arbitrajes de inversión, véase por ejemplo los TBIs Ecuador-Estados Unidos y Ecuador-Canadá que limitan la materia.

Existen abundantes precedentes en el arbitraje de inversión en los que se han arbitrado temas tributarios. En el Ecuador llaman la atención sobre todo los casos de *Occidental*⁶ y *Encana*⁷,

5. Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas, RO Sup. No. 652, 18/12/2015, Art. 20. Esta norma excluye del arbitraje internacional las disputas sobre temas tributarios, aquellas que surjan debido a actos legislativos y regulatorios del Estado.
6. London Court of International Arbitration Administrated, *Occidental Exploration and Production Company v. the Republic of Ecuador*, Arbitral Award, Case No. UN 3467, (*Occidental*).

estos casos son especialmente interesantes ya que tienen como fundamentos justamente los citados TBIs restrictivos en materia tributaria, pero en ambos casos los respectivos tribunales aceptaron tratar temas de devolución de IVA a pesar de las restricciones impuestas en los TBIs.

Los TBIs Ecuador-Estados Unidos y Ecuador-Canadá limitan el arbitraje de temas tributarios en general pero establecen ciertas excepciones por las que sí se puede llevar estos temas a arbitraje.

Por otro lado, el TBI España-Ecuador está configurado de manera exactamente opuesta: el Tratado en general admite el arbitraje de temas tributarios y tan solo pone una excepción en su artículo IV.4 en la que no habría como alegar la cláusula de nación más favorecida cuando se trata de una disputa tributaria:

Art. IV.- TRATAMIENTO

4.- El tratamiento concedido con arreglo al presente artículo no se extenderá a deducciones, exenciones fiscales u otros privilegios análogos otorgados por cualquiera de las Partes Contratantes a inversionistas de terceros países en virtud de un Acuerdo para evitar la Doble Imposición o de cualquier otro Acuerdo en materia de tributación.

El TBI Ecuador-España, impone la limitación de no utilizar el argumento de nación más favorecida cuando el inversor en teoría “más favorecido” sea nacional de un país que tiene un tratado para evitar la doble imposición con el Ecuador, lo que le concedería esos beneficios específicos.

El limitar materias específicas con las que los estados no se sientan cómodos puede ser una buena estrategia para delimitar el alcance extensivo de los TBIs. La clave para que los países inversionistas aprueben estas limitaciones es que la materia no quede totalmente indefensa sino que existan otros mecanismos

7. Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres, *EnCana Corporation v. República del Ecuador*. Laudo Arbitral, 3/02/2006.

para protegerla, tal como los Convenios de Doble imposición en materia tributaria.

3.3 Exclusiones por materias a través de leyes nacionales

Los estados han procurado también el arbitraje internacional a través de normas nacionales que impidan o limiten su utilización. En el Ecuador se acaba de aprobar la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones de Público Privadas y la Inversión Extranjera⁸, según esta nueva normativa, solo se aceptaría arbitraje de las Alianzas Público Privadas en sedes regionales.

Así mismo, según la citada Ley quedan excluidas del arbitraje internacional las disputas sobre temas tributarios, aquellas que surjan debido a actos legislativos y regulatorios del Estado.

La pregunta que invariablemente surge es si esta disposición legal realmente puede prelucir a inversores de un país con el que existe un TBI vigente a demandar al Estado ecuatoriano por la violación del tratado, en el foro que dispone el tratado o sobre alguna de las materias supuestamente escogidas.

A este respecto el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) establece:

El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

Si bien se trata de un tema muy debatible parecería complicado aceptar que a través de una Ley Orgánica se limiten garantías otorgadas por un tratado internacional cuando nuestra

8. Véase Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones de Público Privadas y la Inversión Extranjera, RO Sup. No. 652, 18/12/2015.

propia Constitución acepta que en el Ecuador los tratados internacionales tienen mayor jerarquía que las leyes orgánicas.

En conclusión, creemos que si existe un TBI que otorgue el derecho de llevar a arbitraje internacional las mismas materias que por ley han sido excluidas, las exclusiones legales no serían admisibles y el tribunal arbitral debería admitir la demanda a pesar de la existencia de una ley.

3.4 Exclusiones por materias dentro de los contratos de inversión

La exclusión de materias en bloque dentro de los tratados, como vimos, requiere de la aprobación de ambos estados, lo que no siempre es sencillo de conseguir. Por este motivo los estados receptores de inversión y partes de TBIs, han diseñado mecanismos alternos para limitar el ámbito de protección.

Uno de los mecanismos que se utilizan en la práctica para excluir materias concretas del arbitraje internacional es la inclusión de cláusulas dentro de los contratos de inversión específicos. Hay dos tipos de cláusulas típicas: las cláusulas de sumisión exclusiva de una materia en concreto a las cortes nacionales del estado receptor, y las cláusulas de renuncia expresa al arbitraje.

Estas opciones pueden ser interesantes para el estado receptor ya que en la negociación directa con un inversor interesado el estado normalmente tiene una posición más fuerte, y el inversionista con el fin de avanzar con el negocio es más susceptible a aceptar limitaciones a sus protecciones.

3.4.1 *La cláusula contractual de sumisión exclusiva a los tribunales del estado receptor, como impedimento para iniciar un arbitraje bajo los tratados*

Existen distintas maneras de intentar excluir materias de arbitrajes de inversión dentro de los contratos de inversión, una de estas es la inclusión de cláusulas de sumisión exclusiva a cortes nacionales de ciertas materias.

Se ha discutido arduamente ante tribunales arbitrales de inversión alrededor del mundo, si una cláusula contractual contenida en un contrato de inversión, que otorga jurisdicción exclusiva para la resolución de controversias a los tribunales del estado receptor de la inversión, impediría someter las disputas emanadas de la inversión a los mecanismos de arbitraje internacional previstos en los TBIs.

Los laudos más prominentes en el tema son: *Lanco International Inc. v. República de Argentina*⁹, *Vivendi Universal v. República de Argentina*¹⁰, *SGS v. Republic of the Philipines*¹¹, *Aguas del Tunari SA v. Republic of Bolivia*¹², *Toto Construzioni Generali Spa v. Republic of Lebanon*¹³, *Azurix Corp. v. República de Argentina*¹⁴ y *Occidental Exploration and Production Company v. República del Ecuador*¹⁵ entre otros.

Más aún, existe una discusión técnica relativa a si este es un problema de jurisdicción del tribunal o admisibilidad de la demanda; es decir, si la cláusula de sumisión exclusiva afectaría a

9. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), *Lanco International Inc. v. Argentine Republic*, Preliminary Decision On Jurisdiction of the Arbitral Tribunal, Case No. Arb/97/6, 8/12/1998.
10. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, Decision on Application for Annulment, Case No. ARB/97/3, 3/07/2002.
11. ICSID, *SGS Societe Generale de Surveillance SA v Republic of the Philipnes*, Decision of the Tribunal on Objections on Jurisdiction, Case No ARB/02/6, 29/01/2004.
12. ICSID, *Aguas del Tunari SA v. Republic of Bolivia*, Decision on the Respondent's Objections on Jurisdiction, Case No ARB/02/3, 21/10/2005.
13. ICSID, *Toto Construzioni Generali Spa v. Republic of Lebanon*, Decision on Jurisdiction, Caso No. ARB/07/12, 7/2012.
14. ICSID, *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, Case No. ARB/01/12, 8/12/2003, International Law in Brief available at <<http://www.asil.org/ilib/azurix.pdf>>.
15. *Occidental*, véase N. 6.

la jurisdicción misma del tribunal, o si por el contrario el tribunal siempre será competente para conocer la disputa en virtud de la existencia del TBI, y más bien se trata de un problema de admisión de la demanda que se tratará con relación al fondo del reclamo. La tesis mayoritaria, con la que coincidimos, es que se trata de un problema de admisibilidad en el mejor de los casos¹⁶.

3.4.2 *Diferencias entre las reclamaciones contractuales y las reclamaciones bajo los tratados de protección de inversión*

Para poder dar respuesta a una pregunta tan compleja de si cabe que un contrato limite lo pactado en un tratado, debemos, en primer lugar, recordar la diferencia entre las reclamaciones basadas en contratos y las reclamaciones basadas en los tratados.

Las reclamaciones basadas en contratos son aquellas en las que el reclamante alega que los actos del demandado violaron lo establecido entre las partes en su relación contractual. Las reclamaciones basadas en tratados son aquellas en las que el reclamante alega que las actuaciones del demandado violaron derechos o garantías originadas en el TBI.

Esta distinción ha sido ampliamente reconocida por tribunales arbitrales. Entre otros en los siguientes laudos: *Occidental*¹⁷, *Ronald S. Lauder v. Czech Republic*¹⁸, *Alex Genin and others v. Republic of Estonia*¹⁹, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. v. República Argentina*²⁰, *CMS Gas Transmission Company v. República Argentina*²¹ and *Azurix*²² y el Comité ad hoc en *Vivendi*²³.

16. Véase § 38(1).

17. *Occidental*, véase N. 6.

18. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *Ronald S. Lauder v. Czech Republic*, Final Award, 3/09/2001, publicado en <<http://goo.gl/jvvXF9>>.

19. ICSID, *Alex Genin and others v. Republic of Estonia*, Award of the Tribunal, Case No. ARB/99/2, 25/06/2001, Decision on Claimants Request for Supplementary Decisions and Rectification, 4/04/2002, disponible en <<http://goo.gl/lbSFBH>>.

20. ICSID, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. v. Argentine Republic*, Award, Case No. ARB/97/3f, 21/11/2000.

21. ICSID, *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, Case No. ARB/01/8, 17/07/2003.

22. *Azurix*, N. 14, párr. 145.

23. *Vivendi*, véase N. 9.

“As was clearly explained by the Vivendi ad hoc Committee, “[a] treaty cause of action is not the same as a contractual cause of action; it requires a clear showing of conduct which is in the circumstances contrary to the relevant treaty standard”²⁴.

Esta distinción tan cristalina en la teoría puede llegar a ser más difícil de establecer en la práctica. Muchísima tinta se ha utilizado tratando de distinguir las distintas ofensas entre violaciones a las garantías concedidas en los tratados y las diferencias contractuales.

La diferencia sobre la inversión que la Demandante ha presentado a este Tribunal invoca las obligaciones de la Demandada para con la Demandante conforme a lo dispuesto en el APPRI y es una pretensión distinta de la reclamación con arreglo a los documentos contractuales. Aunque la diferencia, tal como la presenta la Demandante, pueda requerir que se interpreten o analicen hechos relacionados con la ejecución del Contrato de Concesión, el Tribunal considera que, en la medida en que esas cuestiones sean relevantes, el incumplimiento de las obligaciones de la Demandada de conformidad con el APPRI, no pueden per se, transformar la diferencia en virtud de lo dispuesto en el APPRI en una diferencia contractual²⁵.

El problema radica en que muchas veces un mismo acto viola simultáneamente el contrato y el tratado. Una distinción muy acertada es la propuesta por Velimir Živković:

It is submitted that in order for an act of State to cause breach of the BIT and engage international responsibility, it must be one done by the State in its capacity as a sovereign. Pragmatically speaking, it should be of such nature that the ordinary contractual party would not be in a position to perform such an act.²⁶

24. V. ŽIVKOVIĆ, “Contracts, Treaties and Umbrella Clauses: Some Jurisdictional Issues In International Investment Arbitration”, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade - Belgrade Law Review*, 15/12/2011, p. 7.

25. *Azurix*, N. 14, pp. 16-17.

26. *Ibidem*, N. 25, p. 7.

No todos los actos violatorios del contrato son actos violatorios del tratado. Pero puede haber actos que violan el contrato, pero al ser actos soberanos del estado, también violan el tratado. Esta disyuntiva es muy relevante ya que la doctrina considera que las limitaciones contractuales podrían obligar a dirigir reclamos contractuales a las cortes nacionales, pero no podrían limitar reclamos bajo el tratado, incluso si estos mismos actos constituyen también violaciones al contrato.

3.4.3 *Las reclamaciones basadas en los tratados no se ven afectadas por las cláusulas de sumisión exclusiva de los contratos de inversión*

La gran mayoría de jurisprudencia y doctrina, se alinea con la posición de que las únicas disputas que están sometidas a las cláusulas dispuestas en el contrato son aquellas que tienen su fundamento en una violación al contrato mismo. Por lo tanto, sostienen que las disputas que tienen origen en la violación de un derecho protegido por un tratado no se encuentran reguladas por el contrato.

Existen varias decisiones arbitrales que han puesto mucho énfasis en este punto²⁷. Quizás el Tribunal *Ac Hoc* en Vivendi es quien lo ha resuelto de manera más contundente:

27. *CMS*, N. 21, párrs. 70-71. 70. A separate jurisdictional objection raised by the Republic of Argentina is based on the argument that TGN's License has a separate dispute settlement mechanism before the Federal Courts of Buenos Aires on Contentious Administrative Matters. Similarly, it is argued, the Terms of the License provide for the submission of disputes to the Federal Courts of Buenos Aires on Civil and Commercial matters, entailing an express renunciation to any other forum or jurisdiction. All of this, in the Respondent's view, precludes submission to the instant dispute to an ICSID tribunal. 71. CMS objects to that reasoning on the basis that it is not a party to the License and that the dispute does not arise from the Terms of the License. The dispute, it is argued, relates to the breach of the BIT and its cause of action is founded exclusively on the dispute settlement mechanism of that Treaty, independently from whether there is in addition a dispute concerning the contract. The Claimant notes moreover that the disputes envisaged in the Terms of the License refer only to questions connected with sale of the shares.⁴⁵ (p. 799) In effect, the offer made by the Argentine Republic to covered investors under the ARGENTINA-U.S. Treaty cannot be diminished by the submission to Argentina's domestic courts, to which the Concession Agreement remits.⁴⁷ (799) This Tribunal shares the views expressed in those precedents. It therefore holds that the clauses in the License or its Terms referring certain kinds of disputes to the local courts of the Republic of Argentina are not a bar to the assertion of jurisdiction by an ICSID tribunal under the Treaty, as the functions of these various instruments are different. (800). *Lanco*, No. 9 En efecto, el ofrecimiento realizado por el la República Argentina a sus inversores en el Tratado ARGENTINA-EEUU no puede ser menoscabado por un sometimiento a los tribunales internos argentinos a los que se remite el Contrato de Concesión.

101. Por otra parte, donde la “base fundamental de la reclamación” es un tratado asentando una norma independiente por la cual ha de juzgarse la conducta de las partes, la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato entre la demandante y el Estado demandado o una de sus subdivisiones no puede operar como impedimento a la aplicación de la norma bajo el tratado. A lo sumo, podría ser relevante –del modo en que el derecho interno muchas veces será relevante– al evaluar si ha habido un incumplimiento del tratado²⁸.

Citando también el caso de *Occidental* en contra del estado ecuatoriano, se recalcó la diferencia entre las reclamaciones por violaciones del tratado y las reclamaciones por violaciones del contrato, encontrando que las primeras no se ven afectadas por las cláusulas de sumisión exclusiva.

The Tribunal held in CMS, referring to this line of decisions, that “as contractual claims are different from treaty claims, even if there had been or there currently was a recourse to the local courts for breach of contract, this would not have prevented submission of the treaty claim to arbitration”²⁹.

En conclusión, la sumisión expresa a tribunales ecuatorianos en una materia concreta en un contrato celebrado entre el inversionista y el estado, no podría impedir una reclamación nacida de la violación de sus derechos como inversionista bajo un TBI, incluso cuando dicha violación al mismo tiempo viola el contrato.

28. *Vivendi*, N. 12, párrs. 101-103. 102. En la opinión del Comité, no le está permitido a un tribunal del CIADI, con jurisdicción bajo un TBI respecto de una reclamación basada sobre las disposiciones sustantivas de dicho TBI, desestimar la reclamación sobre la causa de que pudo o debió haber sido conocida por un tribunal nacional. En un tal caso, el examen que el tribunal del CIADI está obligado a efectuar es uno regido por el Convenio del CIADI, por el TBI y por el derecho internacional. Dicho examen no se determina en principio, ni se precluye, por una cuestión de derecho interno, incluyendo cualquier acuerdo de las partes bajo el derecho interno. 103. Más aún, el Comité no entiende cómo, si hubiera habido un incumplimiento del TBI en el presente caso (una cuestión de derecho internacional), la existencia de la cláusula 16 (4) del Contrato de Concesión pudiera haber impedido su caracterización como tal. Un Estado no puede apoyarse en una cláusula de jurisdicción exclusiva para evitar la caracterización de su conducta como internacionalmente ilícita bajo un tratado.

29. *Occidental*, N. 6, párr. 51.

3.4.4 *Dificultades para determinar qué queda excluido de arbitraje internacional y qué no*

Además, existe otra complicación a la hora de intentar excluir una materia concreta del arbitraje internacional garantizado por el TBI a través de una cláusula contractual, y es que no siempre es sencillo delimitar donde termina una materia y donde comienza la siguiente.

Para ejemplificar el problema vale la pena estudiar una cláusula real insertada en un contrato de inversión:

Exclusión de ciertas materias del ámbito del arbitraje y atribución de jurisdicción a tribunales y cortes nacionales.- Todas las controversias que se deriven de una declaratoria de caducidad o guarden relación con sus efectos, no podrán ser resueltas mediante arbitraje y deberán ser resueltas por los tribunales competentes del Ecuador.

Las controversias sobre actos de la administración tributaria serán resueltas por los tribunales competentes del Ecuador.

Esta es un ejemplo paradigmático de una cláusula de sumisión exclusiva por materia dentro de un contrato de inversión. Esto, más allá del análisis realizado ya sobre la validez de la cláusula e incluso en el caso de que un tribunal la considerase válida.

Continuando con el ejemplo de la materia tributaria. No es difícil pensar que incluso un inversionista al que el estado ha maltratado a través de actos de naturaleza tributaria, (véase glosas injustas, multas de SRI, resoluciones inmotivadas de reclamos por glosas, sentencias ilegales en materia tributaria, o leyes tributarias emitidas específicamente para dislocar al inversionista), pueda alegar que la "*cause of action*" de su reclamación es distinta a los actos de la administración tributaria como tal.

El inversionista siempre podría alegar que no le está pidiendo al tribunal arbitral que establezca exactamente lo que le

correspondía pagar en impuestos, sino que resuelva si el trato recibido es justo y equitativo y que determine que si con sus actos, incluso en materia tributaria, el estado falló a su compromiso de tratar de manera justa al inversionista.

Si bien no es posible arbitrar actos de la administración tributaria, hay que entender un reclamo bajo el TBI no es un reclamo contra los actos de la administración tributaria como tal, sino un reclamo ante el trato recibido por el estado y en la medida de que esos actos constituyen una violación a las garantías otorgadas por los estados en los tratados de inversión. Esta distinción se manifestó claramente en el caso Occidental, el tribunal resolvió:

This is the situation that has in fact occurred in the instant case, where treaty-based issues have come to arbitration and non-contractual domestic law questions have been and are being dealt with by local courts in Ecuador. Far from creating a situation of incompatibility, the decisions adopted thus far by Ecuadorian courts on matters of interpretation of the Ecuadorian Tax Law have been of great help to this Tribunal in its own interpretation of both the Treaty and the relevant provisions of Ecuadorian law as will be shown further below. It follows that the causes of action might be separate and the nature of the disputes different, yet they may both have cumulative effects and interact reciprocally³⁰.

Parecería que la *ratio* detrás de una cláusula de sumisión exclusiva tal como la transcrita, es que no se pueden discutir temas tributarios nacionales en sedes internacionales, y que esta *ratio* se cumple. Que una demanda arbitral con base en un TBI no requiere que el tribunal determine cuáles eran los impuestos aplicables, ni la validez de una glosa específica, sino que el *petitum* que se hace al tribunal es que se acepte que el estado ecuatoriano no trató a través de sus potestades –legislativas, administrativas, judiciales y constitucionales– al inversionista como se comprometió a hacerlo por medio del TBI que firmó.

Hay una diferencia entre demandar por actos de la administración tributaria *per se* y por los efectos finales de varias actua-

30. *Occidental*, N. 6, párr. 58.

ciones del estado que causaron violaciones de derecho internacional de inversión. Podría ser que las autoridades ecuatorianas hayan cometido errores o faltas en la administración tributaria pero que esas faltas, según los estándares aplicables en el arbitraje de inversión, no constituyan violaciones a las garantías de inversión.

De hecho la literalidad de la cláusula en materia tributaria incluso apoyaría esta interpretación, ya que cuando la cláusula excluye la caducidad dice también “o guarden relación con sus efectos” mientras que nada se dice sobre los efectos no inmediatos de los actos de las administraciones tributarias, por lo que parecería que la exclusión en el caso transcrito es muy limitada.

En conclusión, parecería que para determinar si la cláusula de sometimiento expreso podría afectar el derecho, concedido en un TBI a arbitrar, habrá que atender especialmente a la literalidad de la cláusula en concreto.

3.4.5 Validez de las cláusulas renuncia expresas a protecciones otorgadas por un tratado

La validez de los “*waiwers*” o renunciaciones a las protecciones concedidas a inversionistas bajo un TBI a través de una cláusula contractual, es un tema bastante novedoso en el arbitraje de inversión.

Hay poca jurisprudencia que ha abordado el tema, y en la mayoría de casos lo han hecho de manera tangencial. En un reciente artículo publicado en Oxford University Press, parte del ICSID Review por la profesora S.I. STRONG³¹, se hace referencia a los pocos casos que han tratado el tema de la validez de las renunciaciones contractuales al arbitraje de inversión.

31. S.I. STRONG, “Contractual Waivers of Investment Arbitration: Waive of the Future?”, *ICSID Review*, 2014, p. 1-11.

La profesora STRONG menciona cuatro casos en específico –que ya se han citado arriba–; en tres de ellos el Tribunal dictaminó que una cláusula de renuncia expresa mediante contrato de protecciones de un tratado no sería válida. Entre estos casos se incluyen Toto³², el Tribunal Ad Hoc de Vivendi³³, y quizás el más claro, SGS, que en sus palabras dictaminó:

It is, to say the least, doubtful that a private party can by contract waive rights or dispense with the performance of obligations imposed on the States parties to those treaties under international law. Although under modern international law, treaties may confer rights, substantive and procedural, on individuals, they will normally do so in order to achieve some public interest. Thus the question is not whether the Tribunal has jurisdiction: unless otherwise expressly provided, treaty jurisdiction is not abrogated by contract³⁴.

Finalmente cabe resaltar que el Tribunal de Aguas de Tunari llegó a una conclusión diferente. Ahora bien, el Tribunal mencionó su opinión en dicta; es decir, solo como un considerando, y no resolvió sobre el punto en la parte dispositiva del laudo.

Assuming that parties agreed to a clear waiver of ICSID jurisdiction, the Tribunal is of the view that such a waiver would be effective. Given that it appears clear that the parties to an ICSID arbitration could jointly agree to a different mechanism for the resolution of their disputes other than of ICSID, it would appear that an investor could also waive its rights to invoke the jurisdiction of ICSID. However, the Tribunal need not decide this question in this case³⁵.

32. *Toto*, N. 13, párr. 85. “Toto’s waiver of this right to invoke the CEGP’s liability under the Contract to claim contractual damages does not affect its right to invoke Lebanon’s breach of the Treaty before this Tribunal. However, the assessment of damages and of the compensation to be granted for a Treaty breach may be affected by a waiver not to claim compensation under the Contract, when both damage claims cover the same harm. Indeed, when it concerns the same damage for the same act, compensation that a Claimant has waived under the Contract cannot be recovered under the Treaty.”
33. *Vivendi*, Annulment, N. 10, párr. 98. “On the other hand, where ‘the fundamental basis of the claim’ is a treaty laying down an independent standard by which the conduct of the parties is to be judged, the existence of an exclusive jurisdiction clause in a contract between the claimant and the respondent state or one of its subdivisions cannot operate as a bar to the application of the treaty standard.”
34. *SGS*, N. 11, *The question is whether a party should be allowed to rely on a contract as the basis of its claim when the contract itself refers that claim exclusively to another forum. In the Tribunal’s view the answer is that it should not be allowed to do so, unless there are good reasons, such as force majeure, preventing the claimant from complying with this its contract. This impediment, based as it is on the principle that a party to a contract cannot claim on that contract without itself complying with it, is more naturally considered as a matter of admissibility than jurisdiction”.*

Como se desprende de las fuentes citadas por la profesora Strong, no queda claro si estos waivers son *per se* válidos o *per se* inválidos. Sin embargo, parecería que del estudio de los casos mencionados se pueden extraer dos conclusiones:

- (i) Que se trata el tema de los waivers como un tema de admisibilidad (fondo) y no de jurisdicción. Es decir, que el tribunal arbitral tendría jurisdicción para conocer de la materia en todo caso.
- (ii) Que al tratarse de un tema de admisibilidad (fondo), la validez del waiver es efectiva en lo que respecta a disputas contractuales pero no puede servir como un impedimento para disputas surgidas de violaciones a los tratados.

Citando la conclusión de la Profesora STRONG:

*Based on this Decision, contractual waivers appear incapable of affecting the availability of investment arbitration for claims based entirely on the treaty. However, contract claims may be heard outside the investment regime if the forum selection provision is considered valid*³⁶. (énfasis añadido)

Finalmente, como se desprende del estudio de la profesora Strong, el tema no está claro, y dependerá mucho de la postura o composición del tribunal la decisión de otorgar o quitar validez a waivers contractuales.

Existe también un artículo por el Dr. Xavier ANDRADE en el segundo número de la Revista Ecuatoriana de Arbitraje, que llega a la conclusión de que sobre este punto debe prestarse especial atención a la voluntad de las partes³⁷.

Existen académicos que estiman que la naturaleza supra nacional de los TBIs responde a un interés público superior a los intereses privados de las partes de un contrato³⁸ y, por tanto, no

35. *Aguas de Tunari*, N. 12, párr. 118.

36. S.I. STRONG, N. 31, p. 9.

37. X. ANDRADE, N. 1.

38. Véase la discusión citada en el Tribunal de Vivendi más arriba, N. 23.

podría un contrato entre dos partes disponer sobre las garantías otorgadas por un TBI. Hay otros árbitros que entienden que una renuncia contractual a las protecciones del TBI, como el arbitraje internacional, son plenamente disponibles por las partes al momento de contratar.

4. FORO Y PROCEDIMIENTO PARA UN ARBITRAJE DE INVERSIÓN BAJO UNA CLÁUSULA CONTRACTUAL

Un último tema a analizar es si el pactar dentro de un contrato de inversión una sede, autoridad nominadora o procedimiento distinto al pactado en el TBI, es válido o si el procedimiento arbitral debe conducirse exactamente como está previsto.

Transcribimos otro ejemplo real de una cláusula que prevé la utilización de un procedimiento arbitral pactado en el contrato, también para reclamaciones bajo el TBI, y que es distinto al método original pactado en el TBI.

Elección. - El arbitraje previsto en esta cláusula valdrá como elección de vía para la resolución de las desavenencias derivadas de este Contrato Modificatorio así como también será la vía para la resolución de controversias derivadas de cualquier Tratado sobre Promoción y Protección de Inversión que pudiera ser invocado por la Contratista.

Debido a que la piedra angular del arbitraje es el consentimiento, en un caso como el transcrito no vemos inconveniente alguno en iniciar un arbitraje de inversión bajo el arbitraje UNCITRAL previsto en el contrato, especialmente porque por acuerdo entre las partes aplica para los reclamos por violaciones de tratado.

Tampoco creemos que esto implique una contradicción con el argumento de que los reclamos por violaciones al TBI no se

rigen por el contrato. Creemos que se trata de un acuerdo posterior entre las partes y que al no restringir derechos del TBI, sino simplemente modificar ciertos términos del mismo, debería prevalecer.

5. CONCLUSIONES

En vista de los cuantiosos laudos en contra de estados en arbitrajes de inversión, varios estados buscan mecanismos para protegerse de estos reclamos.

El mecanismo más efectivo que tienen los estados, es modificar los TBIs de mutuo acuerdo y excluir la protección de los arbitrajes de inversión. Este mecanismo es complejo de conseguir en la práctica ya que para los estados, potenciales inversionistas, el arbitraje internacional como mecanismo para solucionar controversias es una protección básica a la que probablemente no estarán dispuestos a renunciar.

Otra opción es denunciar unilateralmente los TBIs, pero esto es poco efectivo a corto plazo debido a los términos de carencia presentes en los TBIs, la mayoría de los cuales hacen inefectiva la renuncia por diez años.

La tercera opción es intentar excluir el arbitraje a través de los contratos de inversión particulares. Sin embargo, esta opción es compleja, dependerá mucho de los términos exactos utilizados en cada contrato, y para la mayoría de la doctrina, con la que coincidimos, no es aceptable el renunciar a una protección otorgada por un tratado por medio de un contrato.

Finalmente, lo que pueden hacer los estados con base al principio de la autonomía de la voluntad y del consentimiento como piedra angular del arbitraje, es pactar términos distintos a los estipulados en un TBI para llevar a cabo un arbitraje. Los estados podrían pactar procedimientos, foros y sedes con los que se sien-

Alegría Jijón Andrade

tan más cómodos a la hora de someterse a arbitraje. En nuestra opinión estos términos deberían ser respetados.