

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE  
DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES  
Washington, D.C.**

**IBM World Trade Corporation, Actor,  
Vs.  
República del Ecuador  
(Caso CIADI No. ARB/02/10)**

**DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA**

**1. Miembros del Tribunal**

Rodrigo Jijón Letort, Presidente  
Alejandro Ponce Martínez, Arbitro  
León Roldós Aguilera, Arbitro

**2. Secretaria del Tribunal**

Gabriela Álvarez Ávila

**Representantes de la Demandante**

Dr. Edgar Terán Terán  
Dra. María del Carmen Arcos y  
Sr. Santiago Concha  
Avenida 12 de Octubre No. 26-97 y  
Lincoln, Edificio Torre 1492  
Oficina 1601  
Quito, Ecuador

**Representantes de la Demandada**

Dr. José María Borja  
Procuraduría General de la  
República del Ecuador  
Calle Robles No. 731  
Quito, Ecuador

Econ. Mauricio Pozo  
Ministerio de Economía y Finanzas  
Av. 10 de Agosto y Jorge  
Washington  
Quito, Ecuador

Dra. María Muñoz Villacís  
Subsecretaría General Jurídica  
Av. Amazonas 3535 y Av. Atahualpa  
Quito, Ecuador

## I. ANTECEDENTES:

1. Con fecha 6 de septiembre de 2002, el Secretario General Interino del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante CIADI), registró la solicitud de arbitraje presentada al amparo del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, (en adelante simplemente "el Convenio"), por IBM World Trade Corporation, (en adelante simplemente "IBM"), una compañía constituida conforme a las leyes del Estado de Nueva York, Estados Unidos de América, en contra de la República del Ecuador.
2. La solicitud de arbitraje se presentó sobre la base de una cláusula de arbitraje contenida en el Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante el TBI), ratificado por el Ecuador el 11 de abril de 1995 y que entró en vigor el 11 de mayo de 1997.
3. La demandante alega que la falta de pago de los valores adeudados a IBM del Ecuador C.A. (en adelante "IBM del Ecuador"), una compañía cuyas acciones pertenecen, en su totalidad, a IBM, en virtud de un contrato de concesión suscrito con la República del Ecuador, constituye una violación del TBI por parte del Estado ecuatoriano.
4. De conformidad con el artículo 39 del Convenio, las partes, de común acuerdo, designaron como árbitros de la presente causa al doctor Alejandro Ponce Martínez, al abogado León Roldós Aguilera y, como Presidente del Tribunal, al doctor Rodrigo Jijón Letort.
5. El 5 de junio de 2003 se celebró en la ciudad de Quito, República del Ecuador, en el auditorio de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, la primera sesión del Tribunal a la que asistieron las partes.
6. En dicha sesión, el Presidente manifestó a las partes que el Tribunal conocía la objeción expuesta por la República del Ecuador respecto a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal Arbitral.
7. En efecto, el señor Ministro de Economía y Finanzas de la República del Ecuador, en Oficio No. 7254 de 10 de diciembre de 2002, expresamente señala:

*“No existe disposición legal ni convencional que obligue al Ministro de Economía y Finanzas a someterse a un procedimiento distinto al expresamente acordado contractualmente por las partes, esto es Ministerio de Economía y Finanzas e IBM del Ecuador, y que no hay sustento legal para fundamentar el pretendido proceso arbitral, sin que esta comunicación implique reconocimiento sobre la procedencia del arbitraje y sólo con el propósito de evitar que el Ministerio de Economía y Finanzas se vea expuesto a un estado de indefensión, a efectos de cumplir con la formalidad establecida en la Regla de Arbitraje para la integración del Tribunal...”*

8. De conformidad con el artículo 41 del Convenio y la regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Tribunal decidió resolver la excepción de falta de jurisdicción del Centro y de competencia del Tribunal, planteada por el Estado ecuatoriano, como cuestión previa y fijó un calendario para que las partes presentaran memoriales para sustentar sus puntos de vista sobre esta excepción.
9. Con fecha 7 de julio de 2003 la República del Ecuador presentó su memorial objetando la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal. Se corrió traslado de este Memorial a la demandante IBM y ésta presentó, el 21 de julio de 2003, el Memorial que contiene su criterio legal sobre las objeciones de falta de jurisdicción del Centro y de competencia del Tribunal Arbitral planteadas por la República del Ecuador.
10. El Tribunal Arbitral se reunió en la ciudad de Quito el día 11 de septiembre de 2003, y de conformidad con el artículo 41 de “El Convenio” que le faculta a resolver sobre su propia competencia, trató y resolvió sobre las objeciones expuestas por la República del Ecuador

## II. ANALISIS SOBRE LAS OBJECIONES DEL ECUADOR:

- 2.1. Primera objeción a la competencia del Tribunal: falta de jurisdicción del Centro y de competencia del Tribunal, pues la diferencia proviene de un contrato nulo.-
11. Alega el Estado ecuatoriano que no está obligado a someterse a la Jurisdicción del Centro, al no ser aplicables al presente caso las disposiciones contenidas en el TBI, publicado en el Registro Oficial No. 49 de 22 de abril de 1997.

12. Sostiene que de conformidad con el TBI, "Inversión" significa "todo tipo de inversión de capital social, las deudas y los contratos de servicios" y que comprende, dice el demandado, entre otros aspectos "todo derecho conferido por la ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la Ley."
13. Añade que, a su juicio, para los efectos de la aplicación del TBI, para que la parte afectada pueda someterse al procedimiento arbitral, "debe ser titular de un derecho que nazca de un contrato legítimo y aplicable" y que, en este caso, los contratos de los que podría nacer el derecho contienen vicios de nulidad absoluta. Sostiene además, que el contrato suscrito con IBM del Ecuador el 20 de junio de 1996 nunca entró en vigencia y deberá tenérselo como no celebrado, pues no se cumplió la condición establecida en su cláusula novena que establece que si no se celebra un fideicomiso el contrato se entenderá como no celebrado. Manifiesta, finalmente, que ese fideicomiso nunca se celebró.
14. En su Memorial de contestación, la demandante sostiene que la alegación de la República del Ecuador es inadmisibile, porque el propio Estado ecuatoriano ha admitido la validez del contrato de concesión. Cita en su favor pronunciamientos del Procurador del Estado ecuatoriano, contenidos en los Oficios 15558 de 14 de diciembre de 2000 y No. 16103 de 31 de enero de 2001 en los que dicho funcionario, representante judicial y patrocinador del Estado ecuatoriano, habría reconocido la validez del contrato.
15. Alega adicionalmente IBM que el Estado nunca ha demandado la declaración de nulidad del contrato y que ningún juez ha declarado tal nulidad, siendo el contrato, según la ley ecuatoriana, ley para las partes.
16. El Tribunal considera que no puede declarar "prima facie" la nulidad del contrato. La declaración de nulidad de un contrato debe ser realizada normalmente por un juez. El argumento expuesto por la República del Ecuador de que el contrato es nulo, y que por tanto, se lo debe tener como no celebrado, no puede ser considerado en este instante procesal en que se esta resolviendo única y exclusivamente sobre la propia competencia del Tribunal. De igual modo, el Tribunal no puede aceptar, en este momento procesal, la alegación del Estado ecuatoriano que el contrato no se ha celebrado por no haberse constituido el fideicomiso.

17. Por lo expuesto, en este momento procesal, el Tribunal ha de admitir, prima facie, la existencia del contrato de concesión y consiguientemente, la existencia de la inversión reclamada por IBM sin que tal hecho signifique que cuando el Tribunal analice el fondo de la controversia y las pruebas presentadas por las partes pueda llegar a una conclusión diferente.
  18. Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que la reclamación de IBM se sustenta también en el derecho a cobrar dinero, capital e intereses nacidos del Acta de Entrega Recepción Final del Contrato, suscrita el 11 de noviembre de 1999, que constituye también una inversión protegida por el TBI.
- 2.2. Objeción segunda: Falta de consentimiento del Estado ecuatoriano a la jurisdicción del CIADI.-**
19. Alega el Estado ecuatoriano que no existe documento alguno que demuestre la aceptación del Estado ecuatoriano para someter la diferencia, materia de este arbitraje, al procedimiento del CIADI.
  20. Sostiene que el numeral 2 del artículo 36 del Convenio, la Regla 2, numeral 1 literal c) y el numeral 3, de las Reglas de Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (en adelante "las Reglas de Iniciación") determinan que la obligación de someterse a arbitraje se encuentra condicionada a la aceptación expresa de cada una de las partes, condición que en el presente caso no se cumple, pues la República del Ecuador no ha dado su consentimiento para que la presente diferencia se resuelva a través del procedimiento arbitral del CIADI y muy por el contrario, en el Oficio SJM-2002-6410 de 29 de octubre de 2002, el Ecuador objeta la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal.
  21. Por su parte, la demandante rechaza el razonamiento del Estado ecuatoriano y sostiene que lo que el TBI establece es la obligación de las Partes, una de las cuales es el Estado ecuatoriano, de someterse a los procedimientos arbitrales que se enumeran en el Art. VI del Tratado y que tal sometimiento al procedimiento arbitral no exige otro requisito que el perfeccionamiento del TBI y su vigencia. De esta manera, añade que no se requiere, para iniciar el procedimiento arbitral, de ningún consentimiento adicional al expuesto mediante la suscripción del TBI. Las partes, alega IBM, es decir los Estados soberanos, mediante la suscripción del TBI, han resuelto que el arbitraje sea norma de solución de conflictos sin posibilidad de veto o

retractación de uno de esos Estados para someterse a dicho procedimiento, si lo plantea un nacional o sociedad del otro Estado.

22. Concluye el demandante que el "sometimiento" al procedimiento arbitral, al que se refiere el TBI, es el procedimiento unilateral de la parte que formula su demanda y escoge el sistema arbitral con el que quiere llevar el litigio. Así el Estado queda sometido a las normas del CIADI o al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, o a las de cualquier otra institución arbitral seleccionada según el TBI. Bajo el supuesto que los Estados se han sometido ya a sistemas arbitrales, mediante la suscripción del TBI, la parte que inicia el procedimiento tiene la facultad de escoger el Tribunal o Sistema Arbitral.
23. El Tribunal estima que a diferencia de la jurisdicción estatal que es impuesta por el Estado a quienes están sometidos a su soberanía, la jurisdicción arbitral presupone la aceptación de las partes para que sus disputas sean resueltas por un Tribunal integrado por personas que no forman parte del órgano jurisdiccional de ningún Estado y que, por lo tanto, no tienen facultad ni imperio para imponer sus decisiones a terceros.
24. En el caso del CIADI, el consentimiento de las partes para el arbitraje puede expresarse de varias maneras: a) Por medio del acuerdo concreto de las partes de someter sus diferencias específicas al arbitraje de un Tribunal Arbitral del CIADI. Este acuerdo puede instrumentarse convencionalmente en un contrato de inversión o en un contrato de garantía de inversión o en cualquier otro contrato, o posteriormente, a través de un compromiso arbitral al que llegan las partes una vez suscitada la diferencia; b) Por medio del compromiso unilateral del Estado receptor de la inversión, establecido en su legislación, por ejemplo, sobre promoción de inversiones en que ofrece someter a la jurisdicción del CIADI las diferencias producidas con motivo de cualquier inversión o de algún tipo de ellas; y c) Por medio del compromiso recíproco de Estados, contenido en Tratados o Acuerdos de Promoción y Garantía de Inversiones, de someter a la jurisdicción del CIADI las diferencias que, en materia de inversiones, surjan entre cualquiera de los Estados contratantes y los nacionales del otro Estado.
25. IBM ha planteado su demanda en base al TBI vigente entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América, cuyo artículo VI establece entre las alternativas para la solución de controversias relativas a inversiones la de recurrir a los tribunales judiciales o administrativos de cualquiera de los Estados contratantes

o el recurrir al arbitraje obligatorio, entre otros posibles de elección, al sujeto al sistema administrado por el CIADI (artículo VI, numerales 2, 3 y 4).

26. Según el TBI, la República del Ecuador se comprometió de manera irrevocable a la jurisdicción del CIADI para la solución de disputas que surjan del TBI y cuando se cumplan con los requisitos impuestos por él y por el Convenio.
27. También establece de manera indudable que la selección de las diferentes formas de solución de controversias previstas en el Artículo VI del TBI le corresponde al inversionista, al presentar su demanda. Por ello, en el presente caso, tal selección se ha realizado por parte de IBM, al presentar la demanda ante el CIADI manifestando de manera expresa que es su voluntad que la disputa sea resuelta por un Tribunal Arbitral del CIADI.
28. El Estado ecuatoriano no puede, pues, unilateralmente, sustraerse de sus deberes soberanamente adquiridos cuando libremente negoció con los Estados Unidos de América el TBI, en el cual se comprometió, entre otras formas de solución de las controversias en materia de inversiones, a la jurisdicción arbitral del CIADI.
29. Precisamente un Acuerdo de la naturaleza del TBI busca asegurar que los Estados contratantes cumplan con las obligaciones que dimanen de las inversiones que se efectúan, por extranjeros, en sus territorios. Con ello intentan consagrar mecanismos de solución de controversias que se impongan obligatoriamente hacia el futuro, cualquiera que sea el nacional o inversionista de otro Estado que se considere real o presuntamente afectado por actos o hechos que, en su opinión, alteren los derechos sobre sus inversiones.
30. Ello significa que una vez que fue expresada la voluntad del Ecuador para solucionar de esa forma las controversias que surjan a futuro, no se requiere, como pretende hoy la República del Ecuador, de un nuevo acuerdo de voluntades para tal sometimiento a arbitraje.
- 2.3. Objeción tercera: Falta de consentimiento del Estado ecuatoriano para que IBM del Ecuador S.A. sea considerada como un inversionista de los Estados Unidos de América.
31. Sostiene el Estado demandado que no existe vínculo arbitral alguno entre el Estado ecuatoriano e IBM, ya que la relación jurídica se entabló entre el Ministerio de Finanzas y Crédito Público, actual

Ministerio de Economía y Finanzas y la empresa IBM del Ecuador C.A. constituida al amparo de la Ley de Compañías del Ecuador.

32. Esta falta de vínculo contractual, a juicio del Estado ecuatoriano, ocasiona que no "opere" el arbitraje del CIADI, pues la demandante no ha podido cumplir con la condición impuesta en el numeral (iii) de la Regla 2 de las Reglas de Iniciación.
33. El Estado ecuatoriano se refiere al numeral (iii) del literal (d) del párrafo (1) de la Regla 2 de las Reglas de Iniciación, que dice:

*"(iii) si la parte es una persona jurídica que a la fecha del otorgamiento del consentimiento tenía la nacionalidad del Estado Contratante que es parte de la diferencia, debe acompañarse el acuerdo mediante el cual las partes consienten que la primera sea tratada como si fuese nacional de otro Estado Contratante a los fines del Convenio;"*
34. Alega el Estado ecuatoriano que no existe el acuerdo requerido en la norma citada para que IBM del Ecuador sea tratada como nacional de los Estados Unidos de América y que, por lo tanto, no cabe el arbitraje.
35. Sobre esta objeción, el Tribunal considera que el actor o demandante en este proceso arbitral es IBM World Trade Corporation, una sociedad creada y existente según las leyes del Estado de Nueva York, es decir una sociedad nacional de los Estados Unidos de América.
36. La demanda no fue planteada por IBM del Ecuador C.A., compañía constituida en la República del Ecuador, por lo que, a juicio de este Tribunal, el requisito invocado por la parte demandada, es decir, el consentimiento para que la demandante sea tratada como nacional de Estados Unidos, es improcedente.
37. Lo que sí debe analizar este Tribunal es si la diferencia invocada por la demandante, IBM World Trade Corporation, esto es la falta de pago por parte del Estado ecuatoriano, se refiere a una inversión protegida por el TBI que da lugar a someter obligatoriamente las discrepancias que surjan de esa inversión a un Tribunal del CIADI.
38. El artículo 25 del Convenio del CIADI otorga jurisdicción al Centro para conocer las diferencias de naturaleza jurídica que surjan

directamente de una inversión de un Estado Contratante(...) y el nacional de otro Estado Contratante (...).

39. En vista de que el Convenio, no define qué se entiende por inversión, pero que la jurisprudencia del CIADI<sup>1</sup> ha considerado criterios objetivos para el concepto de inversión, se debe de analizar dicho concepto tanto a la luz de la jurisprudencia del CIADI como del TBI respectivo. El TBI, en su artículo 1, señala:

*"A efectos del presente Tratado:*

a) *"Inversión" significa todo tipo de inversión tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio e inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea de propiedad de los nacionales o sociedades de la otra parte o esté controlada por dichos nacionales o sociedades, y comprende:*

- i) *Los bienes corporales e incorporeales, incluso derechos tales como los de retención, las hipotecas y las prendas;*
- ii) *Las sociedades o las acciones de capital u otras participaciones en sociedades o en sus activos;*
- iii) *El derecho al dinero o alguna operación que tenga valor económico y que esté relacionado con una inversión;*
- iv) *La propiedad intelectual que, entre otros, comprende los derechos relativos a:*

*Las obras artísticas y literarias, incluidas las grabaciones sonoras;*

*Los inventos en todos los ámbitos del esfuerzo humano;*

*Los diseños industriales;*

*Las obras de estampado de semiconductores;*

*Los secretos comerciales, los condicionamientos técnicos y la información comercial confidencial y las marcas registradas, las marcas de servicio y los nombres comerciales; y*

- v) *Todo derecho conferido por ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la Ley."*

<sup>1</sup> Ver Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA c. Reino de Marruecos, Decisión sobre competencia de fecha 16 de julio de 2003, párrafos 43 y siguientes, Journal du droit international, 129 Année 2002, Janvier-Février-Mars, N° 1, pp. 196 a 206. y Fedax N.V. c. República de Venezuela, Decisión sobre competencia de fecha 11 de julio de 1997, párrafos 21 y siguientes, ICSID Reports, Vol. 5, 2002.

40. Tal como consta en la demanda, la actora sostiene que la "diferencia en materia de inversión" queda configurada por el incumplimiento de la República del Ecuador de su obligación de pagar a IBM del Ecuador por el contrato y otros contratos adicionales, al ser IBM del Ecuador una compañía de propiedad total de IBM.
41. En su comunicación de 14 de agosto de 2002, la demandante añade que la falta de cumplimiento de la obligación de pagar dinero, que figura liquidada en el acta de entrega recepción final del contrato de concesión, y que continúa sin ser cancelada pese a haber sido requerido el Estado ecuatoriano para el pago, crea la obligación legal de pagar intereses. Dice, además, que esta diferencia nace de una inversión de IBM porque: (i) realizó una inversión directa del 100% del capital de IBM del Ecuador C.A.; (ii) los contratos de IBM del Ecuador C.A. constituyen una inversión para IBM, pues le pertenecen indirectamente; y (iii) el derecho a cobrar dinero, capital e intereses es un derecho legal y contractual derivado de los contratos y del acta de entrega-recepción definitiva, al ser IBM propietaria indirecta de este derecho.
42. Es indudable que el contrato de concesión fue celebrado con IBM del Ecuador, como fue también tal compañía la que suscribió el acta final de liquidación. Es cierto que IBM del Ecuador es una compañía ecuatoriana y que su personalidad jurídica no puede, en modo alguno, confundirse con la de IBM.
43. La existencia del contrato como fuente de obligaciones genera un vínculo en cuya virtud IBM del Ecuador puede exigir las prestaciones que del contrato se deriven a la República del Ecuador, representada por su gobierno y las autoridades pertinentes. Pero, además, por definición del TBI los contratos también constituyen o representan inversiones. En ese contexto, al contrato no se lo mira como una fuente de obligaciones, sino como el mecanismo a través del cual se efectúa un flujo de capitales de un país hacia otro. Si es que el TBI conceptúa como inversión al contrato, se debe analizar y descubrir por qué las altas partes contratantes, la República del Ecuador y los Estados Unidos de América, estimaron que los contratos tenían que ser considerados como inversiones.
44. La interpretación de los tratados internacionales, además de sujetarse a principios tales como la intención de las partes, la literalidad según el significado natural y ordinario, la buena fe, la interpretación según el contexto, la aplicación práctica de las partes o de las organizaciones internacionales, la interpretación basada en los trabajos preparatorios,

las interpretaciones restrictiva y efectiva (según la naturaleza de los asuntos sobre los que versa el tratado), ha de efectuarse también según los fines específicos del tratado (interpretación teleológica).<sup>2</sup> De esta forma, en el caso sub judice se debe buscar la finalidad que un tratado de inversiones persigue cuando enumera a los contratos como una de las maneras en que se puede configurar una inversión y, por ello, sólo para efectos de tal concepto (el del contrato como inversión) puede sostenerse, como lo considera este Tribunal, que el inversionista es la única accionista de IBM del Ecuador, pues fue la empresa que, posiblemente autorizada o atraída por las condiciones jurídicas o económicas que brindaba el Estado ecuatoriano, decidió constituir una compañía en el Ecuador con el fin de que condujera las actividades que en su objeto social se señalan. Por lo tanto, quien efectuó la inversión y quien, por lo mismo, podría eventualmente ser afectada por un posible incumplimiento de las reglas que garantizaban tal inversión, sería IBM.

45. Por estas razones, antes que por las expresadas por la parte actora, este Tribunal desecha la objeción del Estado ecuatoriano fundamentada en el hecho cierto de que IBM del Ecuador fue la empresa que celebró el contrato.
- ✓ 46. Este Tribunal destaca además que en el juicio arbitral conducido ante el CIADI, por Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA contra el Reino de Marruecos, fundamentado en un acuerdo de inversiones entre Marruecos e Italia, se basó la competencia del Tribunal Arbitral (integrado por Robert Briner como Presidente y Bernardo Cremades y Ibrahim Fadlallah como árbitros) en que los contratos son una fuente de inversión.<sup>3</sup> Con respecto a tal decisión el editor de la Revista mencionada hace la siguiente observación:

*"La décision par laquelle le tribunal arbitral constitué dans l'affaire Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c/ Royaume du Maroc retient sa compétence pour connaître des demandes formées par les deux sociétés italiennes adjudicataires du marché de la construction d'une autoroute au Maroc est importante à un double titre. La premier tient au fait qu'elle admet pour la première fois dans la jurisprudence du Centre qu'un contrat de construction*

<sup>2</sup> Cfr. Brownlie, Ian "Principles of Public International Law", Oxford Country Press, London, 1966, p. 503 a 507.

<sup>3</sup> Cfr. Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA c. Reino de Marruecos, Decisión sobre competencia de fecha 16 de julio de 2003, Journal du droit international, 129 Année 2002, Janvier-Février-Mars, N° 1, pp. 196 a 206.

*puisse être qualifié d'investissement au sens de l'article 25 de la Convention de Washington ; le second au fait qu'elle illustre la situation relativement fréquente dans laquelle la compétence du Centre pour connaître des litiges opposant l'investisseur à l'Etat sur le fondement d'un traité vient en concours avec celle des juridictions ou des tribunaux arbitraux désignés par les parties à l'opération pour connaître des différends de nature contractuelle susceptibles d'en découler (II). »*

47. De igual modo, en el caso propuesto por SGS Société Générale de Surveillance S.A. contra la República Islámica de Pakistán, la demandada objetó la jurisdicción arbitral del CIADI sobre la base del contrato suscrito entre las partes, en el cual se sujetaban a arbitraje según la Ley de Arbitraje de Pakistán; el Tribunal, presidido por el Juez Florentino P. Feliciano e integrado por André Faurès y Christopher Thomas, resolvió que era competente, ya que la alegación de la compañía actora fue que Pakistán había violado el Tratado de Inversiones entre la Confederación Suiza y Pakistán.<sup>4</sup>
48. De esta forma, teniendo como precedentes los casos citados, este Tribunal estima que al haber IBM adquirido acciones en una sociedad ecuatoriana, IBM del Ecuador, IBM ha invertido en el Estado ecuatoriano. En tal sentido, el Tribunal quiere recalcar que la inversión de IBM constituye IBM del Ecuador, empresa que realiza una serie de actividades y negocios en el territorio ecuatoriano; y, de esta forma, de manera indirecta el incumplimiento por parte del Ecuador de una obligación de pago que forma parte la actividad comercial de IBM del Ecuador, afecta a su inversionista, IBM. Por consiguiente, IBM tiene derecho a recurrir a esta jurisdicción arbitral.
49. Por todo ello, no existe razón en la objeción del Estado ecuatoriano.
- 2.4. Cuarta objeción: Falta de jurisdicción y competencia del Tribunal Arbitral porque en el contrato de concesión se convino en la jurisdicción de los jueces ordinarios de la ciudad de Quito .-**
50. Alega el Estado ecuatoriano que en el supuesto no consentido que se considere válido el contrato de concesión, suscrito entre el Ministerio de Finanzas y Crédito Público el 20 de junio de 1996, su cláusula vigésimo tercera dispone que toda controversia que surgiera en relación con la interpretación, aplicación, ejecución o causa de

<sup>4</sup> Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán, Decisión sobre competencia de 6 de agosto de 2003, *Mealey's International Arbitration Report*, Vol. 18, No. 9, septiembre de 2003, pp. 3 a 66.

incumplimiento del contrato, las partes se obligaron a someterla únicamente a la jurisdicción de los jueces o tribunales competentes de la ciudad de Quito, renunciando expresamente a otra jurisdicción.

51. Alega también en su favor la disposición del artículo VIII del TBI que señala que el TBI no menoscabará "a) Las leyes, los reglamentos, las prácticas y los procedimientos administrativos y los fallos administrativos y judiciales de cualquiera de las partes;".
52. El demandante se opone a esta excepción señalando que la Constitución de la República del Ecuador reconoce al arbitraje como un medio alternativo para la solución de controversias, que el TBI, norma jurídica de mayor jerarquía, establece el derecho unilateral de una sociedad o nacional de una Parte de acudir al arbitraje contra el Estado receptor de la inversión y que, consiguientemente, estos derechos están vigentes y no pueden ser anulados por un contrato celebrado con anterioridad al nacimiento de los derechos procesales alternativos. Alega además que según las disposiciones del Código Civil del Ecuador sobre conflicto de leyes en el tiempo, los procedimientos establecidos en la ley posterior prevalecen por sobre aquellos contemplados en la ley anterior, mucho más cuando el nuevo procedimiento nace de una ley de mayor valor jerárquico como es el caso de los tratados internacionales.
53. El actor sostiene que IBM del Ecuador pudo haber acudido a la justicia ordinaria en el Ecuador, si eso le hubiera convenido, mientras que IBM tiene derecho de someterse a la jurisdicción arbitral del CIADI al no haber iniciado antes ningún proceso de reclamo en la República del Ecuador.
54. En definitiva, lo que debe resolver el Tribunal al conocer esta objeción, es si el hecho de que IBM del Ecuador y el Ministerio de Finanzas y Crédito Público (hoy denominado Ministerio de Economía y Finanzas) en el contrato de prestación de servicios informáticos bajo el sistema de concesión, suscrito el 20 de junio de 1996, acordaron voluntariamente someter las diferencias derivadas de ese contrato a la justicia ordinaria de la ciudad de Quito, ocasiona que este Tribunal carezca de competencia para resolver el litigio existente.
55. El Tribunal considera que los razonamientos expuestos en el apartado anterior 2.3 son suficientes para asegurar su propia competencia sin embargo cree pertinente añadir otros argumentos sobre este punto.

56. El sistema arbitral tiene como origen y sustento la voluntad de las partes de solucionar sus conflictos por esta vía alternativa. Esta voluntad de las partes puede expresarse en contratos o en tratados internacionales.
57. En el contrato suscrito entre IBM del Ecuador y el Ministerio de Finanzas y Crédito Público de la República del Ecuador, las partes sometieron, de manera voluntaria, sus diferencias a la justicia ordinaria del Ecuador, razón por la cual los conflictos derivados de ese contrato deberían resolverse por los jueces por ellos seleccionados, (si es que tal cláusula fuera aplicable, bajo las normas existentes en el Ecuador sobre contratación pública) aspecto sobre el cual este Tribunal no hace ni puede hacer pronunciamiento alguno.
58. El Convenio y el TBI exigen, para que se pueda recurrir al arbitraje administrado por el CIADI, que la parte que inicia el procedimiento arbitral no haya recurrido a los jueces del país donde se efectuó la inversión. Ello significa que bajo el Convenio y el TBI existe la alternativa de recurrir a los jueces mencionados o a este arbitraje internacional, como también ocurre con relación a la Corte Internacional de Justicia.<sup>5</sup> Los Estados pueden conferir jurisdicción arbitral en virtud de una cláusula compromisoria contenida en un tratado bilateral o un tratado multilateral. El Convenio es un tratado multilateral; mientras el TBI es un acuerdo bilateral. Si IBM hubiera recurrido a la justicia ordinaria del Ecuador, tal hecho hubiera impedido que IBM recurriera a esta jurisdicción arbitral.
59. La República del Ecuador, al ratificar el TBI, consintió en que las diferencias en materia de inversión amparadas por el TBI, pudieran ser resueltas por medio de procedimientos arbitrales bajo el CIADI. Por ello, el hecho de que en un contrato (que es una forma de inversión) las partes contratantes se hayan sometido a la jurisdicción del Estado ecuatoriano, no impide que el inversionista se acoja al TBI y recurra al arbitraje del CIADI para reclamar sobre la presunta violación de sus derechos sobre la inversión, siempre y cuando no haya iniciado previamente cualquier procedimiento ante los jueces ecuatorianos.
60. Mas aún en todo aquello que no se resuelva por la jurisdicción arbitral, por no ser materia de inversión, en el pronunciamiento de fondo que llegue a dictar este Tribunal, subsistirá la jurisdicción ecuatoriana.

<sup>5</sup> Cfr. Rosenne, Shabtai, The law and practice of the International Court, 1920-1996, volume II, "Jurisdiction," Martinus Nijhoff publishers, La Haya, 1997, p. 665-668.

61. Desde otro punto de vista, la actora IBM ha alegado adicionalmente en su demanda que la falta de pago de los valores supuestamente adeudados a IBM del Ecuador constituye una infracción a las normas sobre inversión.
62. Este Tribunal considera, por lo tanto, que la demanda de IBM se basa en una presunta violación al TBI y no en una presunta violación del contrato, por lo que el procedimiento previsto por el TBI, en concordancia con lo dispuesto en el Convenio, otorga jurisdicción y competencia a este Tribunal Arbitral para conocer y resolver la demanda planteada por IBM en contra de la República del Ecuador.
63. La demandante sostiene que existe una violación a sus derechos de inversora que nacen del contrato de 20 de junio de 1996 y de los suplementos a él; en el ámbito de lo previsto por el TBI se encuentra que una diferencia en materia de inversiones se refiere, entre otros aspectos, a "una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado respecto a una inversión". Por ello, si se considera, por parte de la actora, que hay una infracción a un derecho consignado por el TBI, tal alegación es suficiente para que este Tribunal se declare competente para conocerla, en tanto en cuanto se cumplan las demás condiciones impuestas por el Convenio y el TBI.
64. Conforme se expresó anteriormente, existen pronunciamientos previos de otros tribunales arbitrales, organizados bajo el CIADI, sobre este punto.
65. El Tribunal considera pertinente citar el proceso entre la Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/97/3), en el cual la República Argentina planteó la excepción de falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral, porque una cláusula del contrato de concesión suscrito entre las partes, establecía el sometimiento de cuestiones de interpretación o aplicación del contrato a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Tucumán.

concesión y resolvió, consecuentemente, que su jurisdicción bajo el CIADI no se encontraba precluida.<sup>6</sup>

Sostuvo además tal Tribunal que la disposición contractual que regulaba las controversias entre las partes, no despojaba al Tribunal de jurisdicción para conocer el caso, porque dicha disposición no constituía ni puede constituir renuncia del demandante de sus derechos bajo el TBI.<sup>7</sup>

68. En el caso Vivendi<sup>8</sup>, el Comité Ad Hoc, refiriéndose a lo sostenido por el Tribunal Arbitral, resaltó que la violación del TBI y la violación de un contrato son dos cuestiones distintas y que, por lo tanto, cada una de estas cuestiones debe ser resuelta con la ley aplicable, que en el caso del TBI es el derecho internacional y en el caso del contrato es la ley a la acordada por las partes en dicho instrumento.

69. Más aún, en el mismo caso Vivendi, el Tribunal decidió que cuando la base esencial de la reclamación es un contrato, el Tribunal deberá aplicar cualquier jurisdicción válida según el contrato. Sin embargo, cuando la base fundamental de la reclamación es un tratado bilateral de inversiones, la existencia de una cláusula, relativa a las controversias, incluida en el contrato suscrito entre la empresa demandante y el Estado demandado, no impide que opere el sometimiento jurisdiccional a arbitraje previsto en el tratado.

70. La alegación de IBM sobre la aplicación en el tiempo de las leyes procesales, en cuya virtud éstas rigen desde su vigencia, no es aplicable al caso, pues no existe contradicción entre las dos normas sobre jurisdicción, la contractual y la del Tratado Internacional. La norma contractual se aplicará a las controversias derivadas del contrato y la norma del TBI se aplicará a las diferencias que surgieron por violación de las garantías que otorga el TBI.

## **2.5. Quinta objeción: La materia arbitral no es transigible pues no hay disposición constitucional o legal alguna que faculte al Estado**

<sup>6</sup> Compañía de Aguas del Aconquija y Vivendi Universal c. República Argentina, Laudo de 21 de noviembre de 2000, ICSID Review Foreign Investment Law Journal, Vol. 16, No. 2, 2001, párrafo 50, p. 19

<sup>7</sup> Compañía de Aguas del Aconquija y Vivendi Universal c. República Argentina, Laudo de 21 de noviembre de 2000, ICSID Review Foreign Investment Law Journal, Vol. 16, No. 2, 2001, párrafo 53, p. 21

<sup>8</sup> Compañía de Aguas del Aconquija y Vivendi Universal c. República Argentina, Decisión sobre anulación de 3 de julio de 2002, 41 ILM 1135, 2002, párrafo 95, p. 1154.

ecuatoriano para intervenir en la transacción de contratos violatorios a la Ley.

71. Al haber el Ecuador ratificado en 1986 el Convenio y en 1997 el TBI, reconoció que ninguno de los dos instrumentos alteraba su ordenamiento jurídico constitucional. Al momento en que un Estado deposita los documentos de ratificación de los convenios internacionales, declara solemnemente que se ha cumplido con todos los requisitos para su plena vigencia y, por ello, salvo que denuncie el tratado, no puede desligarse de las obligaciones que de él dimanen. No es, pues, admisible que el Estado ecuatoriano pretenda hoy, luego de diecisiete años de haber depositado el instrumento de ratificación de el Convenio y después de seis años de haberlo hecho respecto del TBI, sustraerse a la jurisdicción que se comprometió a aceptar, frente a la comunidad internacional, precisamente para fomentar las inversiones en el Ecuador y darles un cauce de seguridad jurídica. Para proceder de esa manera, el Ecuador tendría que, a través del órgano que maneja las relaciones internacionales, desligarse del Convenio o del TBI. Mientras tales tratados internacionales continúen vigentes, constituye una obligación internacional del Estado ecuatoriano el respetarlos, so pena de que su violación le acarree responsabilidad internacional. Atenta contra el ordenamiento jurídico internacional el que un Estado pretenda desconocer las normas voluntariamente aceptadas en convenios internacionales, desconocimiento que se deriva en el presente caso de la afirmación de que la materia del arbitraje (violación del TBI) no es transigible.
  
72. Los tratados internacionales consagran normas de conducta entre y para los Estados, de cuya obligatoriedad no pueden sustraerse, tanto más cuanto que la tendencia del derecho internacional contemporáneo es la de que sus normas prevalezcan inclusive sobre las disposiciones de las propias Constituciones Políticas. Así lo ha recogido no sólo la doctrina y los textos constitucionales, sino también la jurisprudencia sobre derechos humanos y derecho comunitario. En efecto, Max Sorensen afirma que en el evento de "conflicto entre derecho internacional y derecho interno que surja ante la jurisdicción de un tribunal internacional se resuelve por consiguiente sobre la supremacía del derecho internacional. Cuando surge en el ámbito del derecho interno y no se resuelve de la misma manera, la posición que se adopta es la de que hay una violación del derecho internacional y trae consigo las mismas consecuencias que cualquier otro acto ilegal. Por lo tanto, en cualquiera de los dos casos,

se afirma la primacía del derecho internacional".<sup>9</sup> En similar sentido, desde distintas ópticas, se han pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>10</sup> y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones.<sup>11</sup>

73. Aún desde el punto de vista exclusivo del derecho interno del Ecuador, el TBI y El Convenio son tratados internacionales válidamente suscritos por la República del Ecuador, por lo que sus normas forman parte del ordenamiento jurídico nacional vigente como lo prescribe el artículo 163 de la Constitución Política de tal Estado. Consiguientemente, inclusive el ordenamiento jurídico interno del Ecuador reconoce y faculta que las diferencias jurídicas en materia de inversión, en los términos señalados en estos dos Tratados Internacionales, sean sometidas al arbitraje del CIADI.

#### **2.6. Sexta objeción: De la caducidad del derecho para demandar.-**

74. El Estado ecuatoriano afirma que la acción del actor está prescrita según el derecho ecuatoriano y que, a través del procedimiento arbitral, se estaría intentando revivir un derecho caducado.
75. Esta alegación no puede ser considerada por el Tribunal en este momento procesal, ya que se está, resolviendo exclusivamente, como excepción previa, su propia competencia. Por lo que resulta improcedente el analizar la afirmación del Estado ecuatoriano que se refiere a un tema de fondo.
76. Además, cabe recordar a las partes que el Tribunal se ha declarado competente para conocer únicamente las posibles violaciones al TBI, que constituyen obligaciones internacionales resguardadas por el derecho internacional.

#### **2.7. Séptima objeción: El recurso de agotamiento de las vías administrativas o judiciales como condición a su consentimiento al arbitraje.-**

77. Sostiene el Estado ecuatoriano, en su Memorial, que condiciona su consentimiento al arbitraje del CIADI a que previamente exista un pronunciamiento en firme del órgano judicial interno competente

<sup>9</sup> Max Sorensen, Manual de Derecho Internacional Público, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 196.

<sup>10</sup> cfr. Caso "La última tentación de Cristo", sentencia de 3 de febrero de 2001, Serie C No. 73, párr. 72 y 87.

<sup>11</sup> cfr. Acción de incumplimiento contra la República de Colombia, proceso No.03-11-97, sentencia de 7 de diciembre de 1998.

para resolver el caso, de acuerdo a la legislación ecuatoriana, principalmente en relación a la nulidad del contrato.

78. Fundamenta esta excepción en la disposición del artículo 26 del Convenio que señala:

*"Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio".*

79. Como ya se pronunció este Tribunal, al momento en que el Estado ecuatoriano ratificó el TBI ya dio su consentimiento para someter las disputas que surjan en materia de inversiones entre el Estado ecuatoriano y un nacional de los Estados Unidos de América al arbitraje del CIADI; por lo que no es necesario ni pertinente que el Estado ecuatoriano vuelva a consentir para iniciar este procedimiento arbitral.

80. La disposición del artículo 26 del Convenio le facultaba al Estado ecuatoriano a establecer ciertas condiciones para la aplicabilidad de un Tratado Internacional; es decir, el Estado ecuatoriano debía haber incluido, como requisito previo, la condición del agotamiento de las vías administrativas o judiciales, al tiempo de ratificar el TBI. No se lo hizo. Al contrario, tanto la primera parte del artículo 26 del Convenio cuanto el numeral 2 del artículo 11 del TBI excluyeron la posibilidad de recurrir a los jueces nacionales si es que se ha recurrido al arbitraje del CIADI.

81. No solo que el Estado ecuatoriano no impuso esa condición al tiempo de suscribir el TBI, sino que, de manera expresa, facultó al nacional del otro país a escoger entre iniciar las acciones administrativas o judiciales en Ecuador para solucionar la divergencia en materia de inversiones o acudir directamente al arbitraje del CIADI.

82. En efecto el numeral 2 del artículo VI del TBI señala:

*"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, (el resaltado es del Tribunal) para su resolución:

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

83. Por su parte el referido párrafo 3 dispone :

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

84. La redacción del artículo VI del TBI deja en claro que el Estado ecuatoriano no condicionó la posibilidad de acudir al arbitraje obligatorio al agotamiento de las vías administrativas o judiciales en la República del Ecuador. Muy por el contrario, el TBI establece que para acudir al arbitraje la sociedad o el nacional interesado no debe haber sometido la diferencia a los tribunales judiciales o administrativos del Ecuador.

85. El Tribunal reitera, una vez más, que el consentimiento de la República del Ecuador para someterse al arbitraje fue ya otorgado, mediante la suscripción del TBI y que de conformidad con la disposición del artículo 25 del Convenio cuando ambas partes han otorgado su consentimiento, este no puede ser revocado unilateralmente, ni condicionado al agotamiento de vías administrativas o judiciales.

### III. DECISIÓN:

86. Por todos estos antecedentes, el Tribunal, desechando la excepción de falta de jurisdicción y competencia propuesta por la República del Ecuador, se declara competente para conocer las infracciones del TBI, reclamadas por la parte actora, conforme lo dispone el Artículo VI, párrafo 1 inciso c) del TBI, teniendo el actor la carga procesal de probar las violaciones a dicho Tratado.

Respecto de esta manera la impugnación a la jurisdicción del Centro y a la competencia de este Tribunal Arbitral, de conformidad con la Regla de Arbitraje 41 (4) el proceso debe continuar, y así se lo declara.

88 Por consiguiente, de conformidad con el numeral 15.3 del acta resumida de la primera sesión del Tribunal de 5 de junio de 2003, se dispone que en el plazo de treinta días desde la notificación de esta decisión, la parte actora presente su Memorial.

Quito, 22 de diciembre de 2003



Rodrigo Jijón Letort  
Presidente



Alejandro Ponce Martínez  
Árbitro