

EN EL ARBITRAJE EN VIRTUD DEL TRATADO ENTRE
LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LA REPÚBLICA DEL ECUADOR
SOBRE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES
Y EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE CNUDMI DE 1976
ENTRE

LA REPÚBLICA DEL ECUADOR,

Demandante/Parte

-y-

LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Demandada/Parte

CASO CPA N° 2012-5

**MEMORIAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, LA DEMANDADA,
SOBRE OBJECIONES A LA COMPETENCIA**

Harold Hongju Koh

Asesor jurídico

Jeffrey D. Kovar

Asesor jurídico asistente

Lisa J. Grosh

Asesora jurídica asistente adjunta

Jeremy K. Sharpe

Jefe de arbitraje en materia de inversiones

Lee M. Caplan

Karin L. Kizer

Neha Sheth

Abogados asesores

Asesoría Jurídica

DEPARTAMENTO DE ESTADO DE LOS ESTADOS UNIDOS

Washington, D.C. 20520

ÍNDICE

DECLARACIÓN PRELIMINAR	1
I. DECLARACIÓN DE HECHOS.....	8
A. CHEVRON C. ECUADOR	8
B. EL ECUADOR EXIGE UNA INTERPRETACIÓN CONJUNTA DEL ARTÍCULO II (7) DEL TRATADO.....	11
C. ECUADOR AMENAZA SIMULTÁNEAMENTE CON DEROGAR EL TRATADO	13
II. ARGUMENTO.....	16
A. LAS RECLAMACIONES DEL ECUADOR EXCEDEN EL ALCANCE DEL ARTÍCULO VII YA QUE NO EXISTE UNA “DIFERENCIA ENTRE LAS PARTES CONCERNIENTE A LA INTERPRETACIÓN O APLICACIÓN DEL PRESENTE TRATADO”	16
1. Según el significado común del artículo VII, leído en contexto y a la luz del objeto y fin del Tratado, no existe “diferencia” entre las Partes en virtud del artículo VII	17
i. El significado común de “diferencia” no abarca las reclamaciones del Ecuador	18
ii. El contexto del Tratado confirma la ausencia de una “diferencia”	20
iii. El objeto y fin del Tratado confirma más aun la ausencia de una “diferencia”	22
2. Para que exista una “diferencia” debe haber una “causa concreta” en la que se alegue una violación del Tratado	23
3. Dado que los Estados Unidos no se oponen positivamente a ninguna alegación de incumplimiento del tratado, no existe “diferencia” entre las Partes.....	32
i. Para que haya “oposición positiva”, las partes deben adoptar posturas contradictorias en cuanto a las obligaciones en cuestión en un caso concreto.....	34
ii. Ecuador no puede crear oposición positiva donde no la hay	37
B. LOS ESTADOS UNIDOS NO TIENEN NINGUNA OBLIGACIÓN DE RESPONDERLE AL ECUADOR, MENOS AÚN CONFIRMAR, SU INTERPRETACIÓN UNILATERAL DEL TRATADO.....	40
1. Ecuador no puede exigir unilateralmente que los Estados Unidos respondan a su exigencia de que confirme su interpretación.....	41
2. Nada de lo contenido en el Tratado obliga a los Estados Unidos a responder a la exigencia de Ecuador de que confirme su interpretación..	43
i. La “buena fe” no puede ampliar las obligaciones contraídas por una parte en virtud de un Tratado	44

ii.	El derecho internacional general no exige que un Estado responda a una declaración interpretativa.....	46
iii.	La práctica de tratados TBI no respalda las acciones sin precedentes adoptadas por Ecuador en este caso.....	48
C.	EL ARTÍCULO VII NO CREA COMPETENCIA CONSULTIVA, DE APELACIÓN NI REMISIÓN.....	53
1.	El artículo VII no crea competencia consultiva.....	54
2.	El artículo VII no crea competencia de apelación	55
3.	El artículo VII no crea competencia de remisión.....	59
D.	DECLARARSE COMPETENTE EXCEDERÍA LA FUNCIÓN JUDICIAL DEL TRIBUNAL Y CUALQUIER LAUDO QUE DICTE CONSTITUIRÍA LEGISLAR EN MATERIA JUDICIAL .	61
E.	DECLARARSE COMPETENTE SERÍA CONTRARIO AL OBJETO Y FIN DEL TRATADO Y TENDRÍA CONSECUENCIAS GENERALIZADAS Y DESESTABILIZADORAS PARA EL SISTEMA DE ARBITRAJE INTERNACIONAL	65
1.	Interpretar que el artículo VII abarca decisiones sobre cuestiones legales que deben decidir los tribunales en materia de inversión conforme al artículo VI provocaría un conflicto con el objeto y fin del TBI de establecer un proceso estable, previsible y neutral para arreglar las diferencias inversionista-Estado	66
2.	Declararse competente desalentaría el diálogo bilateral entre las Partes y en la práctica, anularía la disposición del Tratado referida a consultas....	69
3.	Declararse competente sentaría un precedente peligroso para la interpretación de otros tratados.....	73
III.	REPARACIÓN SOLICITADA	74

MEMORIAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, LA DEMANDADA, SOBRE OBJECIONES A LA COMPETENCIA

En virtud del artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, y de conformidad con la Orden Procesal N°1 del Tribunal con fecha 9 de abril de 2012, los Estados Unidos de América respetuosamente presentan el siguiente Memorial sobre objeciones a la competencia.

DECLARACIÓN PRELIMINAR

El presente constituye un caso extraordinario de primera impresión para el arreglo de diferencias en virtud de los acuerdos sobre inversiones internacionales. Ecuador procura crear una “diferencia” en virtud del artículo VII del Tratado Bilateral de Inversiones entre los Estados Unidos y Ecuador (“TBI” o “el Tratado”) cuando en realidad no existe tal diferencia, y obtener una “interpretación autoritativa” que vincule a las Partes ante la ausencia de mutuo consentimiento.

En una carta con fecha 8 de junio de 2010, Ecuador informó a los Estados Unidos que un tribunal de arbitraje en materia de inversiones había interpretado “erróneamente” el artículo II (7) del Tratado. En ese entonces, Ecuador les brindó a los Estados Unidos la interpretación “correcta” de dicha disposición y exigió que los Estados Unidos “confirmaran” su punto de vista. Ecuador sostiene que los Estados Unidos no respondieron a la exigencia planteada por Ecuador y que la falta de respuesta por parte de los Estados Unidos le confiere derecho a Ecuador a que solicite a este Tribunal una “interpretación autoritativa” de la disposición “en controversia”. La exigencia del Ecuador carece de fundamento en el derecho internacional y, de ser aceptada, desestabilizaría el funcionamiento de los TBI, en especial en lo referente al arreglo de diferencias.

La teoría del Ecuador sobre la competencia en esta causa se basa en tres premisas erróneas. *Primero*, Ecuador da a entender erróneamente que su solicitud de interpretación exigía una respuesta explícita de los Estados Unidos y que al no responder este, de alguna manera incumplió con las obligaciones contraídas en virtud del Tratado. De hecho, en este arbitraje, Ecuador ha reconocido que los Estados Unidos no han hecho nada en absoluto que afectara los derechos ni las obligaciones del Ecuador emanadas del Tratado. Ecuador reconoce explícitamente que:

no ha acusado a los Estados Unidos de ninguna mala actuación, no ha acusado a los Estados Unidos de ninguna violación de sus obligaciones internacionales, no ha pedido compensación de los Estados Unidos, no ha pedido una orden en contra de los Estados Unidos¹.

Si no se alega mala actuación por parte de los Estados Unidos de manera que afecte a los derechos que el TBI le confiere al Ecuador, no puede existir una diferencia concreta sobre la interpretación del Tratado que deba resolver este Tribunal. Y si no existe diferencia en virtud del artículo VII, el Tribunal carece de competencia y se debe desestimar la causa.

Segundo, Ecuador da a entender erróneamente que la falta de respuesta de los Estados Unidos necesariamente demuestra que las Partes tienen puntos de vista divergentes sobre el significado del artículo II (7), lo cual coloca a las partes en “oposición positiva” en cuanto al significado de dicha disposición. Pero Ecuador admite: “Estados Unidos nunca informó al Ecuador que estaba de acuerdo con su interpretación del artículo II (7) y... o que desde ese punto de vista estaba en desacuerdo con la interpretación del Ecuador.”² De esta manera, Ecuador reconoce que los Estados Unidos nunca trataron la interpretación del artículo II (7) propuesta por Ecuador y que los Estados Unidos “nunca ofrecieron una opinión o un comentario respecto de la

¹ Transcripción de la reunión preparatoria del 21 de marzo de 2012, p. 18 (declaración del abogado de Ecuador).

² *Íd.* p.10.

interpretación del Ecuador [ni] proporcionaron su propia interpretación al Ecuador acerca del artículo II (7)”³. Si los Estados Unidos no han expresado su interpretación del artículo II (7), no puede haber oposición a la postura del Ecuador en cuanto a dicha disposición y no puede haber “diferencia” en el sentido del artículo VII.

Tercero, Ecuador asevera inadecuadamente que los Estados Unidos tenían la obligación legal de responder a su “solicitud de interpretación”. Pero nada de lo contenido en el Tratado ni en el derecho internacional en general crea la obligación de que los Estados Unidos hayan tenido que responder a la solicitud del Ecuador. Ecuador nunca solicitó consultas con los Estados Unidos en virtud del TBI ni solicitó negociar una interpretación común. Más bien, Ecuador exigió que los Estados Unidos “confirmaran” la interpretación unilateral del Ecuador de dicha disposición y advirtió que “de no recibir una nota de confirmación o si los Estados Unidos no están de acuerdo con [...] Ecuador, se considerará que existe una *diferencia sin resolver* entre” las Partes⁴. Entonces, en sus propias palabras, la solicitud del Ecuador no constituía una invitación de buena fe a una consulta sino una mera táctica para dar lugar a este arbitraje. Pero incluso si Ecuador hubiera solicitado de buena fe que se llegara a una interpretación conjunta del artículo II (7), los Estados Unidos no hubieran tenido la obligación de “confirmar” la interpretación unilateral del Ecuador de dicha disposición.

El significado común del texto del artículo VII, leído en el contexto y a la luz del objeto y fin del TBI, demuestra que no existe “diferencia” alguna entre las Partes. Más bien, lo que Ecuador presentó es una exigencia de que el Tribunal reconsiderara la interpretación del artículo

³ *Íd.*

⁴ Carta del Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración de Ecuador, Ricardo Patiño Aroca a la Secretaria de Estado de los Estados Unidos Hillary Clinton (8 de junio de 2010) (“Carta de Patiño”), pp. 3 y 4 (énfasis añadido) [R-2].

II (7) facilitada por un tribunal Estado-inversionista donde tuviera competencia en virtud del artículo VI del Tratado. Los “puntos en cuestión” en la Solicitud de arbitraje del Ecuador plantean preguntas meramente abstractas y no demuestran que exista una diferencia concreta entre las Partes.

El artículo VII se refiere únicamente a “diferencias”, término bien comprendido en el derecho internacional en el sentido de (1) una “causa concreta” en la que se alega una falta de ejecución en virtud de un Tratado, y (2) la existencia de “oposición positiva” entre las partes en referencia a la presunta falta de ejecución. En virtud del artículo VII, una “diferencia” debe poder lograr una “resolución vinculante de conformidad con las reglas de derecho internacional aplicables”. Por ende, en el artículo VII quedan excluidos los desacuerdos de índole política entre las Partes, como el que Ecuador plantea en el presente arbitraje. Un desacuerdo de índole política es, como máximo, una “cuestión”, según el significado que le confiere el artículo V del Tratado, que expresamente permite la discusión, mas no el arbitraje, de “*cuestiones referentes a [la] interpretación o aplicación [del Tratado]*”.⁵

Ecuador no oculta que procura una “interpretación autoritativa” para abordar problemas que no se desprenden de una reclamación concreta de incumplimiento del Tratado por parte de los Estados Unidos. De hecho, Ecuador le ha preguntado a este Tribunal: “¿Cuáles son exactamente las obligaciones del Ecuador en virtud del artículo II (7), obligaciones que no comprendió que estaba asumiendo al momento de firmar el TBI con los Estados Unidos?”⁶ Si bien las Partes pueden haber abordado esta pregunta en las consultas con arreglo al artículo V,

⁵ Énfasis añadido.

⁶ Transcripción de la reunión preparatoria del 21 de marzo de 2012, p. 15 (declaración del abogado de Ecuador).

este Tribunal carece de competencia para responderla dado que la pregunta se plantea fuera del contexto de una “diferencia” entre las Partes, según el significado que le confiere el artículo VII.

El presente Tribunal carece de competencia consultiva y no puede emitir fallos “autorizados” vinculantes para otros tribunales. El Tribunal tampoco puede guiar “con precisión” a las Partes, tal como lo solicita Ecuador, en cuanto a la ejecución de sus obligaciones jurídicas internacionales, de manera que puedan saber a cuántos jueces se debe contratar, la manera en que se debe fiscalizar un litigio con extranjeros en sus cortes ni la rapidez con que deben realizarse los juicios nacionales⁷. Además, este Tribunal carece de competencia de apelación y, por lo tanto, no puede emitir juicio sobre el fallo anterior de un tribunal de inversiones ni corregir la presunta interpretación errónea que haya tenido dicho tribunal del artículo II (7). Finalmente, este Tribunal carece de competencia de remisión y, por lo tanto, no puede resolver las preguntas jurídicas planteadas por los Estados, por los inversionistas ni por otros tribunales para que se empleen en el arbitraje inversionista-Estado ni en ningún otro fuero.

Si el Tribunal aceptara competencia en esta causa, sería contrario al texto del artículo VII y a casi un siglo de jurisprudencia internacional intacta que confirma el significado de “diferencia”. Permitir que Ecuador proclame el significado “adecuado” de la disposición de un tratado, exija la “confirmación” de su punto de vista unilateral y procure que este Tribunal emita una “interpretación autoritativa” de la disposición “en controversia” redundaría como mínimo en cuatro consecuencias generalizadas y posiblemente desestabilizadoras para los fallos internacionales y los tratados de inversiones.

⁷ Véase *id.* pp. 15 y 16 (declaración del abogado de Ecuador).

Primero, constituiría legislar inadecuadamente en materia judicial. Los tribunales de arbitraje internacional deben limitar su competencia contenciosa a resolver diferencias puntuales entre las partes referentes al incumplimiento de las obligaciones contraídas en el tratado, no a elaborar reglas generales sobre temas de índole abstracta.

Segundo, adoptar competencia para pronunciarse sobre el significado del artículo II (7) contradeciría un objeto y un fin principales del Tratado, que es fomentar la inversión emitiendo garantías de que, si llegaran a surgir diferencias, los inversionistas podrían obtener laudos definitivos y vinculantes en un foro despolitizado. Tal como explica el profesor Reisman en el dictamen pericial que acompaña a la presente, conceder la solicitud del Ecuador en esta causa socavaría el sistema de arbitraje en materia de inversiones. Añadiría una enorme incertidumbre a la naturaleza definitiva y vinculante de los laudos inversionista-Estado. Según la teoría del Ecuador, los Estados unilateralmente podrían procurar una interpretación preferida del Tratado mediante un arbitraje entre Estados antes del arbitraje inversionista-Estado a fin de intentar disuadir al inversionista de presentar una reclamación; en todo arbitraje inversionista-Estado, intentar influir en el resultado de la causa; o, una vez que un tribunal de inversiones haya emitido su laudo, usarlo en un proceso judicial de nulidad, revocación o ejecución. Este Tribunal debería rechazar la invitación del Ecuador a socavar los laudos previamente emitidos o incentivar a los Estados a que soliciten un arbitraje entre Estados para disuadir o de alguna otra manera interferir con las reclamaciones legítimas.

Tercero, decidir un tema de interpretación ante la ausencia de una auténtica diferencia imposibilitaría la discreción de los Estados Unidos (o de cualquier parte de un tratado en situación similar) de decidir si debe interpretar el TBI y de qué manera hacerlo y judicializaría las discusiones diplomáticas entre las Partes referentes al significado del Tratado. Esto colocaría

el proceso de arbitraje entre Estados en una situación sumamente delicada, con predominio sobre las consultas y enfriando el diálogo mismo que el Tratado tuvo por objeto fomentar.

Cuarto, dar cabida a la reclamación del Ecuador abriría la puerta a que se inventaran reclamaciones en arbitrajes entre Estados, interrumpiendo así el correcto funcionamiento de los tratados internacionales. De aceptarse las reclamaciones del Ecuador, podría verse un efecto multiplicador no buscado, lo cual daría lugar a una vía novedosa para que los Estados recurrieran a los tribunales de arbitraje para exigirles la interpretación de un sinnúmero de tratados que contengan disposiciones similares sobre el arreglo de diferencias, incluidos los cientos, sino miles, de tratados de inversión bilaterales.

Ni uno de los casos que menciona Ecuador implica que una corte o un tribunal de arbitraje internacional pretenda emitir una “interpretación autoritativa” de un tratado en un caso como este, en el que (1) no existe una causa concreta, (2) las partes no están en oposición positiva y (3) el tratado no confirió expresamente competencia consultiva, de apelación ni remisión al tribunal. De hecho, los Estados Unidos tienen conocimiento únicamente de un caso en que un tribunal de arbitraje, actuando en virtud de una cláusula compromisoria semejante dio lugar a una solicitud de interpretación “autoritativa” de un tratado en circunstancias similares.⁸ Cabe mencionar que aquel tribunal *rechazó* la solicitud ya que concluyó que no podría pronunciarse en temas jurídicos abstractos sin caer impermisiblemente en legislar en materia judicial. Este Tribunal debería seguir tal atinado razonamiento y evitar abrir la puerta a la judicialización de la diplomacia.

⁸ *Casos de doble nacionalidad*. Comisión para la Conciliación Anglo-Italiana, fallo n° 22 (8 de mayo de 1954), *XIV UN Reports of International Arbitration Awards* 27 (2006) [R-30].

Sobre la base de lo que el mismo Ecuador admitió, esta causa carece de precedentes, es improcedente y está jurisdiccionalmente viciada. Esta causa no debería proceder a una audiencia sobre el fondo. Si se obligara a las Partes a presentar escritos sobre el fondo y argüir la interpretación del artículo II (7) antes de que el Tribunal falle sobre su competencia, los Estados Unidos sufrirían un perjuicio y Ecuador reivindicaría su punto de vista. Este resultado concedería injustamente al Ecuador gran parte de la reparación solicitada incluso antes de que se haya comprobado la competencia del presente Tribunal. Por ende, este Tribunal debería desestimar la reclamación del Ecuador sin demoras y adjudicarle a los Estados Unidos la totalidad de las costas de estas actuaciones judiciales.

I. DECLARACIÓN DE HECHOS⁹

A. Chevron c. Ecuador

Esta causa deriva de un arbitraje sobre inversiones *ad hoc* que dos inversionistas estadounidenses, Chevron y Texaco, entablaron contra Ecuador en 2006¹⁰. Las Demandantes alegaron que las dilaciones de las cortes ecuatorianas de más de 13 años para fallar en siete reclamaciones contractuales distintas infringieron las obligaciones contraídas por Ecuador en el TBI.

⁹ Si bien los Estados Unidos no están de acuerdo con determinadas afirmaciones fácticas, en el presente memorial los Estados Unidos no presentan hechos adicionales ya que consideran que, incluso si se consideraran correctas las afirmaciones hechas por el Ecuador, no existe “diferencia” para los fines del artículo VII y, por ende, evidentemente, tampoco jurisdicción en esta causa. Si Ecuador alega hechos adicionales, los Estados Unidos se reservan el derecho de presentar las contrapruebas que considere necesarias.

¹⁰ *Chevron Corp. y Texaco Petroleum Co. c. la República del Ecuador*, CPA/CNUDMI, Laudo parcial sobre el fondo (30 de marzo de 2011) (“Laudo parcial de *Chevron*”) [R-1]. El relato parcial del Tribunal de los hechos pertinentes se encuentra en la Sección G del Laudo parcial de *Chevron*.

La causa la conoció un tribunal de arbitraje compuesto por Albert Jan van den Berg, Charles N. Brower y Karl-Heinz Böckstiegel (árbitro presidente). Tal como lo reconociera Ecuador mismo recientemente, “el tribunal de arbitraje estuvo compuesto por tres árbitros eminentes con una reputación intachable [...] que exigen un respeto considerable en la comunidad de arbitrajes”.¹¹

Ecuador disputó la competencia basándose en varias premisas, como que las reclamaciones de la Demandante excedían el alcance de *ratione materiae* en el TBI y que constituían un abuso del proceso.¹² Ecuador argumentó “que la mera elaboración de una exigencia de arbitraje al indicar que existe una diferencia es insuficiente para invocar el TBI”.¹³ Asimismo, Ecuador adujo que el tribunal “no debería limitarse a las meras alegaciones presentadas por las Demandantes”.¹⁴ Más bien, “el Tribunal debería exigir que las Demandantes demostraran los hechos necesarios para determinar la competencia al nivel de preponderancia de las pruebas”.¹⁵

El tribunal aceptó los argumentos del Ecuador de que una parte no puede unilateralmente inventar una diferencia y que la demandante debe demostrar que lo reclamado se encuentra en la competencia del tribunal.¹⁶ Por lo tanto, el tribunal evaluó cuidadosamente si las Demandantes habían demostrado que existía una “diferencia [...] que emanara o estuviera relacionada con [...]”

¹¹ Escrito de Demanda de la Demandante, *Ecuador c. Chevron*, Causa-Lista N° 2011/402, ¶ 29 (7 de julio de 2011), Corte Distrital de la Haya (traducción en inglés no oficial) [R-31].

¹² *Chevron Corp. y Texaco Petroleum Co. c. La República del Ecuador*, CPA/CNUDMI, Laudo provisional ¶ 76 (1 de diciembre de 2008) (“Laudo provisional de *Chevron*”) [R-32].

¹³ *Íd.* ¶ 94 (se cita la primera etapa de expedientes sobre jurisdicción posteriores a la audiencia del 22 de julio de 2008) (se omitieron las citas internas) [R-32].

¹⁴ *Íd.* ¶ 95 [R-32].

¹⁵ *Íd.* ¶ 97 [R-32].

¹⁶ Véase *Íd.* ¶ 177 [R-32].

la presunta violación de algún derecho conferido o creado por este Tratado con respecto a una inversión”.¹⁷ El Tribunal determinó que las Demandantes lo habían hecho y confirmó así su competencia.

En un laudo parcial de junio de 2010, el tribunal determinó que Ecuador estaba en incumplimiento de las obligaciones que había contraído en el Tratado. En particular, el tribunal de arbitraje determinó que las cortes ecuatorianas al no conocer las siete reclamaciones contractuales sin justificación alguna infringieron las obligaciones contraídas por Ecuador en virtud del artículo II (7) del Tratado de “establecer medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos relativos a las inversiones, los acuerdos de inversión y las autorizaciones de inversión”.¹⁸ El tribunal concluyó:

Es el tipo de demora y la aparente falta de voluntad de las cortes ecuatorianas de permitir que las causas procedan lo que hace que la demora en los siete casos sea indebida y constituya una infracción del TBI por [parte del Ecuador] al no establecer “medios eficaces”, tal como lo dispone el artículo II (7). En particular, el Tribunal determina que existieron demoras prolongadas incluso después de que las cortes reconocieran oficialmente que estaban listas para fallar en las causas, lo cual constituye un factor decisivo que demuestra que las demoras sufridas por [la filial ecuatoriana de Texaco] son suficientes para contravenir el TBI. En definitiva, el Tribunal concluye que las cortes han tenido tiempo más que suficiente para dictar sentencia en cada uno de los siete casos y no lo hicieron.¹⁹

Habiendo así resuelto una diferencia puntual entre las dos partes en oposición positiva sobre los derechos y las obligaciones que les confiere el Tratado, el tribunal emitió un laudo definitivo sobre daños y perjuicios en agosto de 2011.²⁰

¹⁷ *Íd.* [R-32].

¹⁸ Laudo parcial de *Chevron* ¶¶ 255-56 [R-1].

¹⁹ *Íd.* ¶ 262 [R-1].

²⁰ *Chevron Corp. y Texaco Petroleum Co. c. La República del Ecuador*, CPA/CNUDMI, Laudo definitivo (31 de agosto de 2011) [R-33]. El laudo del tribunal le asigna unos \$77,7 millones a la Demandante por los daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento por parte del Ecuador del artículo II (7) del Tratado, más unos \$18,6 millones de intereses. *Íd.* págs. 141 a 142. El laudo total representa aproximadamente el 6% de los \$1,6 mil millones que las Demandantes habían solicitado. Véase el laudo parcial de *Chevron* ¶ 33.14 [R-1].

El 7 de julio de 2010, Ecuador presentó una reclamación ante la Corte Distrital de La Haya, el lugar del arbitraje, para revocar los laudos interino y definitivo.²¹ Ecuador sostiene, entre otras cosas, que el tribunal cometió un error jurídico al determinar que se infringió el artículo II (7) del Tratado y que este error fue lo suficientemente considerable como para justificar dejar de lado el laudo parcial.²² Si bien todas estas actuaciones judiciales siguen en curso,²³ el Ecuador dio inicio a este arbitraje entre Estados.

B. El Ecuador exige una interpretación conjunta del artículo II (7) del Tratado

El 8 de junio de 2010, el Ministro de Relaciones Exteriores del Ecuador envió, por nota diplomática, una carta a la Secretaria de Estado de los Estados Unidos en la que expresaba su desacuerdo con el laudo parcial del tribunal a *Chevron*. La carta decía:

El Gobierno de la República del Ecuador no está de acuerdo con muchos aspectos del laudo parcial, pero está particularmente preocupado por la interpretación y aplicación errónea del Tribunal del Artículo II (7) del Tratado.²⁴

El Ecuador luego ofreció su propia interpretación del artículo II (7) aduciendo que:

- (1) las obligaciones en virtud del Artículo II (7) “no son mayores que las requeridas para implementar las obligaciones bajo los estándares del derecho internacional consuetudinario”;

²¹ Véase el escrito de la demanda de la Demandante, *Ecuador c. Chevron*, Causa-Lista N° 2011/402 (7 de julio de 2011), Corte Distrital de La Haya (traducción no oficial en inglés) [R-31]. Véase además la Declaración de la Defensa de la Demandada con fecha 23 de marzo de 2011 (traducción no oficial en inglés) [R-34]; la Declaración de Contestación a la Demandada con fecha 29 de junio de 2011 (traducción no oficial en inglés) [R-35]; la Declaración de Dúplica de la Demandada con fecha 10 de agosto de 2011 (traducción no oficial en inglés) [R-36].

²² Véase el Escrito de la Demanda de la Demandada, *Ecuador c. Chevron*, Corte Distrital de La Haya, Causa-Lista N° 2011/402, ¶¶ 111, 113 (se argumenta que la “mala interpretación” por parte del tribunal del artículo II (7) “constituye otra infracción del mandato del Tribunal, que nuevamente constituye causal suficiente como para revocar el laudo parcial [.]”) (traducción no oficial en inglés) [R-31].

²³ Transcripción de la reunión preparatoria del 21 de marzo de 2012, p.15 (declaración del abogado de Ecuador) (“Ecuador ha cuestionado este Laudo de la manera adecuada, frente a los tribunales holandeses, que han escuchado todos los argumentos y ahora tienen el tema bajo su asesoría legal.”).

²⁴ Carta de Patiño, p. 1[R-2].

- (2) el Artículo II (7) “se refiere a la provisión de un marco o sistema en virtud del cual puedan efectuarse reclamos y hacerse cumplir los derechos, pero no obliga a las Partes en el Tratado a asegurar que el marco o el sistema provisto sea siempre efectivo en casos particulares”; y
- (3) el Artículo II (7) “no [...] permite a los tribunales arbitrales [...] sustituir con sus decisiones aquellas sentencias en las que se aplica el derecho bajo las normas municipales en las sentencias expedidas por las cortes locales”.²⁵

El Ecuador solicitó que los Estados Unidos “confirmaran” la interpretación del Ecuador y concluyó su nota con la siguiente exigencia:

Si dicha nota de confirmación no es presentada, o, en su defecto, el Ilustrado Gobierno de los Estados Unidos de América no coincide con el Gobierno de la República del Ecuador en la interpretación del Artículo II (7) del Tratado, *se entenderá que existe una diferencia no resuelta* entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de los Estados Unidos de América relativa a la interpretación del Tratado.²⁶

Días después de que el Ecuador enviara esta nota diplomática, el señor Luis Gallegos, el entonces embajador del Ecuador en los Estados Unidos, se reunió con el Asesor Jurídico del Departamento de Estado de los Estados Unidos y reiteró la exigencia del Ecuador.

Dos meses después, en agosto de 2010, los Estados Unidos enviaron una nota diplomática de respuesta al Ministro de Relaciones Exteriores del Ecuador y adjuntaron una carta del Secretario Adjunto de Estado de los Estados Unidos para Asuntos del Hemisferio Occidental.²⁷ En la carta se afirmaba que “el Gobierno de los Estados Unidos actualmente está revisando los

²⁵ *Íd.* p. 3 [R-2].

²⁶ *Íd.* p. 4 (énfasis añadido) [R-2].

²⁷ Carta del Secretario Adjunto de Estado de los Estados Unidos para Asuntos del Hemisferio Occidental Arturo A. Valenzuela al Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración del Ecuador, Ricardo Patiño Aroca (23 de agosto de 2010) (“Carta de Valenzuela”) [R- 3].

puntos de vista expresados en su carta y considerando las inquietudes manifestadas” y que ansiaba “permanecer en contacto” sobre el asunto.²⁸

En ningún momento el Ecuador invocó el artículo V del Tratado para abordar sus inquietudes. En virtud de dicha disposición, las Partes “convienen en consultarse con prontitud, a solicitud de cualquiera de ellas [...] para considerar cuestiones referentes a [la] interpretación o aplicación [del Tratado]”.

C. Ecuador amenaza simultáneamente con derogar el Tratado

Mientras Ecuador exigía la confirmación de su propia interpretación del TBI, su Gobierno públicamente denunciaba ese mismo Tratado. De hecho, el discurso del Ecuador acompañó su accionar específico. Desde 2007, el Gobierno ecuatoriano:

- Le encargó a una Comisión Especial que revisara cada uno de los 23 TBI que había suscrito;²⁹
- Anunció públicamente su intención de no renovar su TBI con los Estados Unidos.³⁰
- Notificó que ya no acepta el arbitraje del CIADI en disputas referentes a recursos naturales, como gas, petróleo y minerales;³¹
- Amenazó con expulsar del Ecuador a cualquier compañía extranjera que iniciara un proceso de arbitraje en contra del Estado;³²

²⁸ *Íd.* p. 3 [R-3].

²⁹ Jonathan Hamilton y colaboradores, *Investment Arbitration in Latin America: Treaty Developments Related to Bolivia, Ecuador and Venezuela, International Disputes Quarterly*, otoño de 2007, p. 6 [R-78].

³⁰ Luke Eric Peterson, *Ecuador Announces that it Wants out of US Investment Treaty*, INVESTMENT TREATY NEWS, (9 de mayo de 2007), disponible en http://www.iisd.org/pdf/2007/itn_may9_2007.pdf (se cita un informe que indica que “la Ministro de Relaciones Exteriores del Ecuador, María Espinosa, ha anunciado que su Gobierno suspenderá el tratado con los Estados Unidos”) [R-97].

³¹ Carta de María Fernanda Espinosa Garcés, Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración a Ana Palacio, Secretaria General del CIADI, con fecha 23 de noviembre de 2007, *reimpresa en* 47 I.L.M. 162 (2008) (se notifica al CIADI que el Ecuador “no aceptará someter a jurisdicción [del CIADI] las diferencias que surjan en asuntos referentes al trato de una inversión en actividades económicas derivadas de la explotación de recursos naturales, como petróleo, gas, minerales u otros”) (traducción al inglés realizada por el abogado) [R-98].

³² Joshua M. Robbins, *Ecuador se retira del Convenio del CIADI* (12 de agosto de 2009), disponible en inglés en <http://us.practicallaw.com/2-422-1266> [R-99].

- Denunció formalmente el Convenio del CIADI.³³
- Solicitó que su parlamento derogara 13 TBI, incluido el TBI con los Estados Unidos.³⁴
- Denunció formalmente su TBI con Francia, Suecia, Alemania y el Reino Unido;³⁵
- Finalizó el TBI con Finlandia,³⁶
- Anunció su intención de revocar el resto de los TBI suscritos por el Ecuador citando su “naturaleza lesiva”.³⁷

En enero de 2010, el Presidente Correa solicitó a la Corte Constitucional del Ecuador que fallara en cuanto a la constitucionalidad de distintas disposiciones del TBI entre los Estados Unidos y el Ecuador, a la vez que mencionó la denuncia de dicho Tratado planificada por el Gobierno.³⁸ El Presidente Correa denunció el TBI y lo caracterizó de lesivo para la República,

³³ Nota de prensa del CIADI: *Ecuador presenta una notificación con arreglo al artículo 71 del Convenio del CIADI* (9 de julio de 2009), disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID> (“El 6 de julio de 2009, el Banco Mundial recibió de la República del Ecuador una notificación por escrito de denuncia del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados [Convenio del CIADI].” [R-100].

³⁴ “Solo con Finlandia se ha llegado a finalizar el tratado de inversiones” (26 de abril de 2011), <http://www.eluniverso.com/2011/04/26/1/1356/solo-finlandia-ha-llegado-finalizar-tratado-inversiones.html> (notifica su intención de extinguir los TBI con Finlandia, Suecia, Canadá, China, los Países Bajos, Alemania, Francia, el Reino Unido, Argentina, Chile, Venezuela, Suiza y los Estados Unidos) [R-101].

³⁵ *Íd.*

³⁶ *Íd.*

³⁷ “Inversión: Acuerdos con EEUU y Caracas a revisión” (30 de noviembre de 2010), <http://www.hoy.com.ec/noticiasecuador/fin-a-los-acuerdos-de-inversion-444546.html> [R-102]; “Ecuador derogará todos sus tratados de inversión bilaterales” (28 de noviembre de 2010), disponible en http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=138719&umt=ecuador_derogara_todos_tratados_inversion_bilaterales; El Ciudadano, “Presidente: ‘Chevron persigue al Ecuador’” (23 de junio de 2010) http://www.elciudadano.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=14198:presidente-qchevron-persigue-al-ecuadorq&catid=1:archivo [R-104].

³⁸ Véase la carta número T.4766-SNJ-10-21 del Presidente Correa al Presidente de la Corte Constitucional con fecha 6 de enero de 2010 (se alega que los TBI suscritos con los Estados Unidos y con otros países “contienen cláusulas contrarias a la Constitución y lesivas para los intereses nacionales, como la de someter al Estado ecuatoriano a arbitrajes internacionales para la solución en caso de conflictos” y en la que solicita emitir “una opinión favorable para denunciar los tratados bilaterales de inversión”) [R-13].

citando un principio de la nueva Constitución del Ecuador que expresamente “rechaza la idea de convertir las diferencias con compañías privadas en conflictos entre Estados”.³⁹

En un fallo del 25 de noviembre de 2010, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones de los TBI inversionista-Estado y entre Estados mismos.⁴⁰ La Corte dictaminó que ambas disposiciones “violan el principio de supremacía de la Constitución”, en especial “dado el carácter vinculante de los fallos arbitrales invocados en este instrumento”.⁴¹ La creación de dichos tribunales de arbitraje, concluyó la Corte, constituye un “ataque a la soberanía del pueblo expresada mediante la Constitución de la República”.⁴²

Por lo tanto, justo antes de que comenzara este proceso de arbitraje, el Presidente del Ecuador solicitó con éxito a la Corte Constitucional que declarara la inconstitucionalidad de la disposición misma del Tratado de la que ahora se vale el Ecuador como fundamento exclusivo para determinar la competencia de este proceso arbitral.

La relación diplomática entre las Partes alcanzó un punto bajo en abril de 2001, cuando el Ecuador declaró a la embajadora de los Estados Unidos en Ecuador *persona non grata* y le

³⁹ Dictamen N° 043-10-DTC-CC, Caso N° 0013-10-71, Dictamen de la Corte Constitucional, págs. 11,13 (25 de noviembre de 2010) (se cita el Artículo 416 de la Constitución del Ecuador de 2008) (traducción al inglés del original en español) [R-14].

⁴⁰ *Íd.* p. 23 (“Las disposiciones contenidas en los artículos VI (2), literales a), b) y c), y VII y X del *Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección recíproca de inversiones* declaran inconstitucionales los artículos VI (2)(a), (b), y (c)”) (traducción al inglés del original en español). *Íd.* Asimismo, la Corte Constitucional concluyó, que con arreglo a la legislación ecuatoriana, revocar el TBI requería la aprobación de la Asamblea Nacional. *Íd.* [R-14].

⁴¹ *Íd.* p. 19 (traducción al inglés del original en español) [R-14].

⁴² *Íd.* (traducción al inglés del original en español) [R-14].

ordenó que abandone el país en el menor tiempo posible.⁴³ Esta medida, que los Estados Unidos consideraron “injustificada” provocó una respuesta recíproca de los Estados Unidos.⁴⁴

La exigencia de una confirmación de su interpretación del Tratado debe interpretarse en este contexto. Las Partes acuerdan que los Estados Unidos no adoptaron un punto de vista sobre la interpretación del Ecuador del artículo II (7) en la nota diplomática de agosto de 2010, en la carta que la acompañaba ni en ninguna otra oportunidad posterior.⁴⁵ Después de la nota diplomática de los Estados Unidos de agosto de 2010, no hubo más comunicaciones formales entre las Partes con respecto a este asunto hasta el 28 de junio de 2011, en que el Ecuador inició el presente proceso arbitral. Ecuador nunca respondió por escrito a la nota diplomática de los Estados Unidos y nunca solicitó consultas con arreglo al artículo V del Tratado.

II. ARGUMENTO

A. Las reclamaciones del Ecuador exceden el alcance del artículo VII ya que no existe una “diferencia entre las Partes concerniente a la interpretación o aplicación del presente Tratado”

El arbitraje en cuestión plantea la pregunta inicial de si Ecuador, en virtud del artículo VII del TBI, tiene derecho a convocar a un tribunal de arbitraje internacional para que emita una “interpretación autoritativa” del artículo II (7) si los Estados Unidos no se pronuncian o expresan su desacuerdo con la declaración unilateral del Ecuador en cuanto al significado de dicha disposición. Ecuador no tiene tal derecho. La competencia de todo tribunal de arbitraje reside en

⁴³ Simon Romero, *Ecuador expulsa a la embajadora de los Estados Unidos por un cable de WikiLeaks*, N.Y. TIMES (5 de abril de 2011), <http://www.nytimes.com/2011/04/06/world/americas/06ecuador.html> [R-105].

⁴⁴ Véase el informe de prensa diario del Departamento de Estado de los Estados Unidos del 7 de abril de 2011. (“La medida injustificada del Gobierno ecuatoriano de declarar a la embajadora Hodges *persona non grata* no nos dejó más opción que esta medida recíproca.”) [R-106].

⁴⁵ Transcripción de la reunión preparatoria del 21 de marzo de 2012, p. 11. “Los Estados Unidos nunca ofrecieron una opinión o un comentario respecto de la interpretación del Ecuador [ni T]ampoco [...] nunca proporcionaron su propia interpretación al Ecuador acerca del artículo II (7).” (declaración del abogado de Ecuador).

el consentimiento común e inequívoco de las Partes en la diferencia y los Estados Unidos nunca aceptaron someter asuntos de carácter meramente consultivo, como este, al proceso de arbitraje mencionado en el artículo VII.⁴⁶

Ecuador no aduce ningún hecho que establezca una diferencia con los Estados Unidos por la “interpretación o aplicación” del artículo II (7) del Tratado. Más bien, Ecuador admite que su “diferencia” no es con los Estados Unidos sino con el laudo dictado por el tribunal de *Chevron*, un tribunal inversionista-Estado constituido con arreglo al artículo VI. Ecuador sugiere que cuando un tribunal de inversiones dicta un laudo “erróneo”, Ecuador tiene derecho a proclamar la interpretación “correcta”, procurar que el socio del tratado confirme su proclamación y, de no recibir la respuesta exigida, someter el tema a un tribunal de arbitraje con arreglo al artículo VII para que dicte una “interpretación autoritativa”. No obstante, nada de lo contenido en el artículo VII del TBI ni en el derecho internacional en general sustenta semejante proposición, que se ve contradicha por el significado mismo del artículo VII, leído en contexto y a la luz del objeto y fin del Tratado, así como por casi un siglo de jurisprudencia internacional intacta.

1. Según el significado común del artículo VII, leído en contexto y a la luz del objeto y fin del Tratado, no existe “diferencia” entre las Partes en virtud del artículo VII

⁴⁶ Véase, por ejemplo, *Caso relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia (Serbia y Montenegro))* (Medidas provisionales), CIJ, 1993, 325, 341-42 (Orden sobre las medidas provisionales de 13 de septiembre) (se citan casos que exigían una “indicación inequívoca de una aceptación voluntaria e indisputable” de consentimiento”) (se omitieron las citas internas) [R-37]. Véase también BIN CHENG, *GENERAL PRINCIPLES OF LAW AS APPLIED BY INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS* 261 (1987) (se observa que “el principio de competencia exige que un tribunal arbitral decida [la jurisdicción] estrictamente de conformidad con su derecho constitucional, so pena de nulidad”) [R-79]; *Grimm c. Irán*, Caso N^o 71, Laudo N^o 25-71-1 (18 de febrero de 1983), 2 IRAN-U.S. CL. TRIB. REP. 78, 80 (1983) (se sostenía que si Irán y los Estados Unidos “habían intentado llevar [las reclamaciones] al ámbito de la jurisdicción del Tribunal, se puede suponer que lo hubieran hecho al incorporar una formulación explícita para tal fin.”) [R-38]; *Ethyl Corp. c. Canadá*, CNUDMI/TLCAN, Laudo ¶ 59 (24 de junio de 1998) (“En todo arbitraje con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el mero fundamento de jurisdicción contemplado en el capítulo XI del TLCAN constituye el consentimiento de las Partes.”) [R-39].

La solicitud de arbitraje del Ecuador no presenta una “diferencia” entre las Partes según el significado común del artículo VII del TBI, leído en contexto y a la luz del objeto y fin del Tratado, tal como lo exige el artículo 31 (1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁴⁷ El artículo VII del TBI afirma:

Toda diferencia entre las Partes concerniente a la interpretación o aplicación del presente Tratado que no se resuelva mediante consultas u otras vías diplomáticas, se presentará, a solicitud de cualquiera de las Partes, a un tribunal de arbitraje para que llegue a una decisión vinculante conforme a las normas aplicables del derecho internacional.

En sus propios términos, el artículo VII rige únicamente en caso de “diferencia” entre las Partes concerniente a la interpretación o aplicación del Tratado.

i. El significado común de “diferencia” no abarca las reclamaciones del Ecuador

El uso del término “diferencia” en el texto del artículo VII, junto con el hecho de que el tribunal deba dictar un “fallo vinculante” demuestra la intención de las Partes de crear una competencia contenciosa, más que consultiva, de apelación o remisión. El principal diccionario jurídico de la lengua inglesa define el término “diferencia” como “un conflicto de reclamos o derechos; la aseveración de un derecho, reclamo o demanda de una parte que se topa con

⁴⁷ Véase la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31(1) (23 de mayo de 1969), 1155 U.N.T.S. 331 (“Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”) [R-15]. Si bien los Estados Unidos no son parte de la Convención de Viena, han reconocido por lo menos desde 1971 que la Convención es la “guía autoritativa” para el derecho y la práctica de los tratados. Véase la carta de presentación del Secretario de Estado Rogers al Presidente Nixon en la que se refería a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 18 de octubre de 1971, S. Ex. L. 92º Cong., 1ª Sesión, *reimpresa en* 65 en el BOLETÍN DEL DEPARTAMENTO DE ESTADO 1694, 13 de diciembre de 1971, pp. 684, 685 [R-107]. La Corte Internacional de Justicia ha determinado que el artículo 31 de la Convención de Viena refleja el derecho internacional consuetudinario. Véase, *por ejemplo*, *caso relativo a la Isla de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibia)*, CIJ, 1999, 1045, 1059 (Fallo de 13 de diciembre) [R-40].

reclamos o alegaciones contrarias de la otra”.⁴⁸ Tal como explica el profesor Tomuschat en el dictamen pericial adjunto, la palabra “diferencia” ha “cobrado un significado específico en la práctica internacional”, lo cual exige que las partes de un tratado se encuentren en oposición positiva entre sí en cuanto a un caso concreto que implique un reclamo de incumplimiento del tratado.⁴⁹ Ninguna de estas condiciones está presente aquí.

Una “diferencia” concerniente a la interpretación o aplicación del Tratado no puede presentarse en abstracto. Si bien de conformidad con el artículo VII, los asuntos concernientes a la “interpretación” o “aplicación” del Tratado se pueden presentar en cualquier arbitraje (y se puede fallar al respecto) de manera independiente o conjunta, los mismos deben derivar de una diferencia puntual. El artículo VII no confiere al Tribunal ningún tipo de competencia que pueda permitir que se adopte una decisión sobre asuntos generales o teóricos. En este caso, la reclamación del Ecuador falla ya que presenta únicamente asuntos jurídicos abstractos sobre el significado general del artículo II (7).

Las diferencias en virtud del artículo VII deben ser “entre las Partes”. Según los términos sencillos del artículo VII, todo conflicto de reclamaciones o derechos debe, entonces, estar dirigido a la otra Parte. El conflicto no puede derivar de una diferencia aparte ni de una diferencia con un tercero. Sin embargo, en este caso, el Ecuador admite que el problema que

⁴⁸ BLACK’S LAW DICTIONARY 327 (6^{ta} ed. 1991) [R-108]. Véase también 1 SHORTER OXFORD ENGLISH DICTIONARY 709 (5^{ta} ed. 2002) (se define una “diferencia” como “instancia de disensión o controversia con algo o alguien [...];...; esp. ... un desacuerdo en el que prevalecen con vehemencia puntos de vista opuestos”) [R-109].

⁴⁹ Dictamen pericial del profesor Christian Tomuschat con fecha 24 de abril de 2012, ¶¶ 5-7 (“Dictamen de Tomuschat”) (cita casos).

tiene es con la interpretación que le dio el tribunal de *Chevron* al artículo II (7) y no con los Estados Unidos, el cual, Ecuador admite, no ha fallado en su ejecución del Tratado.⁵⁰

La frase “para que llegue a una decisión vinculante conforme a las normas aplicables de arbitraje internacional” confirma que el artículo VII se refiere a diferencias *jurídicas*, no *políticas*. Por lo tanto, según el artículo VII, para que exista una “diferencia” debe haber un *conflicto de reclamaciones o derechos* entre las Partes derivado del Tratado que permita que se dicte una resolución vinculante mediante la aplicación de normas y principios jurídicos. El artículo VII no contempla la resolución de una disensión política entre las Partes referente a si se debe interpretar el artículo II (7).

ii. El contexto del Tratado confirma la ausencia de una “diferencia”

Otras disposiciones del Tratado brindan el contexto esencial para interpretar el artículo VII. El artículo V afirma:

Las Partes convienen en consultarse con prontitud, a solicitud de cualquiera de ellas, para resolver las diferencias que surjan en relación con el presente Tratado o para considerar cuestiones referentes a su interpretación o aplicación.

El artículo V, a diferencia del VII, brinda así un foro para que se debata una amplia gama de temas, incluida “*cualquier cuestión* referente a la interpretación o aplicación del Tratado”.⁵¹

Según uno de los principales diccionarios de la lengua inglesa, una “cuestión” es “un suceso, circunstancia o asunto, etc. que es o puede ser objeto de consideración o inquietud práctica”.⁵²

Una “cuestión”, no así una “diferencia”, no necesariamente debe emanar de afirmaciones hechas

⁵⁰ Transcripción de la reunión preparatoria del 21 de marzo de 21, 2012, p. 18 (Ecuador “no ha acusado a los Estados Unidos de ninguna mala actuación” y “no ha acusado a los Estados Unidos de ninguna violación de sus obligaciones internacionales.”) (declaración del abogado del Ecuador).

⁵¹ Énfasis añadido.

⁵² 1 SHORTER OXFORD ENGLISH DICTIONARY 709 (5^{ta} ed. 2002) [R-109].

por las Partes de reclamaciones o derechos opuestos. De esta manera, el empleo del término “cuestiones” en el artículo V amplía el alcance de las consultas entre las Partes en comparación con el arreglo de diferencias contemplado en el artículo VII.⁵³ En otras palabras, en virtud del artículo V, las Partes acuerdan consultar y negociar cualquier “cuestión”, es decir cualquier *problema* que pueda desprenderse del Tratado. Por otro lado, en virtud del artículo VII, a las Partes se les permite solicitar pronunciamiento judicial únicamente en un subconjunto limitado de dichos problemas, a saber “las diferencias entre las Partes concernientes a la interpretación o aplicación del Tratado”.⁵⁴ En la medida en que el reclamo del Ecuador sea que los Estados Unidos se rehusaron a negociar con él a fin de acordar el significado del artículo II (7), es el artículo V y no el VII el que estipula el mecanismo para elevar dicho reclamo. Pero Ecuador nunca invocó el artículo V.

Además, el artículo VII debe leerse en el contexto del artículo VI, en virtud del cual los inversionistas de una Parte pueden (1) iniciar un arbitraje en contra de la otra Parte con respecto a “diferencias en materia de inversiones” referentes a un trato presuntamente incongruente con las obligaciones contraídas en virtud del TBI y (2) obtener un laudo definitivo y vinculante.⁵⁵ El artículo VI contiene los requisitos jurisdiccionales y procesales mediante los cuales cada Parte acepta permitir que los inversionistas de la otra Parte presenten reclamos de arbitraje en su contra por presuntos incumplimientos de las obligaciones sustantivas del TBI.

⁵³ Véase el dictamen de Tomuschat ¶¶ 13-14.

⁵⁴ Véase *Íd.*

⁵⁵ Véase el artículo VI (se define una “diferencia en materia de inversión” como una “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”).

Esta disposición es clave para el funcionamiento del TBI y constituye un mecanismo separado y fundamental mediante el cual las Partes han autorizado a los tribunales de arbitraje a resolver diferencias concretas que los inversionistas hayan elevado de manera directa contra la Parte receptora.⁵⁶ El artículo VI contempla los procedimientos de nulidad o revocación en virtud de las normas y la legislación en materia de arbitrajes aplicables, de conformidad con cualquier tratado pertinente referido a la ejecución de laudos arbitrales, como única medida para disputar los laudos dictados por un tribunal inversionista-Estado. Esto confirma que un tribunal en un caso entre Estados constituido con arreglo al artículo VII carece de competencia de apelación de dichos laudos.⁵⁷ Tal como indica el profesor Reisman, los artículos VI y VII crean dos vías de arbitraje separadas que “asignan una gama distinta de diferencias a cada una de las vías”.⁵⁸

iii. El objeto y fin del Tratado confirma más aun la ausencia de una “diferencia”

El alcance limitado del artículo VII se confirma más aun con el objeto y fin del Tratado, que es ante todo la “promoción y protección recíproca de las inversiones”.⁵⁹ Si bien el artículo VI constituye el mecanismo principal para el arreglo de diferencias referentes al incumplimiento de una de las Partes de las obligaciones contraídas en virtud del Tratado,⁶⁰ el artículo VII es un mecanismo procesal residual para asegurar que las Partes cumplan con el Tratado en determinadas circunstancias. Puede invocarse el artículo VII, por ejemplo, para arreglar una diferencia referida a la falta de pago por una de las Partes ante un laudo arbitral inversionista-

⁵⁶ Véase el dictamen pericial del profesor W. Michael Reisman con fecha 24 de abril de 2012, ¶¶ 23-38 (“Dictamen de Reisman”).

⁵⁷ Artículo VI (6). Véase además abajo, Parte II.C.2.

⁵⁸ Dictamen de Reisman ¶ 23.

⁵⁹ El TBI se titula “Tratado entre los Estados Unidos de América y la República del Ecuador sobre promoción y protección recíproca de las inversiones”.

⁶⁰ Véase KENNETH J. VANDEVELDE, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS 24-30 (2009) [R-11].

Estado en contravención del artículo VI (6) del Tratado.⁶¹ Por el contrario, no podrá invocarse para ejercer ninguna forma de competencia consultiva, de apelación o remisión dadas las limitaciones explícitas de la competencia contenciosa del Tribunal.

El significado común del artículo VII, leído en el contexto y a la luz del objeto y fin del Tratado, confirma así que este Tribunal posee competencia únicamente para fallar sobre (1) un caso concreto en que se alegue un incumplimiento del Tratado por una de las Partes que se encuentre en (2) oposición positiva con respecto a la otra Parte. El Ecuador no ha logrado satisfacer ninguno de estos requisitos. Determinar lo contrario contravendría la norma de larga data de que las partes de un tratado se ven vinculadas por una cláusula compromisoria, como la del artículo VII “únicamente dentro de los límites de lo que se pueda determinar de manera clara e inequívoca en sus disposiciones”.⁶² “Ante la duda, [estas disposiciones] deben interpretarse a favor de la libertad e independencia naturales de la parte en cuestión”.⁶³

2. Para que exista una “diferencia” debe haber una “causa concreta” en la que se alegue una violación del Tratado

Ecuador no puede elevar una reclamación internacional al amparo de la competencia contenciosa del artículo VII ya que no puede demostrar (y tampoco ha aducido) que existe una

⁶¹ El artículo VI (6) del Tratado afirma: “Todo laudo arbitral dictado en virtud de este Artículo será definitivo y obligatorio para las partes en la diferencia. Cada Parte se compromete a aplicar sin demora las disposiciones de dicho laudo y a garantizar su ejecución en su territorio”.

⁶² Véase el fallo arbitral dictado de conformidad con el Acuerdo Especial concluido el 17 de diciembre de 1939 entre el Reino de Suecia y los Estados Unidos de América relativo al arbitraje de una diferencia concerniente a *Swedish Motor Ships Kronprins Gustaf Adolf y Pacific*, reimpreso en 26 AM. J. INT’L L. 834, 846 (1932) [R-41]. Véase también el caso *Ambatielos (Grecia c. el Reino Unido)* (excepción preliminar), CIJ, 1952, 27, 39 (Fallo de 1° de julio) (se expresa que “no cabe duda que ante la ausencia de un acuerdo claro entre las Partes [referente a su consentimiento a verse vinculadas], la Corte carece de jurisdicción para explorar el fondo en su totalidad [...]” [R-42]); *Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania* (segunda fase), CIJ, 1950, 221, 227 (Opinión consultiva de 18 de Julio) (se observa que los acuerdos para arbitrar entre Estados “deben interpretarse de manera estricta y pueden aplicarse únicamente en el caso estipulado expresamente en el presente”) [R-43].

⁶³ Fallo de *Swedish Motor Ships*, 26 AM. J. INT’L L. p. 34 [R-41].

“diferencia” concerniente al incumplimiento del Tratado por parte de los Estados Unidos. En otras palabras, debe existir una *controversia concreta* ante el Tribunal referente al presunto incumplimiento del Tratado por una de las Partes. La “diferencia” debe ser *concreta* en el sentido de que una Parte reclama que la acción u omisión de la otra Parte ha violado sus derechos legales, justificando así el desagravio judicial que puede afectar los derechos y las obligaciones de las Partes.

Este requisito de que exista una “causa concreta” referente a una presunta infracción del tratado ha sido reconocida prácticamente en todos los tipos de tribunales de arbitrajes internacionales de arreglo de diferencias, desde inversionista-Estado hasta los de Estados entre sí a fin de proteger a los Estados “de litigios internacionales innecesarios, prematuros, con el móvil indebido o meramente falaces”.⁶⁴

De hecho, la solicitud del Ecuador es tan extraordinaria que los Estados Unidos han podido identificar un solo caso que haya abordado plenamente el asunto pendiente ante este tribunal (el fallo de 1954 de la Comisión para la Conciliación Anglo-Italiana en los casos de doble nacionalidad) y dicho tribunal determinó que carecía de competencia.⁶⁵ Al interpretar una cláusula compromisoria con una formulación prácticamente idéntica a la del caso en cuestión,⁶⁶

⁶⁴ Tal como observaron los jueces Spender y Fitzmaurice:

“Los requisitos para las “diferencias”...no son meras tecnicidades. Adoptan distintas formas en prácticamente todas las cláusulas de resolución judicial que se han redactado y con toda razón. Se las incluye adrede a fin de proteger a las partes, en la medida de lo posible, de litigios internacionales innecesarios, prematuros, con el móvil indebido o meramente falaces. Sin tal medida de protección, los países no firmarían cláusulas en las que se estipule una resolución judicial obligatoria.”

Opinión conjunta disidente de los jueces Spender y Fitzmaurice, *casos relativos al África Sudoccidental (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia c. Sudáfrica)* (excepciones preliminares), CIJ, 1962, 319, 563 (Fallo de 21 de diciembre) [R-5].

⁶⁵ *Casos de doble nacionalidad*. XIV UN REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRATION AWARDS 27 [R-30].

⁶⁶ Véase el Tratado de Paz de 1947 entre las Potencias Aliadas Asociadas e Italia, art. 83(2) (“Toda vez que se conforme una Comisión de Conciliación en virtud del párrafo 1 precedente, tendrá jurisdicción en todas las *diferencias* que puedan surgir en adelante entre la Nación Unida en cuestión e Italia en la *aplicación o*

la Comisión se vio ante una solicitud del Reino Unido de interpretar el significado de una disposición del tratado de paz subyacente referida a su alcance fuera del contexto de una causa concreta. La Comisión concluyó que nunca podría tratar dichos asuntos jurídicos de manera abstracta por temor a terminar legislando indebidamente en materia judicial. Por lo tanto, la Comisión rechazó la solicitud del Reino Unido de una interpretación “autoritativa” y concluyó:

Una interpretación según la cual la Comisión también tendría la facultad de interpretar el [Tratado] de manera general y abstracta, con un efecto de obligatoriedad para todas las causas futuras haría correr el riesgo, por ser abusiva, de dar lugar a una sentencia manchada por el exceso de poder (daría lugar a normas de derecho, que no es una función jurisdiccional sino legislativa), una postura muy grave en nuestro caso...⁶⁷

Si este Tribunal llegara a tratar el asunto planteado por Ecuador referente al significado del artículo II (7) de manera abstracta, contrario a los requisitos del artículo VII, estaría también rebasando los límites de su función judicial y colocaría a este Tribunal en una función legislativa general con respecto al Tratado.

La Corte Internacional de Justicia ha recalcado la importancia de que exista una causa concreta para determinar su competencia contenciosa. La CIJ opinó en el caso relativo al Camerún Septentrional que si bien su función general es la de indicar el derecho, su competencia contenciosa le permite “dictar sentencia *únicamente* con relación a *casos concretos* cuando al momento de emitir la resolución judicial exista una controversia concreta por un conflicto de intereses legales entre las partes”.⁶⁸

interpretación de los artículos 75 y 78 y los Anexos XIV, XV, XVI y XVII, parte B, del presente Tratado y deberá desempeñar las funciones que le atribuyan dichas cláusulas.”) (énfasis añadido) [R-16].

⁶⁷ *Casos de doble nacionalidad*. XIV UN REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRATION AWARDS 27, p. 34 [R-30].

⁶⁸ *Caso relativo al Camerún Septentrional (el Camerún c. el Reino Unido)*, CIJ, 1963, 13, 34 (Fallo sobre excepciones preliminares de 2 de diciembre) (énfasis añadido) [R-10].

En su opinión individual en Camerún Septentrional, el juez Fitzmaurice, uno de los juristas más estimados de la Corte, describió el fundamento de la función adecuada de la Corte a la hora de dictar sentencia en casos concretos. Observó lo siguiente:

los tribunales de justicia no están para emitir pronunciamientos jurídicos en abstracto [...] sino para proteger los derechos jurídicos existentes y actuales, garantizar el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes y actuales, otorgar un resarcimiento concreto en caso de haberse producido un acto lesivo o dictar fallos referentes a situaciones jurídicas existentes y permanentes.⁶⁹

Según el juez Fitzmaurice, una “diferencia” debe ser más que una “mera divergencia de opiniones sobre asuntos de interés teórico, científico o académico”.⁷⁰ Como mínimo:

una parte debe elevar, o haber elevado una queja, reclamación o protesta sobre una acción, omisión o conducta, actual o anterior, de la otra parte, cuya validez refuta, rechaza o deniega esta última, ya sea de manera explícita o implícita persistiendo en su acción, omisión o conducta objeto de la queja o no adoptando las medidas necesarias u otorgar el desagravio exigido.⁷¹

El mismo concepto de “concreción” se encuentra en el sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio, que se reconoce como “elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio”.⁷² Dicho sistema “sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público”.⁷³ Tal como se indica

⁶⁹ *Caso relativo al Camerún Septentrional (el Camerún c. el Reino Unido)*, CII, 1963, 98-99 (Opinión disidente del Juez Sir Gerald Fitzmaurice de 2 de diciembre) [R-44].

⁷⁰ *Íd.* 110 [R-44].

⁷¹ *Íd.* 109 [R-44].

⁷² Organización Mundial del Comercio, Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, art. 3.2 (“Entendimiento sobre Solución de Diferencias”) [R-17]. Véase además Luiz Olavo Baptista, *Uso del arbitraje en la OMC*, LIBER AMICORUM BERNARDO CREMADES 925 (M.Á. Fernández-Ballestros y David Arias eds. 2010) (“El artículo 7.3 del ESD claramente fomenta las soluciones mutuamente acordadas entre las partes, pero ante la ausencia de tales soluciones, el sistema de solución de diferencias procurará aplicar los acuerdos abarcados a las medidas inadecuadas”). [R-81].

⁷³ Entendimiento sobre Solución de Diferencias, art. 3.2 [R-17].

claramente en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias, “[e]l objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias”.⁷⁴ Una “diferencia” surge en “situaciones en las cuales un Miembro considere que cualesquiera ventajas resultantes para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados se hallan menoscabadas por medidas adoptadas por otro Miembro”.⁷⁵ Por ende, la solución de diferencias de la OMC permite la resolución de conflictos concretos de derechos y obligaciones legales entre los Miembros con relación a un acuerdo abarcado.⁷⁶

De la misma manera, los tribunales inversionista-Estado supeditan su competencia al hallazgo de una controversia puntual en un caso concreto. El tribunal en *Maffezini c. España*, por ejemplo, concluyó que una “controversia debe referirse a problemas claramente identificados entre las partes y no debe ser meramente académica”.⁷⁷ Por lo tanto, la “controversia” debe “ir más allá de reclamos generales y ha de ser susceptible de ser expuesta en términos de una reclamación concreta”.⁷⁸

⁷⁴ *Íd.*, art. 3.7 [R-17].

⁷⁵ *Íd.*, art. 3.3; véase también *Íd.*, art. 23 (“Cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los Miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento” y “no formularán una determinación de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los acuerdos abarcados, excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento [...]”) [R-17].

⁷⁶ El artículo 3.9 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias deja claro que “[l]as disposiciones del presente Entendimiento no perjudicarán el derecho de los Miembros de recabar una interpretación autoritativa de las disposiciones de un acuerdo abarcado mediante decisiones adoptadas de conformidad con el Acuerdo de la OMC o un acuerdo abarcado que sea un Acuerdo Comercial Plurilateral”. *Íd.* [R-17].

⁷⁷ *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España*, CIADI, causa N° ARB/97/7, Laudo sobre excepciones de competencia ¶ 94 (25 de enero de 2000) (traducción al inglés del original en español) (se cita a CHRISTOPH SCHREUER, ICSID CONVENTION: A COMMENTARY 337 (1996)) [R-45].

⁷⁸ *Íd.* Véase también *MCI Power Group L.C. c. Ecuador*, CIADI, causa N° ARB/03/6, Laudo ¶ 63 (31 de julio de 2007) (“El Tribunal reconoce que en virtud del derecho internacional general aplicable, una diferencia se refiere a un desacuerdo sobre un asunto de hecho o de derecho, un conflicto de opiniones jurídicas o de intereses entre las Partes.”) (cita casos) [R-46]; *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. La Republica de Chile*, CIADI, causa N° ARB/04/7, Laudo ¶ 249 (21 de agosto de 2007) (se fija el estándar) [R-47]; *Suez, Sociedad General de Aguas de*

De la misma manera, en su amplia revisión de la jurisprudencia del CIADI, el profesor Schreuer observó:

La disensión entre las partes también debe revestir cierta importancia de índole práctica para su relación y no ser puramente teórica. No es tarea del Centro aclarar asuntos jurídicos en abstracto [...]. La diferencia debe ir más allá de las reclamaciones generales y debe ser susceptible de sustanciarse en una reclamación concreta.⁷⁹

De la misma manera, otros tribunales *ad hoc* también exigen que exista una controversia puntual entre las partes como condición esencial para determinar la competencia. En el arbitraje de *Aminoil*, por ejemplo, surgió el problema de si entre las partes se había producido una “diferencia” meritoria de solucionar antes de que Kuwait emitiera el decreto mediante el cual se nacionalizara la concesión petrolera de Aminoil.⁸⁰ El acuerdo de concesión de las partes había dispuesto el arbitraje de “cualquier diferencia o disputa [...] entre las partes [...] concernientes a

Barcelona S.A., e Inter Aguas Servicios Integrales del Agua S. c. La República Argentina, CIADI, causa N° ARB/03/17, Laudo sobre competencia ¶¶ 34, 37 (16 de mayo de 2006) (se menciona que “una diferencia de naturaleza jurídica, en el sentido ordinario del término, es una discrepancia acerca de derechos u obligaciones de carácter jurídico” y concluye que para las Demandantes su reclamación se “bas [ó] claramente en derechos jurídicos, que alegan se les habían conferido en virtud de los tratados bilaterales de inversiones que Argentina había suscrito con Francia y España”.) [R-48]; *Continental Casualty Co. c. la República Argentina*, CIADI, causa N° ARB/03/9, Laudo sobre jurisdicción ¶ 67 (22 de febrero de 2006) (“En este caso, la Demandante invoca actos y disposiciones legales específicos como fundamento de su reclamación: indica que determinadas medidas adoptadas por Argentina han afectado sus derechos jurídicos emanados de los contratos, la legislación y el TBI. Asimismo, la Demandante señala disposiciones puntuales del TBI que confieren distintos tipos de protección legal a sus inversiones en Argentina, que en su opinión se han visto infringidas por dichas medidas.”) [R-49]; *Empresas Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A. c. la República del Perú*, CIADI, causa N° ARB/03/04, Laudo ¶ 48 (7 de febrero de 2005) (“Como noción jurídica, la expresión controversia tiene un significado comúnmente aceptado. Ha sido definida, en forma autoritativa, como un ‘desacuerdo sobre un asunto de derecho o de hecho, un conflicto de puntos de vista jurídicos o de intereses entre las partes’ o como una ‘situación en que dos partes sostienen posiciones claramente opuestas con respecto a la cuestión del cumplimiento o incumplimiento’ de una obligación jurídica. En resumen, puede considerarse que existe una controversia cuando las partes mantienen reclamaciones de derecho o de hecho contrapuestas referentes a sus respectivos derechos u obligaciones o cuando la ‘reclamación de una parte se opone positivamente a la de la otra.’”) (cita casos) [R-50]; *Impreglio c. Pakistán*, CIADI, causa N° ARB/03/3, Laudo sobre jurisdicción ¶¶ 302-03 (22 de abril de 2005) (cita la elaboración de la jurisprudencia de la CIJ en materia de “diferencias”) [R-51]; *Tokios Tokenes c. Ucrania*, CIADI, causa N° ARB/02/18, Laudo sobre jurisdicción ¶ 106 (29 de abril de 2004) [R-52].

⁷⁹ Véase también Christoph SCHREUER y colaboradores, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY* 94 (2^{da} ed. 2009) (cita casos) [R-82].

⁸⁰ *En el asunto del arbitraje entre Kuwait y la American Independent Oil Company (AMINOIL)*, Laudo (24 de marzo de 1982), 21 I.L.M. 976 [R-53].

la interpretación o ejecución del mismo o de cualquier aspecto del contenido del mismo o de algo relativo a él, o a los derechos o responsabilidades civiles de cualquiera de las partes del presente”.⁸¹ En el transcurso de muchos años de negociaciones, las partes han expresado posturas jurídicas divergentes en cuanto a los derechos y las obligaciones contemplados en el acuerdo de concesión. Sin embargo, no fue suficiente para determinar que existía una “diferencia” para los fines de competencia. El Tribunal concluyó que:

[L]a posibilidad (antes de que se emitiera el Decreto 124) de acudir a un tribunal de arbitraje con la pregunta puntual en torno a la cual las Partes no habían logrado llegar a un entendimiento [...] no existía porque a menos que el Gobierno adoptara alguna medida concreta (como la nacionalización) como consecuencia de tal incumplimiento, no habría habido una queja puntual con la cual acudir al tribunal [...]⁸²

Históricamente, los Estados Unidos han expresado puntos de vista congruentes con esta jurisprudencia intacta. Los Estados Unidos adoptaron su postura, por ejemplo, en la década de los sesenta, tras elaborar una matriz para sus tratados modernos de amistad, comercio y navegación (tratados FCN). Dichos tratados de la era de la posguerra fueron los precursores de los TBI y contenían disposiciones sobre el arreglo de diferencias entre Estados, prácticamente idénticas al artículo VII del Tratado.⁸³ Ambos tipos de tratados, los de amistad, comercio y navegación y los TBI, permiten la solución de diferencias entre Estados de “diferencias entre las Partes concernientes a la interpretación o aplicación del Tratado”. En las declaraciones oficiales ante el Senado de los Estados Unidos, el Gobierno de los EE.UU. indicó que “le conviene a los Estados Unidos poder disponer del recurso [del arreglo de diferencias entre Estados] en caso de

⁸¹ *Íd.* p. 991 [R-53].

⁸² *Íd.* p. 1026 [R-53].

⁸³ Las disposiciones referentes al arreglo de diferencias de los tratados de amistad, comercio y navegación modernos difieren del artículo VII únicamente en que, por lo general, designan a la CIJ, no un arbitraje *ad hoc*, como foro predilecto para el arreglo de diferencias.

incumplimiento del tratado”.⁸⁴ Por ende, si bien los inversionistas estadounidenses son los principales responsables de solucionar las diferencias en materia de inversiones mediante el arbitraje inversionista-Estado, el artículo VII funge de mecanismo para que el Estado del inversionista trate casos concretos en los que haya contravenciones del tratado.⁸⁵

Ecuador mismo ha reconocido que la competencia que emana del Tratado se basa en la premisa de que existe una controversia concreta. Contrario a la postura que ahora adopta, el Ecuador adujo ante el tribunal de *Chevron* que “la simple exigencia de arbitraje por el hecho de afirmar que existe una diferencia es insuficiente para invocar el TBI”.⁸⁶ Ecuador no puede pretender ambas cosas: no se le puede permitir “pasar de un extremo a otro, afirmar algo en un momento y denegarlo en otro”.⁸⁷

En este caso, Ecuador no pudo comprobar que existe un caso concreto, tal como se exige en virtud del artículo VII. Como Ecuador mismo indicó, no aduce que los Estados Unidos hayan incumplido con el Tratado. Ecuador ha afirmado inequívocamente:

⁸⁴ Informe del Senado de los Estados Unidos sobre los Tratados Comerciales con Bélgica y Vietnam (28 de agosto de 1961), Apéndice, Memorando del Departamento de Estado sobre las disposiciones en tratados comerciales referentes a la Corte Internacional de Justicia, p. 7 (énfasis añadido) [R-110].

⁸⁵ El profesor Vandeveldt además observa:

Los Estados Unidos intentaron eliminar el problema planteado por la falta de voluntad de un *Estado expropiador* de negociar o arbitrar al incluir en los FCN modernos una disposición que le confiere a cada parte el derecho a elevar a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) toda diferencia entre las partes que surja de la aplicación o interpretación del tratado. Por lo tanto, si el perjuicio para el inversionista estadounidense constituía una infracción de [...] alguna de las disposiciones referentes a la protección de las inversiones contenidas en los FCN modernos, los Estados Unidos podrían hacer valer la resolución judicial de la CIJ a pesar de las objeciones del país receptor.

VANDEVELDE, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS p. 574 (énfasis añadido) (se omitieron las citas internas) [R-80].

⁸⁶ Laudo provisional de *Chevron* ¶ 94 (se cita la primera etapa de expedientes sobre jurisdicción posteriores a la audiencia del 22 de julio de 2008) (se omitieron las citas internas) [R-32].

⁸⁷ BIN CHENG, GENERAL PRINCIPLES OF LAW AS APPLIED BY INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS 141 (ed. 2006) (cita al tribunal inglés del Ministerio de Hacienda en *Cave c. Mills* (1862)) [R-79]. Véase también *Oil Field of Texas, Inc. c. Gobierno de Irán*, Causa N° 43, Laudo, 1 IRAN-U.S. CL. TRIB. REP. 347 (1982) (se lo cita) [R-54].

Ecuador no ha acusado a los Estados Unidos de ninguna mala actuación, no ha acusado a los Estados Unidos de ninguna violación de sus obligaciones internacionales, no ha pedido compensación de los Estados Unidos, no ha pedido una orden en contra de los Estados Unidos.⁸⁸

Más bien, Ecuador le formula a este Tribunal una pregunta totalmente abierta y desvinculada de hechos concretos: “¿Cuáles son exactamente las obligaciones del Ecuador en virtud del artículo II (7), obligaciones que no comprendió que estaba asumiendo al momento de firmar el TBI con los Estados Unidos?”⁸⁹ Ecuador no señala una diferencia concreta con los Estados Unidos sino más bien la necesidad de que se lo oriente en la ejecución nacional del Tratado. Según Ecuador, la interpretación que da el Tribunal al Tratado resolverá preguntas abiertas tales como:

- “¿Cómo debe organizar Ecuador su sistema de cortes a fin de evitar infringir las obligaciones contraídas en virtud del artículo II (7)?”⁹⁰
- “¿Debe Ecuador duplicar la cantidad de jueces suyos?”⁹¹
- “¿Debe sondear todas las causas civiles en las que haya nacionales extranjeros y fiscalizar los avances logrados en la corte?”⁹²
- “¿Con qué nivel de agresividad debe actuar para acelerar las causas y por qué medios?”⁹³
- “¿Qué medida debe adoptar [...] en virtud del artículo II (7) que Ecuador nunca tuvo la intención de asumir ni comprendió que estaba asumiendo al suscribir el TBI?”⁹⁴

Las preguntas que Ecuador planteó ante este Tribunal brindan la justificación más contundente de por qué es esencial satisfacer el requisito de que exista un “caso concreto”. Estas preguntas no

⁸⁸ Transcripción de la reunión preparatoria del 21 de marzo de 2012, p. 18 (declaración del abogado de Ecuador).

⁸⁹ *Íd.* p. 15.

⁹⁰ *Íd.*

⁹¹ *Íd.* p. 16.

⁹² *Íd.*

⁹³ *Íd.*

⁹⁴ *Íd.*

se prestan para una resolución definitiva y vinculante sino más bien para un dictamen de carácter consultivo. Este Tribunal no es asesor general del Ecuador en temas tales como cuántos jueces debe tener ni qué debería hacer para acelerar las resoluciones judiciales en su propio sistema judicial. En vista de la total falta de alguna presunta infracción u otra mala acción por parte de los estados Unidos, este Tribunal debería rechazar la invitación del Ecuador a legislar en materia judicial y desestimar la solicitud del Ecuador.

3. Dado que los Estados Unidos no se oponen positivamente a ninguna alegación de incumplimiento del tratado, no existe “diferencia” entre las Partes

A fin de determinar que existió una “diferencia”, Ecuador debe comprobar que las partes se encuentran en “oposición positiva” entre sí por un caso concreto de infracción del Tratado. Incluso si Ecuador hubiera aducido que los Estados Unidos incumplieron sus obligaciones contraídas en virtud del Tratado, no podría determinar que existe una “diferencia” dado que no podría determinar que las Partes se encuentran en “oposición positiva” con respecto a este reclamo. Se necesitan dos partes para celebrar un tratado, y dos partes en desacuerdo en cuanto a su interpretación para que exista una diferencia.

Ecuador reconoce que los Estados Unidos no se opusieron positivamente a la interpretación unilateral del Ecuador del artículo II (7) del Tratado.⁹⁵ Sin embargo, Ecuador aduce que los Estados Unidos se colocaron en oposición positiva por su silencio.⁹⁶ Ecuador está equivocado. El silencio en sí mismo no puede demostrar que haya oposición positiva. Es únicamente cuando las *acciones* de una de las partes ponen de manifiesto que sus puntos de vista

⁹⁵Íd. p. 10 (se afirma que “Estados Unidos nunca informó al Ecuador que estaba de acuerdo con su interpretación del artículo II (7) y... o que desde ese punto de vista estaba en desacuerdo con la interpretación del Ecuador”) (declaración del abogado de Ecuador).

⁹⁶Íd. pp. 12-13.

están en oposición positiva a los de la otra parte que el silencio se puede interpretar objetivamente como oposición positiva. Ecuador mismo admite que los Estados Unidos *no han adoptado medida* alguna, lo cual no creó oposición positiva.

La definición de oposición positiva está bien documentada en la jurisprudencia internacional: se trata de un conflicto de puntos de vista o intereses jurídicos entre dos partes.⁹⁷ Para determinar que existe oposición positiva, un tribunal debe tomar una “decisión objetiva” de que “el reclamo de una parte es objeto de oposición positiva por la otra”.⁹⁸ En la mayoría de los casos, las partes se encuentran en oposición positiva cuando expresan puntos de vista contrarios sobre una presunta infracción del tratado. En dos casos, tal como se expone a continuación, la CIJ determinó que había oposición positiva manifiesta en el accionar de una de las partes porque dicho accionar mostraba claramente que había adoptado un punto de vista contrario de un presunto incumplimiento de las obligaciones de dicha parte. En todos los casos, ambas partes deben haber adoptado posturas en cuanto al asunto subyacente, explícita o implícitamente, y dichas posturas deben ser contradictorias entre sí. Una parte no puede obligar a la otra a colocarse en oposición positiva y una parte tampoco puede crear una diferencia unilateralmente.

⁹⁷ *Concesiones palestinas Mavrommatis (Grecia c. el Reino Unido)*, 1924 P.C.I.J. (ser. A) N°2 (sentencia del 30 de agosto) [R-4]; *Caso relativo a Timor Oriental (Portugal c. Australia)* CIJ, 1995, 90, 99-100 (Fallo de 30 de junio) (se reconoce que la diferencia puede ser tanto entre partes como entre personas) [R-55]. Véase también el dictamen de Tomuschat ¶ 6.

⁹⁸ *Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania* (primera fase), CIJ, 1950, 65, 74 (Opinión consultiva de 30 de marzo) [R-6]; *Casos relativos al África Sudoccidental (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia c. Sudáfrica)* (excepciones preliminares), CIJ, 1962, en p. 328 (Fallo de 21 de diciembre) [R-5]. Véase también *caso relativo a Timor Oriental (Portugal c. Australia)*, CIJ, 1995, 90, 100 (Fallo de 30 de junio) [R-55]; *Cuestiones relacionadas con la interpretación y la aplicación del Convenio de Montreal de 1971 planteadas de resultados del incidente aéreo de Lockerbie (La Jamahiriya Árabe Libia c. los Estados Unidos de América)* (excepciones preliminares), CIJ, 1998, 115, 122-23 (Fallo de 27 de febrero) [R-56]; *Caso relativo a Determinados Bienes (Liechtenstein c. Alemania)* (objeciones preliminares), CIJ, 2005, 6, 18 (Fallo de 10 de febrero) [R-7].

i. Para que haya “oposición positiva”, las partes deben adoptar posturas contradictorias en cuanto a las obligaciones en cuestión en un caso concreto

Si bien el Ecuador afirma que “la disputa puede ser establecid[a] sólo por la conducta de la parte, incluido su silencio”,⁹⁹ los casos que cita el Ecuador para sustentar esta afirmación (*Georgia c. Rusia, Camerún c. Nigeria y la Sede de la ONU*)¹⁰⁰, demuestran justamente lo contrario. En todos estos casos, una de las partes había aducido que la otra había incumplido las obligaciones emanadas del derecho internacional que había contraído para con la otra parte (una alegación grave que exige una respuesta).

Por el contrario, en este caso no se aduce infracción alguna del tratado por parte de los Estados Unidos que implique la interpretación o aplicación del artículo II (7) y, por lo tanto, no tiene la obligación de responder a la solicitud del Ecuador de que confirme su interpretación.¹⁰¹

Ecuador cita el caso de *Georgia c. Rusia* en sustento de su reclamación de que el silencio en sí mismo puede colocar a dos Estados en oposición positiva. Sin embargo, este caso no sustenta la reclamación del Ecuador ya que Georgia adujo que Rusia había infringido un tratado de derechos humanos por sus actos de “limpieza étnica”. Rusia negó estas reclamaciones *expresa* y públicamente.¹⁰² Por ende, la CIJ determinó que las dos partes efectivamente se encontraban en

⁹⁹ Transcripción de la reunión preparatoria del 21 de marzo de 2012, p. 12 (declaración del abogado del Ecuador).

¹⁰⁰ *Íd.* pp. 12-13.

¹⁰¹ *Íd.* p. 18 (confirma que Ecuador “no ha acusado a los Estados Unidos de ninguna mala actuación” ni “ha acusado a los Estados Unidos de ninguna violación de sus obligaciones internacionales” (declaración del abogado del Ecuador).

¹⁰² *Caso relativo a la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Rusia)*, Fallo sobre excepciones preliminares ¶ 112 (1° de abril de 2011) [R-9]. La mayoría en la CIJ señaló dos intercambios públicos de puntos de vista que carecen de analogía en ese caso: un coloquio acalorado entre los representantes de ambos países en el Consejo de Seguridad de la ONU y una conferencia de prensa y entrevista posterior en CNN al presidente Saakashvili que suscitó una fuerte refutación por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores de Rusia.

oposición positiva.¹⁰³ Por el contrario, en este caso, ni Ecuador ni los Estados Unidos han alegado que exista infracción alguna del Tratado por la otra parte y, tal como admite el Ecuador, los Estados Unidos no han afirmado ni negado en público ni en privado la interpretación del Ecuador del artículo II (7).

La referencia que hace el Ecuador a los casos de la *Sede de la ONU* y *Camerún c. Nigeria* es igualmente desacertada. En ambos casos, una de las partes alegaba que la otra había incumplido obligaciones de derecho internacional que tenía con la otra parte. En ambos casos, la CIJ sostuvo que incluso ante la ausencia de una declaración explícita por las partes acusadas en que se refutara la reclamación, las *acciones* considerables de las partes acusadas, presuntamente contrarias a las obligaciones contraídas en virtud del tratado, constituían una prueba clara de que se oponían a la reclamación de infracción, lo cual dio lugar a una diferencia. Una vez más, en este caso, el Ecuador no alega que los Estados Unidos hayan adoptado medida alguna contraria a las obligaciones contraídas en virtud del Tratado.

En *Sede de la ONU*, el Secretario General de la ONU adujo que la legislación que exigía el cierre de la Misión de Observadores de las Naciones Unidas de la Organización de Liberación de Palestina infringía el Acuerdo relativo a la Sede de la ONU.¹⁰⁴ Si bien los Estados Unidos no explicitaron que dar cumplimiento a la legislación no infringiría el acuerdo,¹⁰⁵ la aprobación de

¹⁰³ *Íd.* ¶ 113 (“[L]as reclamaciones hechas por el presidente de Georgia los días 9 y 11 de agosto y la respuesta del Ministro de Relaciones Exteriores de Rusia el 12 de agosto demuestran que a esa altura [...] había una diferencia entre Georgia y la Federación Rusa referente al cumplimiento por esta última de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, tal como lo invocara Georgia en este caso”). [R-9].

¹⁰⁴ Véase, por ejemplo, *Aplicabilidad de la obligación de someter una controversia a arbitraje con arreglo a la sección 21 del Acuerdo del 26 de junio de 1947 relativo a la Sede de las Naciones Unidas*, CIJ, 1988, 12, 28 (opinión consultiva del 26 de abril) [R-57].

¹⁰⁵ *Íd.* p. 29 [R-57].

la ley y demás actividades sustantivas realizadas por los Estados Unidos con el objetivo de cerrar la Misión de Observadores manifestaron su postura:¹⁰⁶

Cuando una de las partes de un tratado proteste por el comportamiento o una decisión de la otra parte y alegue que tal *conducta o decisión* constituye una infracción del tratado, el solo hecho de que la parte acusada no ofrezca argumentos para justificar su conducta en el marco del derecho internacional no impide que las actitudes contrarias de las partes den lugar a una diferencia relativa a la interpretación o aplicación del tratado.¹⁰⁷

Por ende, en una situación en la que una demandante protesta las acciones de la demandada y alega que las acciones de esta última incumplen una obligación contraída en virtud del Tratado, y la demandada no brinda justificación alguna de sus acciones, un tribunal arbitral puede estar en condiciones de determinar objetivamente que existe oposición positiva *siempre y cuando* haya pruebas claras de que las acciones de la demandada pongan de manifiesto su oposición. Pero ninguno de estos factores está presente en este caso.

Camerún c. Nigeria tampoco tiene aplicación en este caso dado que las *acciones y afirmaciones* de Nigeria pusieron de manifiesto su clara oposición a las alegaciones de Camerún de que había incumplimiento del derecho internacional consuetudinario. Nigeria admitió que estaba en desacuerdo con la reclamación de Camerún de un territorio en la frontera entre Camerún y Nigeria. Simplemente negó que hubiera una diferencia relativa al resto de la frontera. A pesar de esta denegación, las tropas nigerianas habían participado en “incidentes e incursiones” en el territorio que estaba más allá del que Nigeria había admitido que estaba en

¹⁰⁶ Varias acciones de los Estados Unidos demostraron que habían adoptado una “actitud contraria” a la de la ONU: la ley se había diseñado específicamente para cerrar la Misión de Observadores de la OLP, debía entrar en vigencia de inmediato y el Fiscal General de los Estados Unidos había anunciado que la ley lo había obligado a cerrar la Misión de Observadores de la OLP. Por lo tanto, tras observar objetivamente los hechos se apreció que las partes se encontraban en oposición positiva. *Íd.* pp. 29-30 [R-57].

¹⁰⁷ *Íd.* p. 28 (énfasis añadido) [R-57].

controversia.¹⁰⁸ Una vez más, las *acciones* de Nigeria, combinadas con otros factores, llevaron a que el Tribunal en definitiva determinara que Nigeria estaba en desacuerdo con Camerún por el trazado de la frontera.¹⁰⁹

Tanto en *Sede de la ONU* como en *Camerún c. Nigeria*, la CIJ determinó que había oposición positiva ya que las posturas de las partes fueron evidentes, si bien no lo expusieron así expresamente: alegaron infracciones de la otra parte y había un claro conflicto entre las posturas. Por el contrario, en este caso, los Estados Unidos no han adoptado medidas que indiquen su postura en cuanto a la interpretación del artículo II (7) y no se los ha acusado de infringir el Tratado. De hecho, Ecuador admitió que no ha acusado a los Estados Unidos de ninguna mala actuación y no sabe si los Estados Unidos están o no de acuerdo con su interpretación del artículo II (7)¹¹⁰. Por lo tanto, este Tribunal no puede tomar una decisión objetiva de que los Estados Unidos, por acciones o afirmaciones, se hayan opuesto positivamente a la interpretación de Ecuador del artículo II (7) cuando el propio Ecuador profesa que desconoce plenamente el punto de vista de los Estados Unidos.

ii. Ecuador no puede crear oposición positiva donde no la hay

Ecuador no puede unilateralmente crear “oposición positiva” para inventar competencia ante este Tribunal. Para que haya oposición positiva, este Tribunal debe tomar la *determinación objetiva* de que las reclamaciones realizadas por una Parte referentes a una infracción del Tratado

¹⁰⁸ *Caso relativo a la frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria (el Camerún c. Nigeria)* (excepciones preliminares), CIJ, 1998, 275, ¶ 90 (Fallo de 11 de junio) [R-8].

¹⁰⁹ *Íd.* ¶ 93 [R-8].

¹¹⁰ Transcripción de la reunión preparatoria del 21 de marzo de 2012, pp. 10-12, 18 (declaración del abogado de Ecuador).

sean refutadas por la otra Parte.¹¹¹ Son las posturas y acciones de las partes con relación a una presunta infracción del derecho internacional (no un ultimátum unilateral) las que colocan a las partes en oposición positiva.

Ecuador alega que el Asesor Jurídico del Departamento de Estado afirmó que los Estados Unidos “no se pronunciarían” en cuanto a la solicitud del Ecuador de que estuvieran de acuerdo con su interpretación del artículo II (7). Incluso si fuera así,¹¹² no crearía oposición positiva en cuanto a la interpretación del artículo II (7). De hecho, Ecuador acepta que “Estados Unidos nunca informó al Ecuador que estaba de acuerdo con su interpretación del artículo II (7) o que desde ese punto de vista estaba en desacuerdo con la interpretación del Ecuador.”¹¹³ Ecuador no puede demostrar que los Estados Unidos contradijeron una reclamación de infracción del tratado hecha por Ecuador en declaraciones diplomáticas ni públicas y, por lo tanto, ninguna valoración objetiva de tal afirmación podría llevar a la conclusión de que las Partes se encontraban en oposición positiva.

La Corte Internacional de Justicia ha llegado a una conclusión similar. En *el caso relativo a Ciertos Bienes*, por ejemplo, la CIJ determinó que los intercambios diplomáticos que revelaban una clara divergencia de puntos de vista manifestaban oposición positiva en cuanto a si hubo una infracción de alguna obligación internacional.¹¹⁴ En ese caso, Liechtenstein alegó que Alemania

¹¹¹ *Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania* (primera fase), CIJ, 1950, p. 74 (Opinión consultiva de 30 de marzo) [R-6]; *Casos relativos al África Sudoccidental (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia c. Sudáfrica)* (excepciones preliminares), CIJ, 1962, en p. 328 (Fallo de 21 de diciembre) [R-5].

¹¹² Solicitud de arbitraje ¶ 13. Tal como se observa en la nota 9, *supra*, los Estados Unidos están en desacuerdo con la exposición fáctica presentada por el Ecuador sobre este tema, al igual que otros, y se reservan el derecho a presentar las contrapruebas que consideren necesarias. Pero incluso si consideraran que la exposición presentada por el Ecuador es verdadera para los fines del presente memorial, tampoco habría una “diferencia” con arreglo al artículo VII y, por lo tanto, claramente no hay competencia para este caso.

¹¹³ Transcripción de la reunión preparatoria del 21 de marzo de 2012, p. 10 (declaración del abogado de Ecuador).

¹¹⁴ *Caso relativo a Ciertos Bienes (Liechtenstein c. Alemania)*, CIJ, 2005, en ¶ 25 [R-7].

había infringido un acuerdo resolutorio posterior a la segunda guerra mundial ya que las cortes alemanas se rehusaron a reconocer la reclamación de Liechtenstein de que era el dueño de una pintura. Como prueba de la oposición de Alemania a sus reclamaciones, Liechtenstein citó declaraciones que había hecho Alemania en consultas con Liechtenstein y una carta del Ministro de Relaciones Exteriores de Alemania al Ministro de Relaciones Exteriores de Liechtenstein en la que afirmaba que se “sabía que el Gobierno de Alemania no compartía la opinión jurídica” de Liechtenstein en este asunto.¹¹⁵ La CIJ determinó que las declaraciones de Alemania contradecían los puntos de vista de Liechtenstein en cuanto a la legalidad de las acciones judiciales de Alemania, lo cual colocaba a los Estados en oposición positiva en cuanto a esta presunta infracción.¹¹⁶

Por el contrario, en este caso, incluso tal como lo señaló el mismo Ecuador, el Asesor Jurídico supuestamente indicó que los Estados Unidos no se “pronunciarían” sobre la solicitud del Ecuador, lo cual no significaba que estaban en desacuerdo con la interpretación de Ecuador del artículo II (7).¹¹⁷ Por ende, a diferencia de la situación en todos los casos citados por el Ecuador, los Estados Unidos no han refutado ningún presunto incumplimiento de ninguna obligación contraída con arreglo al derecho internacional. En consecuencia, Ecuador no puede

¹¹⁵ *Íd.* ¶ 23 [R-7].

¹¹⁶ *Íd.* ¶ 25 [R-7]. Véase también *Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania* (primera fase), CIJ, 1950, p. 67 (Opinión consultiva de 30 de marzo) (se concluye que los puntos de vista exactamente opuestos contenidos en la correspondencia diplomática permitieron tomar la determinación objetiva de que se encontraban en oposición positiva en cuanto a la presunta infracción de los Tratados); *Caso relativo a Timor Oriental (Portugal c. Australia)* CIJ, 1995 ¶ 17-22 (Fallo de 30 de junio) (se concluye que “en virtud de la denegación” de las “quejas de hecho y derecho” de Portugal relativas a las alegaciones de que Australia había reconocido la soberanía de Indonesia sobre Timor Oriental, Australia se había colocado en oposición positiva con Portugal en cuanto a esta presunta infracción); *Caso relativo a la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Rusia)*, Fallo sobre excepciones preliminares ¶ 112 (1° de abril de 2011) (se determinó que había oposición positiva a partir de las afirmaciones contrarias que habían hecho las partes ante el Consejo de Seguridad de la ONU y a los medios noticiosos sobre la presunta infracción de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial [R-9].

¹¹⁷ Transcripción de la reunión preparatoria del 21 de marzo de 2012, p. 11 (declaración del abogado de Ecuador).

demostrar que la afirmación hecha por el Asesor Jurídico puso de manifiesto una oposición positiva entre las Partes.

Ecuador tampoco puede obligar a las Partes a encontrarse en oposición positiva por el simple hecho de así afirmarlo. Tal como declaró la CIJ, “no basta que una de las partes de un proceso contencioso afirme que existe una diferencia con la otra parte[.] Se debe comprobar que la reclamación de una parte se encuentra en oposición positiva con respecto a la de la otra”.¹¹⁸ Por consiguiente, Ecuador no puede afirmar que la interpretación que le dio a una disposición del Tratado coloca unilateralmente a los Estados Unidos en la postura insostenible de no tener más opción que concordar con Ecuador o que se considere que están en oposición positiva. Por ende, Ecuador no puede emitir su interpretación unilateral y luego alegar que la única forma de que los Estados Unidos eviten un arbitraje es aceptar su interpretación, dado que rechazarla o no pronunciarse es indicio de oposición positiva.¹¹⁹

B. Los Estados Unidos no tienen ninguna obligación de responderle al Ecuador, menos aún confirmar, su interpretación unilateral del Tratado

Dado que no existe una “diferencia entre las partes concerniente a la interpretación o aplicación del presente Tratado”, Ecuador procura inventar una diferencia citando principios generales de derecho internacional. En particular, Ecuador alega que el principio de “buena fe” (principio jurídico internacional clave que subyace el principio de *pacta sunt servanda*) obligaba a los Estados Unidos a confirmar la interpretación unilateral del Ecuador del artículo II (7). La teoría del Ecuador es fundamentalmente errónea por dos motivos.

¹¹⁸ *Casos relativos al África Sudoccidental (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia c. Sudáfrica)* (excepciones preliminares), CIJ, 1962, en p. 328 [R-5].

¹¹⁹ Véase la transcripción de la reunión preparatoria del 21 de marzo de 2012, p. 12 (declaración del abogado de Ecuador).

Primero, Ecuador no tiene ningún derecho, con arreglo al Tratado ni al derecho internacional general, a exigir que los Estados Unidos confirmen su propia interpretación del artículo II (7) o se sometan a un arbitraje. Los Estados Unidos ejercieron su discreción de no responder a la exigencia del Ecuador de que lo interpretara. Permitir que Ecuador pueda unilateralmente crear una diferencia por el contenido de su demanda tergiversaría la práctica de los tratados internacionales.

Segundo, Ecuador no señala ninguna disposición del Tratado que ni expresamente ni por medio de la aplicación de principios jurídicos internacionales de carácter general exija que los Estados Unidos deban responder a la exigencia del Ecuador de que confirmen su interpretación del artículo II (7). Los Estados conservan la discreción de acordar mutuamente una interpretación conjunta o un “acuerdo ulterior”, si así lo desean, para aclarar la manera en que las Partes entienden una disposición en particular.¹²⁰ De la misma manera, conservan la discreción de no entrar en detalles sobre el significado de una disposición puntual del tratado.¹²¹ Pero ningún principio jurídico respalda el argumento del Ecuador de que los Estados están obligados a llegar a un acuerdo semejante.

1. Ecuador no puede exigir unilateralmente que los Estados Unidos respondan a su exigencia de que confirme su interpretación

¹²⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 31(3)(a) (se indica que “todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones” constituye una fuente autoritativa para interpretar el significado de un tratado) [R-15].

¹²¹ Dictamen de Tomuschat ¶ 15. Tal como lo indicara el tribunal arbitral del caso *Methanex* que intervino en virtud del Capítulo XI del TLCAN, “un acuerdo en cuanto a la interpretación de una disposición alcanzado después de concluido el tratado representa una interpretación auténtica de las partes y debe incorporarse al tratado para los fines de su interpretación”. *Methanex Corp c. los Estados Unidos*, TLCAN/CNUDMI, Laudo definitivo (3 de agosto de 2005), parte II, cap. B, ¶ 19 (se cita el informe de la Comisión de Derecho Internacional, vol. 2, en 221, y se menciona la aprobación de la CIJ de este párrafo en el *caso relativo a la Isla de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibia)*, CIJ, 1999, 1, ¶ 49) [R-58].

Ecuador no puede, por decreto, imponer una obligación a los Estados Unidos de que respondan a su solicitud.¹²² Si bien un Estado puede, en virtud del derecho internacional, vincularse a sí mismo por un acto unilateral, no puede hacerlo vinculante para otros.¹²³ De lo contrario, una parte podría obligar a otra a crear mecanismos y obligaciones en el tratado que no aceptó. Tal como lo advierte el profesor Tomuschat, si se le acepta proceder de esta manera en este caso, Ecuador podría “concebir cualquier mecanismo no estipulado en el tratado” y permitirle a Ecuador que “en cualquier momento, cuando así lo considere necesario y adecuado, exigir que los Estados Unidos se pronuncien sobre la interpretación correcta de cualquiera de las disposiciones del TBI”.¹²⁴

Este poder ilimitado que Ecuador afirma es contrario a cualquier noción de mutuality que presume un Estado al suscribir un tratado. El profesor Tomuschat observa:

[Ecuador] ni siquiera sostiene que su presunto poder de exigir tal interpretación autoritativa esté limitado por algún criterio objetivo. Simplemente desea poder proceder con sus deseos de aclaración por voluntad propia, independientemente de lo que hicieran los Estados Unidos por adoptar una postura en contrario. Con esta lógica, podría arrastrar a los Estados Unidos a un proceso arbitral conforme a sus propias determinaciones políticas, sin ninguna consideración de la práctica exhibida o respaldada por los Estados Unidos.¹²⁵

El accionar de Ecuador no está autorizado por ninguna disposición del Tratado, por ningún principio de derecho general aplicable ni por la práctica que siguen los Estados. Carece de precedentes y no puede constituir fundamento para que el Tribunal determine que tiene competencia en virtud del artículo VII.

¹²² Véase, por ejemplo, Solicitud de arbitraje ¶ 14; Carta de Patiño, en pp. 3-4 [R-2].

¹²³ Véase caso relativo a los ensayos nucleares (*Australia c. Francia*), CIJ, 1974 253 (Fallo de 20 de diciembre) [R-59]; Caso relativo a los ensayos nucleares (*Francia c. Nueva Zelanda*), CIJ, 1974 457 (Fallo de 20 de diciembre) [R-60].

¹²⁴ Dictamen de Tomuschat ¶ 22.

¹²⁵ *Íd.*

2. Nada de lo contenido en el Tratado obliga a los Estados Unidos a responder a la exigencia de Ecuador de que confirme su interpretación

El texto del TBI, que es la verdadera expresión de la intención y comprensión mutua entre las Partes, no contiene ninguna disposición que obligue a los Estados Unidos a interpretar el Tratado más allá del texto en sí. Tal como indica el profesor Tomuschat, “[e]l TBI no estipula tal obligación”, y no puede interpretarse que el Tratado contiene semejante obligación.¹²⁶

La única disposición del Tratado en virtud de la cual los Estados Unidos se han comprometido en cuanto al significado de las disposiciones es el artículo V, referido a las consultas. El artículo V estipula que los Estados Unidos y Ecuador “convienen en consultarse con prontitud [...] para considerar cuestiones referentes a [la] interpretación o aplicación [del Tratado]”.¹²⁷ Tal como opinó el profesor Tomuschat, ese hubiera sido el medio adecuado para ver si las Partes podían acordar una declaración interpretativa mutuamente aceptable.¹²⁸

Incluso si a pedido del Ecuador los Estados Unidos hubieran convenido en “consultar” y “considerar” “con prontitud” las “cuestiones referentes a [la] interpretación o aplicación [del Tratado]”, nada de lo contenido en el artículo V hubiera obligado a los Estados Unidos a responder a la exigencia del Ecuador de que confirmara su interpretación. Tal como observa *Oppenheim*, “[s]i bien las consultas deben realizarse de buena fe, no confieren a ninguno de los

¹²⁶ *Íd.* ¶ 13 (“Ecuador presupone que los Estados Unidos tienen la obligación jurídica de responder” a su exigencia unilateral pero “Ecuador es incapaz de demostrar que a los Estados Unidos les correspondía pronunciarse sobre la dificultad sustantiva de interpretar el artículo II (7) del TBI”). Véase además ROBERT JENNINGS y ARTHUR WATTS, 1 TRATADO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, OPPENHEIM, § 599 (9ª ed. 1992) (“Dado que un tratado es un contrato, se debe contar con el consentimiento mutuo de las partes.”) [R-83].

¹²⁷ Artículo V.

¹²⁸ Dictamen de Tomuschat ¶ 14. Las consultas también son el mecanismo que emplearon los Países Bajos y la República Checa al emitir un “acta acordada” sobre la manera en que operaban determinadas disposiciones de su TBI. Véase *CME Czech Republic B.V. c. la República Checa*, CNUDMI, Laudo definitivo ¶ 87 (14 de marzo de 2003) [R-61].

Estados implicados el derecho a que otros acepten sus puntos de vista ni a que actúen de la manera propuesta”.¹²⁹

i. La “buena fe” no puede ampliar las obligaciones contraídas por una parte en virtud de un Tratado

Ecuador alega que los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* obligan a los Estados Unidos a responder a su exigencia de interpretación.¹³⁰ Pero este argumento es erróneo por dos motivos. *Primero*, está ampliamente establecido en el derecho internacional que “[e]l principio de buena fe es [...] uno de los principios básicos que rigen la creación y el desempeño de las obligaciones jurídicas” pero “*en sí mismo no constituye una fuente de obligación que no existiría de otra manera*”.¹³¹ Es decir, cualquier obligación de responder debe estar contenida en el Tratado. Ante la ausencia de una obligación específica en el tratado, un Estado “no podrá tener justificación para valerse del principio de buena fe” a fin de respaldar una reclamación.¹³² En este caso, el Tratado no contempla obligación alguna con la que los Estados Unidos no hayan cumplido de buena fe. Ecuador no puede recurrir al principio de buena fe para crear una obligación internacional que no existe.

Por otra parte, el principio de la “buena fe” rige para *ambas* partes de un acuerdo; no puede interpretarse en el sentido de que obliga a un Estado a aceptar o rechazar una postura

¹²⁹ TRATADO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, OPPENHEIM, en § 573 (reconoce que los Estados que negocian, incluso cuando se ven obligados a negociar, “no tienen ninguna obligación jurídica de llegar a un acuerdo”). [R-83].

¹³⁰ Véase Solicitud de arbitraje ¶ 11. El principio de la buena fe se encuentra en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, titulado *Pacta sunt servanda*. Afirma: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. [R-15].

¹³¹ *Caso relativo a las acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua c. Honduras)* (competencia y admisibilidad), CIJ, 1988, 69, 105 (Fallo de 20 de diciembre) (énfasis añadido) [R-62]. Véase además el dictamen de Tomuschat ¶ 15 (se afirma que los deberes auxiliares no pueden “derivar del principio de buena fe”).

¹³² *Caso relativo a la frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria (el Camerún c. Nigeria)* (excepciones preliminares), CIJ, 1998 en ¶ 39 (Fallo de 11 de junio) [R-8].

adoptada por la otra parte. Además, Ecuador tiene la obligación de ceñirse al principio de buena fe. Sin embargo, cuesta encontrar pruebas de tal buena fe en la decisión del Ecuador de invocar el artículo VII para los fines de este arbitraje tras apenas meses de haberle solicitado favorablemente a sus propias cortes que declararan dicha disposición inconstitucional.¹³³ Una vez más, Ecuador no puede pretender ambas cosas: si no tenía la intención de verse vinculado por el artículo VII o si verdaderamente creía que esa disposición era contraria a su propio derecho interno constitucional, no debería haber acudido a este tribunal.

Segundo, Ecuador no puede recurrir al principio de *pacta sunt servanda* para inventar una obligación que exija que los Estados Unidos interpreten un Tratado para evitar cualquier “interpretación o aplicación indebida” del TBI que “redunde en un perjuicio” para el Ecuador.¹³⁴ Por supuesto, es cierto que “[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.¹³⁵ Pero, nuevamente, Ecuador no puede señalar obligación alguna que los Estados Unidos no hayan cumplido ni que hayan actuado de mala fe. Ecuador tampoco puede alegar que la falta de respuesta de los Estados Unidos de alguna manera impide que Ecuador ejecute las obligaciones contraídas en el TBI.¹³⁶

¹³³ Véase el laudo N° 043-10-DTC-CC, Causa N°0013-10-71, Fallo de la Corte Constitucional, en p. 12 (25 de noviembre de 2010) [R-14]. *Pero véase* el artículo 27 de la Convención de Viena (“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”) [R-15].

¹³⁴ Solicitud de arbitraje ¶ 11.

¹³⁵ Artículo 26 de la Convención de Viena [R-15]. Véase también el Informe de la Comisión de Derecho Internacional referente al trabajo de su decimosexto período de sesiones, 727ª reunión (20 de mayo de 1964) 1 Y.B. INT’L L. COMM’N 32, ¶ 70 (1964), Doc. ONU A/CN.4/SER. A/1964 (“[Un] tratado debe aplicarse y observarse no solamente de conformidad con las disposiciones del mismo sino de buena fe”, lo cual incluye “abstenerse de todo acto que tuviere por objeto frustrar los fines del tratado.”) [R-18]. Una regla para interpretar tratados *pacta sunt servanda* no puede transformarse en una fuente inagotable para que las demandantes importen otras obligaciones internacionales. En sustento de tal argumento, Ecuador no puede ampararse en la opinión disidente del juez Cançado Trindade en *Hilaire, Constantine y Benjamin c. Trinidad y Tobago*, serie C N° 94 [2002] CIDH 4 (21 de junio de 2002). En esta opinión disidente se mencionó el principio de *pacta sunt servanda* en el contexto del cumplimiento por parte de Trinidad y Tobago de las “obligaciones internacionales que ha asumido” Véase *id.* ¶ 43.

¹³⁶ Véase la transcripción de la reunión preparatoria del 21 de marzo de 2012, p. 16 (declaración del abogado de Ecuador) (plantea una serie de cuestiones hipotéticas sobre el desempeño del Ecuador en virtud del artículo II (7) del TBI).

ii. El derecho internacional general no exige que un Estado responda a una declaración interpretativa

Salvo el principio *pacta sunt servanda*, el Ecuador no ha propuesto ningún principio de derecho internacional que sustente su afirmación de que los Estados Unidos deben confirmar su declaración interpretativa unilateral.¹³⁷ El motivo es simple: no existe tal regla. Ecuador no puede compensar la ausencia de una obligación de los Estados Unidos enmarcando su exigencia en una solicitud de interpretación. En esencia, lo que Ecuador ha presentado en su nota diplomática es análogo a una declaración interpretativa unilateral sumada a la exigencia de que otro Estado la acepte. Mas tal como observó el profesor McRae: “No hay obligación de responder a [tal] declaración [unilateral] ni tampoco la declaración amenaza ni infringe los derechos” del otro Estado.¹³⁸ Las declaraciones interpretativas unilaterales suelen ser “subjetivas; expresan los puntos de vista del Estado que las formula [...] pero no tratan el efecto jurídico en el tratado”.¹³⁹ Tampoco están reguladas por el derecho internacional.¹⁴⁰ Por consiguiente, en

¹³⁷ Véase el caso relativo a la plataforma continental (*Jamahiriyá Árabe Libia c. Malta*), CIJ, 1985 13, 29 (Fallo de 3 de junio) (“Resulta, por supuesto, axiomático que el derecho internacional consuetudinario se consulte primordialmente en la práctica y la *opinio juris* de los Estados [...]”) [R-63]; *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. los Estados Unidos de América)*, CIJ, 1986 14, 108-09 (Fallo de 27 de junio de 1986) (“[P]ara que se forme una nueva norma consuetudinaria, los actos en cuestión no solamente deben “responder a una práctica establecida” sino estar acompañados de la *opinio juris sive necessitatis*. O bien los Estados que adoptan dicha medida o bien otros Estados en condiciones de reaccionar a la misma deben haberse comportado de manera tal que su conducta refleje la convicción de que esta práctica se considera obligatoria por la existencia de una norma de derecho que así lo exige”) [R-64]; Véase además CLIVE PARRY ET AL., *ENCYCLOPAEDIC DICTIONARY OF INTERNATIONAL LAW* 81-82 (1986) (la regla del derecho internacional consuetudinario emana de “una práctica concordante de una serie de Estados que consienten tácitamente a la opinión de otros, y a una concepción de que la práctica está dictada por el derecho prevalente (la *opinio juris*) o que se condice con este”) [R-111]. La práctica en cuestión del Estado “debe ser a la vez generalizada y prácticamente uniforme en el sentido de la disposición invocada; además, debe haber ocurrido de manera tal de demostrar un reconocimiento general de que implica a una norma del derecho u obligación jurídica”. *Casos de la plataforma continental del Mar del Norte (Alemania c. Dinamarca; Alemania c. Los Países Bajos)*, CIJ, 1969, 3, 43 (Fallo de 20 de febrero) [R-66].

¹³⁸ D.M. McRae, *The Legal Effect of Interpretative Declarations*, 49 BRIT. Y.B. INT’L L. 155, 169 (1978) (se analiza el efecto jurídico de una declaración interpretativa unilateral por parte de un Estado en el contexto de la reacción del otro Estado y la conclusión es que pueden indicar la manera en que un Estado interpreta sus obligaciones) (se omitieron las citas internas) [R-84].

¹³⁹ Bruno Simma, *La labor de la Comisión de Derecho Internacional en su quincuagésimo primer período de sesiones*, 68 NORDIC J. INT’L L., 293, 319 (1999) (se observa que “la buena práctica indica que las declaraciones

general, el derecho internacional no obliga a un Estado a responder a una exigencia de que se esté de acuerdo con la interpretación unilateral de un Estado ni prohíbe que un Estado permanezca en silencio cuando se encuentra ante tal exigencia.¹⁴¹

La única “regla” que rige toda interpretación unilateral de un Estado es que, si la otra Parte del tratado expresara su anuencia con tal interpretación, al hacerlo, se convertiría en parte del contexto en que han de interpretarse los términos del tratado.¹⁴² Pero si las partes no están de acuerdo, la declaración interpretativa no será más que eso: el punto de vista unilateral de una de

interpretativas solo se debieran realizar en determinadas circunstancias, *preferentemente, según lo especificado en el tratado*” (énfasis añadido) [R-85].

¹⁴⁰ INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL RELATIVO A LA LABOR EN SU SEXAGÉSIMO TERCER PERÍODO DE SESIONES, Capítulo VI Reservas a los tratados, *Texto de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados con comentarios* 115, Directriz 1.6.2, comentario 1, *reimpresa en* Y.B. INT’L L. COMM’N 2011 (“*Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados de la CDI*”) (“El silencio de las Convenciones de Viena [sobre el derecho de los tratados] se extiende, a fortiori, a las declaraciones interpretativas de los tratados bilaterales; en realidad, tampoco tratan las declaraciones interpretativas en general y contienen solo unas pocas disposiciones aplicables a los tratados bilaterales.”) [R-19]. La CIJ ha concluido que la falta de una prohibición de la conducta de un Estado en particular es indicio de que dicha conducta está en consonancia con el derecho internacional general. Véase, por ejemplo, *Consonancia con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia de Kosovo* (Opinión consultiva de 22 de julio de 2010) ¶¶ 79-84 (sostiene que la declaración de independencia de Kosovo estuvo “en consonancia con el derecho internacional” porque “el derecho internacional general no dispone ninguna prohibición aplicable a declaraciones de independencia”) [R-65]; *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, CIJ, 1996, 226, 247 (Opinión consultiva de 8 de julio) (“[L]a práctica de los Estados muestra que la ilicitud del empleo de ciertas armas como tal no dimana de la ausencia de autorización sino que, por el contrario, se formula en términos de prohibición.”) [R-20].

¹⁴¹ Véase, por ejemplo, *la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados de la CDI*, Directriz 1.6.2, comentario 6, 116 (Una declaración interpretativa “también puede simplemente tener por objeto informar al socio el significado y alcance que el autor le atribuye a las disposiciones del tratado sin procurar imponer esa interpretación al socio, y en este caso se trata de una ‘simple declaración interpretativa’ que [...] en realidad puede hacerse en cualquier momento”). Véase también la directriz 2.9.8.1 en 325 (“El mero silencio de un Estado u organismo internacional no constituye indicio de aprobación de una declaración interpretativa.”); la directriz 2.9.2., comentario (2) en 328 (se cita que el “[s]ilencio puede expresar acuerdo o desacuerdo con la interpretación propuesta. Los Estados pueden considerar innecesario responder a una declaración interpretativa porque comparten el punto de vista en ella expresado o pueden opinar que la interpretación es errónea pero que no tiene sentido decirlo ya que, sea como fuere, la interpretación, en su opinión, no puede ser sostenida por un tercero imparcial en caso de diferencia. Es imposible determinar cuál de las dos hipótesis es correcta.”) [R-23]. Véase además McRae, *The Legal Effect of Interpretative Declarations*, 49 BRIT. Y.B. INT’L L. en 159 (“La práctica de los Estados en este sentido varía. Pueden encontrarse ejemplos de declaraciones interpretativas que no han evocado comentarios de las otras partes del tratado. También pueden encontrarse ejemplos de declaraciones interpretativas que han sido motivo de objeción de las partes contractuales.”) [R-84].

¹⁴² Véase *la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados de la CDI*, directriz 1.6.3, en 117 (“La interpretación que dimana de una declaración interpretativa referente a un tratado bilateral realizada por un Estado [...] del tratado y aceptada por la otra parte constituye una interpretación auténtica de dicho tratado.”) [R-19].

las Partes con respecto a una disposición del tratado en cuestión.¹⁴³ Para que una interpretación conjunta se considere autoritativa, ambas Partes del tratado deben estar de acuerdo; el poder de estar de acuerdo no reside en una sola de las Partes. No tenemos conocimiento de ningún caso en que una parte le haya impuesto su punto de vista interpretativo unilateral a la otra parte en un arbitraje.¹⁴⁴ En el único caso en que una de las partes de un tratado intentó hacerlo, el tribunal arbitral rechazó vehementemente el argumento.¹⁴⁵

iii. La práctica de tratados TBI no respalda las acciones sin precedentes adoptadas por Ecuador en este caso

La tentativa del Ecuador de obligar a los Estados Unidos, como socio del tratado, a pronunciarse sobre una interpretación carece de precedentes en los tratados de inversiones de, como mínimo, los últimos cincuenta años. En este caso, el Tribunal debería guiarse por la práctica de los Estados y la manera en que se procedió comúnmente en tratados anteriores. No tenemos conocimiento de ningún ejemplo en que un Estado Parte haya respondido a la exigencia de interpretación presentada por la otra Parte por suponer que tenía la obligación de hacerlo. Tampoco hemos encontrado ningún tratado que dé lugar a tal obligación.

En las instancias en que los Estados Unidos y sus socios de tratados dispusieron explícitamente que los Estados deben expresar sus puntos de vista unilaterales sobre el significado de un tratado de inversión, crearon un derecho discrecional más que obligatorio. Por ejemplo, en el contexto del capítulo XI del TLCAN, que estipula las obligaciones de cada una de

¹⁴³ Las declaraciones interpretativas unilaterales deben toparse con una reserva expresada al momento de concluirse el tratado y a la que la otra parte (u otras partes) deban presentar objeciones o verse vinculadas a ella, y una enmienda que si altera el significado del tratado, ambas partes del mismo tienen la obligación de aceptarla. *Id.*

¹⁴⁴ Véase *Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados de la CDI*, directriz 1.6.1, comentario (3), en 109 (se cita que incluso en el contexto de una reserva al tratado, [s]i [las partes] llegan a un acuerdo (de adoptar o rechazar la reserva) se concluirá el tratado; de lo contrario, se desmorona por completo.) [R-19].

¹⁴⁵ *Casos de doble nacionalidad*. XIV UN REPS. INT'L ARB. AWARDS, en p. 27 [R-30].

las Partes en relación con los inversionistas de la otra, “una Parte *podrá* presentar comunicaciones a un tribunal sobre una cuestión de interpretación de este Tratado”.¹⁴⁶ Los TBI y capítulos sobre inversiones de los TLC más recientes suscritos por los Estados Unidos contienen disposiciones similares.¹⁴⁷ Las Partes del TLCAN no suelen expresar sus puntos de vista, conjunta ni individualmente, incluso cuando un tribunal de inversiones las invite a hacerlo.¹⁴⁸ Además de la práctica en los Estados Unidos, en los arbitrajes inversionista-Estados es extremadamente inusual encontrarse frente a expresiones unilaterales del significado de un tratado presentadas por Estados Parte no contendientes.¹⁴⁹

De la misma manera, siempre que en el Estado exista la práctica, confirma que los Estados tienen la discreción, mas no la obligación, de acordar interpretar un tratado de manera conjunta.¹⁵⁰ Estas interpretaciones conjuntas voluntarias –“acuerdos posteriores”, según el

¹⁴⁶ Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 17 de diciembre de 1992, Canadá, México y Estados Unidos, art. 1128 (énfasis añadido) [R-24].

¹⁴⁷ La misma disposición (que conserva el mismo grado de discreción) figura en todos los capítulos sobre inversiones de lo TLC suscritos después del TLCAN. Véase, por ejemplo, el art. 10.20.2 del CAFTA (“Una Parte no contendiente podrá presentar comunicaciones orales o escritas ante el tribunal con respecto a la interpretación de este Tratado.”) [R-26].

¹⁴⁸ Véase la carta de los Estados Unidos al Tribunal en *Mobil Investments Canada, Inc. c. Canadá*, CIADI, causa N° ARB(AF)/07/4 con fecha 1° de agosto de 2011 (una Parte no contendiente rechaza la invitación de presentar una comunicación al tribunal) [R-67].

¹⁴⁹ Véase, por ejemplo, *Aguas del Tunari c. Bolivia*, CIADI, causa N° ARB/02/3, ¶¶ 268-74 (2005) (se solicita aclaración de unas declaraciones hechas por los Países Bajos en respuesta a unas preguntas parlamentarias sobre su tratado bilateral de inversiones con Bolivia) [R-68]. Otro caso es el de la queja que elevó Suiza a la Secretaría del CIADI por no solicitar su punto de vista durante un arbitraje inversionista-Estado sobre el alcance de la cláusula general contenida en el tratado bilateral de inversiones de Suiza y Pakistán. Véase Anthea Roberts, *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States*, 104 AM. J. INT’L L. en p. 179 (2010) [R-86].

¹⁵⁰ Véase, por ejemplo, *CME Czech Republic B.V. c. la República Checa*; Laudo definitivo, ¶¶ 87-93, 198, 216-26, 437, 504 (interpretación conjunta mediante un “acta acordada” emitida tras un proceso de consultas, tal como lo dispone el TBI entre los Países Bajos y la República Checa) [R-61]; *Nat’l Grid PLC c. Argentina* (CNUDMI), Laudo sobre jurisdicción (20 de junio de 2006) ¶ 85 (se cita que “tras el laudo sobre jurisdicción en *Siemens* [A.G. c. Argentina, CIADI, causa N° ARB/02/8, Jurisdicción (3 de agosto de 2004) 44 ILM 138 (2005)], la República Argentina y Panamá canjearon notas diplomáticas con una “declaración interpretativa” de la cláusula [de nación más favorecida] en su tratado sobre inversiones de 1996 en el sentido de que la cláusula de NMF no se extienda a las cláusulas de arreglo de diferencias, y esta ha sido siempre su intención”) [R-70].

artículo 31 (3)(a) de la Convención de Viena– luego pueden pasar a integrar el contexto en el cual debe interpretarse una determinada disposición del tratado.

Pero estas interpretaciones acordadas han sido estrictamente voluntarias y son inusuales en la práctica internacional de los tratados de inversiones.¹⁵¹ Los Países Bajos, por ejemplo, aceptaron expresar su punto de vista sobre el significado de la disposición de un tratado en el contexto de una solicitud presentada por la República Checa con arreglo a la disposición de consultas contenida en el TBI entre la República Checa y los Países Bajos.¹⁵² Del mismo modo, Argentina y Panamá canjearon notas para llegar a una declaración interpretativa “conjunta” sobre el significado de la cláusula de NMF en su TBI.¹⁵³ Sin embargo, en ninguno de los casos un Estado Parte ofreció una interpretación partiendo de la base de que la otra Parte lo había obligado a hacerlo. Determinar que existe tal obligación cuando en realidad no la hay contravendría el principio de que cuando los Estados procuran ejercer su discreción, lo hacen de manera expresa.¹⁵⁴ Este “principio importante de derecho internacional no debe interpretarse en el sentido de quedar tácitamente desplazado por el acuerdo internacional, ante la ausencia de

¹⁵¹ Dictamen de Reisman ¶¶ 45-46 (describe algunos casos de tentativas de interpretación entre Estados fuera del contexto del TLCAN).

¹⁵² Véase *CME Czech Republic B.V. c. La República Checa*, Laudo definitivo, ¶¶ 87-93 (CNUDMI, 14 de marzo de 2003) (trata la solicitud de la República Checa a los Países Bajos con arreglo al artículo 9 del TBI entre los Países Bajos y la República Checa de llegar a un acuerdo en tres asuntos: el derecho aplicable por el que debe regirse un tribunal, la aplicación del tratado a reclamaciones anteriores y el trato que se debe conferir a las reclamaciones presentadas por un inversionista indirecto en virtud de otro tratado) [R-61].

¹⁵³ Véase *Nat'l Grid PLC c. Argentina* (CNUDMI) Laudo sobre la competencia (20 de junio de 2006) ¶ 85 [R-70].

¹⁵⁴ Véase, por ejemplo, el Informe del órgano de apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R, ¶ 165 (16 de enero de 1998) (reconoce que un tribunal internacional no puede “suponer a la ligera que Estados soberanos tuvieran la intención de imponerse a sí mismos la obligación más onerosa, más bien que la menos pesada” [...], “[p]ara sustanciar tal supuesto o una interpretación de tan largo alcance, sería necesario que en el tratado se utilice un lenguaje mucho más concreto e imperativo [...]”) [R-21]. Véase además CPJI, *Buques de guerra polacos en el Puerto de Danzig (1931)*, Opinión consultiva, A/B/43, p. 144 (“[L]a intención de las partes debe primar y cumplirse aunque esto lleve a una interpretación contraria a los términos literales de una frase aislada, que leída en contexto sea susceptible de interpretarse de otra manera”) [R-69].

palabras que aclaren la intención de hacerlo”.¹⁵⁵ Este Tribunal debería abstenerse de interpretar en el TBI obligaciones nuevas y sin precedentes que simplemente no contiene.

El profesor Tomuschat resume la ausencia de cualquier obligación dimanada del TBI que exigiría que los Estados Unidos respondieran al ultimátum de Ecuador:

El solo hecho de que Ecuador y los Estados Unidos sean las dos partes del TBI no obliga a ninguno de los dos a intervenir independiente ni conjuntamente de manera autoritativa cada vez que surja un problema en la interpretación y aplicación del TBI [...]. [Esta acción] deriva de un mecanismo que no se encuentra estipulado en el TBI. Por consiguiente, desde la lógica del TBI, el Gobierno de los Estados Unidos no tenía la obligación de aceptar ni rechazar la interpretación de Ecuador del artículo II (7) del TBI.¹⁵⁶

En los casos en que los tratados sobre inversiones expresamente contemplan la emisión de interpretaciones “autoritativas” a fin de aclarar el significado de un tratado, se exige expresamente el consentimiento mutuo de las Partes. Por ejemplo, las Partes del TLCAN le han conferido a la Comisión de Libre Comercio tripartita la facultad de emitir interpretaciones autoritativas y *vinculantes* sobre el capítulo XI pero queda en las Partes mismas resolver las cuestiones del significado de las obligaciones del tratado si así deciden hacerlo y están de acuerdo.¹⁵⁷ El artículo 1131 del TLCAN, que se ve reflejado también en el TBI modelo de los Estados Unidos¹⁵⁸ así como en sus tratados de libre comercio recientes,¹⁵⁹ fue una innovación

¹⁵⁵ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. los Estados Unidos*, CIADI, causa N° ARB(AF)/98/3, Laudo (19 de junio de 2003) ¶¶ 160-162 (cita a *Caso relativo a Elettronica Sicula SpA (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*, CIJ, 1989, 15, ¶ 162) (“Sería extraño, de hecho, si *sub silentio*, se eliminara por completo la norma internacional”.) [R-71].

¹⁵⁶ Dictamen de Tomuschat ¶ 17.

¹⁵⁷ TLCAN, art. 1131 (“La interpretación que formule la Comisión sobre una disposición de este Tratado, será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección.[B].”). Hasta la fecha, las partes del TLCAN han empleado su autoridad expresa para emitir una interpretación obligatoria únicamente una vez, en 2001 [R-24].

¹⁵⁸ TBI modelo de los Estados Unidos 2012, art. 30(3) (“Cuando cada una de las Partes actúe por intermedio de su representante designado para los fines del presente artículo, toda decisión conjunta en la que se declare la interpretación de una disposición de este Tratado será obligatoria para un tribunal y toda decisión o laudo emitido por el tribunal deberá ser compatible con esa decisión conjunta”.) [R-22].

cuando se lo introdujo. En la práctica internacional, dichas disposiciones continúan siendo la excepción más que la regla.¹⁶⁰

Al comparar del artículo VII del TBI con el artículo 1131 del TLCAN, el profesor Reisman ilustra claramente la manera en que las partes pueden expresar su intención:

La noción de que el artículo VII del TBI es equivalente al artículo 1131 del TLCAN engendra [...] dificultades. El artículo 2001 [del TLCAN] exige que los Estados Parte que crean la Comisión de Libre Comercio la compongan con ministros que resuelvan sus diferencias de interpretación. El TLCAN dispone la negociación entre las partes del tratado. Luego, esas interpretaciones, en la aplicación del tratado, se vuelven autoritativas para los tribunales a los que se convoca para arbitrar en caso de diferencias en materia de inversiones dimanadas del tratado.¹⁶¹

Mas dicha intención no figura en el artículo VII. Y, en todo caso, ni siquiera el artículo 1131 del TLCAN obliga a que se llegue a interpretaciones conjuntas.

En síntesis, el TBI no impone a los Estados Unidos obligación alguna de responder, y menos aún de estar de acuerdo con la exigencia del Ecuador de interpretar el Tratado. El Tribunal debería rechazar la tentativa de Ecuador de alegar que existe tal obligación para establecer competencia para su reclamación infundada.

¹⁵⁹ Véase, por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio con la República Dominicana y Centroamérica, 5 de agosto de 2004, art. 10.22(3) (“Una decisión de la Comisión en la que se declare la interpretación de una disposición de este Tratado, conforme al Artículo 19.1.3(c) [la Comisión de Libre Comercio], será obligatoria para un tribunal que se establezca de conformidad con esta Sección, y toda decisión o laudo emitido por el tribunal deberá ser compatible con esa decisión.”) [R-26].

¹⁶⁰ Véase Roberts, *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation*, en 179 [R-86].

¹⁶¹ Dictamen de Reisman ¶ 44 (énfasis en el original). Se debe rechazar la tentativa del Ecuador de interpretar el artículo VII como si tuviera el mismo significado que el artículo 1131(a) del TLCAN. Ecuador mismo reconoce que un tribunal de arbitraje no puede interpretar el TBI y el TLCAN de la misma manera por los términos diferentes que contiene cada uno y por las partes diferentes que los suscribieron. Véase el Escrito de Demanda de la Demandante, *Ecuador c. Chevron*, Corte Distrital de La Haya, Causa-Lista N° 2011/402 ¶ 32(iii) (“[E]l tribunal de arbitraje adopta erróneamente el punto de vista de que la redacción del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (‘el TLCAN’), otro tratado celebrado por partes distintas, es similar a la redacción del TBI y que, en consecuencia, la interpretación del TBI debe ser igual a la que le dieron las partes pertinentes al TLCAN.”) [R-31].

C. El artículo VII no crea competencia consultiva, de apelación ni remisión

El intento del Ecuador de obligar a este Tribunal a pronunciarse sobre la solicitud que presentó, sin que exista ninguna diferencia auténtica entre las Partes, plantea problemas de competencia que van mucho más allá de este caso en particular. Si así lo acuerdan expresamente, los Estados pueden aceptar remitir una cuestión legal a un tercero para su resolución y no es necesario que se reserven la discreción de acordar el significado de la disposición de un tratado (si bien esto último es la regla más que la excepción). Nada de lo dispuesto en el artículo VII le confiere al Tribunal la facultad de decidir un problema o una cuestión legal fuera del contexto de una diferencia concreta entre las Partes.¹⁶² Si los Estados Unidos y el Ecuador hubieran deseado conferirle facultades más amplias al Tribunal para que aborde cuestiones jurídicas abstractas, como la que plantea Ecuador, así lo hubieran dispuesto expresamente en el Tratado.¹⁶³ Tal como observa el profesor Tomuschat:

¹⁶² El significado de la disposición de un tratado en abstracto es una cuestión jurídica y, salvo acuerdo en contrario entre las partes del tratado, el significado autoritativo de cualquier disposición de un tratado se reserva a su mutuo consentimiento. Un importante comentarista francés observa: “La expresión ‘interpretación auténtica’ denota aquella que las partes brindan de manera directa, y se contrapone a una interpretación no auténtica, que es la que brinda un tercero”. NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER & ALAIN PELLET, *DROIT INTERNATIONAL PUBLIC* 251 (7^a ed. 2002) (“On désigne par l’expression ‘interprétation authentique’, celle qui est fournie directement par les parties, par opposition à l’interprétation non authentique, donnée par un tiers.”) (traducción del francés al inglés realizada por el abogado) [R-87]; véase además VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES: A COMMENTARY 532 (O. Dörr & K. Schmalenbach eds., 2012) (“Incluso si se conformara un órgano separado con arreglo al tratado con la facultad de interpretarlo, las partes de un tratado son las únicas que pueden emitir una *interpretación autoritativa o auténtica* sobre el mismo. Tal como señalara la CPJI en la opinión sobre *Jaworzina* de 1923: ‘es principio establecido que el derecho a emitir una interpretación autoritativa de una norma jurídica le compete únicamente a la persona o al órgano con la facultad de modificarla o eliminarla’”) (se omitió la cita) [R-88]; ULF LINDERFALK, *ON THE INTERPRETATION OF TREATIES: THE MODERN INTERNATIONAL LAW AS EXPRESSED IN THE 1968 VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES* 25 n. 31 (2007) (“Existe una interpretación auténtica cuando todas las partes de un tratado llegan al acuerdo, regido por el derecho internacional, de en lo sucesivo interpretar el tratado de una manera específica.”) [R-89]. De igual manera, el profesor Mustafa Kamil Yasseen, uno de los redactores principales de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, observó que “más que nadie, las partes del tratado son las que se encuentran en mejores condiciones de comprender el sentido del tratado que celebraron y la verdadera intención del mismo”. Mustafa Kamil Yasseen, *L’interprétation des traits d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités*, 151 *COLLECTED COURSES OF THE HAGUE ACADEMY* 1, 47 (1976) (“[P]lus que personne, les parties au traité sont à même de comprendre le sens du traité qu’elles ont conclu, ce qu’elles ont vraiment voulu.”) (traducción del francés al inglés realizada por el abogado) (énfasis añadido) [R-90].

¹⁶³ *Casos de doble nacionalidad*, XIV UN REPS. INT’L ARB. AWARDS, en p. 34 [R-30].

[Ecuador] desea concebir un mecanismo específico no estipulado en el tratado en sí. Adopta la postura de que en cualquier momento, cuando lo considere necesario y apropiado, puede instar a los Estados Unidos a pronunciarse sobre la correcta interpretación de cualquier disposición del TBI. Ni siquiera sostiene que su presunto poder de exigir tal interpretación autoritativa esté limitado por algún criterio objetivo. Simplemente desea poder proceder con sus deseos de aclaración por voluntad propia, independientemente de lo que hicieran los Estados Unidos por adoptar una postura en contrario. Con esta lógica, podría arrastrar a los Estados Unidos a un proceso arbitral conforme a sus propias determinaciones políticas, sin ninguna consideración de la práctica exhibida o respaldada por los Estados Unidos.¹⁶⁴

Ecuador no puede demostrar que las Partes tuvieron la intención de estipular tal mecanismo, y este Tribunal no puede aceptar como decisiva la voluntad de una sola de las Partes.

Ante la ausencia de un consentimiento expreso de ambas Partes, el Tribunal no tiene autoridad para actuar en calidad de órgano consultivo, de apelación ni remisión.¹⁶⁵ “La función del intérprete de un tratado no es procurar satisfacer la voluntad explícita o implícita de una de las partes sino la voluntad consensuada de *todas* las partes, que se desprende del texto que acordaron y en función de la cual se elaboró el tratado.”¹⁶⁶

1. El artículo VII no crea competencia consultiva

Nada de lo contenido en el artículo VII permite que el Tribunal actúe en calidad de órgano consultivo, como se le permite a la CIJ en determinadas circunstancias. La CIJ tiene

¹⁶⁴ Dictamen de Tomuschat ¶ 22.

¹⁶⁵ Tal como observó la Corte Internacional de Justicia en la causa *Oil Platforms*, si la disposición del tratado en cuestión “hubiese impuesto obligaciones concretas a las Partes contratantes que las obligara a mantener una relación duradera de paz y amistad”, entonces “las Partes deberían haberse inclinado por destacar su importancia durante las negociaciones o el proceso de ratificación”. *Caso relativo a las plataformas petrolíferas* (Irán c. los Estados Unidos de América), CIJ, 1996, 803, ¶¶ 25, 29 (Laudo sobre excepciones preliminares de 12 de diciembre) (se rechaza el argumento del Irán de que el artículo 1 del Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares de 1955 -“Se establecerá una relación de paz firme y duradera y una amistad sincera entre los Estados Unidos de América y el Irán”- “no formula una mera recomendación o deseo [...] sino que impone obligaciones concretas a las Partes contratantes que las obligan a mantener una relación duradera de amistad y paz.”) [R-72].

¹⁶⁶ Luiz Olavo Baptista, *Interpretation and Application of WTO Rules: Florentino Feliciano and the First Seven*, in *LAW IN THE SERVICE OF HUMAN DIGNITY: ESSAYS IN HONOUR OF FLORENTINO FELICIANO* 127, 135 (Charnowitz y colaboradores eds. 2005) (énfasis añadido) [R-91].

competencia no solo para resolver “diferencias jurídicas” sino también para “emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo [de la ONU] autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma”.¹⁶⁷ Históricamente, el tipo de cuestiones que se han planteado ante la CIJ han sido con el objeto de aclarar el significado de una disposición en cuestión a fin de guiar, mediante una opinión no obligatoria, la manera en que se manejará el organismo de la ONU que realiza la solicitud.¹⁶⁸ Cabe mencionar que la cuestión que el Ecuador planteó ante este Tribunal no es de índole contenciosa sino más bien prácticamente idéntica al tipo de cuestión que se plantea ante la CIJ cuando se le solicita que emita una opinión consultiva. No obstante, la cláusula de arbitraje entre Estados contenida en el Tratado no permite expresamente tal opinión, y este Tribunal debería excederse del alcance de su limitada función judicial para emitirla.¹⁶⁹

2. El artículo VII no crea competencia de apelación

Nada de lo contenido en el artículo VII confiere al Tribunal la discreción de funcionar como instancia de apelación. Los Estados Parte pueden conferir competencia de apelación a un panel de arbitraje, como lo hacen ante el Órgano de Apelaciones de la Organización Mundial del Comercio. El Entendimiento sobre Solución de Diferencias explícitamente le confiere al Órgano de Apelaciones la competencia limitada de fallar en “cuestiones de derecho tratadas en el

¹⁶⁷ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 65.1 (énfasis añadido) [R-25].

¹⁶⁸ Véase *Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania* (primera fase), CIJ, 1950, 65, 71 (Opinión consultiva de 30 de marzo) (describe las opiniones consultivas de la Corte como “de carácter consultivo” y carentes de “fuerza vinculante” y ofrecidas en casos en que “las Naciones Unidas consideran que son aconsejables para aclarar la manera de proceder”) [R-6]. Al menos un tratado más entre las Naciones Unidas y sus Estados Miembros incluye el recurso a opiniones consultivas de la CIJ para resolver cuestiones jurídicas. Véase la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas (13 de febrero de 1946), I UNTS 15, art. VIII, § 30 (“[...] Si surge una diferencia de opinión entre las Naciones Unidas, por una parte, y un Miembro, por la otra, se solicitará una opinión consultiva sobre cualquier cuestión legal conexas, de acuerdo con el artículo 96 de la Carta y el artículo 65 del Estatuto de la Corte. La opinión que dé la Corte será aceptada por las partes como decisiva.”) [R-27].

¹⁶⁹ Véase el dictamen de Reisman ¶¶ 26-27 (se describen las opiniones consultivas).

informe [subyacente] del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste”.¹⁷⁰
Pero el artículo VII no contiene esta fórmula de autorización.

Siempre que los Estados Unidos indicaron su voluntad de considerar aceptar la competencia de apelación en el contexto de un TBI, lo hicieron de manera explícita. En los TBI y en los capítulos relativos a inversiones de los tratados de libre comercio más recientes, los Estados Unidos han estipulado expresamente que las Partes pueden considerar la posibilidad de establecer un mecanismo de apelación que funja de sistema de control a fin de garantizar la previsibilidad y uniformidad del significado de las disposiciones de los tratados.¹⁷¹ Pero el solo hecho de que los Estados Unidos hayan expresado su *voluntad de considerar* someterse a la competencia de apelación en el contexto de un TBI, una vez más pone de manifiesto que la cláusula referida al arbitraje entre Estados que figura en los TBI existentes de los Estados Unidos no tiene la intención de fungir de mecanismo de apelación y nunca la tuvo.

Si bien Ecuador afirma que su intención no es solicitar a este Tribunal que procure obtener una revisión del laudo subyacente en el caso *Chevron*,¹⁷² el comunicado de prensa del 4 de julio de 2011 dio a entender que su meta en este arbitraje era revertir el laudo. Ecuador afirmó:

[Este arbitraje] es consecuente con el proceso de nulidad del Laudo de Jurisdicción y del Laudo Parcial emitido por el Tribunal Arbitral del caso

¹⁷⁰ Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC, art. 17.6 [R-17].

¹⁷¹ Véase, por ejemplo, el TBI modelo de los Estados Unidos 2012, art. 28.10 (“Si en el futuro llegara a elaborarse un mecanismo de apelación que revise los laudos dictados por los tribunales de arreglo de diferencias inversionistas-Estados en virtud de otras medidas institucionales, las Partes considerarán si los laudos dictados con arreglo al artículo 34 deberán someterse a dicho mecanismo de apelación. Las Partes procurarán garantizar que cualquier mecanismo de apelación que contemplen adoptar disponga transparencia en las actuaciones, de manera similar a las disposiciones en materia de transparencia establecidas en el artículo 29”) [R-22]. El Tratado de Libre Comercio con la República Dominicana y Centroamérica contiene una disposición similar en el artículo 10.20.2.

¹⁷² Véase la transcripción de la reunión preparatoria del 21 de marzo de 2012, p. 15 (declaración del abogado de Ecuador).

Chevron II que inició el Ecuador el 7 de junio de 2010 en la Corte Distrital de La Haya, y que persigue dejar sin efecto la decisión infundada de ese Tribunal, por ser contraria a los principios legales, tanto del sistema ecuatoriano como del derecho internacional, y así evitar que se genere un precedente nefasto en esta materia para el Ecuador.¹⁷³

La solicitud de interpretación presentada por Ecuador fue motivada por el laudo en el caso *Chevron* y, como tal, es similar a una solicitud de apelación.¹⁷⁴ Procurar obtener la anulación del laudo en el caso *Chevron* daría por sentado que el Tribunal tiene la facultad de revertir el laudo de un arbitraje inversionista-Estado.

Las cortes nacionales han impedido que las partes recurran a arbitrajes paralelos para apelar, mediante un ataque indirecto, los asuntos sobre los que ya se haya pronunciado otro tribunal de arbitraje. El caso *X S.A. c. Y Ltd.* es aleccionador.¹⁷⁵ En ese caso, un tribunal de arbitraje de la Corte Penal Internacional (ICC) dictó un laudo parcial a favor de la compañía Y, y se reservó la cuestión de daños y perjuicios para una fase posterior del arbitraje. En el ínterin, la parte perdedora, la compañía X, inició un segundo arbitraje ante la ICC con arreglo al mismo contrato, en el cual solicitaba una “declaración” de la validez del acuerdo subyacente entre las partes. Al mismo tiempo, la compañía X intentó que se dejara de lado el laudo parcial en los tribunales suizos y solicitó al tribunal de arbitraje inicial que suspendiera el proceso. El Tribunal Federal de Suiza rechazó la tentativa impermissible por parte de la compañía X de dejar sin efecto el fallo de responsabilidad civil al que se llegó en el laudo parcial del tribunal inicial. Asimismo, el tribunal inicial rechazó la petición de que se suspendiera el proceso y le permitió al segundo

¹⁷³ Véase el comunicado de prensa del Ecuador con fecha 4 de julio de 2011 [R-112]. Véase además la presentación en PowerPoint del Fiscal General del Ecuador [R-113].

¹⁷⁴ Véase el dictamen de Reisman ¶¶ 47-49 (compara las semejanzas entre la interpretación que procura obtener el Ecuador de este tribunal y las decisiones pertinentes emitidas por tribunales en casos inversionista-Estado en la diferencia conexa entre el Ecuador y Chevron).

¹⁷⁵ *X S.A. c. Y Ltd.*, Caso 4A_210/2008/ech, 29 de octubre de 2008 (Tribunal Federal de Suiza, 1^{ra} División de Derecho Civil), 27 ASA BULL., N° 2, p. 309, 323 [R-12].

tribunal pronunciarse sobre la validez jurídica del contrato subyacente, rechazando una vez más la estratagema de la compañía X.

El tribunal arbitral en el caso *Lucchetti c. Perú* llegó a una conclusión similar.¹⁷⁶ Después de que Lucchetti presentara una reclamación en materia de inversiones contra Perú con arreglo al TBI entre Chile y Perú, Perú comenzó el proceso de arbitraje contra Chile en virtud de la disposición de arbitraje entre Estados contenida en el TBI. Luego, Perú solicitó al tribunal inversionista-Estado que suspendiera el proceso “en virtud del hecho de que la solicitud de arbitraje de las Demandantes [estaba] [...] siendo objeto de una controversia concurrente entre Estados, entre la República del Perú y la República de Chile”.¹⁷⁷ El tribunal inversionista-Estado, conformado por Bernardo Cremades, Jan Paulsson y Thomas Buergenthal (presidente), se negó a suspender el proceso, indudablemente consciente de la necesidad de evitar que el arbitraje entre Estados se empleara por adelantado para un ataque indirecto.¹⁷⁸

El profesor Francisco Orrego Vicuña ha condenado el uso del arbitraje entre Estados como medio de eludir las obligaciones contraídas con los inversionistas:

Recurrir al arbitraje entre Estados con arreglo al CIADI, por ejemplo, para eludir las obligaciones que el Estado ha asumido con respecto a un inversionista con arreglo al mismo Convenio y a los tratados bilaterales sobre inversiones, supone un abuso del derecho suficiente como para que el tribunal que conoce de los casos

¹⁷⁶ *Empresas Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A. c. La República del Perú*, CIADI, causa N° ARB/03/04, Laudo, 7 de febrero de 2005 [R-50].

¹⁷⁷ *Íd.* ¶ 7 [R-50].

¹⁷⁸ *Íd.* ¶ 9 [R-50]. Véase además el dictamen de Reisman ¶¶ 33-34; *Československá Obchodní Banka, A.S. c. la República Eslovaca*, CIADI, causa N° ARB/97/4, Orden procesal N°4 (11 de enero de 1999), en p. 2 (se recomienda suspender los procesos de quiebra en la corte nacional porque no podrían llevar a la determinación de cuestiones legales todavía en consideración en los procesos pendientes ante el CIADI) [R-73]; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. la República Islámica de Paquistán*, CIADI, causa N° ARB/01/13, Orden procesal N°2, (16 de octubre de 2002) (se recomienda “que el arbitraje con sede en Islamabad pendiente entre el Gobierno de Paquistán y SGS se suspenda hasta que este Tribunal haya dictado un laudo en que se declare incompetente en la diferencia actual, si es que llega tal momento, y que el laudo ya no se pueda interpretar, modificar o anular en virtud del Convenio del CIADI.”) [R-74].

entre Estados se declare incompetente o para que el primer tribunal al que se acudió rechace toda solicitud de suspensión del proceso.¹⁷⁹

Ampliar la competencia de arreglo de diferencias dispuesta en el Tratado e incluir o bien la apelación o bien un ataque indirecto entraña claros peligros.¹⁸⁰ Al llamar la atención del Tribunal a la estrecha simetría entre la solicitud planteada por el Ecuador en este caso y el fallo en el caso *Chevron*, el profesor Reisman resalta la tentativa de Ecuador de emplear “la vía entre Estados para inventar un procedimiento mediante el cual se pueda realizar una revisión en la instancia de apelación [del fallo en el caso *Chevron*] o una renegociación convincente” del artículo II (7) que “se contrapone al régimen de competencia de dos vías estipulado en el TBI”.¹⁸¹ Así, el profesor Reisman rechaza la tentativa del Ecuador de proceder de manera contraria a la estipulada en el TBI.¹⁸²

3. El artículo VII no crea competencia de remisión

Nada de lo dispuesto en el artículo VII crea competencia de remisión (someter las cuestiones legales preliminares a consideración de un tercero) para el Tribunal. Cuando los Estados establecen competencia de remisión, lo hacen expresamente empleando alguno de los dos procedimientos existentes. Primero, los Estados pueden establecer procedimientos de “casos acordados” en los cuales una corte o un tribunal nacional, *por iniciativa propia*, puede remitir

¹⁷⁹ Francisco Orrego Vicuña, *Lis Pendens Arbitralis*, PARALLEL STATE AND ARBITRAL PROCEDURES IN INTERNATIONAL ARBITRATION: DOSSIERS—ICC INSTITUTE OF WORLD BUSINESS LAW, p. pp. 207, 214 Bernardo Cremades ed., 2005 [R-92].

¹⁸⁰ Véase, por ejemplo, la causa N° A/20, Dec 45-A20-FT, 10 de julio de 1986, ¶ 8, 11 IRAN-U.S. CL. TRIB. REP. 271, 274 (se declara incompetente para “interpretar” los Acuerdos de Argel cuando la solicitud haya sido un mero pretexto para eludir un fallo definitivo y obligatorio). Véase además *id.*, opinión concurrente del juez Brower (“Resulta obvio que esto no fue más que una solicitud de que el pleno del tribunal revocara las órdenes de la Cámara Uno presentadas el 26 de diciembre de 1982 en *Flexi-Van Leasing Inc.* y *La República Islámica del Irán* [...] Ni la Declaración de resolución de reclamaciones ni el Reglamento del tribunal permiten tal “apelación”). [R-75].

¹⁸¹ Dictamen de Reisman ¶ 51.

¹⁸² Véase *id.*

una cuestión jurídica a una corte o a un tribunal internacional para que dicte una decisión obligatoria. En virtud del artículo 9F del Tratado de Lisboa, por ejemplo, al Tribunal de Justicia Europeo se le confiere expresamente competencia para “emitir fallos preliminares a solicitud de las cortes o los tribunales de los Estados Miembro sobre la interpretación del derecho de la Unión [Europea] o la validez de las medidas adoptadas por las instituciones”,¹⁸³

Segundo, los Estados pueden establecer procedimientos de “evocación”, mediante los cuales una *parte contendiente* puede solicitar que se retire una cuestión legal de una corte o de un tribunal y se la remita a otro para que se pronuncie al respecto. Un ejemplo es el Tratado de Alta Silesia de 1922, que procuraba proteger los derechos de los residentes tras la división de Alemania y Polonia.¹⁸⁴ El tratado permitía que las personas que se encontraban en un proceso judicial nacional solicitaran que las cuestiones relativas a sus derechos con arreglo al tratado se remitieran a un tribunal de arbitraje.¹⁸⁵ Luego, el tribunal emitía “interpretaciones auténticas” del tratado, que eran obligatorias para las cortes nacionales.¹⁸⁶

Por lo tanto, resulta claro que las partes del tratado conocen la manera de establecer un mecanismo mediante el cual una parte contendiente puede procurar que se remitan las cuestiones legales a un tribunal de arbitraje internacional para obtener una interpretación autoritativa. Esto

¹⁸³ Tratado de Lisboa, art. 9F, en el Diario Oficial de la Unión Europea, vol. 50, 17 de diciembre de 2007 [R-28]. Véase además el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, art. 150 (“Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma [...] Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.”) [R-29].

¹⁸⁴ Tratado Relativo a la Alta Silesia concluido en Ginebra el 13 de mayo de 1922, celebrado entre Alemania y Polonia (citado en *Factory at Chorzow (Alemania c. Polonia)*, CPJI, 1928 (serie A) N°17 (Fallo del 13 de septiembre)) [R-76]. Véase además Georges S. Kaeckenbeeck, *Upper Silesia Under the League of Nations*, ANNALS OF THE AM. ACADEMY OF POL. & SOC. SCIENCE, enero de 1946, p. 129 [R-93].

¹⁸⁵ *Íd.*

¹⁸⁶ *Íd.*

deja igualmente claro que las Partes del TBI no lo hicieron. De hecho, si bien los comentaristas sopesaron la utilidad de este tipo de proceso de remisión en el arbitraje en materia de inversiones, lo consideran una *alternativa* a la práctica existente, lo cual confirma que los TBI como el del objeto del presente no autorizan tales remisiones.¹⁸⁷

* * *

Este Tribunal debería rechazar la invitación del Ecuador a atribuirse funciones de índole consultiva, de apelación o remisión con arreglo al artículo VII que pueden existir en el marco de distintos regímenes de tratados pero que no se encuentran contempladas en el TBI. Si las Partes desean aclarar el significado del Tratado, deben llegar a un acuerdo entre ellas, como mediante el proceso de consultas contenido en el artículo V. Este proceso es congruente con la práctica que siguen los Estados Unidos y otros Estados con arreglo a los TBI.¹⁸⁸

En síntesis, en virtud del artículo VII, el Tribunal carece de autoridad para pronunciarse sobre cuestiones legales abstractas ajenas a una “diferencia” concreta. Por lo tanto, el presente Tribunal debería rechazar la solicitud del Ecuador de adjudicarse una autoridad extraordinaria que no le concedieron las Partes y terminar legislando en materia judicial.

D. Declararse competente excedería la función judicial del Tribunal y cualquier laudo que dicte constituiría legislar en materia judicial

Dado que el mandato de este Tribunal se limita a la competencia contenciosa original, no le corresponde acceder a la solicitud del Ecuador de hacer una interpretación abstracta del

¹⁸⁷ Véase en general Gabrielle Kaufmann-Kohler, “La anulación de los laudos arbitrales del CIADI en arbitrajes de contratos y tratados: ¿Existen diferencias?” ANNULMENT OF ICSID AWARDS 189 (E. Gaillard y Y. Banifatemi eds., 2004) [R-94].

¹⁸⁸ Véase el dictamen de Reisman ¶¶ 42-46.

artículo II (7) sin exceder sus funciones judiciales atribuidas por el artículo VII. Tal como advierte el profesor Baptista:

Un intérprete del derecho es aquel que intenta explicar lo que redactaron otras personas. No le corresponde crear normas nuevas ni debería hacerlo. El intérprete no tiene derecho a decir ni más ni menos que lo que se dijo en el texto que está interpretando, que no refleja su voluntad sino la del autor de las normas.¹⁸⁹

Ecuador solicita a este Tribunal que sea “autor de nuevas normas” a fin de declararlo competente en virtud del artículo VII (no simplemente para que interprete el derecho existente) y, en definitiva, que emita “interpretaciones” del artículo II (7) que van más allá de lo que dice el texto y que, según la teoría de Ecuador, revestirían carácter obligatorio para los sucesivos tribunales que interpreten el alcance de dicha disposición. No obstante, nada de lo contenido en el texto del artículo VII indica que fue intención de las Partes conferir al Tribunal estas facultades ampliadas, que les quitarían el derecho de ser los amos del significado de los tratados que celebran.¹⁹⁰

Los peligros que entraña desempeñar la función legislativa solicitada por el Ecuador son claros. Tal como advirtió el magistrado Gros en *Ensayos nucleares*: “Existe cierta tendencia a someter conflictos de esencia política a un proceso judicial en un intento por abrir una pequeña puerta a la legislación judicial y, de persistir esta tendencia, en el plano internacional se volvería la institución de gobernar por medio de jueces[.]”¹⁹¹ Agregó que “esa noción es tan contraria a

¹⁸⁹ Baptista, *Interpretation and Application of WTO Rules*, en p. 130 [R-91].

¹⁹⁰ Tal como indicara la Comisión para la Conciliación Anglo-Italiana: “si la intención hubiese sido conferir a la Comisión para la Conciliación una competencia distinta a la que se suele atribuir a las Comisiones para la Conciliación, y que no es parte de su función normal, debería encontrarse plasmado explícitamente aquí [en el tratado de paz].” *Casos de doble nacionalidad*, XIV UN REPS. INT’L ARB. AWARDS en p. 35 [R-30].

¹⁹¹ Opinión disidente del magistrado Gros en el *caso relativo a los ensayos nucleares (Australia c. Francia)*, CIJ, 1974, 253, 297 [R-77].

las realidades de la comunidad internacional actual que menoscabaría los cimientos mismos de la competencia”.¹⁹²

De igual manera, el tribunal del caso *Aminoil* advirtió que los tribunales de arbitraje no deberían ponerse en el lugar de las partes y regular sus asuntos sin el consentimiento expreso de estas:

No cabe duda de que, en líneas generales, un tribunal de arbitraje no puede ocupar el lugar de las partes a fin de subsanar un segmento ausente en sus relaciones contractuales (ni modificar un contrato) a menos que goce de ese derecho por ley o por el consentimiento expreso de las partes. La ley no confiere este derecho a un tribunal [...] [L]os tribunales de arbitraje no pueden permitirse olvidar que tienen facultades limitadas. No cabe duda de que un tribunal de arbitraje, constituido sobre la base de una cláusula “compromisoria” en los acuerdos pertinentes entre las partes del caso, y al que acude una de las partes de manera unilateral únicamente, al modificar o completar un contrato no puede dictar la manera en que debe aplicarse [...] una disposición. Para ello, se necesita el consentimiento de ambas partes.¹⁹³

De manera impermissible, Ecuador solicita al Tribunal que funja de legislador internacional, no de árbitro, para suplir la norma del consentimiento soberano a la interpretación de tratados con su propia opinión del significado del artículo II (7). El TBI no confiere a este Tribunal, ni a ningún otro tribunal de arbitraje constituido con arreglo al Tratado, tal amplia facultad de legislación judicial. Crear una nueva norma de derecho internacional que permitiera que la solicitud de Ecuador siguiera su curso en virtud del artículo VII no solo menoscabaría la legitimidad del Tribunal como órgano judicial que se limita a resolver casos contenciosos sino que limitaría indebidamente la discreción soberana de los Estados Unidos de interpretar tratados.

¹⁹² *Íd.*

¹⁹³ *En el asunto de un arbitraje entre Kuwait y la American Independent Oil Company (AMINOIL)*, Laudo, 24 de marzo de 1982, 21 I.L.M. 976, 1015-16 [R-53].

La decisión de la Comisión para la Conciliación Anglo-Italiana en *Casos de doble nacionalidad* ilustra los peligros de la legislación judicial.¹⁹⁴ En ese caso, el Reino Unido invocó la disposición de arreglo de diferencias del tratado de paz subyacente (“diferencias relativas a la aplicación o interpretación” de determinadas disposiciones del tratado¹⁹⁵) para plantear la pregunta de si los nacionales estadounidenses podían elevar reclamaciones ante la Comisión si antes habían tenido nacionalidad italiana. Si bien el tema había surgido en el contexto de reclamaciones anteriores ante la Comisión, el Reino Unido esta vez presentó este asunto como una cuestión legal abstracta fuera del contexto de ningún caso en particular.

Italia se opuso a la solicitud del Reino Unido aduciendo que “[l]a interpretación abstracta de una disposición [del tratado] excedía la función de competencia [de la Comisión]”.¹⁹⁶ Italia adujo que dicha competencia “no puede ejercerse salvo con respecto a casos concretos y únicamente en cuanto a la determinación de tales casos”.¹⁹⁷ La Comisión concordó con Italia en que su competencia no abarcaba “diferencias emanadas de la interpretación general” del tratado de paz.¹⁹⁸

Tal razonamiento es aleccionador para este caso. Para llegar a su decisión, la Comisión denegó tener autoridad como legislador internacional para suplir la función de las Partes. La Comisión reconoció que “una interpretación auténtica” del tratado de paz “exigiría, por

¹⁹⁴ *Casos de doble nacionalidad*, XIV UN Reports of International Arbitration Awards 27 (2006) [R-30].

¹⁹⁵ El artículo 83 del Tratado de Paz de 1947 entre las Potencias Aliadas Asociadas e Italia autorizaba a la Comisión a resolver diferencias relativas a “la aplicación o interpretación” de los artículos 75, 78, y los Anexos XIV, XV, XVI, y XVII, parte B, que establece las normas de reparación aplicables [R-16].

¹⁹⁶ *Casos de doble nacionalidad*, XIV UN Reports of International Arbitration Awards 27 en p. 29 (2006) [R-30].

¹⁹⁷ *Íd.* [R-30].

¹⁹⁸ *Íd.* [R-30].

definición, la anuencia de todas las partes contratantes”.¹⁹⁹ El Reino Unido e Italia no llegaron a tal acuerdo y no se conocieron los puntos de vista de los otros signatarios del tratado. Por consiguiente, la Comisión se rehusó a emitir la interpretación solicitada:

Una interpretación según la cual la Comisión también tendría la facultad de interpretar el Tratado de Paz de manera general y abstracta, con un efecto de obligatoriedad para todas las causas futuras haría correr el riesgo, por ser abusiva, de dar lugar a una sentencia manchada por el exceso de poder (daría lugar a normas de derecho, que no es una función jurisdiccional sino legislativa), una postura muy grave en nuestro caso[.]²⁰⁰

Por lo tanto, la Comisión determinó que en una disposición de arreglo de diferencias entre Estados prácticamente idéntica a la del artículo VII, interpretar el tratado de paz en abstracto excedería sus funciones judiciales: “el árbitro no puede suplir al legislador”.²⁰¹

En este caso, Ecuador efectivamente solicita a este Tribunal lo mismo que el Reino Unido solicitó a la Comisión para la Conciliación Anglo-Italiana. Le pide que interprete el artículo II (7) de manera general y abstracta, fuera del contexto de un caso concreto, de una manera que priva a las Partes del derecho de interpretar el Tratado que redactaron. Por ende, se debe desestimar la exorbitante reclamación presentada por el Ecuador.

E. Declararse competente sería contrario al objeto y fin del Tratado y tendría consecuencias generalizadas y desestabilizadoras para el sistema de arbitraje internacional

El presente arbitraje es novedoso y a la vez reviste una importancia excepcional para el derecho y el arbitraje internacionales. Tal como se indica a continuación, conceder la solicitud del Ecuador pondría en peligro el sistema de tratados en materia de inversiones, en particular, las

¹⁹⁹ *Íd.* [R-30].

²⁰⁰ *Íd.* [R-30].

²⁰¹ *Íd.* en 35 (cita las fuentes de doctrina legal) [R-30].

disposiciones relativas al arreglo de diferencias inversionista-Estado. Asimismo, fallar a favor del Ecuador haría correr el riesgo de “judicializar” la diplomacia, lo cual desalienta el libre intercambio de puntos de vista tan esencial para las relaciones exteriores. Y dado que la cláusula compromisoria contenida en el Tratado se encuentra en una infinidad de otros tratados, incluidos los cientos, sino miles, de tratados de inversión bilaterales, conceder la solicitud del Ecuador abriría la puerta a arbitrajes entre Estados de asuntos que las partes nunca contemplaron litigar.

1. Interpretar que el artículo VII abarca decisiones sobre cuestiones legales que deben decidir los tribunales en materia de inversión conforme al artículo VI provocaría un conflicto con el objeto y fin del TBI de establecer un proceso estable, previsible y neutral para arreglar las diferencias inversionista-Estado

Conceder la solicitud de Ecuador en este caso pondría en peligro el sistema de arreglo de diferencias inversionista-Estado ya que menoscabaría la estabilidad, la previsibilidad y la neutralidad, principios clave incorporados en el artículo VI. En virtud de dicha disposición, los inversionistas de una Parte pueden iniciar un proceso arbitral contra la otra Parte con respecto a las inversiones abarcadas y obtener un laudo definitivo y obligatorio.²⁰² Cada Parte “se compromete a aplicar sin demora las disposiciones de dicho laudo y a garantizar su ejecución en su territorio”, sujeto a un proceso judicial de nulidad o de revocación permisible.²⁰³ Sin embargo, el TBI no estipula ninguna revisión ni apelación ulterior de los laudos definitivos²⁰⁴, ni siquiera oponerse al laudo en el caso *Chevron*. Si se aceptara la solicitud de Ecuador de obtener una

²⁰² Véase el artículo VI (se define una “diferencia en materia de inversión” como “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”).

²⁰³ Artículo VI (6).

²⁰⁴ Véase el dictamen de Reisman ¶¶ 30-31. Sin embargo, tal como se indicó anteriormente, una Parte podría dar inicio a un arbitraje entre Estados si la otra Parte se rehúsa a dar cumplimiento a su obligación de “ejecutar sin demora las disposiciones” de un laudo inversionista-Estado o si dejara de garantizar su cumplimiento en virtud del artículo VII.

“interpretación autoritativa”, se menoscabaría el sistema de arbitraje inversionista-Estado contemplado en el Tratado al menos de tres maneras.

Primero, una “interpretación autoritativa” emitida por un tribunal entre Estados podría utilizarse para atacar de manera indirecta un laudo dictado por un tribunal inversionista-Estado, como el laudo de *Chevron*. Si bien la primera vez que Ecuador amenazó con recurrir a un arbitraje fue apenas semanas antes de iniciar un proceso arbitral en las cortes holandesas para revocar el laudo de *Chevron*, ahora Ecuador alega que “[e]ste arbitraje no tiene por objeto efecto alguno en el laudo de *Chevron*”.²⁰⁵ A pesar de haber afirmado que no procurará emplear el laudo de este arbitraje en las cortes holandesas, Ecuador podría procurar emplear dicho laudo para intentar impedir que se ejecute el laudo de *Chevron* en las cortes de Ecuador o de otros países. Además, es probable que otros Estados sigan los pasos de Ecuador y procuren obtener, mediante un arbitraje entre Estados, “interpretaciones autoritativas” de las disposiciones del TBI para emplearlas en procesos judiciales de nulidad, dejar de lado o cumplimiento.

Segundo, si se concede la solicitud de Ecuador, se menoscabaría el motivo principal por el que tienen lugar los arbitrajes inversionista-Estado, que es *despolitizar* las diferencias en materia de inversiones y permitir que se realice un arbitraje neutro y obligatorio entre en Estado y el inversionista²⁰⁶. Tal como observó el profesor Vinuesa:

²⁰⁵ Transcripción de la reunión preparatoria del 21 de marzo de 2012, p. 15 (declaración del abogado de Ecuador). Sin embargo, Ecuador no ha asumido el mismo compromiso en cuanto al cumplimiento del laudo una vez concluido el proceso de revocación.

²⁰⁶ Véase, por ejemplo, VANDELDELDE, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS en p. 30 (“Por ende, el mecanismo de diferencias inversionistas-Estados tiene dos metas políticas: despegar al Gobierno de los Estados Unidos de inmiscuirse en diferencias en materia de inversiones con el sector privado que podrían interrumpir la política exterior y a la vez reafirmar el apoyo de los Estados Unidos a la protección de las inversiones extranjeras.”[R-11]. Véase además la declaración del Sr. Daniel Tarullo, Testimonio ante la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado de los Estados Unidos, tratados bilaterales de inversiones con Argentina, Armenia, Bulgaria, Ecuador, Kazakstán, Moldavia y Rumania (10 de septiembre de 1993) (se citan las ventajas de permitir que los

Preservar el sistema [de arbitraje en materia de inversiones] es insistir en la credibilidad y la certeza jurídica como valores tutelables a fin de atraer inversiones extranjeras. En ese sentido, la interferencia no política de los mecanismos de arreglo de diferencias es fundamental.²⁰⁷

En todo arbitraje inversionista-Estados concreto o inminente, el Estado demandado podría exigir que el Estado del inversionista estuviera de acuerdo con la interpretación que tiene del Tratado el Estado demandado. Si el Estado del inversionista se rehusara a expresar su punto de vista, podría encontrarse en un proceso arbitral como este. Tal como lo indicara el profesor Reisman en su dictamen, de aceptarse la solicitud del Ecuador, se “podría arrastrar al Gobierno de los Estados Unidos a toda diferencia en materia de inversiones en que el inversionista estadounidense haya obtenido un laudo favorable o desfavorable”.²⁰⁸

Tal como señala el profesor Reisman, la solicitud del Ecuador “crearía un modelo para que otros Estados Parte de los TBI con los Estados Unidos y otros Estados entre sí con respecto a sus propios TBI soliciten una “interpretación” en casos en los que ellos o sus inversionistas hayan *perdido* un caso frente al Estado receptor o frente a su inversionista nacional”.²⁰⁹ De la misma manera, “colocaría al Gobierno de los Estados Unidos y a otros Gobiernos bajo presión de las demandantes nacionales que hayan perdido el arbitraje en materia del TBI de iniciar arbitrajes entre Estados a fin de revertir el efecto de los laudos adversos y sus principios subyacentes”.²¹⁰ En síntesis, la “innovación” del Ecuador “sería erosionar la eficacia del arbitraje inversionista-Estado contemplada en los TBI” y “consumir, nuevamente, los recursos

inversionistas presenten diferencias en materia de inversiones directamente a tribunales de arbitraje internacionales) [R-114].

²⁰⁷ Raúl Emilio Vinuesa, *Bilateral Investment Treaties and the Settlement of Investment Disputes Under ICSID: The Latin American Experience*, 8 L. & BUS. REV. AM. 501, 534 (2002) [R-95].

²⁰⁸ Dictamen de Reisman ¶ 54.

²⁰⁹ *Íd.*

²¹⁰ *Íd.*

administrativos y políticos, tanto nacionales como internacionales, que precisamente quisieron economizar los Gobiernos que optaron por usar los TBI al privatizar los arbitrajes internacionales en materia de inversiones”.²¹¹

Tercero, si se concede la solicitud de Ecuador, se correría el riesgo de crear un mecanismo de remisión nuevo y sin precedentes en los arbitrajes de inversión del tipo, tal como se explicó, que no permite el artículo VII. Una demandada podría procurar obtener la interpretación de una disposición de un tratado para emplearla en un arbitraje inversionista-Estado en curso iniciando el arbitraje en paralelo (y por la vía rápida) entre Estados.²¹² Básicamente, este proceso crearía un mecanismo de remisión preliminar como el que se establece para el Tribunal de Justicia Europeo, a pesar de la total falta de pruebas que indiquen que las Partes del Tratado tuvieron la intención de crear tal mecanismo.²¹³

2. Declararse competente desalentaría el diálogo bilateral entre las Partes y en la práctica, anularía la disposición del Tratado referida a consultas

Aceptar la postura adoptada por el Ecuador en el artículo VII implicaría que una Parte podría llevar a la otra a un proceso arbitral en cualquier momento en que las Partes no estuvieran de acuerdo o cuando una de las Partes no respondiera a alguna afirmación referida al significado o al funcionamiento del Tratado. En la práctica, la amplia interpretación que confiere el Ecuador al artículo VII judicializaría efectivamente aspectos considerables de su relación bilateral que las

²¹¹ *Íd.*

²¹² *Íd.* ¶ 55 (“Si se accede a la petición de Ecuador en este caso, no hay nada que le impida (ni a él ni a ningún otro Estado en situación similar) presentar una petición semejante en cualquier momento de un arbitraje inversionista-Estado, lo cual paralizaría los procesos de arbitraje”).

²¹³ Véase Pierre-Marie Dupuy, *Competition Among International Tribunals and the Authority of the International Court of Justice*, en FROM BILATERALISM TO COMMUNITY INTEREST: ESSAYS IN HONOUR OF JUDGE BRUNO SIMMA, 862, 874-875 (U. Fastenrath y colaboradores eds. 2011) (“En cuanto a la CIJ, sus miembros serían muy ilusos si creyeran que lograrán imponer la idea de un procedimiento reservado para cuestiones preliminares mediante el cual otros tribunales de arbitraje puedan exigir que se les oriente en la interpretación de las normas del derecho internacional.”) [R-96].

Partes nunca acordaron someter a un proceso judicial. El efecto podría desencadenar la caída de muchos canales de comunicación y acuerdos entre las Partes potencialmente útiles.

La relación económica bilateral entre los Estados Unidos y el Ecuador abarca una amplia gama de interacciones entre funcionarios de los gobiernos de los Estados Unidos y del Ecuador en todos los niveles y en varios ambientes con distintos niveles de formalidad. Estas interacciones tienen lugar, por ejemplo, en Washington, entre los distintos organismos gubernamentales de los Estados Unidos y la embajada del Ecuador; en Quito, entre la embajada de los Estados Unidos y los ministerios del Ecuador; y en todo el mundo, en conferencias regionales y multilaterales. Además, hay representantes de ambos gobiernos que participan en las reuniones con el Consejo de Comercio e Inversiones de Estados Unidos y Ecuador y en el diálogo bilateral entre ambos países para abordar una amplia gama de asuntos comerciales y en materia de inversiones, incluidos temas importantes relativos al TBI entre los Estados Unidos y el Ecuador.²¹⁴ Todas estas oportunidades de interactuar pueden promover un intercambio positivo de puntos de vista entre los gobiernos.

Un fallo que dictamine que este Tribunal puede pronunciarse sobre las gestiones diplomáticas del Ecuador cambiaría marcadamente esta dinámica. A partir de ese momento, los funcionarios de ambas Partes siempre abordarían toda solicitud de debatir el Tratado con suma cautela, ya sea en el seno del Consejo de Comercio e Inversiones o en cualquier otro foro. De hecho, toda expresión de desacuerdo, silencio o incluso la sola ausencia de una respuesta inmediata a una afirmación hecha por la otra Parte en referencia al Tratado podría llevar a las

²¹⁴ Véase el comunicado de prensa emitido por la Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos, *The United States and Ecuador hold Trade and Investment Council Meeting*, disponible en <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/pressreleases/2009/november/-united-states-and-ecuador-hold-trade-and-investm> [R-115].

Partes a un arbitraje entre Estados. En estas condiciones sumamente contenciosas se perdería el interés en el diálogo franco sobre asuntos relativos al Tratado.

Este problema podría revestir una gravedad especial en el contexto de cualquier consulta relativa al artículo V del Tratado. En esta disposición, las Partes “convienen en consultarse con prontitud [...] para considerar cuestiones referentes a [la] interpretación o aplicación [del Tratado]”. Tal como se explicó, el uso del término “cuestión” tiene un alcance mucho más amplio para las consultas realizadas en virtud del artículo V que el arbitraje que estipula el artículo VII, referido únicamente a “diferencias”. Una “cuestión”, mas no así una “diferencia”, no se limita a situaciones en que las partes se encuentren en oposición positiva en cuando a un caso concreto relativo al cumplimiento de las obligaciones emanadas del Tratado.²¹⁵ Por lo tanto, el artículo V tiene por objeto fomentar el diálogo, no el arbitraje, sobre una amplia gama de temas referidos a la interpretación o a la aplicación del Tratado, incluidas las cuestiones abstractas relativas al significado del artículo II (7).

Pero, de adoptarse la interpretación amplia que Ecuador confiere al término “diferencia”, las consultas con arreglo al artículo V siempre procederían bajo amenaza de arbitraje. Comprometida a consultar de buena fe, es natural que una Parte desee abordar el tema de fondo de una cuestión de interpretación del tratado planteada por la otra Parte. Pero según el punto de vista del Ecuador, todo desacuerdo o ausencia de respuesta en las consultas daría lugar a una “diferencia”, según el significado que le confiere el artículo VII. Por lo tanto, cualquier “cuestión” objeto de consulta, independientemente de su carácter abstracto o general, podría

²¹⁵ Véase VANDEVELDE, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS en p. 735 (se observa que “[l]a obligación de consultar no está supeditada a que se haya alegado una infracción del tratado”) [R-80].

unilateralmente convertirse en una “diferencia” para los fines del arbitraje.²¹⁶ La estructura del artículo V, que permite las consultas sobre diferencias y cuestiones, es contraria a este punto de vista: constituyen dos categorías separadas. De adoptarse la interpretación del Ecuador, el objeto y fin de las consultas dispuestas por el artículo V se verían coartados. Las Partes ya no podrían debatir cuestiones de manera libre y abierta sin temor a que lo que se diga o deje de decir en las consultas pueda a la larga desencadenar un arbitraje.

Resulta aún más desconcertante que la postura de Ecuador permitiría que una Parte hiciera total caso omiso de las consultas dispuestas por el artículo V o demás canales para el diálogo y saltara de inmediato e inadecuadamente a los procedimientos que estipula el artículo VII, tal como ha hecho Ecuador en este caso. En su comunicación inicial con los Estados Unidos, Ecuador afirmó que “[s]i dicha nota de confirmación” de los Estados Unidos donde se acepte la interpretación del Ecuador del artículo II (7) “no es presentada, o, en su defecto, [...] los Estados Unidos de América no coincide[n] [...] se entenderá que existe una *diferencia no resuelta*[.]”²¹⁷ Por lo tanto, según Ecuador, una Parte puede decidir unilateralmente que “no se presentó” una respuesta a su solicitud de interpretación con suficiente antelación y proceder directamente al arbitraje estipulado en el artículo VII.

Sin embargo, el texto mismo de los artículos V y VII demuestra que existe un enfoque mucho más disciplinado para tratar asuntos como ese, donde se traza una clara diferencia entre las “diferencias” de buena fe, que pueden someterse a un proceso arbitral, y “cuestiones”, que no. En consecuencia, aceptar la postura adoptada por Ecuador en cuanto al artículo VII

²¹⁶ Según *Oppenheim*, este resultado sería inadecuado ya que “[s]i bien las consultas deben realizarse de buena fe, no confieren a ninguna de las partes el derecho a que las otras acepten sus puntos de vista o que dejen de actuar de la manera propuesta” OPPENHEIM’S INTERNATIONAL LAW § 573 [R-83].

²¹⁷ *Íd.* (énfasis añadido) [R-2].

menoscabaría el funcionamiento del Tratado, que mediante el artículo V promueve el diálogo diplomático sobre una amplia gama de cuestiones que surjan entre las Partes con relación al Tratado (mas no obliga con la amenaza de recurrir a un arbitraje). Al combinar las diferentes funciones que tienen los artículos V y VII en el marco del Tratado, el enfoque adoptado por Ecuador termina por judicializar gran parte de la relación económica y política de las Partes que no se encuentran en el fuero de arreglo de diferencias. Lisa y llanamente, esta nunca fue la intención de las Partes. Si el Tribunal se declarara competente, el diálogo económico entre las Partes rápidamente retrocedería y se limitaría a una serie de arbitrajes. Toda la relación diplomática se volvería cada vez más contenciosa, al punto en que las vías posiblemente fructíferas para el diálogo (como las consultas del artículo V, el Consejo de Comercio e Inversiones y el diálogo bilateral) serían cada vez más limitadas.

3. Declararse competente sentaría un precedente peligroso para la interpretación de otros tratados

Por todos los motivos expuestos, el presente arbitraje representa un caso excepcional de primera impresión que podría sentar un precedente peligroso para el derecho internacional. Cientos, sino miles, de TBI contienen disposiciones para el arreglo de diferencias entre Estados que son idénticas o muy parecidas al artículo VII del Tratado. Por lo tanto, declararse competente en este caso abriría la puerta de par en par a los arbitrajes entre Estados, no solo en virtud de los tratados de los Estados Unidos en materia de inversiones sino de una miríada de otros tratados semejantes. El efecto dominó que podría tener la decisión emitida por el Tribunal podría ser inmenso.

Todas las consecuencias negativas de las políticas que emanarían de declararse el Tribunal competente en este caso podrían tener la misma pertinencia en virtud de otros tratados

de inversión. Los socios de los tratados perderían su capacidad de definir el significado de los tratados que celebraron. El diálogo entre los socios del Tratado relativo al significado de los tratados tendría lugar bajo la constante amenaza de un arbitraje entre Estados y, por lo tanto, se perdería interés. Se pondría en tela de juicio el carácter irreversible de los laudos dictados en los casos inversionista-Estado con arreglo a un tratado de inversión. En consecuencia, los problemas que acarrearía adoptar la interpretación del Ecuador del artículo VII se complicarían exponencialmente.

Asimismo, la misma cláusula referida al arbitraje entre Estados (o una versión parecida) figura en muchos otros tratados bilaterales y multilaterales ajenos a la protección en materia de inversiones. Por ejemplo, la redacción operativa del artículo VII es típica de muchos acuerdos de la ONU, como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. También abunda en acuerdos aeronáuticos y ambientales. Hasta la fecha, ninguna corte ni tribunal ha adoptado la interpretación excesivamente amplia planteada por el Ecuador de “diferencias concernientes a la interpretación o la aplicación del Tratado”. Si así lo hiciera este Tribunal, las consecuencias no solo serían generalizadas y desestabilizadoras sino que sentarían las bases para reclamaciones de arbitrajes entre Estados que podrían echar por la borda la gran trayectoria del sistema de tratados internacionales. En síntesis, en el caso en cuestión, Ecuador invita a este Tribunal no solamente a ir más allá de las facultades que le corresponden sino, más importante aún, a desplazar el papel del diálogo diplomático bilateral y desestabilizar todo el sistema de arbitrajes entre Estados. Este Tribunal no debería imponer este resultado al sistema de arbitrajes ni a los Estados Unidos.

III. REPARACIÓN SOLICITADA

Por los motivos expuestos, y por los expresados en la Declaración de la Defensa, los Estados Unidos respetuosamente solicitan que este Tribunal dicte un laudo que: (1) desestime por completo la solicitud del Ecuador con valor de cosa juzgada, (2) ordene la reparación adicional que puedan solicitar los Estados Unidos y que este Tribunal considere adecuada y (3) ordene que Ecuador solvete las costas del presente arbitraje, incluidas las costas de representación y asesoría jurídica en que incurrieron los Estados Unidos, de conformidad con el artículo VII (4) del Tratado y el Artículo 40 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

* * *

Fecha: 25 de abril de 2012

Muy atentamente

Harold Hongju Koh

Asesor jurídico

Jeffrey D. Kovar

Asesor jurídico asistente

Lisa J. Grosh

Asesora jurídica asistente adjunta

Jeremy K. Sharpe

Jefe de arbitraje en materia de inversiones

Lee M. Caplan

Karin L. Kizer

Neha Sheth

Abogados asesores

Asesoría Jurídica

DEPARTAMENTO DE ESTADO DE LOS

ESTADOS UNIDOS

Washington, D.C. 20520