

Traducción

**EN EL ARBITRAJE DE CONFORMIDAD CON EL 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 (1976)**

ENTRE

LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Y

LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

**DICTAMEN EN MATERIA DE COMPETENCIA EN EL ARBITRAJE ENTRE
ESTADOS INICIADO POR EL ECUADOR CONTRA LOS ESTADOS UNIDOS**

W. Michael Reisman
127 Wall Street
New Haven, Connecticut
Estados Unidos

Fecha: **24 de abril de 2012**

I. Introducción.....	3
II. Resumen de las conclusiones.....	4
III. Los hechos pertinentes	5
IV. Principios de la interpretación de los tratados	9
V. Análisis del TBI	10
A. <i>Competencia</i>	13
1. Competencia <i>ratione personae</i> en el sistema de doble vía	13
2. Competencia <i>ratione personae</i> en el sistema de doble vía	14
3. El Convenio del CIADI	23
4. La supuesta analogía con el TLCAN	25
B. <i>Revisión colateral para evitar los principios de cosa juzgada y de madurez</i>	28
C. <i>La imposibilidad de una “interpretación autorizada”</i>	32
VI. Repercusiones de este caso.....	32
VII. Conclusiones	35

I. INTRODUCCIÓN

1. Soy el titular de la cátedra “Profesor Myres S. McDougal” de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de Yale, donde integro el cuerpo docente desde 1965. He publicado veintiún libros en mi campo, seis de los cuales se centran específicamente en el arbitraje internacional y los fallos; un séptimo libro, el cual compilé, gira en torno a la competencia en el derecho internacional. Asimismo, publiqué una serie de artículos sobre arbitrajes ante el CIADI. Además de la labor de docente y especialista, me desempeñé como jefe de redacción del *American Journal of International Law* y Vicepresidente de la Asociación Estadounidense de Derecho Internacional, y fui elegido miembro del Instituto de Derecho Internacional. Cumplí dos mandatos como presidente del Tribunal Arbitral del Banco de Pagos Internacionales y fungí de árbitro en numerosos arbitrajes comerciales y públicos internacionales, de abogado en otros arbitrajes así como en casos ante la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”) y de perito en diversas materias del derecho internacional. Con referencia en particular a las leyes sobre inversiones, me desempeñé como árbitro en dos arbitrajes en el marco del TLCAN y participé o estoy participando en seis arbitrajes ante el CIADI y en un arbitraje de inversiones no supervisado. En el anexo I al presente dictamen pericial adjunto un currículum vitae en el que detallo una lista completa de mis actividades y publicaciones.

2. El Gobierno de los Estados Unidos me pidió que estudiara la cuestión de la competencia planteada en la solicitud de arbitraje entre Estados de la República del Ecuador (“el Ecuador”) de conformidad con el artículo VII del Tratado Bilateral de Inversiones (“TBI”) entre el Ecuador y los Estados Unidos¹ y que formulara comentarios al respecto. En la preparación del presente dictamen, estudié la solicitud y los escritos del Ecuador, así como la correspondencia

¹ Tratado entre los Estados Unidos de América y la República del Ecuador sobre promoción y protección recíproca de inversiones, 27 de agosto de 1993, Tratado del Senado, doc. N.º 103-15 (1997).

intercambiada entre los Estados Unidos y el Ecuador en relación con la iniciativa de este último. Conozco en términos generales los antecedentes y los laudos del caso en el marco del tratado bilateral de inversiones entre Chevron Corporation (“Chevron”) y el Ecuador que son pertinentes para las cuestiones planteadas. Cabe mencionar que preparé un dictamen jurídico sobre la interpretación del párrafo 3 del artículo 2 de la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, en nombre de Chevron, en un caso conexo ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, que se adjunta en el anexo 2.

II. RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES

3. Por las razones expresadas a continuación, opino lo siguiente:
 - a) El TBI forma parte de una clase de tratados para beneficio de terceros en los que existe la inquietud especial de que la interpretación por uno de los Estados Partes o por ambos no menoscabe los derechos y las expectativas de los terceros beneficiarios.
 - b) El TBI dio origen a dos vías de competencia, a cada una de las cuales se le asignó competencia *ratione materiae* y *ratione personae*.
 - c) La interpretación de los derechos y las garantías sustantivos enunciados en el TBI se reserva para la vía jurisdiccional inversionista-Estados conforme al artículo VI una vez iniciado ese procedimiento.
 - d) La vía jurisdiccional entre Estados con arreglo al artículo VII no se puede usar como método iniciado unilateralmente para obligar a que se modifiquen las disposiciones que competen a la vía jurisdiccional inversionista-Estados.
 - e) En consecuencia, la competencia *ratione materiae* está ausente en el caso de autos.

4. Un laudo emanado de un procedimiento como el propuesto por el Ecuador o de la decisión de este tribunal no sería directamente vinculante para los tribunales que ejerzan su competencia con arreglo a la vía del artículo VI para las diferencias inversionista-Estado. Tampoco sería una enmienda del TBI. No podría inscribirse como tratado según el artículo 101 de la Carta de las Naciones Unidas y, por ende, no tomarían conocimiento del mismo terceros beneficiarios del TBI. En consecuencia, sería un procedimiento en el cual el Ecuador no podría utilizar el recurso de “interpretación autorizada” que desea.

5. De manera general, la solicitud del Ecuador, si se aceptase, podría lesionar profundamente el régimen de inversiones internacionales.

III. LOS HECHOS PERTINENTES

6. No soy testigo de hecho pero considero que es útil referirme a algunos de los antecedentes de este caso. A principios de los años noventa, TexPet entabló siete juicios en cortes ecuatorianas en contra del Gobierno del Ecuador por incumplimiento contractual. Para mediados de los años noventa, TexPet había presentado todas las pruebas, pero los tribunales ecuatorianos no dictaron sentencia. Más de una década después, en 2006, Chevron (que para entonces había adquirido a Texaco) y TexPet comenzaron un arbitraje en contra del Ecuador, con arreglo al TBI, afirmando que la falta de pronunciamiento de los tribunales del Ecuador constituía un incumplimiento del TBI. En un laudo provisional de 2008, el tribunal confirmó su competencia y, en un laudo parcial de 2010², el tribunal decidió, entre otras cosas, que el Ecuador había infringido el párrafo 7 del artículo II del TBI, en el cual se estipula que “[c]ada parte establecerá medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos

² *Chevron Corp. y Texaco Petroleum Co. contra la República del Ecuador*, PCA/CNUMDI, laudo parcial sobre el fondo (30 de marzo de 2010) (“laudo parcial de *Chevron*”), 30 de marzo de 2010, disponible en <http://italaw.com/documents/ChevronTexacoEcuadorPartialAward.PDF>.

relativos a las inversiones, los acuerdos de inversión y las autorizaciones de inversión”³. El tribunal del TBI sostuvo que el párrafo 7 del artículo II no hace referencia alguna a una regla del derecho internacional consuetudinario, pero, si bien decidió que estaba obligado a aplicar el párrafo 7 del artículo II del TBI, también encontró convergencias y divergencias entre la denegación de justicia del derecho internacional consuetudinario y la letra clara del párrafo 7 del artículo II con respecto a los hechos del caso sometido a su consideración. Por ende, si bien las obligaciones creadas por el párrafo 7 del artículo II “coinciden marcadamente con la prohibición de denegación de justicia”⁴, “el párrafo 7 del artículo II se [...] creó como una norma independiente del tratado para abordar una falta de claridad en el derecho internacional consuetudinario sobre la denegación de justicia” y su “naturaleza de *lex specialis* [...] [queda] confirmada por su origen y fin”⁵.

7. El Ecuador presentó una solicitud ante un tribunal holandés en la sede del arbitraje para anular el laudo y ese caso está pendiente. La acción del Ecuador en La Haya es el procedimiento jurídico internacional adecuado y exclusivo para impugnar un laudo resultante del procedimiento según el artículo VI.

8. El 8 de junio de 2010, el Ministro de Relaciones Exteriores del Ecuador, Ricardo Patiño Aroca, escribió a la Secretaria de Estado de los Estados Unidos, Hillary Clinton, sobre el tema de la “interpretación errónea del Artículo II(7) del Tratado”⁶ en el caso en el marco del TBI. Al cabo de un relato detallado de lo que consideraba como errores relativos a cuestiones de derecho en el laudo con arreglo al TBI con respecto a la interpretación del párrafo 7 del artículo

³ Tratado entre los Estados Unidos de América y la República del Ecuador sobre promoción y protección recíproca de inversiones, art. II, párr. 7, 27 de agosto de 1993, disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/43558.pdf>.

⁴ Laudo parcial de *Chevron*, párr. 242.

⁵ *Íd.*, párr. 243.

⁶ Carta del Ministro Patiño dirigida a la Secretaria Clinton, N.º 13528-GM/2010, “Interpretación errónea del artículo (II) 7 del Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones por parte de tribunal arbitral en caso *Chevron*” (8 de junio de 2010).

II, el Ministro Patiño advirtió que el TBI no contiene una disposición similar a la del artículo 1131 del TLCAN. Procedió a afirmar que “es un principio de derecho internacional que las partes de un tratado podrán acordar la interpretación de los términos de su tratado, siendo altamente autoritativas”, e hizo referencia al párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“CVDT”). Luego afirmó que el principio de buena fe enunciado en el artículo 26 de la CVDT “exige que las partes actúen para prevenir cualquier mala interpretación y aplicación indebida de su tratado que resulte en detrimento de uno de ellos”. El Ministro Patiño resumió luego el entendimiento del Ecuador del párrafo 7 del artículo II, respecto del cual solicitó a los Estados Unidos que se sirviera confirmar su acuerdo mediante una nota de respuesta. Concluyó:

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.

En el análisis a continuación retomaré algunas de las premisas jurídicas expresadas por el Ministro.

9. El 23 de agosto de 2010, el Secretario de Estado Auxiliar, Arturo Valenzuela, respondió al Ministro Patiño que los Estados Unidos “están revisando actualmente las opiniones expresadas en su carta y considerando las inquietudes que usted planteó”.

10. El 28 de junio de 2011, el Ministro Patiño escribió a la Secretaria de Estado de los Estados Unidos que, al no haber recibido “respuesta alguna por escrito” a su nota del 8 de junio de 2010 y “habiendo sido informado de que no podía esperarse una resolución acordada”, el Ecuador iniciaba un arbitraje con arreglo al párrafo 1 del artículo VII del TBI. Se adjuntaba la

notificación de arbitraje. En el análisis jurídico a continuación consideraré las partes de la misma que son pertinentes a este dictamen.

11. La intención del Ecuador de llevar adelante el arbitraje se expone en un comunicado de prensa con fecha del 4 de julio de 2011⁷. Dado que fue expresada por la Procuraduría General del Estado del Ecuador, asumo que es digna de fe. De conformidad con el comunicado, el Ecuador envió una nota diplomática el 8 de junio de 2010 dirigida a la Secretaria de Estado Clinton, en la que mencionaba lo siguiente:

El Tribunal Arbitral en el caso denominado Chevron II interpretó erróneamente el TBI. La nota decía, además, que si no se daba una confirmación o si en su defecto el Gobierno de los Estados Unidos no coincidía con el Ecuador en la interpretación de ese artículo, se entendería que existe una diferencia no resuelta relativa a la interpretación del Tratado. El Ecuador no recibió respuesta alguna a ese requerimiento.

En razón de que el conflicto suscitado no pudo ser resuelto mediante consultas y otros canales diplomáticos, la República del Ecuador ha decidido, acogiéndose a los términos que establece el propio TBI para solucionar este tipo de controversias, solicitar que sea un Tribunal Arbitral quien emita una decisión con base en el derecho internacional, bajo reglas UNCITRAL⁸.

12. El 12 de marzo de 2012, el Asesor Jurídico del Departamento de Estado escribió al Presidente del tribunal de la CNUDMI, explicando brevemente las objeciones de los Estados Unidos a la competencia y solicitando un desglose de los procesos. En la reunión del Tribunal celebrada el 21 de marzo de 2012, el abogado del Ecuador explicó su opinión sobre las respuestas de los Estados Unidos a su correspondencia diplomática:

Los Estados Unidos nunca formularon una opinión ni comentario sobre la interpretación del Ecuador ni su propia interpretación del párrafo 7 del artículo II.

Claramente esto no fue un descuido de los Estados Unidos sino que fue producto de una decisión deliberada de no suministrar su interpretación del párrafo 7 del

⁷ Ecuador solicita a Tribunal Arbitral la interpretación de TBI con Estados Unidos, Boletín de Prensa CS/030, 5 de julio de 2011. Traducción oficial al inglés en http://www.pge.gob.ec/es/reglamentos-internos/doc_download/219-boletin-tbi-english-version.html.

⁸ *Íd.*

artículo II al Ecuador. En realidad, el Ecuador recibió esta noticia nada más y nada menos que de mi amigo, el Secretario de Estado Auxiliar y Asesor Jurídico Harold Koh, a quien es un placer ver hoy aquí. El 7 de octubre de 2010, cuatro meses después de recibir la nota diplomática del Ecuador, el Secretario Auxiliar Koh le comunicó al embajador del Ecuador en Washington que “los Estados Unidos no se pronunciarán sobre este tema”. El Secretario Auxiliar Koh, de manera nada sorprendente, cumplió su palabra. Pasaron prácticamente nueve meses desde su mensaje al embajador del Ecuador hasta el momento en que el Ecuador presentó su notificación de arbitraje y, según le había informado al embajador del Ecuador, los Estados Unidos nunca se pronunciaron sobre este tema. No se brindó otra respuesta a la solicitud del Ecuador y nunca se le informó sobre su interpretación del párrafo 7 del artículo II. Saltaba a la vista que los Estados Unidos no iban a responder⁹.

IV. PRINCIPIOS DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

13. Dado que la interpretación del TBI es un asunto central en este caso, podría ser útil repetir brevemente algunos de los principios básicos de la interpretación de los tratados en la medida en que se relacionan con los asuntos en cuestión. La regla del derecho internacional para la interpretación de los acuerdos internacionales está codificada en dos artículos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“CVDT”). El artículo 31 lleva el título o el texto introductorio “regla general de interpretación”; el artículo 32 lleva el título o el texto introductorio “medios de interpretación complementarios”. De los textos introductorios respectivos y el carácter obligatorio de la palabra “regla” en el artículo 31, a diferencia del carácter instrumental de la palabra “medios” en el artículo 32, se desprende claramente que la intención era que el artículo 31 fuese el predominante y que el 32 fuese un artículo auxiliar o complementario.

14. El texto introductorio del artículo 31 utiliza “regla” en singular en lugar de la forma plural “reglas”, lo cual implica que su contenido es tanto obligatorio *como* integrado. La disposición establece que un tratado “deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido

⁹ Transcripción de la conferencia preliminar, 21 de marzo de 2012, págs. 10-11.

corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin [del tratado]”,¹⁰.

V. ANÁLISIS DEL TBI

15. El TBI entre el Ecuador y los Estados Unidos fue firmado en 1993 y entró en vigor en 1997. Además de las protecciones habituales que se encuentran en esta clase de tratados, el TBI le confiere a un nacional o empresa de un Estado Parte el derecho, ahora estándar, de iniciar un arbitraje vinculante contra el otro Estado parte, con respecto al cual “[c]ada Parte se compromete a aplicar sin demora las disposiciones de dicho laudo y a garantizar su ejecución en su territorio” (artículo VI, párrafo 6). Más allá de la posibilidad de este arbitraje inversionista- Estado, el TBI prevé también la posibilidad del arbitraje entre Estados.

16. El TBI contiene así dos vías bien diferenciadas de arbitraje. Una vía se establece en el artículo VI y la otra en el artículo VII.

17. En el artículo VI se dispone, en la parte pertinente:

1. A efectos del presente Artículo una diferencia en materia de inversión es una diferencia entre una Parte y un nacional o una sociedad de la otra parte, que se deba o sea pertinente a: a) un acuerdo de inversión concertado entre esa Parte y dicho nacional o sociedad; b) una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en materia de inversiones extranjeras de una Parte a dicho nacional o sociedad, o c) una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión.

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

¹⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331, párrafo 1 del artículo 31.

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

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

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

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

18. En el artículo VII se dispone, en la parte pertinente:

1. 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 de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), excepto en cuanto dichas normas hayan sido

modificadas por las Partes o por los árbitros.

2. En el plazo de dos meses a partir de la recepción de la solicitud, cada Parte nombrará a un árbitro. Los dos árbitros nombrarán como presidente a un tercer árbitro que sea nacional de un tercer Estado. Las Normas de la CNUDMI relativas al nombramiento de vocales para las juntas de tres miembros se aplicarán, *mutatis mutandis*, al nombramiento de la junta arbitral, salvo que la autoridad denominativa a la que hacen referencia esas reglas será el Secretario General del Centro.

3. Salvo acuerdo en contrario, todos los casos se presentarán y todas las audiencias concluirán en un plazo de seis meses a partir del nombramiento del tercer árbitro, y el Tribunal dictará su laudo en un plazo de dos meses a partir de la fecha de las últimas presentaciones o de la fecha de clausura de las audiencias, si esta última fuese posterior.

19. Varios puntos son evidentes en las disposiciones. En primer lugar, si bien el artículo VII habla de una “decisión vinculante” que claramente significa vinculante para las Partes (es decir, los Estados Partes), con respecto al procedimiento para dictar el laudo no dice si es vinculante para los tribunales subsiguientes que actúen con arreglo al artículo VI. En segundo lugar, el párrafo 4 del artículo XII, que se considerará a continuación, limita los componentes que se consideran “parte integral del Tratado” al “Protocolo y la Carta Anexa”. No se incluyen las posibles decisiones con arreglo al artículo VII. Esto indica que, si la intención de la solución de diferencias con arreglo al artículo VII hubiera sido suministrar una interpretación *pro futuro* autorizada de una disposición de fondo del TBI, los autores la habrían plasmado en el párrafo 4 del artículo XII, como se hace, por ejemplo, en el párrafo 2 del artículo 1131 del TLCAN. La determinación de las Partes para las cuales un laudo según el artículo VII puede ser vinculante, así como de sus efectos, puede servir como indicador de las diferencias que están comprendidas en la competencia *ratione materiae* de esa vía jurisdiccional.

A. Competencia

20. La competencia es importante, dado que el arbitraje internacional entre Estados se basa en el consentimiento de los Estados en cuestión. Las cortes y los tribunales internacionales son escrupulosos al examinar y conferir efecto al compromiso real de los Estados en cuestión. En su solicitud de arbitraje, el Ecuador da la impresión de que trata de restarle importancia a este asunto. Ha formulado su demanda para un examen extraordinario en apelación como un “proceso que es reconocido en la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1899 [y 1907] [...] como un medio para ‘el arreglo amistoso de las controversias internacionales’”¹¹. Estas frases de la sección preambular de la Convención de 1907 dan la impresión de que los límites de la competencia establecidos en los tratados que confieren jurisdicción a la Corte Permanente (por ejemplo, el TBI entre el Ecuador y los Estados Unidos) son meramente artificiales, pero no lo son. Si bien el Ecuador sugiere que se trata de “una diferencia amistosa” y reconoce que los Estados Unidos no están “contraviniendo ninguna de sus obligaciones internacionales”, no hay ninguna disposición que establezca una competencia ilimitada o indefinida en el sistema jurisdiccional de doble vía del derecho internacional de inversiones siempre que un Estado “procure solamente una interpretación de la disposición del tratado”, especialmente en el caso del derecho de las inversiones, donde los tribunales sostienen sistemáticamente que no existe “presunción de competencia” contra un Estado soberano¹².

1. Competencia *ratione personae* en el sistema de doble vía

21. La vía jurisdiccional establecida en el artículo VI dispone la legitimación procesal solamente de un inversionista (“un nacional o compañía de la otra Parte”) y del Estado Parte que

¹¹ Nota N.º 12329/GMRECI/CGJ/2011, en el párr. 2 (28 de junio de 2011).

¹² *Southern Pacific Properties contra Egipto*, Caso N.º ARB/84/3, Decisión sobre jurisdicción, párr. 63 (14 de abril de 1998).

reciba la inversión de ese inversionista. No confiere legitimación procesal al Estado del inversionista. En cambio, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“el TLCAN”) permite expresamente una legitimación limitada de las otras Partes del Tratado. En el artículo 1128 del TLCAN se dispone que “[p]revia notificación escrita a las partes contendientes, una Parte podrá presentar comunicaciones a un tribunal sobre una cuestión de interpretación de este Tratado”. El artículo VI del TBI no dispone un derecho análogo en cada caso.

22. La vía jurisdiccional establecida por el artículo VII confiere legitimación a las “Partes”, es decir los Estados Partes del TBI. Sin embargo, no confiere legitimación a los nacionales que recurren al TBI y realizan inversiones con arreglo al mismo como objetivos principales. Por tanto, en el TBI se encuentra una serie clara de límites *ratione personae* profundamente diferentes para cada una de las vías respectivas. En la sección siguiente analizaré las implicaciones *ratione materiae* de las limitaciones *ratione personae* del TBI a la luz de las circunstancias de este caso.

2. Competencia *ratione personae* en el sistema de doble vía

23. Junto con las diferencias *ratione personae* entre los artículos VI y VII, la característica jurisdiccional central del régimen jurisdiccional de doble vía del TBI es su asignación de una gama diferente de controversias exclusivamente a cada una de las vías. La fórmula central del artículo VII del TBI, en el sentido de que “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 [...] para que llegue a una decisión vinculante conforme a las normas pertinentes del derecho internacional” se encuentra, con diferentes formulaciones, como forma exclusiva de competencia

en un gran número de tratados¹³. Sin embargo, la gran mayoría de los tratados no incluyen las dos vías para tipos bien diferenciados de arbitraje. El mecanismo jurisdiccional de dos vías, que se encuentra en este TBI y, en términos más generales, en un gran número de tratados internacionales de inversión, es característico de esta clase de tratados. (El artículo 47 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, al que me referiré más adelante, es análogo.)

24. La distinción entre las vías jurisdiccionales respectivas tiene que ver con los objetos y los fines esenciales de esta clase de tratados. Los TBI, a fin de facilitar la inversión privada, reemplazaron la dependencia tradicional de la protección diplomática por el Estado de origen del inversionista con las disposiciones sobre solución de controversias inversionista-Estado, que permiten al inversionista entablar una demanda directamente. Del mismo modo, a fin de fomentar la inversión extranjera, los estados receptores expresaron su consentimiento con respecto al arbitraje directamente por los inversionistas, por lo general sin requerir el agotamiento de los recursos locales. La consecuencia de este acuerdo fue la despolitización del proceso de solución de controversias. Si no hubiera un TBI, las controversias relativas a inversiones extranjeras quedarían otra vez en manos de los Estados.

25. Por ende, parte del pacto en el que se basa el TBI es la “legalización” y la correspondiente “despolitización” de las normas para la solución de controversias inversionista-Estado. Con legalización quiero decir que el arbitraje inversionista-Estado se propone reemplazar al sistema tradicional de protección diplomática y que el proceso de interpretación y aplicación de las normas y los procedimientos de fondo se asigna a los tribunales, cuyos miembros son seleccionados por inversionistas y Estados. Ese proceso procura

¹³ Véase, por ejemplo, THE TREATY MAKER'S HANDBOOK 117-131 (Hans Blix y Jirina H. Emerson ed., 1973), donde se recogen ejemplos de cláusulas sobre “diferencias” por la “interpretación o aplicación” de, entre muchos otros, el Acta General Revisada para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales (1963) y el Convenio sobre Aviación Civil Internacional (1944).

ser autónomo, en el sentido de que está sujeto a sus propios mecanismos de control, ya sea a través de comités especiales que funcionan con arreglo al artículo 52 del Convenio del CIADI o mediante las cortes nacionales que actúan con arreglo al artículo V de la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras¹⁴. La legalización de las normas que se aplican a la solución de diferencias implica que los tribunales según el artículo VI deben insistir en su competencia exclusiva para interpretar y aplicar el derecho a las situaciones fácticas específicas de los casos en los que entiendan.

26. En los tratados celebrados para brindar beneficios a terceros y, en particular, para inducirlos a adaptar sus actos al amparo de la provisión efectiva de esos beneficios, la estabilidad de esas expectativas es crítica también para el cumplimiento de los objetos y fines de los tratados en cuestión. Los TBI comparten este objeto y fin con los tratados sobre derechos humanos¹⁵. Al respecto, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (“el CEDR”), que también incorpora una jurisdicción de doble vía, constituye una analogía instructiva. El artículo 47 del CEDR, que en cierto sentido es análogo al artículo VII del TBI, dispone lo siguiente:

1. El Tribunal podrá emitir opiniones consultivas, a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos.

2. Estas opiniones no podrán referirse ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades enunciados en el Título I del Convenio y de sus Protocolos, ni sobre las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer de resultados de la presentación de un recurso previsto por el Convenio.

27. El artículo 48 del CEDR dispone lo siguiente:

¹⁴ Véanse el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, abierto a la firma, art. 52, 18 de marzo de 1965, 575 U.N.T.S. 159, 17 U.S.T. 1270, y la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, artículos IV-V, 10 de junio de 1958, 21 U.S.T. 2517, 330 U.N.T.S. 3.

El Tribunal resolverá si la solicitud de opinión consultiva presentada por el Comité de Ministros es de su competencia, tal como la define el artículo 47.

28. A diferencia del TBI, el Convenio Europeo explicita la competencia para emitir “opiniones consultivas” y ofrece una guía en relación con la función de dichas opiniones en el sistema procesal emanado del tratado, pero la asignación de jurisdicción por el Convenio Europeo entre dos vías es útil para comprender el artículo VII del TBI, habida cuenta de la presencia de terceros beneficiarios en ambos sistemas. Los Estados Partes del Convenio Europeo de Derechos Humanos se ven impedidos de usar esta segunda vía de jurisdicción con el fin de iniciar un cambio en los derechos sustantivos conferidos a los terceros beneficiarios del tratado. Ello queda reservado para la Corte que actúa según su vía jurisdiccional primaria y esta vía primaria puede ser iniciada solo por una persona perjudicada como parte de un caso o una controversia¹⁶. Los derechos sustantivos enunciados en el Convenio se modifican mediante múltiples protocolos del Convenio.

29. En *pacta in favorem tertii*, donde los Estados Partes deciden *ex ante* reservarse la facultad de modificar los derechos que están creando para beneficio de terceros, notifican a todo el universo de posibles terceros beneficiarios de manera expresa que los Estados Partes conservan esta facultad y no lo han hecho como un asunto de arbitraje y fallo entre Estados. Por ejemplo, el capítulo 20 y el artículo 1131 del TLCAN hacen explícita la retención de dicha facultad y no recurren a las disposiciones del TLCAN para la solución de controversias entre Estados sino que autorizan un proceso para llegar a interpretaciones de común acuerdo. En otras

¹⁶ En la Convención Americana sobre Derechos Humanos se tiene el mismo cuidado para limitar la jurisdicción de las vías de “interpretación o aplicación” en los artículos 64 y 76. En la parte pertinente del párrafo 1 del artículo 64 se dispone que “los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”, pero el artículo 76 estipula el mecanismo único para modificar el tratado. Las propuestas para enmendar el tratado no se realizan por arbitraje, sino que se presentan a la Asamblea General. Dichas propuestas “entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados Parte en esta Convención”. Analizo a continuación el compromiso similar del TBI sobre los cambios “autorizados” del tratado de inversiones.

palabras, el artículo 1131 establece claramente que “[l]a interpretación que formule la Comisión sobre una disposición de este Tratado, será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección”. Tal como confirmó el tribunal en *Methanex*, “[e]l sentido del artículo 1131(2) es claro y no por ventura (y todo inversionista que contemple una inversión al amparo del TLCAN debe considerarse consciente de ello)”¹⁷. Si la vía inversionista-Estado no se considera exclusiva con respecto a las decisiones de los tribunales arbitrales, entonces un Estado que no esté conforme con el laudo podría tratar de menoscabar la exclusividad de la vía jurisdiccional inversionista-Estado *en cualquier etapa* mediante la invocación de la vía jurisdiccional entre los Estados. Al mismo tiempo, los inversionistas que estén insatisfechos con los laudos dictados en sus casos —y aproximadamente la mitad de los casos de inversión se deciden en contra de los inversionistas¹⁸— *ejercerán presión para que sus gobiernos inicien la vía jurisdiccional entre Estados, una vez más, en cualquier etapa*, para menoscabar la legitimidad de los laudos que consideren adversos. Ni siquiera en el modelo del TLCAN se permite abordar estos temas en la solución de controversias entre Estados. De este modo, la competencia *ratione materiae* de cada una de las dos vías es diferente; en particular, cuando ya se ha resuelto una controversia en un arbitraje inversionista-Estado con arreglo al artículo VI, la competencia según el artículo VI con respecto a esa controversia es exclusiva.

30. Nada de esto procura indicar que “las diferencias concernientes a la interpretación o aplicación” según el artículo VII del TBI forman un conjunto vacío. En esta estructura

¹⁷ *Methanex Corp. contra Estados Unidos de América*, laudo definitivo, parte IV, capítulo C, párr. 20 (cap. 11 del TLCAN, Trib. Arb., 3 de agosto de 2005).

¹⁸ Susan D. Franck, *Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration*, 86 N.C. L. Rev. 1, 49 (2007) (“De los cincuenta y dos laudos que resolvieron definitivamente reclamaciones con arreglo a tratados, en veinte laudos [38,5%] ganaron los inversionistas y los tribunales concedieron daños y perjuicios. Por el contrario, hubo treinta laudos [57,7%] en que los gobiernos no pagaron nada a los inversionistas”).

jurisdiccional de dos vías, la competencia *ratione materiae* prevista en el artículo VII para la vía arbitral entre Estados es para entender, por ejemplo, en diferencias que surgen de la falta de aplicación de un laudo definitivo por un Estado o cuando un Estado pretende denunciar el tratado.

31. Por el contrario, el artículo VI del TBI establece un derecho de los nacionales del otro Estado Parte a iniciar un arbitraje vinculante contra el Estado receptor; es una modalidad de solución de diferencias en la cual los laudos son definitivos, sujetos solamente a la revisión de las características extrínsecas del proceso arbitral (y no a la apelación de las conclusiones de derecho o de hecho del laudo). Esta forma limitada de revisión se aplica ya sea según el mecanismo del artículo 52 del Convenio del CIADI o el mecanismo del Reglamento de la CNUDMI y el artículo V de la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Cabe recordar que esta forma limitada de revisión tiene un doble efecto: en abstracto no “favorece al inversionista” ni “favorece al Estado” dado que un inversionista insatisfecho, exactamente igual que un Estado demandado insatisfecho, debe contentarse con procedimientos de anulación sumamente restringidos como único medio lícito para impugnar un laudo que considere “erróneo”.

32. La interpretación del artículo VII del TBI de cualquier manera que pueda cercenar el proceso inversionista-Estado para la interpretación y la aplicación de las obligaciones del Estado receptor sería contraria al artículo VI del TBI e interferiría en su aplicación, dado que frustraría los derechos del inversionista según las disposiciones de fondo del tratado y reemplazaría el derecho del inversionista a un arbitraje definitivo vinculante —y el deber correlativo del Estado receptor de implementar el laudo— con otro procedimiento entre Estados. Además, menoscabaría la validez de los laudos definitivos *tout court* mediante la

introducción de un procedimiento consultivo o de apelación en el que el inversionista no tendría legitimación, con lo cual se denegarían efectivamente al inversionista los derechos con arreglo al TBI.

33. La aporía interpretativa creada al permitir que la materia del inversionista y el Estado se incorpore ingeniosamente a la vía entre Estados es más que una conjetura teórica, tanto porque el Ecuador indicó su intención de usar este procedimiento para relitigar las decisiones de derecho estrechamente definidas en *Chevron contra Ecuador* como porque ya hemos visto esto en la jurisprudencia de las inversiones internacionales. Un estado demandado nervioso ya intentó hacer algo similar en el caso *Lucchetti contra Perú*¹⁹, pero no lo logró.

34. En el caso *Lucchetti*, el juez Thomas Burgenthal, el doctor Bernardo Cremades y el señor Jan Paulsson integraron un distinguido panel que entendió en una diferencia entre el inversionista, los propietarios chilenos de una fábrica de pastas en Lima, y el Estado, Perú. Poco tiempo después de que los inversionistas pidieron el arbitraje, Perú solicitó que el tribunal que entendía en la controversia inversionista-Estado suspendiera el procedimiento porque “la solicitud de arbitraje de las Demandantes [era] [...] el tema de una diferencia concurrente entre Estados que involucraba a la República del Perú y a la República de Chile”²⁰. La solicitud de suspensión efectuada por Perú y su intención estratégica de usar un procedimiento entre Estados para impugnar colateralmente las reclamaciones del inversionista ponen a prueba la hipótesis que el Ecuador asumió como verdad: que las reclamaciones de derecho y de hecho del inversionista demandante pueden cruzar la barrera entre las dos vías y ser “materia de [...] diferencia” entre Estados. Si la vía entre Estados pudiese ofrecer “interpretaciones autorizadas” en relación con las reclamaciones de hecho y de derecho precisas

¹⁹ *Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A. contra Perú*, Caso CIADI N.º ARB/03/04, laudo (7 de febrero de 2005).

²⁰ *Íd.* en ¶ 7.

de un inversionista, como las que el Ecuador procura obtener, entonces el tribunal en el caso *Lucchetti* podría haber suspendido el procedimiento del inversionista sobre el fondo. Después de permitir la presentación de informes y argumentos orales separados sobre la solicitud de suspensión de Perú, el tribunal en el caso *Lucchetti* abordó de manera rápida y precisa la impugnación de Perú: lacónicamente concluyó que “no se cumplieron las condiciones para la suspensión de las actuaciones y confirmó el cronograma para la presentación de escritos referentes a las objeciones a la jurisdicción”²¹.

35. La decisión en el caso *Lucchetti* sobre la solicitud de suspensión fue lo que debía ser: en el régimen de dos vías, las diferencias entre los Estados no deben infringir las diferencias inversionista-Estado. La combinación de las dos vías que el TBI se esforzó mucho por separar no haría justicia a esos mismos derechos procesales del inversionista que son objeto central del TBI. Permitir el arbitraje entre Estados en torno a las “cuestiones de interpretación” exactas que un inversionista acaba de plantear (o que está planteando, como en el caso *Lucchetti*) en su propia vía jurisdiccional vicia el sistema procesal del TBI debido a la posibilidad abierta de que el Estado demandado inicie una audiencia *ex parte* entre los Estados Partes que excluya al inversionista demandante. Con frecuencia, uno de los Estados Partes en este procedimiento *ex parte* no estará exento de interés en interferir en la vía inversionista-Estado.

36. Se pueden extraer enseñanzas similares sobre la sensibilidad que deben mostrar los tribunales en relación con el régimen de dos vías, por contraste, del arbitraje en *Italia contra Cuba*. A diferencia de la gran mayoría de los TBI modernos, el TBI entre Italia y Cuba, que parece ser único en la práctica de los TBI tanto de Italia como de Cuba, no tiene un artículo análogo al artículo VI (es decir, una vía separada dedicada al arbitraje inversionista-Estado). En cambio, asigna un procedimiento arbitral único para las diferencias entre los

²¹ *Íd.*, párr. 9.

Estados y las diferencias inversionista-Estado, en el cual los Estados Partes establecen el panel y seleccionan a sus miembros. El artículo 9 del TBI, en relación con la solución de diferencias inversionista-Estado, dispone que, si el inversionista escoge el arbitraje, debe realizarse de acuerdo con los párrafos 3 a 5 del artículo 10. ¡El artículo 10 aborda la solución de diferencias entre Estados! En el párrafo 3 del artículo 10, los Estados Partes forman el tribunal. En el párrafo 5 se especifica que “cada una de las Partes Contratantes deberá pagar los gastos de su propio árbitro y los de su representación en el proceso”. Entonces, el hecho de que este fuera un arbitraje entre dos Estados no constituyó una situación en la cual los Estados se arrogaran el arbitraje inversionista-Estado y lo arrastraran a un arbitraje separado entre Estados. El TBI entre Italia y Cuba así lo exigía debido a la ausencia de una vía jurisdiccional separada para el inversionista y el Estado. Por el contrario, en el caso de autos, el TBI, al igual que otros TBI, crea dos vías jurisdiccionales independientes en sus artículos VI y VII. El TBI entre Italia y Cuba recurría al régimen tradicional de protección diplomática, que requiere la intervención política del Estado de nacionalidad del inversionista y torna irrelevante el laudo del tribunal para el caso en discusión.

37. El punto esencial sobresaliente que debe extraerse del TBI, así como de los ejemplos de *Lucchetti e Italia contra Cuba*, es que el logro central del régimen de TBI modernos es suministrar derechos procesales válidos y efectivos en lugar del derecho consuetudinario y el arreglo politizado que caracterizó el período de protección diplomática anterior a los TBI. Este logro se expresa principalmente en la configuración de un sistema jurisdiccional de dos vías, que separa, legaliza y aísla los derechos procesales de los inversionistas de lo que anteriormente parecía ser el capricho de la política entre Estados soberanos.

38. La lectura del artículo VII del TBI que propone el Ecuador perturbaría las garantías de arbitraje plasmadas en el TBI entre el Ecuador y los Estados Unidos, en los otros TBI de los que muchos Estados son partes y en el régimen de las inversiones internacionales en general. Obviamente, todo arbitraje en materia de inversiones comprende la interpretación de una o más disposiciones de un TBI en el contexto de una serie de hechos singulares. La iniciativa del Ecuador, si prospera, lo modificaría. En lugar de un sistema independiente de arbitraje inversionista-Estado puesto en marcha por el primero, que es el fundamento esencial del derecho contemporáneo de las inversiones internacionales, todo laudo arbitral adverso a un Estado receptor podría ser socavado en lo sucesivo por el Estado perdedor, que volvería a plantearlo entre Estados, aparentemente como una solicitud de interpretación del TBI por el tribunal que haya entendido en el caso inversionista-Estado, ya sea con arreglo al artículo VII del TBI del Ecuador, su equivalente en otros TBI o el artículo 64 del Convenio del CIADI.

3. El Convenio del CIADI

39. La estructura del Convenio del CIADI es instructiva con respecto a la asignación a dos vías minuciosamente elaboradas de la competencia *ratione materiae*. También es especialmente pertinente en este caso, dado que el arbitraje con arreglo al Convenio del CIADI es una de las opciones que el párrafo 3 del artículo VI del TBI ponía originalmente a disposición del inversionista. En el párrafo 1 del artículo 27 del Convenio del CIADI se dispone lo siguiente:

Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

En el artículo 64 del Convenio del CIADI, que es análogo al artículo VII del TBI, se dispone lo siguiente:

Toda diferencia que surja entre Estados Contratantes sobre la interpretación o aplicación de este Convenio y que no se resuelva mediante negociación se remitirá, a instancia de una u otra parte en la diferencia, a la Corte Internacional de Justicia, salvo que dichos Estados acuerden acudir a otro modo de arreglo.

40. En el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio se hace un esfuerzo por explicar que la competencia contingente de la Corte Internacional en diferencias entre Estados, de conformidad con el artículo 64, no infringe la competencia arbitral en diferencias inversionista-Estado establecida en el Convenio del CIADI.

El artículo 64 confiere jurisdicción a la Corte Internacional de Justicia sobre las diferencias entre Estados Contratantes en relación con la interpretación o aplicación del convenio y que no sean resueltas mediante negociación, a no ser que las partes hayan acordado acudir a otro modo de arreglo. Aunque la disposición está redactada en términos generales, debe entenderse de acuerdo con el contexto global del convenio. Específicamente, el precepto no confiere jurisdicción a la Corte para que la misma revise la decisión de una Comisión de Conciliación o de un Tribunal de Arbitraje en cuanto a la competencia de estos para decidir diferencias de que conozcan. Tampoco faculta a un Estado para incoar un procedimiento ante la Corte respecto a una diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter a arbitraje, ya que tal procedimiento violaría los preceptos del Artículo 27, a menos que el otro Estado Contratante hubiere dejado de acatar y cumplir el laudo dictado en relación con tal diferencia. (Énfasis agregado por el autor)

41. La jurisdicción del artículo 64 en el contexto del Convenio del CIADI, al igual que la jurisdicción del artículo VII en el contexto del TBI, por ende, está bien diferenciada y fue diseñada para no contravenir la competencia de cada uno de los instrumentos respectivos en las diferencias inversionista-Estado. El artículo 64 del CIADI y, en paralelo, el artículo VII del TBI guardan relación con eventuales contravenciones por uno de los Estados Partes de sus obligaciones *con el otro Estado Parte* en el marco del tratado correspondiente. Algunos ejemplos de contravenciones de ese tipo incluirían, como mencioné anteriormente, el incumplimiento de

un laudo dictado en una diferencia inversionista-Estado o, en términos más generales, asuntos que surjan con arreglo a la Parte V de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en relación con la “Nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados”; todas estas últimas son cuestiones entre Estados exclusivamente.

4. La supuesta analogía con el TLCAN

42. En uno de los documentos que recibí, el abogado del Ecuador sugirió que su empleo novedoso del arbitraje entre Estados por vías separadas es común y corriente y, de hecho, refleja otros regímenes de tratados como el TLCAN que instan a los Estados a participar en procedimientos interpretativos en cooperación. El Ecuador describió más detalladamente su pedido de pronunciamiento como que “no contiene nada impertinente” porque “es simplemente lo que los Estados Unidos hicieron cuando se sumaron a México y Canadá para firmar una interpretación vinculante del capítulo once del TLCAN”²².

43. Pero el ejemplo que presenta el Ecuador contradice precisamente lo que su proponente trata de probar. Los Estados Unidos, México y Canadá establecieron un procedimiento expreso para negociar una nueva interpretación trilateral y *expresar su consentimiento* al respecto. No asignaron esta función a un tribunal arbitral, para ser invocada a instancias de uno de ellos y luego exigir a los otros dos que se sometieran a su jurisdicción, y notificaron al universo de posibles inversionistas de manera expresa sobre la decisión de reservarse para ellos esta facultad.

44. La noción de que el artículo VII del TBI es equivalente al artículo 1131 del TLCAN tropieza con más dificultades. El artículo 2001 exige que los Estados Partes que crean la Comisión de Libre Comercio la compongan con ministros que resuelvan sus diferencias de

²² Transcripción de la conferencia preliminar, 12 de marzo de 2012, pág. 17.

interpretación. El TLCAN dispone la negociación entre las partes del tratado. Luego, esas interpretaciones, *en virtud de la aplicación del tratado*, se vuelven autorizadas para los tribunales a los que se convoca para arbitrar en casos de diferencias en materia de inversiones dimanadas del tratado. Además, todos los inversionistas han sido puestos sobre aviso, como quedó claro en el laudo de *Methanex*, de que la aplicación del tratado está sujeta a interpretaciones negociadas acordadas por los Estados Partes. Como se mencionó anteriormente, a diferencia de la letra indirecta del artículo VII del TBI, “[e]l sentido del artículo 1132(2) es claro y no por ventura (y todo inversionista que contemple una inversión al amparo del TLCAN debe considerarse consciente de ello)”²³. Por consiguiente, es curioso que, sin el beneficio de los procedimientos y las protecciones para terceros del TLCAN, “el Ecuador haya procurado obtener ni más ni menos” de los Estados Unidos²⁴. En el TBI entre el Ecuador y los Estados Unidos no hay nada que se asemeje a los artículos 1131 o 2001 del TLCAN.

45. Tal como señalo a continuación, el único procedimiento previsto por el TBI que evoca de alguna manera, si se quiere, el régimen del TLCAN es la disposición sobre consultas del artículo V. Pero aquí, una vez más, la analogía con la iniciativa del Ecuador es improcedente. Dichas consultas podrían resultar en un acuerdo entre los Estados Partes sobre una u otra propuesta de interpretación, que no será directamente vinculante para un tribunal que actúe en el marco del artículo VI. Aquí, la jurisprudencia en materia de inversionistas-Estados es aleccionadora. En *CME contra la República Checa*, el Estado Parte reaccionó a un laudo parcial adverso no con una invocación inadecuada de la vía de arbitraje entre Estados, sino invitando a

²³ *Methanex Corp. contra Estados Unidos de América*, laudo definitivo, parte IV, capítulo C, párr. 20 (cap. 11 del TLCAN, Trib. Arb., 3 de agosto de 2005).

²⁴ Transcripción de la conferencia preliminar, 21 de marzo de 2012, págs. 17-18.

los Países Bajos a participar en consultas bilaterales sobre el significado del tratado²⁵. Estas consultas entre la República Checa y los Países Bajos condujeron a un acuerdo de voluntades sobre el cual las Partes dejaron constancia escrita en “Actas aprobadas” que fueron firmadas por los representantes de cada gobierno. Cuando el tribunal recibió este documento, tomó nota de las actas aprobadas pero advirtió que solo confirmaba su propia conclusión, a la que había llegado independientemente. De este modo, consideró el acuerdo de las partes como “contexto” para los fines de la interpretación de los términos del tratado de conformidad con el inciso *a* del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena, si bien en este caso consideró que las opiniones de las partes estaban en consonancia con las suyas.

46. En *Aguas del Tunari contra Bolivia* se puede encontrar un ejemplo menos convencional de intentos de un Estado de declarar o extraer una interpretación de un TBI de un Estado no demandado²⁶. En *Aguas del Tunari*, el tribunal hizo frente a la afirmación de Bolivia de que tanto Bolivia como los Países Bajos, la otra Parte del TBI pero no obviamente una parte en el arbitraje inversionista-Estado, supuestamente habían dejado sentado que el TBI no se aplicaba al caso de autos. No obstante, los documentos aducidos por Bolivia —una serie de cuestiones parlamentarias entre miembros del Parlamento holandés y el gobierno holandés *sobre el caso pendiente*, algunas de las cuales parecían indicar que el gobierno podría considerar que el TBI “no era aplicable” a ese caso, — incluían afirmaciones contradictorias del gobierno holandés. Ante tales materiales y la afirmación de Bolivia de que esta era la opinión conjunta de ambas Partes Contratantes, el tribunal escribió al Asesor Jurídico de la Cancillería de los Países Bajos para indagar sobre estas afirmaciones que supuestamente reflejaban la interpretación

²⁵ Véase en general *CME contra la República Checa*, laudo definitivo, párr. 87-90 (UNCITRAL, 14 de marzo de 2003).

²⁶ Caso CIADI N.º ARB/02/3 (21 de octubre de 2005).

holandesa²⁷. El tribunal encuadró su consulta en una pregunta para determinar si las declaraciones del gobierno, al sumarlas a las de Bolivia, podían considerarse como un “acuerdo posterior” en virtud del artículo 31 de la CVDT. El gobierno holandés respondió al tribunal con una “interpretación del Acuerdo sobre promoción y protección recíproca de inversiones”. El tribunal concluyó que este documento “contenía solo comentarios de naturaleza general que posiblemente podían ser pertinentes para la tarea de confirmar una interpretación según el artículo 32 [...] de la [CVDT]. Sin embargo, no suministra al tribunal información del tipo sugerido por el artículo 31”. Finalmente, el tribunal objetó la lectura curiosa del artículo 31 de la CVDT e hizo caso omiso de la carta del gobierno holandés. Manifestó que “el tribunal no utilizó de manera alguna este documento para llegar a su decisión”²⁸. El rechazo de la carta por el tribunal fue congruente con la aplicación en dos vías del TBI y es claro en su explicación de la razón por la que la consulta fue improcedente: “de cualquier modo, el tribunal destaca [...] su firme opinión de que el tribunal, y no las Partes Contratantes, es el árbitro de su competencia”²⁹.

B. Revisión colateral para evitar los principios de cosa juzgada y de madurez

47. Según entiendo, el Ecuador, en su solicitud de arbitraje, formuló su “Solicitud de reparación” de manera tal que pueda someter el laudo de *Chevron y Texaco contra Ecuador* a una revisión prácticamente del tipo de la realizada en el caso de CME antes de que el mecanismo de control apropiado y exclusivo de esa revisión haya siquiera seguido su curso. Con ese fin cambió el nombre de los nacionales por el nombre “Estados Unidos” y presentó las conclusiones de derecho del tribunal según el artículo VII en forma de “preguntas generales presentadas” para la revisión en apelación. Esta estrategia de litigio contraviene el principio general de cosa

²⁷ Dicho sea de paso, la referencia del tribunal a la regla 34 del CIADI fue una equivocación; en realidad carecía de autoridad para su iniciativa.

²⁸ *Aguas del Tunari*, párr. 260.

²⁹ *Id.*, párr. 263.

juzgada en el derecho internacional dado que funciona según el sistema jurisdiccional de doble vía del TBI.

48. La intención del Ecuador de llegar a una revisión en apelación de un laudo definitivo queda ilustrada en la compilación de un cuadro de la “Solicitud de reparación” del Ecuador *contra los Estados Unidos* con las partes dispositivas del laudo adverso al Ecuador en *Chevron contra Ecuador*:

“Solicitud de reparación” en <i>Ecuador contra Estados Unidos</i>	Fallos conexos del Tribunal Arbitral sobre cuestiones de derecho en el laudo parcial de <i>Chevron</i>
“las obligaciones de las Partes según el párrafo 7 del artículo II del Tratado no son superiores a sus obligaciones conforme al derecho internacional consuetudinario preexistente”	“A la luz de las consideraciones precedentes y la letra del párrafo 7 del artículo II, el Tribunal concuerda con las Demandantes en que se aplica una prueba bien diferenciada y posiblemente menos exigente según esta disposición en comparación con la denegación de justicia en el derecho internacional consuetudinario.” (¶244)
“la obligación de las Partes con arreglo al párrafo 7 del artículo II del Tratado de establecer ‘medios eficaces’ sólo requiere que las Partes proporcionen un marco o sistema en el cual se puedan hacer valer las reclamaciones y los derechos pero que no obligue a las Partes a garantizar que el marco o el sistema suministrado sea efectivo en casos particulares”	“el Tribunal no comparte la opinión de la Demandada. Si bien el párrafo 7 del artículo II claramente requiere un sistema adecuado de leyes e instituciones, también pueden revisarse los efectos del sistema en casos particulares. La idea se refleja en la letra de la disposición. El artículo especifica ‘hacer valer las reclamaciones’, de manera que debe suministrarse algún sistema al inversionista para interponer reclamaciones, así como para ‘hacer valer derechos’, para que el TBI también se centre en el goce efectivo de los derechos en cuestión en casos particulares. Por ende, el Tribunal determina que puede examinar directamente casos particulares según el párrafo 7 del artículo II, sin dejar de tener en cuenta que el umbral de ‘eficacia’ estipulado por la disposición establece la concesión de cierto grado de deferencia al sistema de justicia nacional; esta disposición no confiere al Tribunal la facultad de actuar como tribunal de apelación que revisa cada supuesto incumplimiento del sistema judicial local <i>de novo</i> .” (¶247)
“el párrafo 7 del artículo II no puede aplicarse adecuadamente si lleva a fijar la compensación debida por una contravención de la disposición sobre la base de determinaciones de derechos con arreglo a las leyes respectivas de los Estados	“La Demandada afirma además que la tarea del Tribunal al respecto es determinar lo que una corte ecuatoriana, aplicando la legislación ecuatoriana, habría hecho en estos casos [...] [375:] [E]l Tribunal debe preguntarse cómo una corte

<p>Unidos o el Ecuador que sean contrarias a las determinaciones reales o probables de los tribunales estadounidenses o ecuatorianos, según corresponda”.</p>	<p>ecuatoriana competente, justa e imparcial habría resuelto las reclamaciones de TexPet. El Tribunal debe colocarse en el lugar y la mente de un juez ecuatoriano y llegar a una conclusión sobre cuál habría sido el desenlace adecuado de los casos; es decir, el Tribunal debe determinar qué habría hecho una corte ecuatoriana en estos casos, aplicando la legislación ecuatoriana, en lugar de aplicar directamente su propia interpretación de los acuerdos.” (§366)</p>
---	---

49. La *cosa juzgada* es una doctrina consagrada del derecho público internacional en general y del derecho de las inversiones internacionales. Dejando de lado el requisito de la identidad de las partes, y teniendo en cuenta el cuadro que presenté anteriormente, en el cual se compara la solicitud de reparación del Ecuador con los fallos sobre cuestiones de derecho en el laudo parcial, claramente se discutieron y resolvieron todos los “derechos, preguntas o hechos” que constituyen la “Solicitud de reparación” del Ecuador. Si bien el Ecuador está insatisfecho con el resultado de ese procedimiento, no puede sostener que no tuvo la oportunidad de litigar precisamente la situación jurídica que da origen a este intento de iniciar un arbitraje con arreglo al artículo VII. En realidad, difícilmente pueda hacerse caso omiso de la superposición precisa entre las cuestiones de derecho y de hecho en *Ecuador contra Estados Unidos* y *Chevron contra Ecuador*. Tal como señaló la Corte Internacional, “[d]os fines, uno general, el otro específico, subyacen al principio de cosa juzgada, a nivel tanto internacional como nacional. En primer lugar, la estabilidad de las relaciones jurídicas exige que el litigio llegue a un fin. [...] En segundo lugar, a cada parte le conviene que una cuestión que ya fue resuelta a favor de la otra parte no sea litigada otra vez”³⁰.

³⁰ *Caso Relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia (Serbia y Montenegro))*, 2007 C.I.J. 43, 90.

50. Ya me referí al hecho de que todas las reclamaciones del Ecuador contra los Estados Unidos son conclusiones de derecho *sub judice* aun en los tribunales holandeses. En realidad, la corte en La Haya está decidiendo, entre otras cosas, si el fallo del tribunal en el caso de *Chevron contra Ecuador* con respecto al párrafo 7 del artículo II fue erróneo y constituyó un *excès de pouvoir*. A diferencia del procedimiento con arreglo al artículo VII cuya competencia se está considerando, esa contienda jurídica se beneficia de las partes contenciosas correctas. Del mismo modo, a diferencia de este procedimiento con arreglo al artículo VII, no se pide al tribunal holandés que emita una opinión consultiva. Sus deliberaciones se benefician de una oposición de intereses y opiniones genuina, en lugar de preguntas abstractas formuladas por una parte y no respondidas por la otra. La asignación de lo que representaría una competencia concurrente *ratione materiae* con arreglo al artículo VII a la impugnación efectuada por el Ecuador del laudo en el procedimiento según el artículo VI atribuiría un diferendo que se encuadra claramente en los mecanismos de control del artículo VI a los procedimientos sumamente diferentes del artículo VII. Si el Ecuador no cumple el laudo cuando concluya el procedimiento del tribunal holandés, el laudo según el artículo VI podría tornarse un tema adecuado para la competencia conforme al artículo VII; sin embargo, no podría presentarse como una “diferencia”, en la forma en que el Ecuador está usando actualmente el término, para arrastrar a los Estados Unidos a un arbitraje.

51. El uso de la vía entre Estados para inventar un procedimiento de revisión en la instancia de apelación u obligar a que se haga una renegociación se opone al régimen de competencia de dos vías estipulado en el TBI; en relación con la diferencia con ciertos inversionistas estadounidenses, el Ecuador ya tuvo la oportunidad de accionar y se benefició de la prerrogativa de redactar sus propios escritos. Su procedimiento exclusivo para revisión ya está en marcha en La Haya.

C. La imposibilidad de una “interpretación autorizada”

52. La asignación de *ratione materiae* en el régimen jurisdiccional de dos vías del TBI significa que, incluso suponiendo que el tribunal en este caso declare que es competente y opine que la interpretación del párrafo 7 del artículo II del TBI fue, según sostiene el Ecuador, errónea, ese fallo no tendría efecto alguno. No afectaría al laudo del caso Chevron-TexPet, ni al procedimiento de anulación iniciado por el Ecuador que está pendiente en los Países Bajos, ni a cualquier medida de ejecución futura posible en tribunales nacionales. Tampoco tendría ningún efecto en otros tribunales convocados al amparo del artículo VI. Tal como mencioné anteriormente, una decisión en la vía jurisdiccional entre Estados obliga a los Estados Partes de esta pero no se convierte en parte integral del tratado, dado que el párrafo 4 del artículo XII solo integra el Protocolo y la Carta Anexa.

VI. REPERCUSIONES DE ESTE CASO

53. La aprobación del enfoque del Ecuador introduciría en el derecho internacional un régimen que le permitiría hacer algo que no pudo hacer en el curso de la negociación del tratado. El Ecuador podría reescribir el tratado mediante el inicio unilateral del litigio entre Estados que el TBI reserva para otras controversias, a fin de obtener condiciones que considere más beneficiosas. Si esto se permite, el Ecuador y cualquier otra Parte de un TBI podrían renegociar todo el tratado mediante el arbitraje y otros Estados podrían seguir su ejemplo, rasgando la trama de estabilidad de los procedimientos para la formulación de tratados y anulando la transparencia lograda en la CVDT en la modificación y la enmienda de los tratados.

54. La presentación del Ecuador en este caso, si se acepta, no se limitaría a menoscabar la validez y la credibilidad del laudo que obtuvo el inversionista sobre la base de los derechos garantizados en el tratado, sino que también arrastraría al gobierno de los Estados

Unidos en cada diferencia relativa a inversiones en la que el inversionista estadounidense haya ganado o perdido un laudo. Crearía un modelo para que otros Estados Partes de los TBI con los Estados Unidos y otros Estados entre sí con respecto a sus propios TBI soliciten una “interpretación” en los casos que ellos o sus inversionistas hayan perdido frente al Estado receptor o frente a su inversionista nacional. Colocaría al Gobierno de los Estados Unidos y a otros gobiernos por igual bajo la presión de demandantes nacionales que hayan *perdido* el arbitraje con arreglo al TBI para iniciar arbitrajes entre Estados a fin de revertir el efecto de los laudos adversos y los fallos sobre cuestiones de derecho. El efecto neto de esta innovación sería socavar la eficacia del arbitraje inversionistas-Estado prevista en los TBI. Además, consumiría, una vez más, precisamente esos recursos administrativos y políticos, tanto nacionales como internacionales, que quisieron economizar los gobiernos que optaron por usar los TBI al privatizar los arbitrajes internacionales en materia de inversiones.

55. En una diferencia relativa a inversiones siempre hay un Estado Parte de un TBI que comparece como demandado o que interpone una reconvencción para proponer al tribunal su interpretación de una o más disposiciones del TBI. Si se acepta la definición de “diferencia” utilizada por el Ecuador en este procedimiento, cada vez que un Estado Parte en una diferencia relativa a inversiones determine que su interpretación de una disposición del TBI no persuade al tribunal de inversiones, ipso facto podrá alegar que se trata de una “interpretación errónea” del TBI que será una “diferencia” arbitrable entre Estados con el Estado de la nacionalidad del inversionista a menos que el otro Estado Parte concuerde con la interpretación. Esto eleva el descontento y la decepción unilateral de un Estado con un arbitraje bilateral en materia de inversiones a la condición de “diferencia” entre Estados y le permite evadir el tratado, obligando a la renegociación de disposiciones específicas. El Estado demandado podría hacer algo más:

como en el caso *Lucchetti*, luego podría iniciar un procedimiento con arreglo al artículo VII *durante* el arbitraje con arreglo al artículo VI, peticionar la suspensión de este último y arrogarse esencialmente los derechos procesales del inversionista. (El Estado demandado también puede plantearlo mientras esté pendiente un procedimiento de anulación que este mismo haya iniciado, como el Ecuador en este caso, o como una excepción en una acción de ejecución futura iniciada por el inversionista.) La cuestión es que no hay nada en el TBI que especifique *cuándo* puede invocarse la competencia conforme al artículo VII. Si se acepta la solicitud del Ecuador en este caso, nada impide que el Ecuador y otros estados en circunstancias similares presenten tal solicitud en cualquier momento durante el arbitraje inversionista-Estado, con lo cual paralizarían esos arbitrajes. Incluso si un tribunal lo rechaza, como en *Lucchetti*, su negativa podría utilizarse más adelante para impugnar el laudo. En mi opinión, este no es el propósito con el cual se formuló la disposición sobre diferencias entre Estados del TBI.

56. No puedo concluir este dictamen sin comentar sobre el efecto que tendrá la iniciativa del Ecuador en los terceros beneficiarios de este TBI y, en términos más generales, de los TBI. El Ecuador explicó, con franqueza desinhibida, que la interpretación que está tratando de obligar a los Estados Unidos a aceptar o litigar beneficia a ambos Estados.

En la medida en que se pueda decir que la interpretación beneficia a Ecuador en comparación con la interpretación del Tribunal que entendió en el caso *Chevron*, beneficiaría por igual a los Estados Unidos. En la medida en que se reduzca la carga del párrafo 7 del artículo II para Ecuador, se reducirá igualmente para los Estados Unidos. Al respecto, cabe destacar que en su propio TBI modelo promulgado en 2004 e incluido por los Estados Unidos en sus tratados bilaterales de inversión subsiguientes con otros Estados, los Estados Unidos se deshicieron completamente del párrafo 7 del artículo II, eliminándolo de estos tratados.

Lo que el Ecuador quiere obtener de este Tribunal indiscutiblemente no impone carga alguna para los Estados Unidos. Como ya manifesté, este es un arbitraje amistoso [...]³¹.

³¹ Transcripción de la conferencia procesal preliminar, 21 de marzo de 2012, págs. 18-19.

El interés de los Estados Partes en que los inversionistas —los beneficiarios previstos del tratado— confíen en la estabilidad del Tratado no figura en esta notable confesión.

VII. CONCLUSIONES

57. Por las razones expresadas anteriormente, opino lo siguiente:

- a) El TBI forma parte de una clase de tratados para beneficio de terceros en los que existe la inquietud especial de que la interpretación por uno de los Estados Partes o por ambos no menoscabe los derechos y las expectativas de los terceros beneficiarios.
- b) El TBI dio origen a dos vías de competencia, a cada una de las cuales se le asignó competencia *ratione materiae* y *ratione personae*.
- c) La interpretación de los derechos y las garantías sustantivos enunciados en el TBI se reserva para la vía jurisdiccional inversionista-Estado conforme al artículo VI una vez iniciado ese procedimiento.
- d) La vía jurisdiccional entre Estados con arreglo al artículo VII no se puede usar como método iniciado unilateralmente para obligar a que se modifiquen las disposiciones que competen a la vía jurisdiccional de inversionistas y Estados.
- e) En consecuencia, la competencia *ratione materiae* está ausente en el caso de autos.

58. Un laudo emanado de un procedimiento como el propuesto por el Ecuador o de la decisión de este tribunal no sería vinculante para los tribunales que ejerzan su competencia con arreglo a la vía del artículo VI para las diferencias inversionista-Estado. Tampoco sería una enmienda del TBI. No podría inscribirse como tratado según el artículo 101 de la Carta de las Naciones Unidas y, por ende, no tomarían conocimiento del mismo terceros beneficiarios del

TBI. En consecuencia, sería un procedimiento en el cual el Ecuador no podría utilizar el recurso de “interpretación autorizada” que desea.

59. De manera general, la solicitud del Ecuador, si se aceptase, podría lesionar profundamente el régimen de inversiones internacionales.

Muy respetuosamente,

W. Michael Reisman