

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES**

M.C.I. POWER GROUP L.C. Y NEW TURBINE INC.
Demandantes

c.

REPÚBLICA DEL ECUADOR
Demandada

Caso CIADI No. ARB/03/6
Procedimiento de Anulación

DECISIÓN SOBRE ANULACIÓN

Miembros del Comité ad hoc:

Juez Dominique Hascher, Presidente
Juez Hans Danelius
Juez Peter Tomka
Secretaria del Comité: Sra. Natalí Sequeira

*En representación de M.C.I. Power Group L.C.
y New Turbine Inc.:*

Sr. Barry Appleton
Sr. Martin Endicott
Appleton & Associates International Lawyers

Sr. Edward M. Mullins
Sr. José Astigarraga
Astigarraga Davis Mullins & Grossman, P.A.

*En representación de la República del
Ecuador:*

Sr. Diego García Carrión
Procurador General del Estado

Sr. Álvaro Galindo
*Director de Patrocinio Internacional de la
Procuraduría General del Estado*

Sr. Alberto Wray
Sr. Ernesto Albán-Ricaurte
Sra. Verónica Arroyo
Cabezas & Wray Abogados

Sr. Paul Reichler
Sr. Ronald Goodman
Foley Hoag L.L.P.

Fecha de envío a las partes: 19 de octubre de 2009

ÍNDICE

I.	HISTORIA PROCESAL	3
II.	ANTECEDENTES FÁCTICOS	4
III.	LAS FACULTADES DEL COMITÉ CONFORME AL ARTÍCULO 52 DEL CONVENIO DE WASHINGTON	9
	A) POSICIONES DE LAS PARTES	9
	B) ANÁLISIS DEL COMITÉ <i>AD HOC</i> :	9
IV.	ARTÍCULO 52(1)(b): EXTRALIMITACIÓN MANIFIESTA EN LAS FACULTADES .	11
	A) POSICIONES DE LAS PARTES:	11
	B) ANÁLISIS DEL COMITÉ <i>AD HOC</i>	18
V.	ARTÍCULO 52(1)(e): OMISIÓN DE EXPRESAR LOS MOTIVOS EN QUE SE FUNDE EL LAUDO	28
	A) POSICIONES DE LAS PARTES:	28
	B) ANÁLISIS DEL COMITÉ <i>AD HOC</i> :	31
VI.	COSTAS	41
VII.	DECISIÓN	43

I. HISTORIA PROCESAL

1. El 26 de noviembre de 2007, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (*CIADI* o *el Centro*) recibió de M.C.I. Power Group, L.C. y New Turbine, Inc. (a las que hace referencia conjuntamente como, *las Demandantes*) una solicitud de anulación parcial del Laudo pronunciado el 31 de julio de 2007 (en adelante, *el Laudo*) por el Tribunal de constituido en el procedimiento arbitral de M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc. c. República del Ecuador (Caso CIADI No. ARB/03/6), compuesto por el Profesor Raúl E. Vinuesa (Argentino), el Presidente Benjamin J. Greenberg, Q.C. (Canadiense) y el Profesor Jaime Irrázabal (Chileno). La Solicitud de Anulación se presentó dentro del plazo establecido por el Artículo 52(2) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados del 18 de marzo de 1965 (*Convenio de Washington* o *el Convenio*).
2. La Secretaria General del CIADI registró la Solicitud de Anulación el 6 de diciembre de 2007 y en la misma fecha transmitió la notificación del Acto de Registro a las partes, de conformidad con la Regla 50(2) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (en adelante, *las Reglas de Arbitraje*).
3. Mediante la carta del 7 de abril de 2008, conforme a la Regla 52(2) de las Reglas de Arbitraje, el Centro notificó a las partes de que el Comité *ad hoc* (*el Comité*), compuesto por el Juez Hans Danelius (Sueco), el Juez Dominique Hascher (Francés) y el Juez Peter Tomka (Eslovaco), se había constituido, y que el procedimiento de anulación se daba por iniciado en esa fecha. También se notificó a las partes que la Sra. Claudia Frutos-Peterson, Consejera del CIADI, sería la Secretaria del Comité. Por medio de la carta del 11 de abril de 2008, se notificó a las partes de que los Miembros del Comité *ad hoc* designaron al Juez Dominique Hascher como Presidente del Comité. El 15 de mayo de 2009, la Sra. Natalí Sequeira, Consejera del CIADI, fue designada como nueva Secretaria del Comité.
4. La Primera Sesión del Comité y las partes se celebró en las oficinas del Banco Mundial en París el 16 de mayo de 2008. Durante la Sesión, el Comité y las partes trataron una serie de cuestiones procesales, incluido el cronograma para la presentación de los instrumentos escritos. Asimismo, se acordó que el procedimiento de anulación se regirá por las Reglas de Arbitraje del CIADI vigentes desde el 10 de abril de 2006.
5. De conformidad con el cronograma acordado, las Demandantes presentaron su Memorial sobre Anulación el 15 de agosto de 2008, y la Demandada presentó su Memorial de Contestación sobre Anulación el 24 de noviembre de 2008. A pedido de las Demandantes, y con el acuerdo de la Demandada, el Comité concedió una suspensión de los plazos por 21 días (del 15 de diciembre de 2008 al 2 de enero de 2009). Las presentaciones de las partes se pospusieron con arreglo a ello. Las Demandantes presentaron su Réplica el 6 de febrero de 2009 y la Demandada presentó su Dúplica el 27 de abril de 2009.

6. El 8 de junio de 2009 se celebró la Audiencia sobre Anulación en la sede del Centro en Washington D.C.. Los representantes de las Demandantes fueron el Sr. Barry Appleton, el Sr. Martin Endicott, de Appleton & Associates International Lawyers; el Sr. Edward Mullins, de Astigarraga Davis Mullins & Grossman, P.A.; el Sr. Frank Borowicz, QC, el Sr. Ivor Massey y el Sr. Richard Gorman. Los representantes de la Demandada fueron el Dr. Diego García Carrión, Procurador General del Estado, el Dr. Álvaro Galindo Cardona, el Dr. Luis Felipe Aguilar, de la Procuraduría General del Estado; el Sr. Alberto Wray, el Sr. Ernesto Albán, la Sra. Paola Delgado, la Sra. Verónica Arroyo, de Cabezas & Wray; el Sr. Paul S. Reichler, el Sr. Ronald Goodman, la Sra. Paz Zárate, la Sra. Clara Elena Brillembourg, de Foley Hoag, L.L.P.

II. ANTECEDENTES FÁCTICOS

7. M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc. son personas jurídicas de los Estados Unidos de América (*EE.UU.*) que son propietarias y controlan a Seacoast, Inc. (*Seacoast*), que también es una persona jurídica estadounidense que, el 17 de noviembre de 1995, celebró un contrato para la venta de electricidad (*Contrato Seacoast*), con el Instituto Ecuatoriano de Electrificación (*INECEL*), una entidad ecuatoriana estatal¹, así como un Memorando de Clarificación para la Ejecución del Contrato (*Contrato Aclaratorio*), en relación con el alcance de algunas de las cláusulas del Contrato Seacoast.
8. Con el fin de ejecutar el Contrato Seacoast, M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc. (en ese momento operando bajo el nombre de Energy Services Inc (*ESI*)) firmaron un “joint venture” con Old Dominion Electric Cooperative (*ODEC*). A fines de 1995, MCI, ESI y ODEC, como inversionistas en Seacoast, constituyeron dos compañías bajo las leyes del Estado de Virginia, identificadas conjuntamente en el procedimiento de arbitraje original como *Power Ventures*. *Power Ventures* constituyó Power Services Ecuador Ecuapower Cía. Ltda. (*Ecuapower*), una subsidiaria local constituida bajo las leyes de Ecuador.
9. A principios de 1996 surgieron divergencias entre las partes en cuanto a la implementación del Contrato Seacoast respecto a la fecha de su iniciación, la duración del Contrato, el pago de la energía bajo la modalidad “*take or pay*”, los reembolsos del costo del combustible y la imposición de multas y penalidades.
10. El 12 de abril de 1996, Seacoast suspendió la operación de las plantas y la entrega de energía, invocando la falta de pago de los pagos facturados y pagaderos bajo el Contrato Seacoast. El 26 de mayo de 1996, INECEL rescindió el Contrato Seacoast
11. El 12 de julio de 1996 los intereses accionarios en Seacoast fueron transferidos a Ecuapower y el 31 de julio de 1996, Seacoast presentó una demanda contra INECEL ante el Tribunal Administrativo del Distrito de Quito, oponiéndose a la rescisión del

¹ Laudo, párr. 225: “El Tribunal encuentra que INECEL, tanto por su estructura institucional y composición como por sus funciones debe ser considerado, de conformidad con el derecho internacional general, como un órgano parte del Estado ecuatoriano. Sobre el particular son de aplicación las normas consuetudinarias codificadas por la CDI en su Proyecto sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos. Por lo tanto toda acción u omisión de INECEL en violación del TBI o de otras normas aplicables del derecho internacional general, son imputables a Ecuador y generan su responsabilidad internacional”.

Contrato y solicitando el pago de una indemnización de aproximadamente US\$25 millones por incumplimiento contractual. El 12 de abril de 1999, la causa se transfirió al Juez del Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha, que, el 21 de octubre de 1999, decidió que las reclamaciones presentadas por Seacoast contra INECEL eran nulas, debido a la falta de legitimación del representante legal de Seacoast. El 12 de diciembre de 2000, la Corte Superior de Justicia de Quito determinó que carecía de jurisdicción para entender en la apelación presentada por el Procurador General².

12. Estando los procedimientos judiciales pendientes, en agosto de 1996 se estableció la Comisión de Liquidación contemplada en el Artículo 17 del Contrato Seacoast. Esta Comisión celebró su primera sesión el 7 de abril de 1997, donde se trataron las diferencias sobre la interpretación y la ejecución del Contrato. No obstante, debido a las posturas intransigentes de las partes, la Comisión dejó de celebrar sesiones el 31 de marzo de 1999, o con anterioridad a tal fecha³.
13. El 1 de diciembre de 1996, las cuentas por cobrar de Seacoast fueron vendidas a M.C.I, New Turbine and ODEC (subsecuentemente ODEC transfirió todos sus derechos a M.C.I. y New Turbine en 1998), reteniendo Seacoast la responsabilidad de recuperar los montos reclamados contra INECEL⁴. INECEL firmó un contrato con Ecuapower el 24 de enero de 1997 después de que M.C.I, New Turbine y ODEC habían vendido sus acciones en Ecuapower a un tercero (Anglo Energy Company).
14. El 16 de diciembre de 2002, M.C.I. y New Turbine iniciaron un arbitraje CIADI contra la República del Ecuador. M.C.I y New Turbine argumentaban haber invertido en el Ecuador, tanto antes como después de que el Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección de Inversiones (*TBI EE.UU.-Ecuador* o *TBI*) entrara en vigor el 11 de mayo de 1997. Éstas afirmaban que el Tribunal debía aplicar las obligaciones del TBI EE.UU.-Ecuador a las acciones y las omisiones de Ecuador que perjudicaron a Seacoast tras la celebración del TBI el 27 de agosto de 1993. Argumentaban además que la República del Ecuador había violado las obligaciones establecidas en el TBI por medio de actos continuos y compuestos. M.C.I. y New Turbine declararon que la República del Ecuador actuó en forma incongruente con el Artículo II(3)(c) del TBI⁵, dado que sus acciones y omisiones constituían un incumplimiento de sus compromisos contractuales. Adujeron que la República del Ecuador infringió el TBI a través de las acciones de INECEL, órgano estatal, que incumplió con sus obligaciones contractuales. En este sentido, alegaron que la República del Ecuador no cumplió con la modalidad “*take or pay*”, porque INECEL no le pagó a Seacoast por la capacidad de energía de las plantas, la República del Ecuador no respetó la duración del Contrato, impuso penalidades injustificadamente, no pagó los costos del combustible necesario para generar la electricidad e incumplió con la obligación de la Comisión de Liquidación de buena fe. También adujeron que la República del Ecuador no negoció la renovación del Contrato, pero inmediatamente lo renovó en términos aún más favorables tan pronto como un nacional ecuatoriano compró la sociedad. Reclamaban

² *Id.*, párrs. 341-348.

³ *Id.*, párrs. 256, 258, 263, 271-275.

⁴ *Id.*, párrs. 194-213.

⁵ El Artículo II(3)(c) del TBI dispone que: “*Cada Parte cumplirá los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones*”.

US\$24.242.784 millones en concepto de indemnización e intereses por el Contrato inicial y por las pérdidas que surgieron por no renovar el Contrato.

15. M.C.I. y New Turbine también adujeron que la República del Ecuador había violado el TBI a través de las acciones de su Gabinete de Ministros, que interfirieron con el Contrato Seacoast y con la capacidad de Seacoast para exigir sus derechos contractuales. Señalaron que la República del Ecuador otorgó un trato más favorable a los nacionales ecuatorianos y a sus inversiones, violó sus obligaciones de proteger las expectativas legítimas de las Demandantes al negarse a pagar las sumas claramente adeudadas en virtud del Contrato y que éstas fueron obligadas a mitigar sus daños vendiendo sus acciones en las plantas de energía al hermano del Subsecretario de Energía y Minas. M.C.I. y New Turbine argumentaron que la República del Ecuador había frustrado el ejercicio de sus acciones contractuales, primero ante la Comisión de Liquidación, luego conforme a un acuerdo de arbitraje que había prometido y finalmente ante los tribunales ecuatorianos, cuando obtuvo la anulación del proceso iniciado por Seacoast por la cancelación del permiso para operar de Seacoast. Alegaron que la República del Ecuador actuó en forma incongruente con los Artículos II(1)⁶, II(3)(a) y (b)⁷ del TBI, dado que tales actos y omisiones constituyeron una violación a su obligación de trato nacional, una violación a la obligación de conferir un trato de conformidad con el derecho internacional, incluido el trato justo y equitativo y la plena protección y seguridad, así como una violación a la obligación de otorgar un trato no discriminatorio o arbitrario. M.C.I. y New Turbine también alegaron que la República del Ecuador actuó en forma inconsistente con el Artículo III del TBI, en el sentido de que sus acciones u omisiones con respecto a la expropiación de los derechos contractuales de Seacoast, ya que su negación a pagar a la Comisión de Liquidación en diciembre de 2007 y su revocación del permiso para operar de Seacoast constituyeron una confiscación de los intereses de Seacoast sobre la propiedad, sin el debido consentimiento y en infracción de los estándares de trato del derecho internacional, establecidos en el Artículo II(3)(b) del TBI.
16. La República del Ecuador formuló excepciones a la jurisdicción del Tribunal CIADI. Declaró que el TBI no tiene efectos retroactivos y, para reforzar dicho argumento, alegó que el Artículo 18 (*Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor*) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no se puede usar para imponer normas específicas del TBI en forma

⁶ El Artículo II(1) del TBI dispone que: “Cada Parte permitirá y tratará las inversiones y sus actividades afines de manera no menos favorable que la que otorga en situaciones similares a las inversiones o actividades afines de sus propios nacionales o sociedades, o las de los nacionales o sociedades de cualquier tercer país, cualquiera que sea la más favorable, sin perjuicio del derecho de cada Parte a hacer o mantener excepciones que correspondan a alguno de los sectores o asuntos que figuran en el Anexo del presente Tratado. Cada Parte se compromete a notificar a la otra Parte, con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del presente Tratado o en dicha fecha, todo ordenamiento interno del cual tenga conocimiento referente a los sectores o asuntos que figuran en el Anexo. Cada Parte se compromete igualmente a notificar a la otra Parte toda futura excepción con respecto a los sectores o asuntos que figuran en el Anexo y a limitar dichas excepciones al mínimo. Las excepciones futuras de cualquiera de las Partes no se aplicarán a las inversiones existentes en los sectores o asuntos correspondientes en el momento en que dichas excepciones entren en vigor. El trato que se otorgue conforme a los términos de una excepción será, salvo que se especifique lo contrario en el Anexo, no menos favorable que el que se otorgue en situaciones similares a las inversiones o actividades afines de los nacionales o sociedades de cualquier tercer país”.

⁷ El Artículo II(3) del TBI dispone que: “(a) Las inversiones, a las que se concederá siempre un trato justo y equitativo, gozarán de protección y seguridad plenas y, en ningún caso, se le concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional. (b) Ninguna de las Partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el mantenimiento, la utilización, el usufructo, la adquisición, la expansión o la enajenación de las inversiones. Para los fines de la solución de diferencias, de conformidad con los Artículos VI y VII, una medida podrá tenerse por arbitraria o discriminatoria aun cuando una parte haya tenido o ejercido la oportunidad de que dicha medida se examine en los tribunales o en los tribunales administrativos de una de las Partes”.

retroactiva en violación del Artículo 28 (*Irretroactividad de los tratados*) de la misma Convención, que no se puede invocar la cláusula de la nación más favorecida de otros tratados sobre inversión como fundamento para la aplicación retroactiva del TBI EE.UU.-Ecuador y que no hubo ningún acto ilícito internacional continuo o compuesto. Ecuador argumentó que, cuando el TBI entró en vigor, las Demandantes no tenían inversiones en Ecuador, porque el Contrato Seacoast se extinguió en mayo de 1996, cuando vendieron sus acciones. La República del Ecuador agregó que las cuentas por cobrar no califican como una inversión de conformidad con el Artículo 25 del Convenio de Washington. La República del Ecuador también adujo que si se hubiera aplicado el TBI, la opción de arbitraje del TBI se hubiera desechado, porque las Demandantes ya habían presentado su reclamación ante un tribunal ecuatoriano. En caso de que el TBI fuera aplicable, la República del Ecuador alegó que las Demandantes no demostraron que hubiera violado ninguna de sus obligaciones en virtud del Tratado y mucho menos que tal violación hubiere ocurrido después de la entrada en vigencia del Tratado.

17. En el Laudo emitido el 31 de julio de 2007, el Tribunal Arbitral decidió:

“a. Acoger la excepción principal de la Demandada sobre la competencia del Tribunal relativa a la irretroactividad del TBI.

b. Rechazar las demás excepciones a la competencia del Tribunal y en consecuencia establecer su competencia para entender de todas aquellas violaciones al TBI alegadas por las Demandantes como imputables a la Demandada por actos y omisiones posteriores a la entrada en vigor del TBI.

c. Rechazar los reclamos de las Demandantes sobre los que el Tribunal previamente decidió que tenía competencia, por entender que no se probó la violación de los estándares de trato justo y equitativo, incluyendo la obligación de actuar de buena fe, ni los estándares del trato no-discriminatorio o no-arbitrario exigidos por el TBI a Ecuador en su condición de Estado Parte.

d. Rechazar el reclamo de las Demandantes relativo a la expropiación de sus derechos sobre la inversión como consecuencia de la revocación del permiso de Seacoast para operar en Ecuador.

e. Tomar nota formalmente de las afirmaciones de los abogados de la Demandada relativas al derecho de las Demandantes de accionar judicialmente ante los tribunales ecuatorianos para dirimir las controversias existentes sobre los incumplimientos contractuales alegados por estas.

f. Cada parte pagará por partes iguales las costas y gastos incurridos en el procedimiento de arbitraje incluyendo competencia y fondo.

g. Cada parte se hará cargo de sus propias costas y gastos de representación incurridos en el procedimiento de arbitraje sobre competencia y fondo”.

18. Las Demandantes han solicitado la anulación del Laudo por la supuesta omisión por parte del Tribunal de Arbitraje, de: *“referirse a la reclamación planteada por las Demandantes, solicitando US\$24,2 millones por el incumplimiento por parte de Ecuador del TBI Ecuador-EE.UU., al negarse a pagar las cuentas por cobrar que les debe a las Demandantes, sea en forma continua o de otra forma”*. De lo contrario, las Demandantes solicitan que *“el Comité proceda a la anulación de la decisión implícita del Tribunal de que no tenía jurisdicción sobre los aspectos de la reclamación relacionados con el tratado conforme al Artículo VI(1)(c) del TBI EE.UU.-Ecuador, sobre la base de que se refería a una diferencia que surgió antes de la entrada en vigor del Tratado, debido a la extralimitación manifiesta en sus facultades y a la falta de expresión de motivos”*. Por último, y en todo caso, las Demandantes solicitan que *“el Comité anule la decisión del Tribunal de que carecía de jurisdicción sobre los aspectos contractuales de la reclamación conforme al Artículo VI(1)(a) del TBI EE.UU.-Ecuador sobre la base de que se refería a una diferencia que surgió antes de la entrada en vigor del TBI, debido a la extralimitación manifiesta en sus facultades y a la falta de expresión de motivos”*.⁸
19. En su Solicitud de Anulación, las Demandantes pidieron la anulación parcial del Laudo en virtud de dos causales, establecidas en los párrafos (b) y (e), de las cinco causas contempladas en el Artículo 52 del Convenio CIADI. Las secciones pertinentes del Artículo 52 dicen: *“Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas: [...] (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;; [...] (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde”*.
20. En un principio, subsidiariamente a la causal prevista en el Artículo 52(1)(e), las Demandantes presentaron su solicitud de anulación también con fundamento en la causal prevista en el Artículo 52(1)(b) del Convenio de Washington, si se consideraba que el Tribunal había al menos implícitamente tratado la cuestión de las cuentas por cobrar. Subsecuentemente, al responder una pregunta del Tribunal, las Demandantes especificaron que no solicitaban una conclusión específica sobre el Artículo 52(1)(e) del Convenio de Washington como precondition para la anulación del Laudo en virtud del Artículo 52(1)(b) y que sus alegaciones relacionadas con los incisos (b) y (e) del Artículo 52(1) son independientes entre sí. Las Demandantes también aclararon en la audiencia que su objetivo final es la total anulación del Laudo, debido a que la extralimitación en las facultades por parte del Tribunal contaminan por completo su contenido⁹. En primer lugar, el Comité revisará a continuación sus facultades conforme al Artículo 52 del Convenio y luego pasará a analizar las causales invocadas por las Demandantes en el orden en que se encuentran previstas en el Artículo 52.

⁸ Memorial de las Demandantes (Memorial), párr. 150.

⁹ Acta de la Audiencia sobre Anulación celebrada el 8 de junio de 2009 (en adelante, el Acta), págs. 193, 199.

III. LAS FACULTADES DEL COMITÉ CONFORME AL ARTÍCULO 52 DEL CONVENIO DE WASHINGTON

A) POSICIONES DE LAS PARTES

21. Las Demandantes argumentan que el Comité debería ejercer una amplia discreción para anular el Laudo. También señalan que las causas de anulación establecidas en el Artículo 52 no son mutuamente excluyentes. Se refieren a la decisión del Comité de Anulación de *MTD c. Chile*, que observó que “los comités de anulación tienen una función que desempeñar dentro del sistema del CIADI, que consiste en asegurar “la justicia fundamental del proceso arbitral”¹⁰ y a la decisión del comité en *Klöckner (I)*, que también señaló que las reglas del Convenio y el sistema del CIADI están diseñados para impedir “una impresión de injusticia en una de las partes”¹¹.
22. Las Demandantes consideran que, si no se anula, la decisión del Tribunal comprometerá seriamente la coherencia y la legitimidad de los tratados bilaterales sobre inversión y la capacidad de los tribunales del CIADI para resolver adecuadamente las diferencias relativas a éstos. Además, tal decisión crearía una división entre el derecho internacional sobre inversiones y una ya sentada posición en el derecho internacional sobre la aplicación retroactiva de los tratados, y crearía precedentes falsos y peligrosos¹².
23. La República del Ecuador sostiene que las Demandantes pretenden que el Comité actúe como si estuviera ante una apelación, y que no solo analice las conclusiones del Tribunal con respecto al significado y al alcance del derecho aplicable, sino que también analice nuevamente los hechos. Una pretensión de tal índole es ajena a la naturaleza de los procedimientos de anulación e infringe las disposiciones del Artículo 53 del Convenio, que establece que el laudo es vinculante para las partes y que “no podrá ser objeto de apelación”¹³.

B) ANÁLISIS DEL COMITÉ AD HOC:

24. El Artículo 53 del Convenio de Washington establece claramente que las únicas acciones permitidas contra un laudo son aquellas contempladas en el Convenio, que incluyen la solicitud de anulación, pero no la apelación. Por ende, los comités *ad hoc* no son tribunales de apelación. Su misión se limita a controlar la legalidad de los laudos con arreglo a los estándares detallados en forma expresa y taxativa en el

¹⁰ *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. la República de Chile* (Caso CIADI No. ARB/01/7), Decisión sobre Anulación, 21 de marzo, 2007, Reportes del CIADI 13 516, párr. 54 (en adelante, *MTD c. Chile*).

¹¹ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República Unida de Camerún y Société Camerounaise des Engrais*, (Caso CIADI No. ARB/81/2), Decisión sobre Anulación, 3 de mayo, 1985, Reportes del CIADI 2, párr. 78 (en adelante, *Klöckner (I)*).

¹² Las Demandantes dan un ejemplo de un laudo que cita con aprobación un fragmento del Laudo de M.C.I. Power, es decir, el laudo pronunciado en *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. la República de Chile* (Caso CIADI No. ARB/98/2), 8 de mayo, 2008, párr. 611 (en adelante, *Pey Casado c. Chile*).

¹³ Artículo 53(1) del Convenio de Washington.

Artículo 52 del Convenio de Washington. El hecho de que los comités *ad hoc* no pueden analizar la sustancia de un laudo, sino que sólo pueden analizarlo con respecto a la lista de las causas enumeradas en el Artículo 52 del Convenio de Washington, es un principio fundamental¹⁴. Muchos comités, cuyas decisiones son invocadas por las partes, reafirmaron lo anterior¹⁵. En consecuencia, el papel de un comité *ad hoc* es limitado, confinado a evaluar la legitimidad de un laudo y no su corrección. Por ejemplo, el comité no puede reemplazar la determinación sobre el fondo de la diferencia del tribunal por la suya, y como destacó el Comité de *Lucchetti c. Perú*: “[...] el Comité no está facultado para revisar la decisión misma a la que haya llegado el Tribunal, ni menos aún para reemplazar las opiniones del Tribunal por las suyas propias, sino que debe limitarse a evaluar si la manera en que el Tribunal cumplió sus funciones cumple los requisitos del Convenio del CIADI”¹⁶. El mecanismo de anulación no está designado para alcanzar consistencia en la interpretación y aplicación del derecho internacional de inversiones. La responsabilidad de garantizar la congruencia en la jurisprudencia y de desarrollar un cuerpo de derecho coherente es, principalmente, de los tribunales en materia de inversión. Ellos son asistidos en esta tarea por la evolución de una doctrina legal común y por el surgimiento progresivo de “*une jurisprudence constante*”, como declaró el Tribunal en *SGS c. Filipinas*¹⁷.

25. En sus escritos, las partes invocaron la jurisprudencia arbitral del CIADI y de otros tribunales en materia de inversiones, si bien, según el Artículo 53 del Convenio de Washington, el laudo sólo es vinculante para las partes de la diferencia y no constituye un precedente vinculante para otros tribunales¹⁸. No obstante, el CIADI publica cada vez más laudos y decisiones de tribunales y comités de anulación con el consentimiento de las partes, como lo exigen el Artículo 48(5) del Convenio de Washington y la Regla 48(4) de las Reglas CIADI. Como resultado, la cobertura de los casos y los comentarios de los académicos y profesionales son extensos y, sin dudas, fomentan una consistente aplicación del derecho en materia de inversiones. En este caso, las partes también han invocado decisiones de comités *ad hoc* a las que se hace referencia en la presente decisión. A pesar de que no existe una jerarquía de tribunales internacionales, como se reconoció en *SGS c. Filipinas*¹⁹, el Comité considera que es apropiado considerar esas decisiones, porque sus razonamientos y

¹⁴ El Comité de *Klöckner (I)* ya explicó que el Artículo 52 “no es, de ninguna manera, una *apelación* contra los laudos arbitrales” y que “[e]sta disposición le permite a cada parte de un proceso arbitral CIADI solicitar la anulación del laudo en virtud de una o más de las causas enumeradas taxativamente en el Artículo 52 del Convenio.” *Klöckner (I)*, Decisión sobre Anulación, 3 de mayo, 1985, Reportes del CIADI 2 97, párr. 3 (énfasis del original).

¹⁵ *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8), Decisión sobre Anulación, 25 de septiembre, 2007, párrs. 43, 135-136 (en adelante, *CMS c. Argentina*); *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3), Decisión sobre Anulación, 3 de julio, 2002, párr. 62 (en adelante, *Vivendi c. Argentina*); *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia* (Caso CIADI No. ARB/81/1), Decisión sobre Anulación, 16 de mayo, 1986, Reportes del CIADI 1 509, párr. 23 (en adelante, *Amco I*); *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* (Caso CIADI No. ARB/84/4), Decisión sobre Anulación, 22 de diciembre, 1989, Reportes del CIADI 4 79, párrs. 5.04-5.08 (en adelante, *MINE*); *Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/98/4), Decisión sobre Anulación, 5 de febrero, 2002, párrs. 34-37 (en adelante, *Wena c. Egipto*); *Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo* (Caso CIADI No. ARB/99/7), Decisión sobre Anulación, 1 de noviembre, 2006, párr. 19 (en adelante, *Patrick Mitchell c. Congo*); *MTD c. Chile*, *supra* nota 10, párrs. 31, 52; *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Caso CIADI No. ARB/02/7), Decisión sobre Anulación, 5 de junio, 2007, párr. 20 (en adelante, *Soufraki c. EAU*); *Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Indalsa Perú, S.A.* (anteriormente *Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A.*) *c. República del Perú* (Caso CIADI No. ARB/03/4), Decisión sobre Anulación, 5 de septiembre, 2007, párr. 101 (en adelante, *Lucchetti c. Perú*).

¹⁶ *Lucchetti c. Perú*, *supra* nota 15, párr. 97. Ver también *MTD c. Chile*, *supra* nota 10, párr. 54.

¹⁷ *SGS Sociéte Générale de Surveillance S.A. c. República de las Filipinas* (Caso CIADI No. ARB/02/6), Decisión del Tribunal sobre las Excepciones a la Jurisdicción, 29 de enero, 2004, párr. 97 (en adelante, *SGS c. Filipinas*).

¹⁸ *Id.*

¹⁹ *Id.*

conclusiones pueden orientar al Comité para decidir determinadas cuestiones similares que surjan en estos procedimientos de anulación y pueden ayudar a garantizar la coherencia y la seguridad jurídica del mecanismo de anulación del CIADI, contribuyendo así a asegurar la confianza en el sistema de resolución de diferencias del CIADI y la predictibilidad para los gobiernos y los inversores.

IV. ARTÍCULO 52(1)(b): EXTRALIMITACIÓN MANIFIESTA EN LAS FACULTADES

A) POSICIONES DE LAS PARTES:

26. Las Demandantes sostienen que el Tribunal no aplicó el derecho apropiado a la diferencia, al rechazar erróneamente su jurisdicción sobre la reclamación relativa a las cuentas por cobrar conforme al TBI. Aun cuando el Tribunal reconoció que las cuentas por cobrar son una inversión, en virtud del Artículo I(1)(a) del TBI²⁰, éste no abordó la cuestión de cómo el TBI, una vez que entró en vigor, se aplicaba a las cuentas por cobrar. Las Demandantes afirman que la jurisdicción sobre las cuentas por cobrar surge en forma obvia de la revisión de los Artículos VI(4)²¹ y XII²² del TBI que, en conjunto, le otorgan al Tribunal jurisdicción sobre “cualquier diferencia en materia de inversión” en relación con una inversión existente al momento en que el TBI entró en vigencia. Conforme al Artículo XII del TBI, sin lugar a dudas, el Tratado se aplicaba a una situación que, claramente, no dejó de existir cuando el TBI entró en vigor el 11 de mayo de 1997, y las Demandantes señalan que de las mismas conclusiones del Tribunal se desprende que las diferencias que surgieron de los acuerdos sobre

²⁰ El Artículo I(1)(a) del TBI dispone: “1. A efectos del presente Tratado: a) “Inversión” significa todo tipo de inversión tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad de nacionales o sociedades de la otra Parte o este controlada por dichos nacionales o sociedades, y comprende: (i) Los bienes corporales e incorporeales, incluso derechos tales como los de retención, las hipotecas y las prendas; (ii) Las sociedades o las acciones de capital u otras participaciones o en sus activos; (iii) El derecho al dinero o alguna operación que tenga valor económico y que esté relacionada con una inversión; (iv) La propiedad intelectual que, entre otros, comprende los derechos relativos a: las obras artísticas y literarias, incluidas las grabaciones sonoras, los inventos en todos los ámbitos del esfuerzo humano, los diseños industriales, las obras de estampado de semiconductores, los secretos comerciales, los conocimientos técnicos y la información comercial confidencial, y las marcas registradas, las marcas de servicio y los nombres comerciales, y (v) Todo derecho conferido por la ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la Ley.”

²¹ El Artículo VI(4) del TBI dispone: “Cada una de las Partes consiente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio para su solución, de conformidad con la opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o de la sociedad, según el párrafo 3. Ese consentimiento, junto con el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, cuando se da conforme el párrafo 3, cumplirá el requisito de: (a) Un “consentimiento por escrito” de las partes en la diferencia a efectos del Capítulo II de la Convención del CIADI (Jurisdicción del Centro) y a efectos de las normas del Mecanismo Complementario, y (b) Un “acuerdo por escrito” a efectos del Artículo II de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de 1958 (“Convención de Nueva York”).”

²² El Artículo XII del TBI dispone: “1. El presente Tratado entrará en vigor treinta días después de la fecha de canje de los instrumentos de ratificación y permanecerá en vigor por un período de 10 años y continuará en vigor a menos que se denuncie de conformidad con las disposiciones del párrafo 2 del presente Artículo. El presente Tratado se aplicará a las inversiones existentes en el momento de su entrada en vigor y a las inversiones que se efectúen o adquirieran posteriormente. 2. Cualquiera de las Partes podrá denunciar el presente Tratado al concluir el período inicial de diez años, o en cualquier momento posterior, mediante notificación por escrito a la otra Parte con un año de antelación. 3. Con respecto a las inversiones efectuadas o adquiridas antes de la fecha de terminación del presente Tratado, y a las cuales el presente Tratado sea por lo demás aplicable, las disposiciones de todos los demás artículos del presente Tratado continuarán en vigor durante un período adicional de diez años después de la fecha de terminación. 4. El Protocolo y la Carta Anexa formarán parte integral del presente Tratado.”

inversión continuaron, en efecto, por mucho tiempo después de que el Tratado entró en vigencia.

27. Las Demandantes señalan que, a diferencia de otros TBI firmados por Ecuador y los EE.UU., el TBI EE.UU.-Ecuador no limita el alcance temporal del término “*diferencia en materia de inversión*”, definido en el Artículo VI(1) del TBI²³. Las Demandantes comparan la redacción del Artículo VI(1) con la de otros TBI, como el TBI Argentina-España, el TBI Panamá-EE.UU. y muchos otros TBI firmados por Ecuador, que contienen cláusulas específicas que impiden su aplicación a las diferencias que surjan con anterioridad a su entrada en vigor. La ausencia de una redacción con limitación temporal en el TBI EE.UU.-Ecuador indica, en su opinión, que las Partes Contratantes no pretendieron limitar la aplicación temporal del Tratado de la manera en que lo decidió el Tribunal. Además, destacan que el Artículo XII del TBI EE.UU.-Ecuador, que impide que un Tribunal asuma jurisdicción sobre diferencias cuya existencia ha cesado antes de que el TBI entrara en vigor, es similar al incluido en el TBI Honduras-EE.UU. que, según las explicaciones del Secretario de Estado de los EE.UU., confirma que el principio de irretroactividad de los tratados simplemente le impide a los tribunales asumir jurisdicción sobre diferencias con respecto a actos que ocurrieron antes de que el tratado entrara en vigencia, o con respecto a situaciones cuya existencia terminó con anterioridad a tal momento; pero no les impide asumir jurisdicción sobre una diferencia que surja antes de la entrada en vigencia del tratado, mientras la causa subyacente de la diferencia continúe o de alguna manera culmine con posterioridad a esa fecha. Las Demandantes agregan que el TBI EE.UU.-Ecuador no está escrito sólo en el tiempo verbal futuro, en especial el Artículo VI(1) a (3)²⁴. Las Demandantes concluyen que ni Ecuador ni los Estados Unidos incluyeron una limitación implícita a su consentimiento a la jurisdicción del CIADI con respecto a las diferencias que pudieran surgir después de que el TBI EE.UU.-Ecuador entrara en vigor.

²³ El Artículo VI(1) del TBI dispone: “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.”

²⁴ Los Artículos VI(2) y VI(3) del TBI disponen: “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: (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 convertido, o (c) Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo. 3. (a) Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2 y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio: (i) Del centro internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“el Centro”) establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 (“Convenio del CIADI”), siempre que la Parte sea parte en dicho Convenio; o (ii) Del Mecanismo Complementario del Centro, de no ser posible recurrir a éste; o (iii) Según las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Internacional (CNUDMI), o (iv) De cualquier otra institución arbitral o conforme a otra norma de arbitraje, según convenga 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”.

28. Las Demandantes aducen que, como resultado de la interpretación equívoca del principio de irretroactividad de los tratados, el Tribunal no aplicó el Artículo VI(4) del TBI, mediante el cual las Partes Contratantes se comprometieron a someter “*cualquier*” diferencia en materia de inversión a un proceso arbitral vinculante, sin las modificaciones de las limitaciones temporales expresas que se incluyen en otros TBI. Afirman que el Tribunal adoptó un principio de interpretación de tratados que deroga la redacción expresa del Artículo XII del TBI, anula al Tratado en sí mismo y se contradice con la regla más fundamental de la interpretación de tratados, establecida en el Artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²⁵. Sostienen que, en tal caso, la interpretación errónea del tratado es tan grave que desaparece la distinción entre la ignorancia del derecho y su interpretación incorrecta.
29. Por otro lado, las Demandantes sostienen que, además de no haber aplicado los términos del TBI EE.UU.-Ecuador, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al no citar ninguna autoridad que respaldara su falsa conclusión legal de que el principio de irretroactividad de los tratados le impedía asumir la jurisdicción sobre las diferencias que surgieran antes de la entrada en vigencia del TBI EE.UU. -Ecuador. Las Demandantes declaran que el Tribunal invocó sola y exclusivamente el Artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²⁶, aun cuando en ninguna parte del Artículo 28 le impide a un tribunal asumir la jurisdicción sobre las diferencias que surjan antes de que un tratado entre en vigencia, siempre que no dejen de existir antes de ese momento. Las Demandantes alegan que el enunciado legal incorrecto del Tribunal no tiene fundamento alguno en el Comentario de la Comisión de Derecho Internacional sobre el Artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la historia de la redacción del Convenio de Washington²⁷, la postura adoptada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Mavrommatis*²⁸, los comentarios de los académicos, incluido el Presidente de la Corte Internacional de Justicia²⁹, la práctica en materia de tratados de los Estados³⁰ y la

²⁵ Artículo 31(1) de la Convención de Viena: “*Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”.

²⁶ Artículo 28 de la Convención de Viena: “*Irretroactividad de los tratados: Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.*”

²⁷ Artículo 25(1): “*La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante [...] y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito someter al Centro...*”

²⁸ “*La Corte considera que, en caso de duda, la jurisdicción basada sobre un acuerdo internacional abarca todas las diferencias que se le presenten después de su establecimiento [...] La reserva efectuada en muchos tratados sobre arbitraje respecto de las diferencias que surjan de acontecimientos previos a la conclusión del tratado parece probar la necesidad de una limitación explícita y, en consecuencia, la corrección de la regla de interpretación enunciada anteriormente.*” Caso de *Mavrommatis* Palestine Concessions, CPJI (1924) Serie A, No. 2, pág. 35 (en adelante, *Mavrommatis*).

²⁹ Stanimir Alexandrov, “The Baby Boom of Treaty Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals”, 4 *Laws and Practice of Int'l Courts and Tribunals* 19; Lauterpacht, “The Development of International Law by the International Court” (1958, Stevens & Sons); J. Pauwelyn, “The concept of a continuing violation of an international obligation: selected problems”, (1995) 66 *British Yearbook of International Law* 415; Rosalyn Higgins, “Time and the Law: International Perspectives on an Old Problem” (1997) 46 *Int'l & Comp. L. Q.*

jurisprudencia en materia de tratados de inversión. En especial, las Demandantes alegan que el laudo de *Mondev c. Estados Unidos*³¹, al igual que otros laudos como *UPS c. Canadá*³² y *SGS c. Filipinas*³³, aceptaron la jurisdicción sobre diferencias que surgieron antes de que el tratado correspondiente entrara en vigor y no son congruentes en absoluto con la decisión equívoca del Tribunal. Las Demandantes distinguen los hechos del presente caso de la situación fáctica de *Lucchetti c. Perú*³⁴ o de *Jan de Nul c. Egipto*³⁵, *Pey Casado c. Chile*³⁶ y *Tradex c. Albania*³⁷, así como distinguen la decisión del Tribunal sobre el principio de irretroactividad de los tratados, de las conclusiones a las que se arribó en *Impregilo c. Pakistán*³⁸ y *Salini c. Jordania*³⁹. Argumentan que no hay justicia en un proceso en el que se usa una referencia arbitraria e infundada a una norma jurídica inexistente para resolver una diferencia.

30. Asimismo, las Demandantes sostienen que el Tribunal no abordó la cuestión de determinar si Ecuador infringió el Contrato firmado con éstas, conforme a los términos del Contrato mismo. Las Demandantes resaltan en su reclamación que hay dos tipos de diferencias en materia de inversiones controvertidas. La primera es una diferencia relativa a la inversión, que surge en virtud del Artículo VI(1)(c)⁴⁰ y que versa sobre una supuesta violación a los términos del TBI. La segunda es una diferencia que surge en virtud del Artículo VI(1)(a)⁴¹ del TBI, que versa sobre el Contrato Seacoast. Luego, en el Memorial de Réplica las Demandantes especificaron que hay dos canales distintos en discusión - a saber, el TBI y el Contrato - para resolver una diferencia.
31. Las Demandantes sostienen que, como las diferencias contractuales se deben resolver de conformidad con el derecho aplicable de acuerdo al contrato o, de lo contrario, de conformidad con el derecho

501.

³⁰ Herbert Briggs, "Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice," 93 Recueil des Cours I (1958).

³¹ *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI No. ARB (AF)/99/2), Laudo, 11 de octubre, 2002, párr. 57 (en adelante, *Mondev c. Estados Unidos*).

³² *United Parcel Service of America Inc. c. Gobierno de Canadá*, Laudo, 24 de mayo, 2007, párrs. 22-28 (en adelante, *UPS c. Canadá*).

³³ *SGS c. Filipinas*, *supra* nota 17, párr. 167.

³⁴ *Lucchetti c. Perú*, *supra* nota 15.

³⁵ *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB 04/13), Decisión sobre Jurisdicción, 16 de junio, 2006, párr. 116 (en adelante, *Jan de Nul c. Egipto*).

³⁶ *Pey Casado c. Chile*, *supra* nota 12, párrs. 369, 613-623.

³⁷ *Tradex Hellas S.A. c. República de Albania* (Caso CIADI No. ARB/94/2), Decisión sobre Jurisdicción, 24 de diciembre, 1996, *Rev. CIADI 14—FILJ* 161 (1999), págs. 179-180 (en adelante, *Tradex c. Albania*).

³⁸ *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI No. ARB/03/3), Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril, 2005, párrs. 300, 313-315 (en adelante, *Impregilo c. Pakistán*).

³⁹ *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino de Hashemita de Jordania* (Caso CIADI No. ARB/02/13), Decisión sobre Jurisdicción, 29 de noviembre, 2004, párr. 170 (en adelante, *Salini c. Jordania*).

⁴⁰ El Artículo VI(1)(c) del TBI dispone: "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: [...] (c) una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión".

⁴¹ El Artículo VI(1)(a) del TBI dispone: "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 [...]."

internacional consuetudinario (o el derecho del Estado receptor), en contraposición a las disposiciones sustantivas del TBI, tales diferencias, mientras hayan seguido existiendo después de la entrada en vigencia del tratado, no están limitadas por las restricciones temporales del TBI que se aplican al Artículo VI(1)(c), pero no, al Artículo VI(1)(a) del TBI. Las Demandantes aducen que, sobre la base de los principios ordinarios de interpretación de tratados, el Tribunal tiene competencia sobre las reclamaciones contractuales, dado que, a efectos de la jurisdicción del Tribunal conforme al Artículo VI(1)(a), el hecho de que el acto haya sucedido antes o después de la entrada en vigencia del TBI es completamente irrelevante, siempre que la diferencia haya continuado después de su entrada en vigencia. El Artículo VI(1)(a) no puede limitar al Tribunal a la aplicación de las disposiciones sustantivas del TBI con restricciones temporales. A diferencia del Artículo VI(1)(c), el Artículo VI(1)(a) opera, desde el punto de vista de las Demandantes, como una disposición puramente jurisdiccional, sin relación con las disposiciones sustantivas del TBI. Las Demandantes argumentan que el Tribunal tenía la obligación de escrutar su jurisdicción, en virtud de todos los párrafos del Artículo VI, pero desafortunadamente falló al hacerlo. Debido a que no aplicó los términos del TBI, el Tribunal tampoco aplicó el derecho adecuado al aspecto contractual de la diferencia a las supuestas violaciones de la cláusula paraguas del Artículo II(3) del TBI, que se hubiera aplicado a la diferencia, independientemente del momento de la entrada en vigor del Tratado. Las Demandantes concluyen que la negación a asumir su jurisdicción en los términos del contrato equivale a la adopción de un principio de interpretación de tratados incorrecto, que prevalece sobre la redacción expresa del tratado en sí mismo.

32. Las Demandantes concluyen que para ejercer la jurisdicción adecuadamente, en primer lugar, un tribunal debe abordar cada una de las pretensiones que se le plantean. La omisión en la determinación de cada pretensión con una clara indicación de su deliberación, implica omitir ejercer la jurisdicción y, por ende, la extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal. Un tribunal no puede dejar de ejercer su jurisdicción, debe aplicar sus facultades en forma adecuada. Si no lo hace, abusa de su discreción y se excede manifiestamente en sus facultades. Las Demandantes declaran que señalan un error de jurisdicción tan fundamental que socava el análisis completo del caso, que es el tipo de error contemplado por el Artículo 52(1)(b). Aducen que la prueba para determinar si el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades es que el error debe ser textualmente obvio y sustancialmente grave, tal como surge del Artículo VI(1)(a) y del Artículo VI(1)(c) del TBI. No importa si el error se puede notar con facilidad o a primera vista, mientras surja en forma obvia del texto.
33. En respuesta, la República del Ecuador señala que, al decidir que el TBI no se aplica a las diferencias que surjan antes de su entrada en

vigor, el Tribunal no se extralimitó manifiestamente en sus facultades. La premisa básica es que los TBI se deben interpretar en forma coherente con los principios generales y las normas del derecho internacional. La regla general de interpretación establecida en el Artículo 31 de la Convención de Viena lleva a la conclusión del Tribunal de que el TBI no cubre las diferencias surgidas con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor. En particular, el Artículo XII del TBI no contiene ninguna disposición sobre la aplicación retroactiva. En todo caso, la interpretación del alcance temporal es la aplicación directa del principio de irretroactividad que, según la Demandada, es “una fuente primaria del derecho internacional”, que no requiere el respaldo de ninguna otra fuente o autoridad. El Tribunal decidió que no tenía jurisdicción sobre la diferencia en cuestión porque el texto de aplicación del Artículo 28 de la Convención de Viena y el Artículo XII del TBI no se ocupa del hecho de que la diferencia haya surgido antes de la entrada en vigor del TBI o de que haya continuado con posterioridad a ella, sino del hecho de que las circunstancias o los actos que llevaron a la diferencia hayan sucedido o se hayan terminado antes o después de que el tratado entrara en vigencia. Asimismo, Ecuador indica que la totalidad del TBI EE.UU. -Ecuador tenía la clara intención de regir sobre el futuro. Hay una gran cantidad de precedentes, como *Tecmed c. México*⁴², *Pey Casado c. Chile*⁴³, *Salini c. Jordania*⁴⁴ y *Tradex c. Albania*⁴⁵, que también demuestran que, incluso cuando los tratados nada dicen sobre el alcance temporal de la jurisdicción de un tribunal CIADI, el lenguaje utilizado en el TBI constituye una fuerte indicación de que las partes acuerdan que el tratado se dirige al futuro. Algunos tribunales, (*Mondev c. Estados Unidos*⁴⁶, *Pey Casado c. Chile*⁴⁷, *Impregilo c. Pakistán*⁴⁸, *Generation Ukraine c. Ucrania*⁴⁹ y *S.G. c. República Dominicana*⁵⁰) han aplicado el principio de irretroactividad de los tratados a las diferencias que surgieron antes de la entrada en vigor de un TBI con el mismo sentido que el Tribunal en este caso, lo que demuestra con certeza que su interpretación no es absurda o tan irracional que ninguna persona coherente la aceptaría. La República del Ecuador considera que la invocación de la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en *Mavrommatis* es errónea e invoca la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en

⁴² *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2), Laudo, 29 de mayo, 2003, párrs. 62-64 (en adelante, *Tecmed c. México*).

⁴³ *Pey Casado c. Chile*, *supra* nota 12, párrs. 582-584.

⁴⁴ *Salini c. Jordania*, *supra* nota 39, párrs. 170-171.

⁴⁵ *Tradex c. Albania*, *supra* nota 37, págs. 179-180.

⁴⁶ *Mondev c. Estados Unidos*, *supra* nota 31, párr. 68.

⁴⁷ *Pey Casado c. Chile*, *supra* nota 12, párrs. 369, 611, 613-623.

⁴⁸ *Impregilo c. Pakistán*, *supra* nota 38, párrs. 313-315.

⁴⁹ *Generation Ukraine Inc. c. Ucrania*, (Caso CIADI No. ARB/00/9), Laudo, 16 de septiembre, 2003, párr. 8.13 (en adelante, *Generation Ukraine c. Ucrania*).

⁵⁰ *Société Générale con respecto a DR Energy Holdings Limited y Empresa Distribuidora de Electricidad del Este S.A. c. la República Dominicana*, Caso LCIA No. UN 7927, Laudo sobre Excepciones Preliminares a la Jurisdicción, 19 de septiembre, 2008, párrs. 70, 74 y 87 (en adelante *S.G. c. República Dominicana*).

*Ambatielos*⁵¹, caso en el que se rechazó la aplicación retroactiva de un tratado a acontecimientos previos. La República del Ecuador aduce que no es necesario saber si el Tribunal debería haber aceptado determinadas reclamaciones contractuales o no; sino que basta establecer que ésta es una postura razonable que también han tomado otros tribunales o parte de la doctrina.

34. La República del Ecuador también sostiene que no se debe entender que los términos de la cláusula de resolución de diferencias constituyen un consentimiento amplio al arbitraje basado sobre tratados para la resolución de diferencias contractuales y otras reclamaciones relativas a leyes locales, como se demostró en las decisiones pronunciadas por otros tribunales, como en *SGS c. Pakistán*⁵². Las reclamaciones contractuales que se presentan ante un tribunal basado sobre un tratado también deben equivaler a una violación a los estándares del tratado, como se destacó en *Lesi-Dipenta c. Argelia*⁵³ y, por ende, en ausencia de una disposición específica, una cláusula arbitral, aunque sea amplia, no puede justificar la jurisdicción del tribunal sobre reclamaciones meramente contractuales. Ecuador también afirma que la jurisdicción contractual en virtud del TBI sólo puede ejercerse con respecto a un contrato de inversión con el Estado mismo, y no con una entidad autónoma como INECEL y que un inversor que invoque la jurisdicción contractual en virtud de una oferta realizada por el Estado, debe cumplir con los arreglos contractuales para la resolución de las diferencias con ese Estado.
35. La República del Ecuador también alega que las limitaciones temporales del TBI se aplican a las dos clases de diferencia y agrega que las decisiones pronunciadas en *Lucchetti c. Perú*⁵⁴, *Jan de Nul c. Egipto*⁵⁵ y *Pey Casado c. Chile*⁵⁶ indican que si hubiera una diferencia entre M.C.I. y New Turbine, por una parte, y Ecuador, por la otra parte, antes de la entrada en vigor del TBI, sería necesario considerar el origen de la reclamación del TBI y establecer si ésta surgió en la fecha de entrada en vigencia del TBI o con posterioridad a ella. Si la reclamación nueva y la anterior tienen el mismo origen o versan sobre la misma materia, es decir, un acto que se desarrolló antes de la entrada en vigor del TBI, la decisión del Tribunal de no ejercer la jurisdicción *ratione temporis* está bien fundada. Sea que el caso verse sobre una única diferencia o sobre dos diferencias distintas, la decisión del Tribunal abarca ambas situaciones, porque ambas pertenecen a la

⁵¹ *Caso Ambatielos (jurisdicción)*, *Grecia c. Reino Unido*, Sentencia, 1 de julio, 1952: *Reportes de la C.I.J.*, 1952, pág. 28 (en adelante, *Ambatielos*).

⁵² *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán*, (Caso CIADI No. ARB/01/13), Decisión del Tribunal sobre las Excepciones a la Jurisdicción, 6 de agosto, 2003, párrs. 161-162 (en adelante, *SGS c. Pakistán*).

⁵³ *Consorzio Groupement L.E.S.I.- Dipenta c. República Argelina Democrática y Popular* (Caso CIADI No. ARB/03/8), Laudo, 10 de enero, 2005, párr. 25 (en adelante, *Lesi-Dipenta c. Argelia*).

⁵⁴ *Lucchetti c. Perú*, *supra* nota 15.

⁵⁵ *Jan de Nul c. Egipto*, *supra* nota 35, párr. 116.

⁵⁶ *Pey Casado c. Chile*, *supra* nota 12.

categoría de diferencias que el tribunal excluyó de su jurisdicción, es decir, aquellas que surgieron con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado; a saber, las reclamaciones relacionadas con un contrato que había sido rescindido antes de que el TBI entrara en vigor y que, por ende, estaban por fuera del alcance jurisdiccional del Tribunal. El Artículo VI es una cláusula meramente introductoria que suele incluirse en los TBI y que no se puede tomar como una cláusula sustantiva que contiene un consentimiento amplio al arbitraje, ya sea sobre la base de un tratado o de un contrato. Sería curioso que se hubiera pretendido proporcionar una cláusula paraguas sujeta al Artículo 28 y, al mismo tiempo, se hubiera considerado al Artículo VI(1)(a) como una disposición jurisdiccional que no estaría sujeta al Artículo 28.

36. Finalmente, la República del Ecuador declara que, aun suponiendo que el Tribunal hubiera aplicado en forma equívoca el principio de irretroactividad de los tratados y, por ende, hubiera interpretado incorrectamente el TBI, tal error de interpretación no constituiría una extralimitación en sus facultades, porque, de lo contrario, equivaldría a admitir una apelación del laudo arbitral. La República del Ecuador declara que la falta de aplicación del derecho apropiado es una cuestión de interpretación que no puede constituir una causa de anulación. Como lo revela la historia del Convenio de Washington, la aplicación incorrecta del derecho no es una causa de anulación. Además, la República del Ecuador aduce que la extralimitación en las facultades debe ser manifiesta, obvia a primera vista, y que, si se requiere una interpretación elaborada, la extralimitación en las facultades no es evidente. En este caso, no hubo un error tan extremo que ninguna persona razonable podría haber admitido.

B) ANÁLISIS DEL COMITÉ *AD HOC*

37. La falta de aplicación del derecho apropiado no es una causa independiente de anulación conforme al Artículo 52 del Convenio de Washington. No obstante, las decisiones emitidas por los comités *ad hoc* han reconocido que la falta de aplicación del derecho aplicable por parte de un tribunal puede constituir una extralimitación manifiesta en las facultades en virtud del Artículo 52(1)(b)⁵⁷. En *Klöckner (I)*, el Comité *ad hoc* determinó que “[l]a extralimitación en las facultades puede consistir en la falta de aplicación por parte del árbitro de las reglas incluidas en el acuerdo de arbitraje”⁵⁸. Si bien el Artículo 42(1) del Convenio de Washington versa sobre el derecho aplicable al fondo de la diferencia⁵⁹, las cuestiones de jurisdicción se tratan en

⁵⁷ Ver, por ejemplo, las Decisiones sobre Anulación de los Comités de *Klöckner (I)*, *supra* nota 14, párr. 59; *Amco I*, *supra* nota 15, párrs. 23 y 95; *MINE*, *supra* nota 15, párr. 6.40; *CMS c. Argentina*, *supra* nota 15, párr. 49; *Soufraki c. EAU*, *supra* nota 15, párrs. 37 y 85.

⁵⁸ *Klöckner (I)*, *supra* nota 14, párr. 59.

⁵⁹ En su Laudo, párr. 217, el Tribunal determinó que no había pruebas de ningún acuerdo contenido en el TBI sobre el derecho aplicable a la diferencia. El Artículo 42(1) del Convenio de Washington establece que el Tribunal “decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes”. La segunda oración del Artículo 42(1) del Convenio de Washington dice: “A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”. Con respecto al derecho aplicable al fondo de la controversia, el laudo establece que: “[...] el Tribunal considera que deberá observarse lo dispuesto en la segunda parte del Artículo 42(1) del Convenio

el Artículo 25 del Convenio de Washington, que dispone: “[l]a jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”. En este caso, el Artículo VI(3)(a)(i) del TBI EE.UU. - Ecuador identifica al CIADI como un posible fuero para la selección del inversor. Conforme a esta disposición, el inversor “[...]podrá optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio: (i) Del centro internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“el Centro”) establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 (“Convenio del CIADI”), siempre que la Parte sea parte en dicho Convenio [...]”, como en el caso tanto de Ecuador como de los Estados Unidos. Cuando un TBI contiene una oferta unilateral de arbitraje CIADI, por parte de los Estados contratantes a los inversores que califiquen, como ocurre en el Artículo VI(4) del TBI EE.UU.-Ecuador⁶⁰, el Tribunal que se establezca fundamenta su competencia tanto en el Artículo 25 del Convenio de Washington como en el TBI respecto a las condiciones del consentimiento.⁶¹

38. La principal cuestión jurisdiccional planteada por Ecuador ante el Tribunal fue la del alcance temporal de su oferta de arbitraje. La cuestión fundamental versaba sobre el impacto del TBI sobre los sucesos supuestamente anteriores a su subsiguiente entrada en vigor. El TBI EE.UU.- Ecuador, que entró en vigencia el 11 de mayo de 1997, no contiene ninguna disposición sobre retroactividad aparte del Artículo XII(1), que establece que el Tratado “se aplicará a las inversiones existentes en el momento de su entrada en vigor y a las inversiones que se efectúen o adquieran posteriormente”. En el párrafo 57 de su Laudo, el Tribunal comentó el argumento de M.C.I. y New Turbine de que la aplicación del TBI EE.UU.-Ecuador no se limita a las diferencias que surjan después de su entrada en vigor. El Tribunal invocó el Artículo 28 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados y llegó a la siguiente conclusión: “La irretroactividad del TBI excluye su aplicación a las controversias surgidas con anterioridad a su entrada en vigor. Toda controversia surgida con anterioridad a esa fecha no es susceptible de ser sometida al sistema de solución de controversias establecido en el TBI. El silencio en el texto del TBI respecto a sus alcances en cuanto a las controversias anteriores a su entrada en vigor no altera los efectos del principio de la irretroactividad de los tratados”⁶².

CIADI, es decir que, a falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación ecuatoriana, incluyendo las normas de derecho internacional privado y aquellas normas del derecho internacional que pudieren ser aplicables. Respecto a estas últimas, el Tribunal entiende que las normas contenidas en el TBI, al igual que otras normas pertinentes del derecho internacional general, son de aplicación al presente caso. En este sentido, la competencia del Tribunal sobre el fondo de las controversias planteadas se encuentra restringida a entender de aquellas alegaciones de las Demandantes relativas a la violación del TBI posteriores a su entrada en vigor”.

⁶⁰ El Artículo VI(4) del TBI dispone que: “[c]ada una de las Partes consiente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio para su solución, de conformidad con la opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o de la sociedad, según el párrafo 3”.

⁶¹ CMS c. Argentina, *supra* nota 15, párr. 68 “las disposiciones jurídicas aplicables son sólo las del Convenio y las del TPPI [TBI], pero no aquellas que emanan de la legislación nacional”. Salini c. Jordania, *supra* nota 39, párr. 4462, 63. Laudo, párrs. 157-160.

⁶² Laudo, párr. 61.

39. Invocando la jurisprudencia anterior, el Tribunal distinguió “entre actos y omisiones anteriores a la entrada en vigor del TBI de los actos y omisiones posteriores a esa fecha alegados como violaciones al TBI” y determinó que “el surgimiento de una controversia susceptible de ser sometida a su competencia se relaciona inexorablemente con la violación de una norma del TBI por actos u omisiones posteriores a su entrada en vigor”⁶³. El Tribunal también distinguió “entre controversias surgidas con anterioridad a la entrada en vigor del TBI de las controversias que surjan con posterioridad a esa fecha que tienen una misma causalidad o una identidad de antecedentes con aquellas controversias anteriores”⁶⁴ y tomó nota de que: “[...]una controversia anterior puede evolucionar hacia el surgimiento de una nueva controversia, pero el hecho del surgimiento de esta nueva controversia no modifica los efectos de la irretroactividad del TBI respecto de la controversia anterior a su entrada en vigor. Las controversias anteriores que subsistan con posterioridad a la entrada en vigor del TBI no quedan alcanzadas por éste”⁶⁵.
40. Finalmente, el Tribunal entendió que “tiene competencia sobre hechos posteriores a la entrada en vigor del TBI cuando esos hechos son alegados como violatorios del TBI” y que “[h]echos anteriores sólo podrán ser considerados por el Tribunal a efectos de evaluar los antecedentes, causas y alcances de las violaciones al TBI acontecidas con posterioridad a su entrada en vigor”⁶⁶. Asimismo, el Tribunal aceptó que el Artículo XII del TBI se aplica a las inversiones existentes al momento de su entrada en vigor, cuando analizó la excepción subsidiaria de Ecuador sobre la existencia de una inversión en el sentido del Artículo 25 del Convenio de Washington⁶⁷ pero decidió que los procesos incoados por Seacoast ante los tribunales ecuatorianos se referían a incumplimientos contractuales relacionados con diferencias que surgieron con anterioridad a la entrada en vigencia del TBI y que, por ende, se encontraban fuera de su competencia temporal⁶⁸. En sus argumentos orales ante el Comité, las Demandantes aclararon que su crítica sobre la falta de aplicación del derecho adecuado a la diferencia sobre jurisdicción, por parte del Tribunal, se refiere a la falta de aplicación del Artículo VI(1)(a) del TBI⁶⁹. En este respecto, el Comité señala que el derecho aplicable al fondo de la diferencia no tiene efecto alguno sobre la cuestión de la jurisdicción del Tribunal, que debe determinarse únicamente sobre la base del Artículo 25 del Convenio de Washington, las cláusulas jurisdiccionales pertinentes del TBI y los principios del derecho internacional que sean aplicables.
41. Al analizar las implicaciones del principio de irretroactividad de los tratados sobre las disposiciones temporales y jurisdiccionales del TBI EE.UU.-Ecuador, se puede considerar que el Tribunal cumplió con su declaración anterior: “El Tribunal decidirá sobre las excepciones a su competencia planteadas por la Demandada y rechazadas por las Demandantes de conformidad a lo previsto en el Convenio CIADI, en el TBI y en las reglas aplicables del derecho internacional general. Entre éstas, cobran

⁶³ *Id.*, párr. 62.

⁶⁴ *Id.*, párr. 65.

⁶⁵ *Id.*, párr. 66.

⁶⁶ *Id.*, párr. 93.

⁶⁷ *Id.*, párr. 162.

⁶⁸ *Id.*, párr. 189.

⁶⁹ Acta págs. 177-178, 200-202.

*importancia en el presente caso las normas consuetudinarias reconocidas en el Proyecto final de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU [...] sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos [...]. Para la interpretación de los tratados aplicables a las excepciones planteadas el Tribunal se guiará por las reglas contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que reflejan el derecho consuetudinario sobre la materia [...] Los precedentes a que hará referencia el Tribunal se limitarán a la constatación de los alcances jurídicos de las normas vinculantes del derecho internacional convencional o consuetudinario aplicables, en la medida y dentro de los alcances específicos de esas normas respecto a las especiales circunstancias del presente caso”⁷⁰. La cuestión de que si la aplicación del derecho del tribunal fue bien fundada y legalmente sostenible es una cuestión independiente, sobre la cual es Comité *ad hoc* tiene una competencia muy limitada.*

42. La falta de aplicación del derecho correspondiente, la cual podría ser sancionada de acuerdo con lo establecido en el Artículo 52(1)(b), no debe confundirse con la aplicación errónea o incorrecta del derecho adecuado, que como se explicó, no es una causal de anulación, en concordancia con varias decisiones emitidas por comités *ad hoc*⁷¹. El Comité de *Amco I*, por ejemplo, sostuvo que: “[e]l Comité *ad hoc* analizará el derecho aplicado por el Tribunal, pero no a efectos de escrutar si el Tribunal cometió errores al interpretar los requisitos del derecho aplicable, o al afirmar o evaluar los hechos relevantes a los que se ha aplicado ese derecho. Tal escrutinio es la función que le corresponde a un tribunal de apelaciones, no a un Comité *ad hoc*. El Comité *ad hoc* se limitará a determinar si el Tribunal aplicó el derecho que debía aplicar a la diferencia. La falta de aplicación de tal derecho, en contraposición a su mera interpretación incorrecta, conformaría una extralimitación manifiesta en las facultades del Tribunal y una causa de anulación conforme al Artículo 52(1)(b) del Convenio”⁷². Ergo, se debe trazar una distinción entre lo que decidió el tribunal, que se relaciona con una extralimitación manifiesta en sus facultades, y cómo decidió el tribunal, lo cual, en principio, escapa el escrutinio de la anulación, conforme al Artículo 52(1)(b), sobre el razonamiento del tribunal.
43. No obstante, la libertad de la que goza el tribunal para aplicar el derecho no es ilimitada, ya que los árbitros deben permanecer dentro de los términos de referencia, como se destacó en la decisión sobre anulación *MINE*⁷³ y no deben extralimitarse en sus facultades. El Comité *ad hoc* de *Soufraki c. EAU* reconoció que “[l]a interpretación o la aplicación incorrectas del derecho correspondiente pueden, en un caso determinado, ser tan graves o atroces como para equivaler a la falta de aplicación del derecho adecuado”⁷⁴. Las Demandantes acuerdan que se debe distinguir entre ignorar el derecho e interpretarlo en forma incorrecta, pero aducen que

⁷⁰ Laudo, párrs. 42-44.

⁷¹ *Soufraki c. EAU*, *supra* nota 15, párr. 85; *Klöckner (I)*, *supra* nota 14, párr. 60; *Amco I*, *supra* nota 15, párr. 23; *MTD c. Chile*, *supra* nota 10, párr. 47; *CMS c. Argentina*, *supra* nota 15, párr. 49-52. En *MINE*, *supra* nota 15, párrs. 5.03-5.04, el Comité *ad hoc* expresó la opinión de que: “[s]i un tribunal ignora las normas de derecho acordadas, se configura una derogación de los términos de referencia dentro de los cuales el tribunal ha sido autorizado a operar. Los ejemplos de tal derogación incluyen la aplicación de normas de derecho distintas a las acordadas por las partes o una decisión que no se base en ningún derecho, a menos que las partes hayan acordado una decisión *ex aequo et bono*. Si la derogación es manifiesta, implica una extralimitación manifiesta en las facultades”.

⁷² *Amco I*, *supra* nota 15, párr. 23.

⁷³ *MINE*, *supra* nota 15, párrs. 5.03-5.04.

⁷⁴ *Soufraki c. EAU*, *supra* nota 15, párr. 86.

la interpretación del Tribunal del principio de irretroactividad de los tratados fue tan extremo y grave que equivale a una derogación del TBI.

44. Según las Demandantes, la “*omisión*” pertinente es el incumplimiento de la obligación de pagar US\$24,4 millones con respecto a las “*cuentas por cobrar*” por parte de Ecuador. La supuesta obligación de pagar se basa, principalmente, sobre el Contrato Seacoast y dicha supuesta obligación de pagar comenzó antes de la entrada en vigor del TBI, el 11 de mayo de 1997, pero continuó después de esa fecha. En ausencia de normas especiales contenidas en el TBI EE.UU.-Ecuador, la única restricción temporal relevante es la limitación aplicable a los tratados en general, como lo refleja el Artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que excluye la aplicación retroactiva de los tratados a “*ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir*”. Ecuador invocó el Artículo 28 para respaldar su excepción principal a la competencia del Tribunal sobre la base de la irretroactividad del TBI⁷⁵, mientras M.C.I. y New Turbine adujeron que el Artículo 28 sólo impide la posibilidad de que un tribunal analice la conducta anterior a la fecha de entrada en vigor de un tratado, en tanto la conducta dejó de existir antes de esa fecha⁷⁶.
45. Si bien el Artículo 28 se refiere a un “*acto*”, se debe suponer que una “*omisión*” que, según se aduce, constituye una violación a las obligaciones contenidas en un tratado se asimila a un “*acto*”. Varios párrafos del Laudo en los que el Tribunal se refiere a los “*actos u omisiones*” demuestran que el Tribunal también asimiló las “*omisiones*” a los “*actos*” (ver, por ejemplo, el párr. 97 del Laudo). Cabe destacar que el momento relevante en el Artículo 28 no es el momento en el que surgió la diferencia, sino el momento en que ocurrió un acto o un hecho o en el que una situación dejó de existir. Esta distinción reviste una importancia considerable en este caso, tal como lo reconoció la República del Ecuador durante la audiencia oral⁷⁷. No obstante, en su Laudo, el Tribunal le dio una importancia especial al hecho de que la diferencia sobre las “*cuentas por cobrar*” surgió antes de que el TBI entrara en vigencia. Entre otras cosas, el Tribunal afirmó que: “*La irretroactividad del TBI excluye su aplicación a las controversias surgidas con anterioridad a su entrada en vigor*”⁷⁸ [...] “*Las controversias anteriores que subsistan con posterioridad a la entrada en vigor del TBI no quedan alcanzadas por éste*”⁷⁹.
46. Si se acepta que las “*cuentas por cobrar*” gozan de protección en calidad de “*inversión*” conforme al TBI⁸⁰, las Demandantes sostienen que sería lógico considerar que su supuesto derecho a recibir el pago esté protegido en virtud del TBI desde la fecha de su entrada en vigor. Como se mencionó anteriormente, el TBI se hizo aplicable a las inversiones existentes al momento de su entrada en vigencia⁸¹. Además, con arreglo al Artículo VI(1)(a) del TBI, una diferencia derivada de un

⁷⁵ Laudo, párr. 47.

⁷⁶ *Id.*, párr. 58.

⁷⁷ Acta, pág. 215.

⁷⁸ Laudo, párr. 61.

⁷⁹ *Id.*, párr. 66.

⁸⁰ *Id.*, párr. 164.

⁸¹ *Id.*, párr. 162.

acuerdo de inversión se debía considerar una diferencia en materia de inversión. En respuesta a una pregunta del Comité, las Demandantes declararon que “*el Artículo VI(1)(a) es una regla fundamental*” que expresa “*una intención diferente [...] bajo el Artículo 28*” de la Convención de Viena⁸². Esto llevaría a que, si bien la diferencia comenzó antes de la entrada en vigor del TBI, la falta de pago de la supuesta deuda de Ecuador, que las Demandantes consideran una violación tanto del Contrato Seacoast como del TBI, continuó después de su entrada en vigor. En otras palabras, la “reclamación de dinero”, que, antes del 11 de mayo de 1997 era sólo una reclamación contractual, se convirtió en una “inversión” existente protegida por el TBI después de que este entró en vigencia. Con respecto a la redacción del Artículo 28 de la Convención de Viena, se podría considerar que la situación sobre las “cuentas por cobrar” no dejó de existir antes de la fecha de entrada en vigencia del TBI.

47. El razonamiento anterior presupone que la falta de pago de la supuesta deuda de Ecuador no se considera una omisión instantánea, sino que se considera como una omisión continua o como una situación perdurable. Sin embargo, el Tribunal no interpretó los hechos de esta forma. Por el contrario, tras referirse a la conclusión de Ecuador de que la supuesta ofensa se consumó antes de la entrada en vigor del TBI, en un acto acabado de negación de los derechos reclamados por Seacoast⁸³, y tras comentar sobre los precedentes anteriores⁸⁴ y el Proyecto de la CDI sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos⁸⁵, el Tribunal finalmente concluyó que los actos y las omisiones que las Demandantes alegan que ocurrieron antes de la entrada en vigor del TBI no constituyeron actos continuos y compuestos conforme al TBI⁸⁶.
48. Por ende, pareciera que el Tribunal no consideró la falta de pago de las supuestas cuentas por cobrar por parte de Ecuador como un acto instantáneo que ocurrió antes de la entrada en vigor del TBI, en vez de una omisión continua que siguió existiendo después de esa fecha. Esto podría explicar la conclusión subsiguiente del Tribunal de que la diferencia se encuentra fuera de las limitaciones temporales del TBI, aún cuando el elemento pertinente conforme al Artículo 28 de la Convención de Viena sería la fecha en la que ocurrió el acto o en la que la situación dejó de existir, y no la fecha en que comenzó la diferencia.
49. En cualquier caso, lo que se requiere para la anulación en virtud del Artículo 52(1)(b) del Convenio de Washington es una “*extralimitación manifiesta en las facultades*”, que debiera entenderse como una válvula de seguridad que permita el rechazo de las decisiones arbitrarias o irracionales. En *MINE*, el Comité *ad hoc* decidió que “*el Artículo 52(1)(b) no sanciona todas las extralimitaciones en los poderes de un tribunal, sino que requiere que la extralimitación sea manifiesta, lo que necesariamente limita la libertad de apreciación de un Comité ad hoc para determinar si un tribunal se ha extralimitado en sus facultades*”⁸⁷. En *Wena c. Egipto*,

⁸² Acta, págs. 194-195.

⁸³ Laudo, párr. 81.

⁸⁴ *Id.*, párr. 84.

⁸⁵ *Id.*, párrs. 85-92.

⁸⁶ *Id.*, párr. 97.

⁸⁷ *MINE*, *supra* nota 15, párr. 4.06. Ver también *CDC Group plc c. República de Seychelles* (Caso CIADI No. ARB/02/14), Decisión sobre Anulación, 29 de junio, 2005, párr. 39 (en adelante, *CDC c. Seychelles*).

el Comité *ad hoc* especificó que “[l]a extralimitación en las facultades debe ser obvia, más que el resultado de interpretaciones elaboradas de una forma u otra” y que, cuando se requiera de tales interpretaciones, “la extralimitación en las facultades deja de ser manifiesta”⁸⁸. En *CDC c. Seychelles*, el Comité también señaló que “el término ‘manifiesta’ significa clara u ‘obvia’” y agregó que: “Por eso, aun si un tribunal se extralimita en sus facultades, la extralimitación debe ser evidente para que la anulación sea una reparación posible. Una extralimitación aparente en la conducta de un Tribunal que sea susceptible de argumentos ‘de una forma u otra’ no es manifiesta”⁸⁹. La decisión del Comité *ad hoc* en *Patrick Mitchell c. Congo* también añade crédito a esa perspectiva: “Si una extralimitación en las facultades es la posible causa de una anulación, el Comité *ad hoc* debe determinarlo con certeza y brevedad, sin ser necesario que realice un análisis elaborado del laudo”⁹⁰. En conclusión, la extralimitación manifiesta en las facultades exigida por el Artículo 52(1)(b) sugiere un grado de prueba algo mayor que un análisis de búsqueda de las conclusiones del Tribunal.

50. En el presente caso, las partes aceptan el principio de irretroactividad de los tratados, como lo dispone el Artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El Tribunal señaló en su Laudo que las Demandantes no “niegan el carácter irretroactivo del TBI”⁹¹. Además, Tribunal tomó nota del argumento de las Demandantes de que el Tribunal debe considerar los acontecimientos que ocurrieron antes de la entrada en vigor del TBI, porque las acciones de Ecuador, si bien comenzaron antes de esa fecha, fueron de carácter continuo y compuesto, y que, por ello, siguieron existiendo después de la entrada en vigor del TBI. Las Demandantes también adujeron que los acontecimientos que ocurrieron antes de la entrada en vigencia del TBI eran importantes para determinar los daños causados por las acciones de Ecuador con posterioridad a esa fecha⁹². El Tribunal arribó a la conclusión de que “[...] de sus disposiciones no se desprende ni consta de otro modo la intención de las Partes contratantes [del TBI] respecto a su aplicación retroactiva. De conformidad a las normas del derecho internacional general codificadas en la Convención de Viena y especialmente en su Artículo 28, el Tribunal observa que por el hecho de que el TBI se aplique a inversiones existentes a su entrada en vigor, no se modifican los efectos temporales de sus disposiciones”⁹³. Está generalmente aceptado que el Artículo 28 es una norma dispositiva y que los Estados Contratantes pueden querer apartarse de ella, otorgándole aplicación retrospectiva a su TBI. Por ejemplo, durante la audiencia, las Demandantes aceptaron en forma expresa que éste no es un principio intangible⁹⁴.
51. El presente no es un caso en el que el Tribunal admitió un principio legal y luego voluntariamente decidió ignorarlo. En *MTD c. Chile*, el Comité *ad hoc* destacó que el error debe ser “‘manifiesto’ e indiscutible; no es suficiente un malentendido (y menos

⁸⁸ *Wena c. Egipto*, *supra* nota 15, párr. 25.

⁸⁹ *CDC c. Seychelles*, *supra* nota 87, párr. 41.

⁹⁰ *Patrick Mitchell c. Congo*, *supra* nota 15, párr. 20.

⁹¹ Laudo, párr. 55.

⁹² *Id.*, párr. 546.

⁹³ *Id.*, párr. 59.

⁹⁴ Acta. págs. 194-196.

aún un desacuerdo) respecto del contenido de una norma particular”⁹⁵. Como declaró el Comité *ad hoc* en *Soufraki c. EAU*, “[e]l error grave y consecuente en la interpretación o aplicación del derecho adecuado, que ninguna persona razonable (‘bon père de famille’) podría aceptar debe distinguirse de un error simple – incluso de un error serio– en la interpretación del derecho, que en muchas jurisdicciones nacionales puede ser sujeto a un recurso de apelación ordinario, en contraposición, por ejemplo, a un recurso extraordinario de revisión de sentencia”⁹⁶. Una violación grave del derecho supondría un alejamiento de un principio legal o de una norma legal clara que no da lugar a distintas interpretaciones. Cualquier otro tipo de violación no significaría una extralimitación manifiesta en las facultades. Si fuera posible más de una interpretación de una norma o regla de derecho, no puede verificarse una violación grave si se elige una de estas interpretaciones. Como resaltó el Comité de *Lucchetti c. Perú*, “[...] la interpretación de los tratados no es una ciencia exacta, y es frecuente que una norma en disputa admita más de una interpretación y en algunos casos varias interpretaciones”⁹⁷.

52. El Tribunal ha encarado la interpretación del TBI en los términos de la interpretación de tratados. Ambas partes, que ya habían asumido posturas irreconciliables ante el Tribunal, han intercambiado escritos contradictorios durante este procedimiento de anulación, relacionados con la aplicación retroactiva del TBI EE.UU.- Ecuador y han invocado, entre otras, la autoridad de los laudos del CIADI y de otros tribunales en materia de inversión, así como la sentencia de la CPJI en *Mavrommatis*, en apoyo a sus respectivas interpretaciones del TBI. Las Demandantes han invocado los casos de *Mondev c. Estados Unidos*, *UPS c. Canadá* y *SGS c. Filipinas* para demostrar que los tribunales han aceptado la jurisdicción sobre disputas que surgieron antes de la entrada en vigor de los tratados que las regían. La República del Ecuador ha invocado los laudos pronunciados en *Lucchetti c. Perú*, *Jan de Nul c. Egipto*, *Pey Casado c. Chile*, *Mondev c. Estados Unidos*, *Impregilo c. Pakistán* y *Generation Ukraine c. Ucrania*, así como la sentencia de la C.I.J en *Ambatielos*, para demostrar que el Tribunal hizo lo correcto al denegar la jurisdicción sobre una diferencia que surgió antes de que el TBI entrara en vigor. Las partes han argumentado sobre el significado de estos laudos y estas sentencias, y sobre su importancia relativa a la jurisdicción del Tribunal sobre la diferencia que concierne a las cuentas por cobrar, conforme al TBI EE.UU.-Ecuador, y la doctrina legal. Asimismo, las Demandantes invocan la decisión emitida por el Comité de *Soufraki c. EAU*, que afirmó que: “*En efecto, el Tribunal no citó ninguna autoridad que funde su conclusión, pero si el principio sobre el que se basa el Laudo sí existe, en realidad no existe la causa de anulación [...]*”⁹⁸. Las Demandantes interpretan esa afirmación en el sentido de que, en el caso contrario, es decir, si el principio para el que el Tribunal no proporcionó ninguna autoridad no fuera justificable, la invocación de ese principio por parte del Tribunal hubiera constituido una extralimitación manifiesta en sus facultades. Las Demandantes no indican por qué ni cómo una opinión posiblemente distinta a las que ellas invocan es indefendible y no puede respaldarse con argumentos razonables. Los argumentos en disputa de las partes y los casos en materia de inversiones a los que éstas se refieren

⁹⁵ *MTD c. Chile*, *supra* nota 10, párr. 47.

⁹⁶ *Soufraki c. EAU*, *supra* nota 15, párr. 86.

⁹⁷ *Lucchetti c. Perú*, *supra* nota 15, párr. 112.

⁹⁸ *Soufraki c. EAU*, *supra* nota 15, párr. 63.

de una forma u otra para apoyar sus posturas, proporcionan suficientes pruebas de que la aplicación temporal del consentimiento a las diferencias que surgieron antes de la entrada en vigencia pueden ser sujetas a discusión. Además, la interpretación de las Demandantes del Artículo VI del TBI no es la única interpretación razonable del Tratado. Hay otras perspectivas posibles, que no necesariamente deben descartarse como fundamentalmente incorrectas. El Comité *ad hoc* considera que el rechazo, por parte del Tribunal, de la jurisdicción sobre las cuentas por cobrar es una solución discutible, sin embargo, y sin perjuicio de que podría haber habido otras soluciones posibles, el Comité no considera que, en este aspecto, el Tribunal haya cometido una violación seria del derecho.

53. Las Demandantes sugieren otra interpretación del principio de irretroactividad de los tratados que sería coherente con su postura de que, en ausencia de una cláusula expresa de irretroactividad del TBI, el Tratado rige sobre las diferencias surgidas antes de su entrada en vigor que continúen existiendo en esa fecha. Las Demandantes señalan que el TBI EE.UU.-Ecuador difiere de muchos TBI que establecen que las diferencias que surjan antes de la entrada en vigor del TBI se excluyen de la aplicación del TBI. Para respaldar su interpretación, las Demandantes hacen una comparación con la redacción de estos otros tratados en materia de inversión, en especial, con aquellos suscritos por Ecuador o por los Estados Unidos. No obstante, si bien el Comité no tiene la función de elegir entre distintas interpretaciones del TBI aplicable, se debe dar una importancia especial a la interpretación del Tribunal, la cual el Comité sólo puede desechar en las circunstancias específicas descritas en el Artículo 52 del Convenio de Washington. En efecto, la lectura ordinaria del Artículo VI(1)(a) y del Artículo VI(1)(c), que sugieren las Demandantes, es una invitación a que el Comité revise las conclusiones del Tribunal con respecto a la interpretación de la aplicación temporal del TBI. Sin embargo, el Comité carece de dicha libertad conforme al Artículo 52(1)(b).
54. En términos más generales, el Comité estaría tratando la solicitud como una apelación, y no como una solicitud de anulación, si aceptara la sugerencia de las Demandantes de que revise las conclusiones del Tribunal a la luz de las reglas de interpretación del Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, o de que comente la interpretación de las Demandantes del Artículo VI(1)(a), cuya redacción⁹⁹, afirman, abarca las diferencias contractuales sin limitación temporal, en contraposición al Artículo VI(1)(c), que se refiere a las violaciones al TBI. El Comité *ad hoc* de *CMS c. Argentina* sostuvo que “*carece de jurisdicción para controlar la interpretación que el Tribunal ha dado a dicho Artículo*”¹⁰⁰. El Comité también recuerda que la decisión sobre anulación de *Klöckner (I)* alertó sobre “*la fina distinción entre la ‘falta de aplicación’ del derecho aplicable y la aplicación incorrecta de tal derecho*”¹⁰¹ y que, en *Wena c. Egipto*, el Comité *ad hoc* declaró que tenía en consideración “*la distinción entre la falta de aplicación del derecho adecuado y el error in judicando trazada en Klöckner (I), y la consecuente necesidad de evitar la reapertura del fondo de la diferencia en los procedimientos que convertiría la anulación en una apelación*”¹⁰². Al atacar la falta de aplicación

⁹⁹ El Artículo VI(1)(a) del TBI, *supra* nota 41.

¹⁰⁰ *CMS c. Argentina*, *supra* nota 15, párr. 85.

¹⁰¹ *Klöckner (I)*, *supra* nota 14, párr. 60.

¹⁰² *Wena c. Egipto*, *supra* nota 15, párr. 22.

“apropiada”, por parte del tribunal, de los términos del TBI, que según ellas no limita en forma temporal la jurisdicción sobre las diferencias relacionadas con el Contrato Seacost, las Demandantes buscan una reparación que el Comité no puede proporcionar conforme al Artículo 52. De lo contrario, el Comité impondría sus propias opiniones sobre la solución correcta. Como estableció el Comité *ad hoc* en *CMS c. Argentina*, “*el Comité no puede imponer su visión del derecho y apreciación de los hechos sobre los del Tribunal*”¹⁰³.

55. Esto no cambia por el hecho de que el asunto controvertido en este caso sea la jurisdicción del Tribunal, dado que la jurisdicción no aumenta la competencia del Comité *ad hoc* para evaluar la validez del laudo en virtud del Artículo 52, sino que se la debe tratar como a cualquier otro asunto. Los estándares para revisar la decisión del Tribunal sobre la competencia son, por ende, los mismos que los comités *ad hoc* deben aplicar cuando revisan cualquier otra cuestión. En *Soufraki c. EAU*, el Comité *ad hoc* afirmó que no encontró “*ningún motivo para ignorar la regla que establece que la extralimitación en las facultades debe ser manifiesta para que sea anulable cuando el asunto tratado es de carácter jurisdiccional*”. Además, agregó: “*el Artículo 52(1)(b) del Convenio no distingue entre las conclusiones sobre la jurisdicción y las conclusiones sobre el fondo de la diferencia [...]. Por ende, el requisito de que la extralimitación en las facultades debe ser ‘manifiesta’ se aplica de la misma manera cuando la cuestión es jurisdiccional. Un error jurisdiccional no es una categoría distinta de extralimitación en las facultades*”¹⁰⁴. En la decisión, ya mencionada, del Comité *ad hoc* en el caso *Lucchetti c. Perú*, se hicieron varias observaciones relevantes en relación con el estándar de “extralimitación manifiesta en las facultades” con respecto a la competencia del Tribunal a las que se adhiere este Comité: “[...] *el requisito previsto en el Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI no consiste exclusivamente en que el Tribunal se haya excedido en sus poderes, sino en que esa extralimitación sea “manifiesta”. Con base en la doctrina, parece que existen opiniones divergentes sobre el impacto de ese requisito. Algunos sostienen que en los casos en que un comité ad hoc concluye que un tribunal ha asumido competencia erróneamente o ha faltado a su obligación de asumirla, corresponde anular total o parcialmente el laudo, sin considerar la cuestión de si la extralimitación fue o no manifiesta. Otros creen que si el tribunal, pese a haber asumido competencia por error, o haber faltado a su obligación de asumirla, ha emitido una decisión razonable sobre el punto, la anulación es improcedente, pues en ese caso el tribunal no ha actuado en forma manifiestamente contraria al Convenio Bilateral [...] El Comité ad hoc, por su parte, concede peso al hecho de que la redacción del Artículo 52(1)(b) es de alcance general y no introduce excepción alguna en materia de competencia. Además, una solicitud de anulación no constituye una apelación, por lo cual no correspondería revisar en su totalidad el laudo del tribunal. Uno de los fines generales del Artículo 52, previsto en el apartado (1)(b), sería que la anulación no debería declararse fácilmente. Desde esta perspectiva, el Comité considera que también en materia de competencia debería darse considerable peso al vocablo ‘manifiesta’*”¹⁰⁵.

¹⁰³ *CMS c. Argentina*, *supra* nota 15, párr. 136.

¹⁰⁴ *Soufraki c. EAU*, *supra* nota 15, párrs. 118-119.

¹⁰⁵ *Lucchetti c. Perú*, *supra* nota 15, párrs. 100-101.

56. La decisión de falta de jurisdicción puede resultar en una extralimitación manifiesta en las facultades cuando el Tribunal actúa por fuera de los límites adecuados de su competencia. El Comité de *Lucchetti c. Perú* entendió que: “*Cuando un tribunal asume competencia en un asunto pese a ser incompetente conforme al Convenio Bilateral pertinente, se extralimita en sus facultades. Lo mismo sucede, en el caso inverso, cuando un tribunal se rehúsa a asumir competencia, o falta a su obligación de hacerlo, en un asunto para el cual es competente conforme al Convenio Bilateral. El Comité ad hoc considera que esas situaciones son análogas y deben evaluarse a la luz de idénticos criterios jurídicos*”¹⁰⁶.
57. Por las razones expuestas, el Comité *ad hoc* concluye que las Demandantes no han demostrado que el Tribunal se haya extralimitado manifiestamente en sus facultades al rehusarse a ejercer la jurisdicción sobre las cuentas por cobrar. En consecuencia, el Laudo del Tribunal no se puede anular en virtud del Artículo 52(1)(b) del Convenio de Washington.

V. **ARTÍCULO 52(1)(e): OMISIÓN DE EXPRESAR LOS MOTIVOS EN QUE SE FUNDE EL LAUDO**

A) POSICIONES DE LAS PARTES:

58. En primer lugar, las Demandantes sostienen que el Tribunal no expresó los motivos en que se funda el laudo, al no abordar la cuestión de que si Ecuador infringió el TBI al rehusarse continuamente a abonar US\$24,2 millones en concepto de cuentas por cobrar pendientes de pago, sea en forma continua o sólo después de la entrada en vigor del Tratado. Según las Demandantes, esto significa que el Tribunal no abordó una cuestión de importancia suficiente como para afectar el resultado del Laudo. Las Demandantes aducen que, como el Tribunal entendió que las cuentas por cobrar eran una inversión protegida al momento en que el TBI entró en vigor, el Tribunal tenía la obligación de aplicar la protección sustantiva y procesal del TBI a esa inversión. Sin embargo, el Tribunal no abordó esta cuestión sobre el fondo de la diferencia y no expresó ningún motivo para esta omisión deliberada. Las Demandantes sostienen que si el Tribunal se hubiera ocupado del hecho de que Ecuador se rehusó a pagar la deuda de las cuentas por cobrar, podría haber concluido que Ecuador infringió la cláusula de cumplimiento de las observaciones del TBI. Las Demandantes consideran que este error reviste una importancia trascendental para los derechos legales de las partes y que, en consecuencia, se les negó la posibilidad de resarcimiento y reparación.
59. Las Demandantes sostienen que sus argumentos sobre la negación continua a pagar las cuentas por cobrar requerían que el Tribunal

¹⁰⁶ *Id.*, párr. 99.

determinara cuándo comenzó esta negación y, lo que es más importante, cuándo se consumó. Se quejan de que el Tribunal, a pesar de ello, se negó a abordar esta importante cuestión fáctica y, en vez de analizar los elementos concretos del caso, desarrolló un análisis restringido a un debate esotérico sobre el derecho de los actos continuos y compuestos. Las Demandantes alegan que el Tribunal, sin involucrarse en ningún tipo de aplicación de las normas legales sobre el incumplimiento continuo relacionado con los hechos del caso, desestimó sus argumentos someramente, al declarar que “*los hechos y omisiones alegados por las Demandantes como anteriores a la entrada en vigor del TBI no califican como actos ilícitos continuos o compuestos del TBI*”¹⁰⁷.

60. Por otro lado, las Demandantes aducen que, si se considera que el Tribunal abordó en forma implícita el asunto de su jurisdicción sobre la reclamación por las cuentas por cobrar, y que la rechazó porque la diferencia surgió antes de que el TBI EE.UU.-Ecuador entrara en vigencia, el razonamiento es incoherente, frívolo y, por ende, equivalente a la falta de expresión de motivos. En este aspecto, las Demandantes alegan que no hay conexión entre la decisión del Tribunal y su invocación no fundamentada del Artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que de ninguna forma sugiere que los tribunales no tienen jurisdicción sobre las diferencias que surgen con anterioridad a la entrada en vigor del tratado.
61. Por último, las Demandantes sostienen que, en el mismo grado en que el Tribunal no asumió la jurisdicción sobre el aspecto contractual de la diferencia, el Tribunal tampoco expresó los motivos en que se funda el laudo. En cambio, el Tribunal sólo trató los canales para la resolución de las diferencias contractuales y con arreglo al TBI como un único canal, y sostuvo que el principio de irretroactividad de los tratados le impedía asumir jurisdicción sobre la diferencia. El Tribunal concluyó que no era necesario que determinara si Ecuador había violado el Contrato Seacost, porque el TBI EE.UU.-Ecuador no estaba en vigencia cuándo ocurrieron las supuestas violaciones. Según las Demandantes, el Tribunal no indicó cómo llegó a esa conclusión, sino que sólo repitió su conclusión anterior de que “*en aplicación del principio de la irretroactividad de los tratados, esas controversias [contractuales] quedan fuera de la competencia temporal de este Tribunal*”¹⁰⁸. Las Demandantes señalan que tal conclusión es inadecuada, incoherente y claramente equivocada desde el punto de vista del derecho, conforme a la redacción llana del Artículo VI(1)(a) del TBI.

¹⁰⁷ Laudo, párr. 97.

¹⁰⁸ *Id.*, párr. 189.

62. La República del Ecuador afirma que el Tribunal se expresó en forma clara y explícita sobre la cuestión de las cuentas por cobrar. En la audiencia ante el Comité *ad hoc*, la República del Ecuador adujo que las Demandantes presentaron una reclamación contractual e invocaron el Artículo VI(1)(a) del TBI por primera vez en el procedimiento de anulación y que la solicitud de arbitraje no incluía esa reclamación. De todas formas, la República del Ecuador sostuvo que el Tribunal decidió la reclamación conforme al Contrato, a pesar que se habría podido excusar de determinar esa cuestión, ya que M.C.I. y New Turbine no se la habían planteado.
63. La República del Ecuador declara que, con respecto a todo lo ocurrido antes de la entrada en vigencia del TBI, incluidas las cuentas por cobrar, el Tribunal decidió que no tenía jurisdicción porque éstas eran alegaciones que, si se comprobaban, constituirían “*activos intangibles*”, considerados *prima facie* como una inversión, pero que no podrían dar lugar a infracciones al TBI porque el TBI no estaba vigente cuando ocurrieron los supuestos incumplimientos contractuales. Su resolución no se encuentra dentro del alcance de la jurisdicción del Tribunal. La República del Ecuador observa que el Tribunal entendió que las cuentas por cobrar eran uno de los puntos de la diferencia que surgió y terminó antes de la entrada en vigor del TBI y que, de conformidad con el principio de irretroactividad de los tratados, las diferencias que surgen antes de la entrada en vigor del TBI están por fuera de su jurisdicción. La República del Ecuador afirma que el Tribunal abordó la cuestión del rechazo de la reclamación sobre las cuentas por cobrar cuando afirmó que, conforme al derecho internacional consuetudinario, el elemento relevante para determinar la existencia misma de un acto internacionalmente ilícito es la violación de una norma del derecho internacional existente al momento en que comienza el acto. El TBI no se aplica a los actos o a los hechos que se terminaron o a las situaciones que han dejado de existir antes de la entrada en vigor del Tratado.
64. La República del Ecuador sostiene que el Tribunal consideró los argumentos de M.C.I. y New Turbine, y determinó en forma expresa que la negación del pago no fue un acto continuo y que, por ende, no podía tener ni comienzo ni consumación. Dicha distinción es imposible cuando el acto, como la negación de Ecuador a reconocer el supuesto derecho de M.C.I. es, instantáneo. Tal como lo demuestran los precedentes de *Mondev c. Estados Unidos*¹⁰⁹ e *Impregilo c. Pakistán*¹¹⁰, una conducta que lleva a una diferencia se debe distinguir de sus efectos finales. La negación de Ecuador a reconocer los derechos de Seacost constituye sólo el efecto final de una conducta que surgió antes de la entrada en vigor del TBI. El hecho de que Seacost insistiera en su reclamación varias veces a lo largo de los años

¹⁰⁹ *Mondev c. Estados Unidos*, *supra* nota 31, párr. 58.

¹¹⁰ *Impregilo c. Paquistán*, *supra* nota 38, párr. 313.

y de que Ecuador repetidamente le respondiera que sus reclamaciones eran infundadas no quiere decir que la negación fuera un acto continuo. La República del Ecuador considera que, al insistir sobre el mismo argumento, las Demandantes sólo intentan que el Comité revise y reinterprete los hechos. No obstante, las conclusiones fácticas del Tribunal no están sujetas al procedimiento de anulación. La reclamación contractual se basa en la misma diferencia, que involucra los mismos hechos subyacentes que el Tribunal determinó que ocurrieron antes de la entrada en vigor del TBI y que, por ende, no tiene fundamento, en virtud de los mismos motivos que la reclamación basada en el tratado.

65. Por último, la República del Ecuador considera que los motivos expresados por el Tribunal son suficientes, que su razonamiento es claro, coherente y libre de contradicciones, y que esta característica no desaparecería aun si se aceptara, hipotéticamente, que el punto de partida del Tribunal de que se requiere una regla expresa para que el Artículo VI(4) del TBI tenga efectos retroactivos fuera incorrecto. Lo anterior se funda en que la naturaleza de los procedimientos de anulación no es la de corregir estos supuestos errores¹¹¹. La República del Ecuador afirma que las Demandantes confunden la ausencia de motivos con una discrepancia en cuanto a la corrección de los motivos expresados, pero el Tribunal ha expresado sus motivos que, sin dudas, permiten comprender los fundamentos de su decisión, y el hecho de que las Demandantes no estén de acuerdo con ellos no constituye una causa de anulación.

B) ANÁLISIS DEL COMITÉ AD HOC:

66. La falta de expresión de motivos es una causa de anulación que se suele invocar en las solicitudes de anulación. Aunque la falta de tratamiento de las pretensiones presentadas al Tribunal no es una causa de anulación independiente prevista en el Artículo 52 del Convenio de Washington, hay un patrón de decisiones anteriores pronunciadas por comités *ad hoc* que han considerado que dicha falta equivale a la falta de expresión de motivos. Por ejemplo, el Comité *ad hoc* de *MINE* anuló el laudo por la falta de tratamiento de las pretensiones presentadas por las partes¹¹². Las Demandantes aceptan que, “*a efectos de la anulación, así como la extralimitación en las facultades de un tribunal debe ser sustancialmente seria, también la falta de tratamiento de una cuestión controvertida por parte de un tribunal debe ser más que un error trivial o inconsecuente*”¹¹³. Su declaración concuerda con la decisión del Comité *ad hoc* de *Wena c. Egipto*, que especificó que “[l]a causa de anulación prevista en el Artículo 52(1)(e) incluye, por ende, el caso en el que el Tribunal omitió

¹¹¹ Laudo, párrs. 59-97.

¹¹² *MINE*, *supra* nota 15, párr. 6.101, “*El Tribunal o no los consideró o los consideró pero entendió que se debían desestimar los argumentos de Guinea. No obstante, eso no liberó al Tribunal de su deber de expresar los motivos de su rechazo, como un componente indispensable de la expresión de motivos en que se fundó su conclusión*”. Ver también *Klöckner (I)*, *supra* nota 1, párrs. 141, 151, 164; *MINE*, párr. 6.108.

¹¹³ Memorial, párr. 60.

la decisión sobre una pretensión planteada ante él, en tanto esa decisión suplementaria pudiera afectar el razonamiento en que se funda el Laudo”¹¹⁴.

67. Conforme al Artículo 48(3) del Convenio de Washington, “[e]l laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y será motivado”. La obligación que establece el Artículo 48(3) del Convenio de Washington, que consiste en tratar todas las pretensiones, se aplica a todos los argumentos relevantes y, en especial, a los argumentos que puedan afectar el resultado del caso. Por otra parte, no sería razonable exigirle al tribunal que responda a cada uno de los argumentos realizados en relación con las cuestiones que debe determinar el tribunal, como se reconoció en la decisión de *Klöckner (I)*¹¹⁵. Esto explica por qué el tribunal debe abordar todas las “pretensiones” sometidas por las partes, pero no tiene la obligación de comentar sobre todos los argumentos cuando no son relevantes para el laudo.
68. El Comité de *Wena c. Egipto* también declaró que el Artículo 48(3) hace una distinción entre el deber del tribunal de tratar cada una de las pretensiones que se le sometan y el requisito de que el laudo exprese los motivos en que se funda: “La causa de anulación del Artículo 52(1)(e) sólo se refiere al último elemento. En el caso de que un Tribunal no haya decidido sobre una pretensión en el laudo, las partes le pueden solicitar que decida sobre esa pretensión, en un procedimiento adicional conforme al Artículo 49(2), que es distinto a un proceso de anulación conforme al Artículo 52”¹¹⁶. Por ello, en caso de falta de decisión sobre una pretensión, la acción correspondiente no siempre es una solicitud de anulación del laudo; sino que existe otra acción, prevista en el Artículo 49(2) del Convenio de Washington, para los casos en que hay una omisión o un error que se puede corregir sin reconsiderar el laudo del tribunal.
69. Conforme al Artículo 49(2) del Convenio de Washington, las solicitudes de decisiones complementarias o rectificaciones se deben presentar dentro del plazo de 45 días contado a partir de la fecha de pronunciamiento del laudo. La relación entre el procedimiento de anulación y la posibilidad de rectificar o completar un laudo, se analizó en la decisión de *Amco I*. El Comité *ad hoc* afirmó que la obligación dispuesta por el Artículo 48(3) del Convenio puede hallar su sanción en el Artículo 52(1)(e), mientras el Artículo 49 ofrece un remedio para las omisiones no intencionales relativas a una pretensión¹¹⁷. En el presente caso, las Demandantes no iniciaron un procedimiento conforme al Artículo 49(2), como señala la República del Ecuador¹¹⁸. Al responder a una pregunta del Comité de por qué no le solicitaron al Tribunal que emita una decisión suplementaria, las Demandantes explicaron que las conclusiones del Tribunal constituían un obstáculo insuperable para una solicitud en virtud del Artículo 49(2)¹¹⁹.

¹¹⁴ *Wena c. Egipto*, *supra* nota 15, párr. 101. Ver también, *MINE*, *supra* nota 17, párr. 6.99.

¹¹⁵ *Klöckner (I)*, *supra* nota 14, párr. 131.

¹¹⁶ *Wena c. Egipto*, *supra* nota 15, párr. 100.

¹¹⁷ *Amco I*, *supra* nota 18, párrs. 32-34.

¹¹⁸ Memorial de Contestación, párr. 30.

¹¹⁹ Acta, págs. 175-176, 197-199.

70. En su notificación de arbitraje, M.C.I. y New Turbine especificaron que su solicitud se relacionaba con una “*diferencia en materia de inversión*” dentro del sentido del Artículo VI del TBI¹²⁰. En su Memorial, declararon que, en virtud del Artículo VI(2) del TBI, el Tribunal tenía jurisdicción sobre su reclamación “*por el pago de las sumas adeudadas adecuadamente en virtud del Contrato y por una indemnización por la expropiación*”¹²¹. M.C.I. y New Turbine reclamaron una indemnización de US\$24.242.784 en total por las pérdidas del Contrato Seacoast,¹²² y sostuvieron que Ecuador había actuado en forma incongruente con la cláusula paraguas del Artículo II(3)(c) del TBI EE.UU.-Ecuador, que dispone que “[*c*]ada Parte cumplirá los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones”. Adujeron que las acciones y las omisiones de Ecuador constituyeron un incumplimiento de sus obligaciones contractuales, conforme al TBI y el derecho internacional¹²³. Esta alegación se reiteró en su Réplica¹²⁴. Hay una confusión entre las partes con respecto a la introducción de la falta de pago de las cuentas por cobrar como una reclamación contractual ante el CIADI¹²⁵, mientras las reclamaciones basadas sobre el incumplimiento del Contrato Seacoast ya se habían incoado contra INECEL ante el Tribunal Administrativo del Distrito de Quito el 31 de julio de 1996¹²⁶. Al elevar el incumplimiento de una obligación contractual al nivel de un tratado, una cláusula paraguas la responsabilidad del Estado Contratante aumenta, en especial cuando el contrato está suscrito por una entidad estatal, como INECEL, a la que el Tribunal ha reconocido como un órgano de la República del Ecuador¹²⁷. En los casos en los que existe una cláusula paraguas, como en el Artículo II(3) del TBI EE.UU.-Ecuador, la distinción entre una reclamación en virtud de un tratado y una reclamación contractual pierde gran parte de su interés. En sus argumentos orales, la República del Ecuador especificó que el Tribunal determinó todas las cuestiones sobre las reclamaciones basadas en el tratado y las reclamaciones contractuales¹²⁸.
71. Las Demandantes pretenden que se anule el Laudo con referencia al Artículo VI(1)(c) y al Artículo VI(1)(a) del TBI, y del siguiente fragmento surge que el Tribunal tomó conocimiento de las supuestas violaciones al Tratado, así como de los incumplimientos contractuales: “*El Tribunal entiende que en la demanda de Seacoast ante los tribunales ecuatorianos se reclamaba por incumplimientos contractuales relativos al Contrato Seacoast y al Contrato Aclaratorio. Por su parte, la presente acción de las Demandantes ante el CIADI se estructura sobre incumplimientos contractuales y del TBI y se reclama tanto por hechos anteriores como posteriores a la fecha de su entrada en vigor*”¹²⁹. En efecto, conforme al Artículo VI(4) del TBI¹³⁰, el Tribunal constituido con base al Tratado tiene competencia sobre “*cualquier diferencia en materia de inversión*”, independientemente de la base legal de la

¹²⁰ Notificación de arbitraje, párr. 13.

¹²¹ Memorial de Arbitraje de las Demandantes, párrs. 275(c) y (d).

¹²² *Id.*, párr. 519.

¹²³ *Id.*, párr. 522(i))

¹²⁴ Réplica de Arbitraje de las Demandantes, párr. 275(b).

¹²⁵ Acta, págs. 121-125, 202-206.

¹²⁶ Laudo, párr. 205.

¹²⁷ *Id.*, párr. 225.

¹²⁸ Acta, pág. 125.

¹²⁹ Laudo, párr. 188.

¹³⁰ El Artículo VI(4) del TBI dispone que: “*Cada una de las Partes consiente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio [...]*”.

reclamación. Con respecto a su jurisdicción, el Tribunal decidió “1. Acoger la excepción principal de la Demandada sobre la competencia del Tribunal relativa a la irretroactividad del TBI; 2. Rechazar las excepciones a la competencia del Tribunal relativas a la inexistencia de una inversión y la preclusión de la cláusula “bifurcación de caminos” y en consecuencia establecer su competencia para entender de todas aquellas violaciones al TBI alegadas por las Demandantes como imputables a la Demandada por actos y omisiones posteriores a la entrada en vigor del TBI”¹³¹. No obstante, las Demandantes aducen que el Tribunal no abordó la cuestión de la jurisdicción sobre sus reclamaciones por las cuentas por cobrar pendientes de pago y por el incumplimiento contractual que, afirman, es un hecho de importancia suficiente; lo que significa que el Tribunal no expresó los motivos en que de funda el Laudo.

72. Como destacaron las Demandantes en sus argumentos orales, el Artículo VI(2), que le ofrece distintas alternativas jurisdiccionales a los inversores, incluido el proceso arbitral CIADI, presupone la existencia de una diferencia en materia de inversión para que se pueda incoar una reclamación¹³². El Artículo VI(4) del TBI permite que se someta a arbitraje “cualquier diferencia en materia de inversión” dentro del sentido amplio del Artículo VI(1), independientemente de que la diferencia en materia de inversión se base en una violación al TBI, como lo contempla el Artículo VI(1)(c), o se origine en un incumplimiento contractual, como lo contempla el Artículo VI(1)(a). En el arbitraje, M.C.I. y New Turbine alegaron que Seacoast y sus activos intangibles en Ecuador constituían una inversión antes y después de la entrada en vigor del Tratado¹³³. Ecuador replicó que los requisitos del TBI y del Artículo 25 del Convenio de Washington no se habían satisfecho, ya que el concepto de inversión no se había definido, o no se había definido con precisión, ni en el Convenio de Washington ni en el TBI¹³⁴. Como se señaló en el Laudo¹³⁵, Seacoast había iniciado un proceso ante los tribunales administrativos ecuatorianos el 31 de julio de 1996, para solicitar una indemnización de US\$24,2 millones por incumplimiento contractual. La reclamación incluía el pago por la energía disponible en virtud del contrato de modalidad “take or pay”, el pago del combustible consumido que no se había acordado, la devolución de los montos retenidos inadecuadamente en concepto de multas, el pago de los intereses y los daños ocasionados. Las “cuentas por cobrar” son reclamaciones financieras relacionadas con la inversión de las Demandantes, y el Tribunal aceptó que en principio caen dentro de la definición de “inversión” del Artículo 1(a) del TBI. Este Artículo establece que: “(a) “Inversión” significa todo tipo de inversión tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad de nacionales o

¹³¹ Laudo, párr. 191.

¹³² Acta. pág. 204.

¹³³ Laudo, párr. 39.

¹³⁴ *Id.*, párrs. 137-146. En su decisión a favor de M.C.I. y New Turbine sobre esa cuestión, el Tribunal respondió a los argumentos de Ecuador de que la existencia de una inversión presupone determinadas condiciones, cuando aclaró que “los requisitos tenidos en cuenta en algunos precedentes arbitrales a efectos de caracterizar la existencia de una inversión protegida por un tratado (como pueden ser la duración y el riesgo de la alegada inversión), deben ser considerados como meras ejemplificaciones y no necesariamente como elementos constitutivos necesarios para su existencia” y que “[n]o obstante, el Tribunal entiende que los elementos propios del proyecto Seacoast y sus consecuencias, encuadran dentro de aquellas caracterizaciones requeridas para determinar la existencia de inversiones protegidas” (párr. 165).

¹³⁵ *Id.*, párrs. 205 y 342.

sociedades de la otra Parte o esté controlada por dichos nacionales o sociedades, y comprende: (i) Los bienes corporales e incorporales, incluso derechos tales como los de retención, las hipotecas y las prendas; (ii) a Las sociedades o las acciones de capital u otras participaciones o en sus activos; (iii) El derecho al dinero o alguna operación que tenga valor económico y que esté relacionada con una inversión; (iv) La propiedad intelectual [...] (v) Todo derecho conferido por la ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la Ley [...]”. Por ende, el Tribunal interpretó que el Artículo 1(a) del TBI proporciona una definición amplia de inversión y decidió que los derechos e intereses que según las Demandantes subsistieron después de la entrada en vigor del TBI, incluidos los activos intangibles de las “cuentas por cobrar”, encuadrarían en esa definición¹³⁶. La inclusión de sus reclamaciones dentro de la definición de “inversión” del Artículo 1(a) no significó que las “cuentas por cobrar” fueran, necesariamente, reclamaciones legales válidas. La determinación de lo anterior era una cuestión controvertida entre las partes. Esto no excluyó la competencia del Tribunal, sino que sería un asunto por analizar en la etapa del fondo de la diferencia. De hecho, el Tribunal entendió que “*a los efectos de determinar si el Tribunal tiene o no competencia es suficiente considerar los hechos tal como fueron alegados por las Demandantes en tanto y en cuanto, de ser probados como ciertos, constituirían un incumplimiento del TBI*”¹³⁷.

73. Al abordar la cuestión de la aplicación temporal del TBI a las inversiones de Seacoast en Ecuador, el Tribunal resaltó que “*[l]a alegación de las Demandantes respecto a la relevancia de los hechos anteriores considerados como incumplimientos del Tratado presupone una contradicción pues antes de la entrada en vigor del TBI no existe posibilidad de incumplirlo*”¹³⁸. Si bien reconoció que la subsistencia de una inversión en la fecha de entrada en vigor del TBI se debería considerar, el Tribunal no concluyó que tuviera competencia sobre todas las reclamaciones de M.C.I. y New Turbine. Las reclamaciones por el incumplimiento del Contrato Seacoast, que incluían la falta de pago de los supuestos US\$24,2 millones en concepto de cuentas por cobrar pendientes de pago, que se presentaron a la Comisión de Liquidación entre abril de 1997 y marzo de 1999¹³⁹, habían surgido antes de la entrada en vigencia del TBI, como el mismo Tribunal reconoció en el párrafo 277 del Laudo, cuando consideró que “*la frustración de acordar una liquidación del Contrato se debió a la existencia previa de una controversia no resuelta entre las partes*”.
74. El Laudo registra la alegación de M.C.I. y New Turbine de que Ecuador infringió sus obligaciones contempladas en el TBI por medio de actos ilícitos continuos y compuestos¹⁴⁰. El argumento de las Demandantes se desarrolla en más detalle en el párrafo 70 del Laudo: “*el rechazo final de Ecuador de pagar se materializó al darse por terminados los procedimientos de la Comisión de Liquidación, después de la entrada en vigor del TBI. La Comisión de Liquidación era una parte integral del Contrato Seacoast. Por lo tanto las Demandantes sostienen que la expropiación de los derechos contractuales de Seacoast solamente se completaron después que los procedimientos de la Comisión de Liquidación concluyeron*”. El Laudo también

¹³⁶ *Id.*, párr. 164.

¹³⁷ *Id.*, párr. 163.

¹³⁸ *Id.*, párr. 93.

¹³⁹ *Id.*, párrs. 209, 212.

¹⁴⁰ *Id.*, párr. 69.

señala que Ecuador disintió y replicó que la diferencia sobre el pago de los montos supuestamente debidos por INECEL a Seacoast no tenía ninguna relación con el concepto de actos internacionales ilícitos o con actos ilícitos de carácter continuo, y afirmó que la ofensa que alegaban las Demandantes se materializó antes de la entrada en vigor del TBI, en un acto completo en el que INECEL se rehusó a reconocer los derechos reclamados por Seacoast¹⁴¹.

75. El Tribunal revisó el Proyecto de la CDI sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos que habían invocado M.C.I. y New Turbine¹⁴², en especial los Artículos 14 y 15 del Proyecto¹⁴³. El Tribunal explicó que los actos ilícitos deben ser actos internacionalmente ilícitos que, a su parecer, significaba que “*se identifican con la violación de una norma del derecho internacional*”¹⁴⁴ existente al momento en el que el acto que se extiende en el tiempo comienza o se consuma¹⁴⁵. Asimismo, entendió que: “[*l*a irretroactividad de los tratados como regla general presupone que sólo a partir de la entrada en vigor de una obligación internacional, ésta genera derechos y obligaciones para las partes” y que “[*p*]or lo tanto, para que todo acto ilícito internacional, sea considerado como consumado, continuo o compuesto, debe existir una violación de una norma del derecho internacional imputable a un Estado”¹⁴⁶. Además, el Tribunal analizó la posible violación de una norma del derecho internacional consuetudinario antes de la entrada en vigor del TBI, e hizo referencia al laudo emitido conforme al TLCAN en el caso *Mondev c. Estados Unidos*, que distinguió desde el punto de vista sustantivo y procesal una reclamación conforme al TLCAN y una solicitud de protección diplomática por una conducta contraria al derecho internacional consuetudinario, y llegó a la conclusión de que la existencia de tal violación antes de que el TBI entrara en vigor no facultaría a M.C.I. y New Turbine a recurrir a un tribunal constituido bajo el tratado¹⁴⁷. Al concluir el análisis sobre la existencia de los actos continuos y compuestos, el Tribunal decidió que “[*p*]or las razones expuestas y en aplicación del principio de la irretroactividad de los tratados, el Tribunal entiende que los hechos y omisiones alegados por las Demandantes como anteriores a la entrada en vigor del TBI no califican como actos ilícitos continuos o compuestos del TBI”¹⁴⁸.
76. No hay motivos para creer que la conclusión antes mencionada del Tribunal, esbozada en el párrafo 97, no incluyó la negación a pagar las cuentas por cobrar pendientes de pago y, por ende, no se puede considerar que el Tribunal no expresó los motivos en ese aspecto. En *Wena c. Egipto*, el Comité *ad hoc* declaró que: “[*n*]i el Artículo 48(3) ni el Artículo 52(1)(e) especifican el modo en que el Tribunal debe expresar sus motivos. El objetivo de ambas disposiciones es garantizar que las Partes puedan entender el razonamiento del Tribunal. Este objetivo no requiere que conste cada motivo en forma expresa. Las razones del Tribunal pueden estar implícitas en las consideraciones y conclusiones contenidas en el laudo, siempre que sea posible

¹⁴¹ *Id.*, párrs. 79-81.

¹⁴² *Id.*, párr. 71.

¹⁴³ *Id.*, párrs. . 86-92.

¹⁴⁴ *Id.*, párr. 90.

¹⁴⁵ *Id.*, párr. 82.

¹⁴⁶ *Id.*, párr. 94.

¹⁴⁷ *Id.*, párr. 96.

¹⁴⁸ *Id.*, párr. 97.

inferirlas razonablemente a partir de los términos empleados en la decisión [...]. Por la naturaleza misma de esta causal de anulación, en el caso de que el laudo presente una omisión de motivos que pueda objetarse dentro del sentido y el alcance del Artículo 52(1)(e), no es necesario que el remedio sea la anulación del laudo. El objetivo de esta causa de anulación en particular no es que el laudo sea revertido sobre los méritos, sino permitirle a las partes comprender la decisión pronunciada por el Tribunal. Si el laudo no satisface el requisito mínimo con respecto a la expresión de motivos del Tribunal, esto no necesariamente implica que debe sometérselo a un nuevo Tribunal. Si el Comité ad hoc así lo decide, sobre la base de la información que ha recibido sobre la diferencia, el mismo comité puede explicar los motivos en que se fundan las conclusiones del Tribunal”¹⁴⁹.

77. Conforme a los fragmentos antes mencionados del Laudo relativos a los actos continuos y compuestos¹⁵⁰, el Tribunal consideró que la existencia de dichos actos hubiera implicado la violación del TBI, y que esto no hubiera sido posible antes de que el Tratado entrara en vigor el 11 de mayo de 1997. Además, según el Tribunal, la violación de otra norma de derecho internacional antes de la entrada en vigor del TBI no hubiera facultado a las partes a recurrir a la jurisdicción arbitral del TBI¹⁵¹. La conclusión del Tribunal respecto a que los actos y las omisiones de las Demandantes, siendo anteriores a la entrada en vigencia del TBI y que no constituyeron actos ilícitos continuos y compuestos en virtud del TBI¹⁵², parecería implicar la aceptación del argumento de Ecuador de que la negación a pagar las cuentas por cobrar fue un acto instantáneo, y no continuo. Si bien esto no se expresa con claridad en el Laudo, se lo puede deducir del razonamiento del Tribunal. Por ende, la conclusión del Tribunal de que los actos y las omisiones anteriores al 11 de mayo de 1997 no pueden conformar actos ilícitos continuos y compuestos conforme al TBI no carecía de referencia alguna a la cuestión específica de la reclamación por las cuentas por cobrar pendientes, como alegaron las Demandantes¹⁵³. Por supuesto, el hecho de que los motivos expresados por el Tribunal sean convincentes o no es un asunto distinto.
78. El Tribunal concluyó sus comentarios sobre los actos y las omisiones anteriores a la entrada en vigor del TBI afirmando que: *“Este Tribunal, de conformidad a lo expresado por la CDI en sus Comentarios a las normas consuetudinarias expresadas en los Artículos 13, 14 y 15 de su Proyecto sobre Responsabilidad del Estado, tomará en cuenta los hechos anteriores a la entrada en vigor del TBI sólo para entender y precisar los alcances y efectos de los incumplimientos del TBI posteriores a esa fecha. [...] El Tribunal reitera lo ya expresado respecto a la posibilidad de ejercer competencia sobre todo acto u omisión posterior a la entrada en vigor del TBI alegado por las Demandantes como violatorio de éste. Hechos u omisiones anteriores a la entrada en vigor del TBI podrán ser tenidos en cuenta por el Tribunal en aquellos casos en los que estos hechos sean relevantes como antecedentes, causas o circunstancias básicas para el surgimiento de una controversia a partir de la consumación de un ilícito con posterioridad a la entrada en vigor de la norma*

¹⁴⁹ *Wena c. Egipto*, supra nota 15, párrs. 81 y 83. Ver también *CMS c. Argentina*, supra nota 15, párrs. 54-57, y *Soufraki c. EAU*, supra nota 15, párr. 24.

¹⁵⁰ Laudo, párrs. 82-97.

¹⁵¹ *Id.*, párr. 96.

¹⁵² *Id.*, párr. 97.

¹⁵³ Memorial, párr. 75.

incumplida. Sin embargo, el Tribunal entiende que no tiene competencia para entender sobre la determinación de los daños por hechos que no califican como violaciones al TBI por ser anteriores a su entrada en vigor”¹⁵⁴.

79. La opinión que el Tribunal expresó en el análisis de la excepción subsidiaria de Ecuador sobre la existencia de la inversión contiene la siguiente afirmación: “[...] *el principio de la irretroactividad de los tratados limita la aplicación del TBI y de sus cláusulas jurisdiccionales a aquellas controversias alegadas como surgidas sobre la base de violaciones de ese acuerdo con posterioridad a su entrada en vigor [...] Siguiendo este criterio, los reclamos relativos al Contrato Seacoast y al Acuerdo Complementario al igual que al Contrato Ecuapower, no pudieron implicar violaciones bajo el TBI pues éste no estaba vigente al momento de producirse esos alegados incumplimientos contractuales. En aplicación de las normas consuetudinarias relativas a la Responsabilidad de los Estados los incumplimientos contractuales anteriores a la entrada en vigor del TBI no tienen entidad suficiente para configurar violaciones del TBI [...]* De los hechos alegados por las Demandantes como incumplimientos del TBI con posterioridad a su entrada en vigor, el Tribunal encuentra que las consecuencias de una inversión pre-existente a la entrada en vigor del tratado continuaban, prima facie después de esa fecha. Por lo tanto el Tribunal tiene competencia para entender de los reclamos de las Demandantes en los que se alegan incumplimientos al TBI imputables a Ecuador por actos u omisiones posteriores a su entrada en vigor y que afectan a su inversión”¹⁵⁵.
80. Las Demandantes alegan que el análisis del Tribunal “*se limitó a una discusión meramente esotérica sobre el derecho de los actos compuestos y continuos*”¹⁵⁶. No obstante, a efectos del Artículo 52(1)(e) del Convenio de Washington, basta con señalar que se debe considerar que el Tribunal respondió al argumento de las Demandantes sobre los incumplimientos continuos, al indicar que, en su parecer, no hubo ningún acto continuo o compuesto con respecto a la negación de pagar las cuentas por cobrar alegadas. En efecto, las Demandantes critican la interpretación del Tribunal de los actos continuos y compuestos, y proponen otra interpretación del Proyecto de la CDI, distinta a la del Tribunal. Este Comité no puede concluir que el Tribunal no expresó los motivos de este Laudo sobre la base de esa diferencia de opiniones.
81. En el contexto del Artículo 52(1)(e), el Comité *ad hoc* de MINE declaró lo siguiente: “[l]o adecuado del razonamiento no es un estándar de revisión apropiado bajo el párrafo 1(e), porque ello invariablemente lleva al Comité ad hoc a analizar la sustancia de la decisión del tribunal, ignorando que bajo el Artículo 53 del Convenio, se excluye el procedimiento de apelación. Un Comité puede caer en la tentación de anular un laudo porque el análisis reveló una aplicación manifiestamente incorrecta del derecho que, sin embargo, no es una causa de anulación”¹⁵⁷. En *Vivendi c. Argentina*, el Comité *ad hoc* también señaló detalladamente que: “[u]na fuente de preocupación de mayor envergadura es el fundamento de la omisión de “expresar los motivos”, ya que no está calificada con un adjetivo como “manifiesta” o “seria”. Sin

¹⁵⁴ Laudo, párrs. 135-136.

¹⁵⁵ *Id.*, párrs. 167-169.

¹⁵⁶ Memorial, párr. 76.

¹⁵⁷ MINE, *supra* nota 15, párr. 5.08.

embargo, se acepta tanto en los casos como en la literatura que el Artículo 52 (1) (e) se refiere a la omisión de expresar motivo alguno respecto de todo o parte de un laudo, no a la falta de expresión de razones correctas o convincentes. Cabe reiterar que un comité ad hoc no es un tribunal de apelaciones. Siempre y cuando las razones que dé un tribunal puedan ser comprendidas y se relacionen con las cuestiones tratadas ante el tribunal, la exactitud de las mismas no es pertinente. Más aún, los motivos pueden manifestarse en forma sucinta o con todo detalle, y las diferentes tradiciones judiciales difieren en su manera de expresar las razones. Debe permitirse a los tribunales cierta discrecionalidad en cuanto al modo en que expresan sus razones. [...] En la opinión del Comité, la anulación conforme al Artículo 52 (1) (e) sólo debe ocurrir en un caso muy manifiesto. En opinión del Comité, es necesario que se satisfagan dos requisitos: en primer término, que la omisión de expresar los motivos en que se fundó el Laudo debe suponer que la decisión sobre una cuestión en particular carece de cualquier justificación expresa y, en segundo término, que esa cuestión debe ser en sí misma necesaria para la decisión del tribunal”¹⁵⁸.

82. Contrario a las alegaciones de las Demandantes, el Tribunal determinó que no tenía jurisdicción para decidir sobre las reclamaciones relacionadas con diferencias que surgieron antes del 11 de mayo de 1997, y expresó los motivos en que fundó esta conclusión. Al analizar este caso a la luz del Artículo 52(1)(e) del Convenio de Washington, el Comité no puede revisar esta conclusión, ni expresar su acuerdo o desacuerdo con ella, ni analizar si los motivos expresados por el Tribunal son convincentes o no. Según el Comité del caso *CDC c. Seychelles*, el Artículo 52(1)(e) “no nos brinda la oportunidad de opinar si el análisis del Tribunal fue correcto o si su razonamiento fue convincente”¹⁵⁹. Asimismo, como destacó el Comité de *Wena c. Egipto*, “[l]a causa de anulación del Artículo 52(1)(e) no permite ninguna revisión del Laudo controvertido, que llevaría al Comité ad hoc a reconsiderar si los motivos subyacentes de las decisiones del Tribunal fueron adecuados o no, convincentes o no”¹⁶⁰. El comité *ad hoc* sólo puede tomar este laudo tal como se encuentra¹⁶¹, no puede sustituir el criterio del tribunal por el suyo. De lo contrario, el laudo se tomaría en el inicio, y no la extinción, del litigio.
83. En cuanto a las alegaciones de las Demandantes de que el Tribunal no expresó los motivos por los que rechazó la jurisdicción con respecto a sus reclamaciones contractuales, se debe tomar nota de que, al comentar la supuesta opción de la “bifurcación de caminos” de las Demandantes, el Tribunal afirmó que, conforme al principio de irretroactividad de los tratados, las diferencias contractuales que se habían planteado ante los tribunales ecuatorianos permanecían por fuera de la competencia temporal del Tribunal¹⁶². Ergo, el Laudo pareciera sugerir que los motivos por los que el Tribunal rechazó la jurisdicción relativa a la reclamación conforme al TBI también se aplicaron a las reclamaciones contractuales. Una vez que el Tribunal decidió que no gozaba de jurisdicción temporal, su decisión se aplicó a todas las reclamaciones sobre los actos o las omisiones anteriores a la entrada en vigor del TBI, independientemente de que la reclamación se basara en el Tratado o en el

¹⁵⁸ *Vivendi c. Argentina*, *supra* nota 15, párrs. 64-65.

¹⁵⁹ *CDC c. Seychelles*, *supra* nota 91, párr. 70.

¹⁶⁰ *Wena c. Egipto*, *supra* nota 15, párr. 79.

¹⁶¹ *Klöckner (I)*, *supra* nota 14, párr. 73.

¹⁶² Laudo, párr. 189.

contrato. En consecuencia, no se puede hallar ninguna falta de expresión de motivos en este respecto.

84. Los comités *ad hoc* han considerado que los motivos contradictorios, inadecuados o insuficientes se pueden asimilar a la falta de expresión de motivos. Por ejemplo, el Comité *ad hoc* de *Klöckner (I)* declaró que: “*El texto del [Artículo 52(1)(e)] requiere una expresión de motivos en que se funda el laudo. Esto no se refiere a cualesquiera motivos, meramente formales o aparentes, sino a la expresión de motivos con sustancia, que le permitan al lector comprender el razonamiento del tribunal arbitral, sobre los hechos y sobre el derecho. [...] [H]abría una ‘falta de expresión de motivos’ en ausencia de una expresión de motivos ‘de suficiente relevancia’, es decir, razonablemente defendibles y capaces de justificar la decisión*”¹⁶³. La decisión del Comité *ad hoc* de *MINE* también estableció que: “*El Comité considera que el requisito de que un laudo tiene que estar fundado implica que él debe permitir al lector seguir el razonamiento del Tribunal sobre puntos de hecho y de derecho. Supone eso y nada más que eso. [...] En la opinión del Comité, el requisito de que se expresen los motivos se cumple toda vez que el laudo permita al lector seguir el camino mediante el cual el tribunal pasó del Punto A al Punto B, y finalmente a su conclusión, incluso en el caso de haber cometido un error de hecho o de derecho. Este requisito mínimo no se satisface, en particular, por motivos contradictorios o frívolos.*”¹⁶⁴ En *Soufraki c. EAU*, el Comité *ad hoc* agregó que puede haber una causa de anulación en el caso de “*una ausencia total de motivos para el laudo, incluida la expresión de motivos meramente frívolos; una falta total de expresión de motivos respecto a un punto en particular, fundamental para la solución; motivos contradictorios; y motivos insuficientes o inadecuados, insuficientes para justificar la solución o inadecuados para explicar el resultado al que arribó el Tribunal*”¹⁶⁵.
85. No obstante, los motivos contradictorios se deben distinguir de los motivos que se alega son legal o fácticamente incorrectos. Como ya se señaló, estos últimos escapan a la revisión de un comité *ad hoc*. En *Klöckner (I)* el Comité explicó: “[*e*]n cuanto a la ‘contradicción de motivos’, en principio, es adecuado ubicar el concepto dentro de la categoría de ‘falta de expresión de motivos’, por el mero hecho de que dos motivos genuinamente contradictorios se cancelan mutuamente lo que por ende implica una falta de expresión de motivos. Se debe entonces reconocer la obligación del árbitro de expresar motivos que no sean contradictorios”¹⁶⁶. En *MTD c. Chile*, el Comité *ad hoc* opinó que “*una contradicción absoluta e inexplicada, puede considerarse una falta de motivación*”¹⁶⁷. En *Vivendi c. Argentina*, el Comité *ad hoc* declaró cuidadosamente que: “[*s*]uele decirse que las razones contradictorias se cancelan recíprocamente, y así debe suceder si son genuinamente contradictorias. Pero en ocasiones los tribunales deben compensar consideraciones conflictivas una con otras, y un comité *ad hoc* debe tener mucho cuidado en no discernir que hay una contradicción cuando

¹⁶³ *Klöckner (I)*, *supra* nota 14, párrs. 119-120. Ver también *Amco I*, *supra* nota 15, párr. 43, “*En otras palabras, debe haber una relación razonable entre los motivos invocados por un tribunal y las conclusiones a las que llega. Este Comité ad hoc considera que la frase ‘motivos suficientemente pertinentes’ es una aclaración útil y simple del término ‘motivos,’ utilizado en el Convenio*”.

¹⁶⁴ *MINE*, *supra* nota 15, párrs. 5.08-5.09. Ver también *CMS c. Argentina*, *supra* nota 15, párrs. 55, 97; *Patrick Mitchell c. Congo*, *supra* nota 15, párr. 21; y *Lucchetti c. Perú*, *supra* nota 15, párr. 127.

¹⁶⁵ *Soufraki c. EAU*, *supra* nota 15, párr. 126.

¹⁶⁶ *Klöckner (I)*, *supra* nota 14, párr. 116. Ver también *Soufraki c. EAU*, *supra* nota 15, párrs. 122, 125; y *CMS c. Argentina*, *supra* nota 15, párr. 54.

¹⁶⁷ *MTD c. Chile*, *supra* nota 10, para. 78.

lo que en efecto se expresa en los fundamentos de un tribunal, según podría decirse con mayor exactitud, no es sino el reflejo de tales consideraciones conflictivas”¹⁶⁸.

86. Las Demandantes consideran que el Laudo se basa en motivos contradictorios, porque ninguno de los motivos expresados por el Tribunal se puede identificar como una causa adecuada para su conclusión. No obstante, en tanto las quejas de las Demandantes se basan en la supuesta interpretación y aplicación incorrecta del Artículo 28 de la Convención de Viena, por parte del Tribunal, no se encuentran dentro del ámbito del Artículo 52(1)(e), sino del Artículo 52(1)(b). El Laudo puede reflejar un razonamiento y contener una conclusión que sea legalmente correcta o incorrecta, pero la opinión del Comité sobre esta cuestión es irrelevante para el escrutinio del laudo conforme al Artículo 52(1)(e) del Convenio de Washington. El Tribunal respondió –en forma acertada o no, pero sin contradicción aparente– las respectivas cuestiones planteadas por las partes relativas a la jurisdicción sobre las cuentas por cobrar, lo que basta a los efectos del Artículo 52(1)(e).
87. Habiendo determinado que no tenía competencia sobre las reclamaciones de las Demandantes relativas a las cuentas por cobrar, el Tribunal también rechazó implícitamente, como conclusión necesaria, todas las implicancias fácticas y legales de estas reclamaciones, y sólo analizó otros actos posteriores al 11 de mayo de 1997¹⁶⁹. Así, se debe considerar que el Tribunal respondió a los argumentos de las Demandantes con respecto a su reclamación sobre las cuentas por cobrar, sea sobre la base del Tratado o sobre la base del contrato. El Comité no considera que el Tribunal haya ignorado ningún punto en particular que pudiera afectar el resultado del Laudo. En consecuencia, el Comité concluye que no hay motivos para anular el Laudo en virtud del Artículo 52(1)(e) del Convenio de Washington.

VI. COSTAS

88. Las partes han presentado sus reclamaciones respecto de las costas, en respuesta al pedido del Comité *ad hoc* en la audiencia, y cada parte sostiene que la otra debe sufragar las costas totales. Surge del Artículo 53 del Convenio de Washington que un laudo se torna inmediatamente vinculante para las partes; y que, por ello, las partes deben observar y cumplir sus términos. La acción de anulación contemplada en el Artículo 52 es un recurso extraordinario y no se puede considerar una continuación normal del proceso arbitral. En cuanto al aspecto financiero, y apartándose de la regla que establece que las costas se comparten en partes iguales entre las partes en los procesos arbitrales, la Regla 14(3)(e) del Reglamento Administrativo y Financiero dispone que la parte que solicite una anulación debe realizar al CIADI el pago por adelantado del total de los costos estipulados en la Regla 14(2) de tal Reglamento. El resultado normal de esta regla, que le impone a la parte que solicita la anulación la carga financiera de sufragar los costos por adelantado, es que, cuando se deniega la anulación, esta parte conserva la responsabilidad de sufragar las costas. Por ello, en el presente caso, el Comité *ad hoc* entiende que M.C.I. y New Turbine deberán por ende

¹⁶⁸ *Vivendi c. Argentina*, supra nota 15, párr. 65. Ver también *MTD c. Chile*, supra nota 10, párr. 50; y *CMS c. Argentina*, supra nota 15, párr. 54.

¹⁶⁹ Laudo, párrs. 95, 226-229.

sufragar todos los costos incurridos por el CIADI en relación con el presente procedimiento de anulación¹⁷⁰.

89. El Comité reconoce que ambas partes presentaron el caso de anulación de manera eficiente y respetuosa, y reconoce la gran asistencia que recibió de los respectivos representantes legales. Las costas derivadas de la representación de ambas partes son de montos comparables, y no se presentó ningún elemento durante el desarrollo del procedimiento que justifique la distribución desigual de dichas costas. El Comité *ad hoc* ha decidido que cada parte deberá sufragar sus propias costas y gastos de representación legal por este procedimiento de anulación.

¹⁷⁰ Ver *CDC c. Seychelles*, *supra* nota 87, párr. 90; *Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (Caso CIADI No. ARB/01/10), Decisión sobre Anulación, 8 de enero, 2007, párr. 88.

VII. DECISIÓN

Por las razones expuestas, el Comité *ad hoc* decide:

(1) rechazar, conforme al Artículo 52(1) del Convenio de Washington, la solicitud de anulación del Laudo emitido por el Tribunal del CIADI el 31 de julio de 2007 (Caso CIADI No. ARB/03/6),

(2) que M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc. deberán pagar en forma conjunta los costos totales incurridos en relación con el presente procedimiento de anulación,

(3) que cada parte se hará cargo de sus propios costos y gastos de representación legal incurridos en este procedimiento de anulación.

[Firmado]

Juez Hans Danelius
Miembro del Comité *ad hoc*
[Fecha]

[Firmado]

Juez Peter Tomka
Miembro del Comité *ad hoc*
[Fecha]

[Firmado]

Juez Dominique Hascher
Presidente del Comité *ad hoc*
[Fecha]