

**EN EL CASO DE UN ARBITRAJE DE ACUERDO CON EL TRATADO ENTRE LA
REPÚBLICA DE ECUADOR Y LOS ESTADOS UNIDOS SOBRE PROMOCIÓN Y
PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES Y EL REGLAMENTO DE
ARBITRAJE DE LA CNUDMI**

Laudo Interino

1 de diciembre de 2008

DEMANDANTES:	Chevron Corporation (EE.UU.) y Texaco Petroleum Corporation (EE.UU.)
ABOGADOS DE LOS DEMANDANTES:	R. Doak Bishop Edward G. Kehoe Wade M. Coriell Roberto Aguirre-Luzi King & Spalding LLP Alejandro Ponce-Martínez Quevedo & Ponce
DEMANDADA:	La República de Ecuador
ABOGADOS DE LA DEMANDADA:	Bruno D. Leurent Eric W. Bloom Mark Clodfelter Ricardo Ugarte Tomas Leonard C. MacNeil Mitchell Winston & Strawn LLP Paolo Di Rosa Arnold & Porter Diego García Carrión Procurador General del Estado
TRIBUNAL ARBITRAL:	El profesor Karl-Heinz Böckstiegel, Presidente El honorable Charles N. Brower El profesor Albert Jan van den Berg
SECRETARIO AL TRIBUNAL:	Brooks Daly (CPA)

ÍNDICE DE MATERIAS

A.	Las Partes	- 7 -
B.	El Tribunal	- 11 -
C.	Breve Introducción al Caso	- 12 -
C.I.	La Perspectiva y Petitorio sobre el fondo de los Demandantes	- 12 -
C.II.	La Perspectiva y Petitorio sobre el fondo de la Demandada.....	- 17 -
D.	Antecedentes Procesales	- 21 -
E.	Las Excepciones a la Jurisdicción.....	- 41 -
F.	Las Principales Disposiciones Legales Pertinentes.....	- 42 -
F.I.	Tratado entre la República de Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (“TBI”)	- 42 -
F.II.	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“CVDT”)	- 46 -
G.	Petitorio de las Partes en materia de Jurisdicción	- 49 -
G.I.	Petitorio de la Demandada	- 49 -
G.II.	Petitorio de los Demandantes.....	- 51 -
H.	Antecedentes Factuales	- 53 -
I.	Corto Resumen de los Argumentos en materia de Jurisdicción.....	- 62 -
I.I.	Argumentos de la Demandada	- 62 -
I.II.	Argumentos de los Demandantes.....	- 65 -
J.	Consideraciones del Tribunal en materia de Jurisdicción.....	- 67 -
J.I.	Consideraciones Preliminares	- 67 -
1.	El Criterio de Revisión para las Objeciones en materia de Jurisdicción-	- 67 -
2.	Reclamaciones de Méritos como el Objeto de Indagación en materia de Jurisdicción	- 75 -
3.	Ley Aplicable	- 76 -
4.	Pertinencia de las Decisiones de otros Tribunales	- 77 -
J.II.	Abuso de Derechos, Preclusión Jurídica y Renuncia.....	- 78 -
1.	Argumentos de la Demandada	- 78 -
2.	Argumentos de los Demandantes.....	- 82 -
3.	El Tribunal	- 83 -
J.III.	La Inversión de los Demandantes	- 89 -

1.	Argumentos de la Demandada	- 89 -
2.	Argumentos de los Demandantes.....	- 94 -
3.	El Tribunal	- 98 -
J.IV.	Los Acuerdos de Inversión de los Demandantes	- 107 -
1.	Argumentos de la Demandada	- 107 -
2.	Argumentos de los Demandantes.....	- 109 -
3.	El Tribunal	- 110 -
J.V.	Agotamiento de Recursos Internos	- 114 -
1.	Argumentos de la Demandada	- 114 -
2.	Argumentos de los Demandantes.....	- 118 -
3.	El Tribunal	- 123 -
J.VI.	Jurisdicción <i>Ratione Temporis</i> respecto a Litigios Preexistentes	- 125 -
1.	Argumentos de la Demandada	- 125 -
2.	Argumentos de los Demandantes.....	- 129 -
3.	El Tribunal	- 135 -
J.VII.	Jurisdicción <i>Ratione Temporis</i> respecto a Actos Anteriores al TBI ...	- 138 -
1.	Argumentos de la Demandada	- 138 -
2.	Argumentos de los Demandantes.....	- 139 -
3.	El Tribunal	- 140 -
J.VIII.	Actos Continuados y Compuestos	- 142 -
1.	Argumentos de la Demandada	- 142 -
2.	Argumentos de los Demandantes.....	- 145 -
3.	El Tribunal	- 146 -
J.IX.	Consideraciones respecto a las Costas en esta Fase.....	- 149 -
1.	Petitorio de la Demandada	- 149 -
2.	Petitorio de los Demandantes.....	- 149 -
3.	El Tribunal	- 150 -
K.	Decisiones	- 151 -

ABREVIACIONES

Acuerdo de 1973	Acuerdo entre el Gobierno de Ecuador, Ecuadorian Gulf Oil Company, y TexPet del 6 de agosto de 1973
Acuerdo de 1977	Acuerdo complementario entre TexPet y el Gobierno de Ecuador del 16 de diciembre de 1977
Acuerdo de Refinanciamiento de 1986	Convenio de Refinanciamiento de los Valores Adeudados por CEPE a través de la Cuenta Operaciones, a Texaco Petroleum Company por Ventas de Crudo para Consumo Interno al 30 de septiembre de 1986
Acuerdo de Reparación Medioambiental de 1995	Contrato para la Ejecución de Trabajos de Reparación Medioambiental y Liberación de Obligaciones, Responsabilidades y Demandas entre el Gobierno de Ecuador, PetroEcuador, y TexPet, 4 de mayo de 1995
Acuerdos de Concesión	Acuerdo de 1973 y Acuerdo de 1977
Acuerdos de Transacción	Memorando de 1994, Acuerdo de Reparación Medioambiental de 1995, y Transacción Global de 1995
C I	Escrito de demanda de los Demandantes del 19 de octubre de 2007
C II	Contramemoria de los Demandantes en materia de jurisdicción del 1 de abril de 2008
C III	Primer escrito pos-audiencia de los Demandantes en materia de jurisdicción del 22 de julio de 2008
C IV	Segundo escrito pos-audiencia de los Demandantes en materia de jurisdicción del 12 de agosto de 2008
C V	Escrito de alegaciones de los Demandantes sobre el fondo del 14 de abril de 2008
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CEPE	Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana, una compañía estatal Ecuatoriana
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Consortio	Consortio entre TexPet, Ecuadorian Gulf Oil Company, y CEPE según el acuerdo del 6 de agosto de 1973
CPA	Corte Permanente de Arbitraje
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969
Exh. C-	Elemento de Prueba de los Demandantes
Exh. R-	Elemento de Prueba de la Demandada
HC1	Diapositivas de los Demandantes de su presentación inicial en la Audiencia sobre la jurisdicción
HC2	Lista de cartas de los Demandantes entre TexPet y los tribunales ecuatorianos distribuida en la Audiencia sobre la jurisdicción
HC3	Diapositivas de los Demandantes de su presentación final en la Audiencia sobre la jurisdicción
HR1	Diapositivas de la Demandada de su presentación inicial en la Audiencia sobre la jurisdicción
HR2	Primera serie de diapositivas de la Demandada de su presentación final sobre la retroactividad en la Audiencia sobre la jurisdicción
HR3	Segunda serie de diapositivas de la Demandada de su presentación final en la Audiencia sobre la jurisdicción
Memorando de 1994	Memorando de Entendimiento entre el Estado Ecuatoriano, PetroEcuador, y TexPet, 14 de diciembre de 1994
OP I	Orden Procesal No. 1
OP II	Orden Procesal No. 2
OP III	Orden Procesal No. 3
OP IV	Orden Procesal No. 4
pág. / págs.	Página / Páginas

pár. / párs.	Párrafo / Párrafos
PetroEcuador	Empresa Estatal de Petróleos de Ecuador
Proyecto de Artículos de la CDI	El proyecto de artículos de la comisión de derecho internacional sobre la responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptada por la Comisión de Derecho Internacional en su quincuagésima tercera sesión (2001)
R I	Escrito de defensa de la Demandada del 30 de noviembre de 2007
R II	Escrito de alegaciones de la Demandada en materia de jurisdicción del 31 de enero de 2008
R III	Primer escrito pos-audiencia de la Demandada en materia de jurisdicción del 22 de julio de 2008
R IV	Segundo escrito pos-audiencia de la Demandada en materia de jurisdicción del 12 de agosto de 2008
R V	Contraescrito de alegaciones de la Demandada sobre el fondo del 23 de septiembre de 2008
SG-CPA	Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje
TBI	Tratado Bilateral de Inversiones, específicamente el tratado entre la República de Ecuador y los Estados Unidos sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 27 de agosto de 1993 (entrado en vigor el 11 de mayo de 1997)
TexPet	Texaco Petroleum Company, una corporación establecida bajo las leyes de Delaware, EE.UU., y subsidiaria al 100% de Chevron Corporation
Tr.	Transcripción (inglés) de la Audiencia sobre la jurisdicción en San José, Costa Rica, 19-20 de mayo de 2008
Transacción Global de 1995	Convenio Transaccional y Finiquito entre el Gobierno de Ecuador, PetroEcuador, PetroProducción, PetroComercial, y TexPet, 17 de noviembre de 1995

A. Las Partes

Los Demandantes

Chevron Corporation
6001 Bollinger Canyon Road
San Ramon, California, 94583
EE.UU.

Texaco Petroleum Company
6001 Bollinger Canyon Road
San Ramon, California, 94583
EE.UU.

Representados por:

Sr. R. Doak Bishop
Sr. Wade M. Coriell
Sr. Roberto Aguirre-Luzi
KING & SPALDING
1100 Louisiana, Suite 4000
Houston, TX 77002-5213
EE.UU.

Sr. Edward G. Kehoe
KING & SPALDING
1185 Avenue of the Americas
New York, NY 10036-4003
EE.UU.

Dr. Alejandro Ponce-Martínez

QUEVEDO & PONCE

Ave. 12 de Octubre y Lincoln

Edificio Torre 1492, Piso 16

P.O. Box 17-01-600

Quito

ECUADOR

La Demandada

La República de Ecuador

Representada por:

Sr. Bruno D. Leurent

WINSTON & STRAWN LLP

25, avenue Marceau

75116 Paris

FRANCIA

Sr. Eric W. Bloom

Sr. Mark Clodfelter

Sr. Ricardo Ugarte

Sr. Tomas Leonard

WINSTON & STRAWN LLP

1700 K Street, NW

Washington, D.C. 20006-3817

EE.UU.

Sr. C. MacNeil Mitchell

WINSTON & STRAWN LLP

200 Park Avenue

New York, NY 10166-4193

EE.UU.

Sr. Paolo Di Rosa

ARNOLD & PORTER

555 Twelfth Street, NW

Washington, DC 20004-1206

EE.UU.

Dr. Diego García Carrión
Procurador General del Estado
c/o Dr. Carlos Venegas Olmedo
Director Nacional de Asuntos
Internacionales y Derechos Humanos
PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
Robles 731 y Av. Amazonas
Quito
ECUADOR

B. El Tribunal

Nombrado por los Demandantes:

El honorable Charles N. Brower
20 Essex Street Chambers
20 Essex Street
London WC2 R3AL

REINO UNIDO

Nombrado por la Demandada:

El profesor Albert Jan van den Berg
Hanotiau & van den Berg
IT Tower, 9th Floor
480 Avenue Louise, B.9
1050 Brussels

BÉLGICA

Nombrado por acuerdo de los co-árbitros con el consentimiento de las Partes:

El profesor Karl-Heinz Böckstiegel, Presidente
Parkstrasse 38
D-51427 Bergisch-Gladbach

ALEMANIA

C. Breve Introducción al Caso

1. Una breve introducción al caso se presenta aquí más abajo sin perjuicio a la presentación completa de los detalles factuales y legales del caso por la Partes y las consideraciones y conclusiones del Tribunal.

C.I. La Perspectiva y Petitorio sobre el fondo de los Demandantes

2. La siguiente cita del Escrito de demanda de los Demandantes resume los aspectos principales del litigio como sigue (C I, párs. 1-9):

1. Entre 1991 y 1993, Texaco Petroleum Company (“TexPet”) presentó siete reclamaciones por incumplimiento contractual contra el Estado ecuatoriano¹ ante tribunales ecuatorianos, en los que reclamó más de US\$ 553 millones en concepto de daños y perjuicios (sin incluir los intereses acumulados). En estos casos se invocaron incumplimientos por parte de Ecuador de sus obligaciones frente a TexPet derivadas de los contratos celebrados el 6 de agosto de 1973 (el “Contrato de 1973”) y en diciembre de 1977 (el “Contrato de 1977”) (en forma conjunta, los “Contratos”), además de violaciones a la ley ecuatoriana.

2. Conforme al Contrato de 1973, TexPet tenía derecho a explorar y explotar reservas de petróleo en determinadas regiones de Ecuador, y los Contratos establecían que TexPet debía entregar un porcentaje de su producción de crudo al Estado para ayudar a satisfacer las necesidades de consumo interno de Ecuador. El Estado estaba facultado para fijar el precio al que compraría el petróleo producido por TexPet para consumo interno, denominado “precio de mercado interno.” El Estado también tenía el derecho de adquirir el resto del petróleo de TexPet a precios internacionales en caso de que deseara refinar el petróleo para producir derivados para exportar. Una vez cumplidas sus obligaciones con el Estado, TexPet podía exportar el remanente de su producción a los precios internacionales vigentes, que en todo momento resultaron significativamente superiores al precio interno. El principio clave establecido en los Contratos consistía en el uso que se daría al petróleo producido por TexPet en última instancia. Si el Estado lo utilizaba con cualquier fin distinto de la producción de derivados para satisfacer las necesidades del mercado interno o para obtener fondos y utilizarlo para la compra de tales derivados, TexPet tendría derecho a percibir el precio internacional. El Estado no estaba facultado para exportar

el petróleo crudo de TexPet, ni para destinar el crudo comprado a precio interno para fines distintos de la satisfacción del consumo interno.

3. El Estado ecuatoriano violó los Contratos y las leyes ecuatorianas aplicables al informar un consumo interno mayor al real, obteniendo un mayor volumen de petróleo producido por TexPet y exportándolo. El Estado forzó a TexPet a aportar una cantidad de petróleo mucho mayor que la que estaba obligada a suministrar al precio interno reducido, y exportó esos volúmenes excedentes como derivados o como crudo. En ninguno de los dos casos pagó el precio internacional que debía abonar conforme a los Contratos y a la ley.

4. TexPet presentó siete acciones por incumplimiento de contrato contra el Estado ante los tribunales ecuatorianos. TexPet probó en cada caso su derecho, en gran parte por medio de documentos del propio Estado, algunos de los cuales llegaron a manos de TexPet por medio del procedimiento de “inspección judicial” previsto en la legislación ecuatoriana. En tres de los casos el tribunal designó peritos de oficio, y en todos estos casos los peritos coincidieron con el análisis efectuado por TexPet y comprobaron la existencia de daños y perjuicios por un monto incluso algo superior al reclamado por TexPet. En otros dos casos donde el tribunal no designó peritos de oficio, los propios peritos del Estado compartieron las conclusiones de TexPet.

5. En seis casos, TexPet presentó toda la prueba que hacía a su derecho dentro de los plazos judiciales correspondientes, adoptó oportunamente todas las medidas procesales pertinentes conforme al derecho ecuatoriano y solicitó reiteradamente el dictado de sentencia definitiva por parte de los tribunales. Sin embargo, a lo largo de más de una década, 12 jueces distintos de tres juzgados distintos se rehusaron a dictar sentencia en cualquiera de los seis casos. Estos casos se encontraban en estado de dictar sentencia conforme a la legislación ecuatoriana al menos desde 1998, pero los tribunales se negaron sistemáticamente a hacerlo año tras año. Respecto al séptimo caso, a pesar de los reiterados pedidos de TexPet, el tribunal se negó inclusive a considerar la prueba producida por los peritos designados a lo largo de más de 14 años. En síntesis, el Poder Judicial de Ecuador ha demorado escandalosamente todas las reclamaciones de TexPet contra el Estado y ha dejado en evidencia su reticencia a dictar sentencia en forma justa e imparcial en todos estos casos, conforme lo prescriben el derecho ecuatoriano e internacional.

6. Mientras tanto, a fines de 2004, la rama política del mismo Estado ecuatoriano demandado en los siete casos comenzó a ejercer control sobre el Poder Judicial. Pese a que la Constitución de Ecuador de 1998 proclama el principio de independencia judicial, esencial para que un estado pueda cumplir su obligación de administrar justicia en forma imparcial a los ciudadanos extranjeros conforme a la ley, las instituciones políticas purgaron el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo Electoral y la Corte Suprema de Ecuador, y sustituyeron a los jueces designados de acuerdo con la Constitución por aliados políticos. La Corte Suprema fue objeto de dos purgas inconstitucionales en menos de tres años, y sus miembros actuales no fueron designados según lo establece la Constitución de Ecuador. El

Presidente Subrogante de la Corte Suprema ejerce funciones de juez de primera instancia en tres de los casos de TexPet contra el Estado. Desde 2004, prácticamente no ha existido independencia judicial en Ecuador, conforme lo afirman varias importantes organizaciones y comentaristas internacionales.

7. En vista de las escandalosas demoras padecidas en los siete casos y de la estrategia del Poder Ejecutivo, demandado en todos los casos, consistente en controlar el Poder Judicial, en mayo de 2006 TexPet informó a Ecuador su intención de iniciar este proceso arbitral. En respuesta a esa comunicación y a la posterior presentación de este reclamo en diciembre de 2006, los extremadamente lentos, y ahora politizados, tribunales comenzaron a actuar. En dos de los casos de TexPet, el juez interviniente rechazó las reclamaciones de TexPet por considerarlos “abandonados”, con base en la aplicación errónea y manifiestamente impropia de una disposición del Código de Procedimiento Civil. En uno de estos casos, TexPet había ofrecido toda la prueba y adoptado todas las medidas necesarias para llegar a una decisión, quedando pendiente únicamente el dictado de la sentencia. En el otro, TexPet había solicitado reiteradamente al tribunal dispusiera el inicio de la etapa de prueba, pero el tribunal se rehusó a ordenar una inspección judicial durante 14 años. En un tercer caso, el juez rechazó el reclamo de TexPet fundándose en una disposición sobre prescripción de la acción claramente inaplicable para los casos de ventas al consumidor final, inclusive pese a que, conforme a la precisa definición de estos términos en la legislación ecuatoriana, el Estado no era un consumidor final respecto de TexPet. Estos tres casos no sólo fueron decididos incorrectamente, sino que lo fueron en una forma groseramente incompetente, parcial y manifiestamente injusta, en evidente desconocimiento de claros principios establecidos en el derecho ecuatoriano. En un cuarto caso —el menor de las reclamaciones de TexPet, representativo aproximadamente del uno por mil (0.1%) de los daños y perjuicios totales debidos por Ecuador a TexPet— el tribunal falló tardíamente en favor de TexPet. El Estado apeló la decisión, y por lo tanto el caso continúa languideciendo en los tribunales ecuatorianos sin que TexPet pueda hacer efectiva su sentencia. Esta sentencia es, evidentemente, parte de una táctica de transparencia que pretende mejorar la posición del Estado en este proceso arbitral.

8. La conducta de Ecuador constituye al mismo tiempo un caso de denegación de justicia bajo el derecho internacional consuetudinario y una violación de las obligaciones de Ecuador frente a TexPet derivadas del tratado respecto de dos cuestiones diferentes: (1) demora indebida para decidir los siete casos de TexPet, que llevan más de una década de languidez en los tribunales ecuatorianos; y (2) decisiones judiciales groseramente incompetentes, parciales y manifiestamente injustas que llevaron al dictado de sentencias en algunos de los casos en manifiesto desconocimiento de la legislación ecuatoriana. En ambos casos, Ecuador violó sus obligaciones derivadas del tratado consistentes en (1) proveer a TexPet de un medio efectivo para efectuar reclamaciones y ejercer sus derechos; (2) brindar un trato justo y equitativo a las inversiones de TexPet; (3) brindar protección y total seguridad a dichas inversiones; y (4) abstenerse de tratar las inversiones de manera arbitraria o discriminatoria.

9. Cualquier esfuerzo extra por parte de TexPet a fines de obtener justicia de los tribunales ecuatorianos sería inútil. Ecuador se ha negado a administrar justicia a TexPet en dos formas independientes —primero, al negarse a dictar sentencia en los casos iniciados contra el Estado a lo largo de más de una década, y luego rechazando ilegalmente algunos de estas reclamaciones en directa represalia a la intención de TexPet de reivindicar sus derechos ante este Tribunal. La parcialidad actual de los jueces ecuatorianos, la ausencia de una Corte Suprema legitimada conforme a la Constitución y los frecuentes y exitosos ataques de las autoridades políticas en los años recientes en detrimento de la independencia judicial y de las propias Demandantes han llevado a una situación insostenible para las Demandantes en Ecuador. El derecho internacional establece que si los tribunales de un país deniegan justicia a un inversor extranjero, y resultara inútil para el inversor continuar planteando sus reclamaciones ante los tribunales del país receptor, las reclamaciones deben ser decididas por un tribunal arbitral internacional. Esa es la situación en este caso.

3. Como expuesto en el Escrito de demanda de los Demandantes (C I, pár. 102), los Demandantes solicitan que el Tribunal dicte un laudo como sigue:

102. Por lo expuesto, las Demandantes solicitan que el Tribunal emita un laudo en su favor:

- (i) Resolviendo y declarando que la Demandada ha incumplido sus obligaciones bajo el Artículo II(7) del Tratado, al no suministrar a las Demandantes un medio efectivo de plantear reclamaciones y ejercer derechos con relación a sus inversiones y acuerdos de inversión;
- (ii) Resolviendo y declarando que la Demandada ha incurrido en denegación de justicia conforme al derecho internacional consuetudinario;
- (iii) Resolviendo y declarando que la Demandada ha incumplido sus obligaciones bajo el Artículo II(3)(a) del Tratado, al no acordar a las inversiones de las Demandantes trato justo y equitativo y protección y seguridad totales y al brindar un estándar de tratamiento inferior al requerido por el derecho internacional;
- (iv) Resolviendo y declarando que la Demandada ha incumplido sus obligaciones bajo el Artículo II(3)(b) del Tratado, al menoscabar por medio de medidas arbitrarias o discriminatorias la gestión, operación, mantenimiento, uso, goce, adquisición, expansión o disposición de las inversiones de las Demandantes;
- (v) Ordenando a la Demandada a pagar a las Demandantes una compensación plena por los incumplimientos y violaciones

arriba enumeradas, inclusive todos los daños y perjuicios a que TexPet tiene derecho en los siete casos iniciados ante los tribunales ecuatorianos, más los intereses correspondientes hasta la fecha de pago;

- (vi) Ordenando a la Demandada a pagar todos los costos y gastos del presente arbitraje, inclusive los honorarios y gastos del Tribunal y los honorarios profesionales, más intereses;
- (vii) Ordenando a la Demandada a pagar intereses pre y post laudo, capitalizables en forma anual, sobre todos los daños y perjuicios y costos reconocidos por el laudo; y
- (viii) Otorgando las demás reparaciones que resulten apropiadas en las circunstancias del caso o que de otro modo resulten justas y satisfactorias.

4. En el Escrito de alegaciones de los Demandantes sobre el fondo (C V, pár. 504), los Demandantes repiten su petitorio de la manera siguiente:

504. Por los motivos expuestos, los Demandantes solicitan al tribunal que dicte un laudo a su favor y que:

- (i) Declare que la Demandada violó sus obligaciones en virtud del Artículo II(7) del Tratado, al privar a las Demandantes de un medio efectivo para la presentación de sus reclamaciones y el ejercicio de sus derechos en relación con sus inversiones y sus acuerdos de inversión;
- (ii) Declare que la Demandada ha incurrido en un acto de denegación de justicia de conformidad con el derecho internacional consuetudinario;
- (iii) Declare que la Demandada ha violado sus obligaciones en virtud del Artículo II(3)(a) del Tratado, al omitir acordar a las inversiones de las Demandantes un trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas;
- (iv) Declare que la Demandada ha violado sus obligaciones en virtud del Artículo II(3)(b) del Tratado, al impedir por medios arbitrarios o discriminatorios, la gestión, operación, el mantenimiento, uso, goce, y la adquisición, expansión y disposición de las inversiones de las Demandantes;
- (v) Declare que la Demandada ha violado el Contrato de 1973 y el Convenio de 1977;
- (vi) Ordene a la Demandada el pago a las Demandantes de una compensación íntegra, que incluya, entre otras cosas, la

indemnización a la que TexPet tiene derecho en los siete casos subyacentes a este arbitraje, iniciados en contra de la Demandada ante los tribunales ecuatorianos, más los intereses que correspondan;

- (vii) Ordene a la Demandada el pago de todas las costas, honorarios y gastos de este arbitraje, incluidos los honorarios y gastos del Tribunal y el costo y los honorarios de representación de letrados, más los intereses que correspondan sobre esas sumas en virtud del Tratado;
- (viii) Ordene a la Demandada el pago de cualquier otro costo en que hubiesen incurrido las Demandantes como consecuencia de los incumplimientos del Tratado por parte de la Demandada;
- (ix) Ordene a la Demandada el pago de intereses compuestos anuales, anteriores y posteriores al laudo, sobre todas las sumas que se ordene pagar; y
- (x) Otorgue cualquier otro resarcimiento que resulte apropiado en virtud del Tratado o que de cualquier modo se estime justo y conveniente como, por ejemplo, la aplicación de daños punitivos.

C.II. La Perspectiva y Petitorio sobre el fondo de la Demandada

5. Además de las objeciones respecto a la jurisdicción de la Demandada descritas en una sección aparte más abajo, la siguiente cita del Escrito de defensa de la Demandada resume los aspectos principales del litigio como sigue (R I, párs. 2-6):

2. El reclamo de Chevron es tan falso que se convierte en un abuso de derecho. En virtualmente casi todos los aspectos, la descripción que hace Chevron de los asuntos en cuestión es totalmente contraria a la realidad. Lo que Chevron describe como procesos judiciales de buena fe, en realidad se iniciaron, tal como lo demuestran sus propios documentos internos, con el único fin de obtener una ventaja táctica en sus negociaciones con la República cuando se retiraba por completo del país. Mientras que Chevron se describe a sí misma como que de manera diligente impulsaba el proceso para que se llegara a una sentencia en los siete juicios, ella misma admitió que realizó pocos actos para cumplir con la carga que tiene todo demandante de impulsar las causas, más allá de los someros actos mínimos que eran necesarios para mantenerlas activas en la justicia (a todas luces, como manera de influenciar en futuras negociaciones). La descripción de la coincidencia de los peritos en algunas causas como prueba de su “incuestionable” derecho a una sentencia a su favor pretendía esconder la interpretación contractual prevaleciente y otras cuestiones legales que

quedan fuera del ámbito de dichos peritos, cuestiones que fueron fuertemente objetadas cuando presentaron sus respectivos dictámenes. El retardo que, según Chevron, estaba dirigido a TexPet, en realidad era la demora normal que sufre todo demandante de cualquier nacionalidad que se olvida de su causa, en un sistema judicial ecuatoriano que padece de una sobrecarga de juicios.

3. Aún más extraordinario es lo siguiente: lo que Chevron describe como una “politización” de la justicia ecuatoriana a partir de 2004 es, en realidad, tal como lo manifiestan los comentaristas internacionales, una reforma que se realizó con el esfuerzo de todo el pueblo ecuatoriano para elevar la calidad de la justicia en los tribunales del país. De hecho, los últimos actos en los juicios de TexPet no son, como ella alega, el resultado de una “venganza” hacia Chevron por someter a arbitraje este caso –una acusación imprudente y totalmente injustificada- sino los primeros frutos de esa misma reforma.

4. El ataque que Chevron realiza contra la función judicial ecuatoriana se contradice con sus propios documentos privados y con sus muchos pronunciamientos públicos que hizo a lo largo de los años. Mientras que ahora Chevron arguye que los tribunales del Ecuador no son los adecuados, una y otra vez Chevron defendió la justicia ecuatoriana y elogió su capacidad y eficacia mediante escritos judiciales presentados en los Estados Unidos desde el año 1993 hasta 2002, específicamente citando como ejemplos los siete casos de los cuales ahora se queja, en un intento que le sirvió para que el juicio no se tramitara en los Estados Unidos, sino en los tribunales del Ecuador. En los escritos que presentó ante los tribunales federales de los Estados Unidos, Chevron nuevamente buscó que se rechazara una causa iniciada en su contra iniciada en los Estados Unidos, porque argumentaba que ese juicio debía iniciarse y substanciarse en el Ecuador, país que Chevron describió como una jurisdicción alternativa adecuada para resolver su reclamo.

5. Asimismo, las alegaciones de Chevron se contradicen no sólo con sus propias palabras y acciones, sino con los actos de los tribunales ecuatorianos que son objeto de dichas alegaciones. A pesar de acusar a la función judicial ecuatoriana por su parcialidad e incompetencia, Chevron resultó vencedora sobre el fondo de la cuestión en una causa; en otras tres causas, el tribunal rechazó los recursos de desestimación que el gobierno había presentado sin ni siquiera esperar las objeciones de la República.

6. En línea con su estrategia original de utilizar los siete juicios como “puntos de negociación”, Chevron ahora encontró una nueva manera de utilizarlos. Luego de haber logrado que los tribunales de los Estados Unidos rechazaran una causa iniciada por ciudadanos ecuatorianos por el daño ambiental que sufrieron como consecuencia de las actividades de perforación petrolera de Chevron –sobre la base de que los tribunales ecuatorianos constituían una jurisdicción adecuada– Chevron ahora se enfrenta a una posible atribución de responsabilidad debido a la resurrección de dicha causa en el Ecuador. Desde un punto de vista más amplio, el presente reclamo es sólo un componente más de una estrategia procesal más amplia que Chevron diseñó para destruir toda atribución de responsabilidad que pueda surgir en

dicha causa; y para ello, es necesario un laudo que condene al sistema judicial del Ecuador.

6. Como expuesto en el Escrito de defensa de la Demandada (R I, párs. 117-123), la Demandada solicita que el Tribunal emita un laudo como sigue:

117. Por lo expuesto, la República solicita que el Tribunal emita un laudo en su favor:

118. Resolviendo y declarando que el presente reclamo no constituye una “controversia en materia de inversiones”, según el significado del consentimiento otorgado en el Artículo VI(4) del Tratado;

119. En caso de que el Tribunal tenga competencia para examinar los méritos de la demanda arbitral de las Demandantes en todo respecto, resolviendo y declarando que no se puede atribuir responsabilidad que se base, total o parcialmente, en acciones u omisiones atribuibles a la República que tuvieran lugar antes de que el TBI entrara en vigor;

120. En caso de que el Tribunal sea competente para examinar los méritos de la demanda arbitral de las Demandantes, resolviendo y declarando que la República no violó ninguna obligación que hubiera contraído con los Demandantes en virtud del TBI;

121. En caso de que el Tribunal resuelva que la República violó alguna de las obligaciones previstas en el TBI, resolviendo y declarando que los Demandantes no han sufrido un daño indemnizable;

122. Ordenando, según los párrafos 1 y 2 del Artículo 40 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, a los Demandantes a pagar todos los costos y gastos del presente arbitraje, incluidos los honorarios y gastos del Tribunal y los honorarios profesionales de la República, más los intereses que se devenguen antes o después del laudo arbitral; y,

123. Otorgando las demás reparaciones que resulten apropiadas en las circunstancias del caso o que de otro modo resulten justas y satisfactorias.

7. En el Contraescrito de alegaciones de la Demandada sobre el fondo (R V, párs. 706-710), la Demandada repite su petitorio de la manera siguiente:

706. Por las razones anteriores, la República solicita por el presente que el Tribunal emita un fallo a su favor:

707. Si el Tribunal ratifica la jurisdicción para examinar el fondo del reclamo arbitral de los Demandantes en cualquier aspecto, determinando y declarando que el Demandado no ha violado ningún derecho de los Demandantes conferido o creado por el Tratado, el derecho internacional

consuetudinario, o un acuerdo de inversión, y desestimando las reclamaciones ;

708. Si el Tribunal determina que la República ha violado alguno de esos derechos, determinando y declarando que los Demandantes no han sufrido ninguna pérdida compensable, y desestimando las reclamaciones ;

709. Ordene que, en conformidad con lo que disponen los párrafos 1 y 2 del Artículo 40 de las Normas de Arbitraje de UNCITRAL, los Demandantes paguen todos los costos y gastos del presente proceso arbitral, incluidos los honorarios y costas del Tribunal y las costas de la representación legal de la República, más los intereses sobre ellos, previos al fallo y posteriores al fallo; y,

710. Otorgue cualquiera otra reparación o reparación adicional que considere apropiada dadas las circunstancias o que fuere de otro modo justa y apropiada.

D. Antecedentes Procesales

8. Por medio de una Notificación de arbitraje con fecha del 21 de diciembre de 2006, Chevron y Texaco iniciaron el presente procedimiento de arbitraje contra Ecuador en virtud del Artículo VI(3)(a)(iii) del Tratado entre la República de Ecuador y los Estados Unidos sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (el “TBI”). El Artículo VI(3)(a)(iii) del TBI dispone que las diferencias que surjan bajo el Tratado pueden someterse a un tribunal arbitral constituido en virtud del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (el “Reglamento CNUDMI”).
9. La Notificación de arbitraje presenta una controversia que se dice haber surgido de siete casos comerciales contra Ecuador sometidos por TexPet ante los tribunales ecuatorianos entre 1991 y 1994. Estas demandas surgen de alegaciones de incumplimiento de contrato respecto a la compensación debida a TexPet según dos acuerdos celebrados entre TexPet y Ecuador en 1973 y 1977 respectivamente.
10. Los Demandantes pretenden que los tribunales han rehusado decidir sus casos a causa de prejuicio en contra de ellos y en favor de la Demandada. Los Demandantes alegan que esto constituye una violación de las obligaciones de Ecuador según el TBI.
11. El 16 de enero de 2007, los Demandantes nombraron al honorable Charles N. Brower como árbitro.
12. Según una carta al Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje (el “SG-CPA”) con fecha del 26 de febrero de 2007, los Demandantes solicitaron formalmente que el SG-CPA designe una autoridad nominadora dado que la Demandada no había nombrado un árbitro dentro del plazo de treinta días otorgado en el Artículo 7(2) del Reglamento de Arbitraje CNUDMI. Mediante una carta con fecha del 2 de marzo de 2007, el SG-CPA invitó a la Demandada a comentar respecto a la solicitud para la designación de una autoridad

nominadora. El SG-CPA designó al Dr. Robert Briner como autoridad nominadora el 20 de marzo de 2007.

13. Mediante carta con fecha del 21 de Marzo de 2007, los Demandantes solicitaron que el Dr. Briner, en su capacidad de autoridad nominadora, nombre al segundo árbitro de parte de la Demandada.
14. Mediante carta con fecha del 26 de marzo de 2007, la Demandada nombró al profesor Albert Jan van den Berg como segundo árbitro. El Dr. Briner, mediante carta con fecha del 13 de abril de 2007, informó a las Partes que no había podido hacer ningún nombramiento de parte de la Demandada en su capacidad de autoridad nominadora y consideraba que el asunto se había vuelto académico.
15. Mediante carta con fecha del 8 de mayo de 2007, los dos árbitros nombrados por las Partes confirmaron, con el consentimiento de las Partes, su nombramiento del profesor Dr. Karl-Heinz Böckstiegel como árbitro presidente.
16. El 22 de mayo de 2007, el Tribunal nuevamente constituido emitió la Orden Procesal No. 1, *inter alia*, permitiendo a la Demandada de someter una corta Respuesta a la notificación de arbitraje antes del 30 de junio de 2007 y ordenando que la CPA actuara como registro en el caso. La Orden Procesal No. 1 también convocó una Reunión Procesal que tendría lugar en La Haya el 2 de agosto de 2007.
17. Mediante carta con fecha del 13 de junio de 2007, la Demandada solicitó que la fecha límite para la sumisión de la Respuesta a la notificación de arbitraje sea prorrogada hasta por lo menos el 17 de septiembre de 2007 y que la Reunión Procesal sea pospuesta hasta por lo menos el 17 de septiembre de 2007. Mediante carta con fecha del 15 de junio de 2007, el Tribunal invitó a los Demandantes a comentar respecto a las solicitudes de la Demandada. Mediante carta con fecha del 20 de junio de 2007, los Demandantes expresaron su opinión que el procedimiento debería seguir el horario fijado en la Orden Procesal No. 1 y que se rechazaran las solicitudes de la Demandada. Mediante carta con fecha del 25 de junio de 2007, el Tribunal prorrogó la fecha límite para la sumisión de la

Respuesta a la notificación de arbitraje hasta el 27 de agosto de 2007 y pospuso la Reunión Procesal hasta el 2 de octubre de 2007.

18. Mediante carta con fecha del 20 de agosto de 2007, los abogados recientemente nombrados de la Demandada informaron al Tribunal de un acuerdo entre las Partes sobre un horario para el procedimiento, incluyendo una prórroga adicional de la fecha límite para la sumisión de la Respuesta a la notificación de arbitraje hasta el 28 de septiembre de 2007. El Tribunal reconoció el acuerdo entre las Partes y mudó la fecha para la sumisión de la Respuesta a la notificación de arbitraje hasta el 28 de septiembre de 2007, con los demás detalles del horario quedando como tema para discusión en la Reunión Procesal. Mediante carta con fecha del 17 de septiembre de 2007, el Tribunal distribuyó una Orden del Día con Anotaciones para la reunión. Mediante carta con fecha del 26 de septiembre de 2007, los Demandantes comunicaron otro acuerdo entre las Partes respecto al horario del procedimiento.
19. La Reunión Procesal tuvo lugar en La Haya el 2 de octubre de 2007. El 9 de octubre de 2007, la CPA distribuyó, de parte del Tribunal, un Proyecto de Orden Procesal No. 2 a las Partes para sus comentarios.
20. Acusando recibo de los comentarios de las Partes sobre el proyecto, el Tribunal emitió la Orden Procesal No. 2 el 19 de octubre de 2007, dictando, *inter alia*, que el inglés y español serían los idiomas oficiales del arbitraje (con el inglés siendo entre ellos el idioma que tendría autoridad), que el lugar del arbitraje sería La Haya, Países Bajos, y que la Audiencia sobre la jurisdicción tendría lugar en San José, Costa Rica. La Orden Procesal No. 2 también estableció el horario del procedimiento, tomando en cuenta los acuerdos previos de las Partes y las discusiones que tuvieron lugar en la Reunión Procesal del 2 de octubre de 2007. Para mayor facilidad, las disposiciones pertinentes de la Orden Procesal No. 2 se reproducen por completo más abajo:

Esta Orden Procesal No. 2 registra los resultados de la discusión y del acuerdo entre las Partes y el Tribunal en la 1a Reunión Procesal que tuvo lugar el día martes, 2 de octubre de 2007, en la Pequeña Sala de Justicia del Palacio de la Paz de La Haya, Países Bajos:

1. **Reunión Procesal**

- 1.1 Los nombres de todos los participantes en la reunión han sido mencionados anteriormente y en lo sucesivo, están indicados en las secciones 1.2 y 1.3.

La representación de las Partes en la Reunión Procesal fue la siguiente:

Demandantes

Sr. R. Doak Bishop (King & Spalding)
Dr. Alejandro Ponce Martínez (Quevedo & Ponce)
Sr. Wade M. Coriell (King & Spalding)
Dra. Ana Belén Posso (Quevedo & Ponce)
Sra. Deborah Scott (Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company)
Sr. Ricardo Reis Veiga (Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company)

Demandada

Sr. Eric W. Bloom (Winston & Strawn LLP)
Sr. Ricardo E. Ugarte (Winston & Strawn LLP)
Sr. Mark A. Clodfelter (Winston & Strawn LLP)
Sra. Karen S. Manley (Winston & Strawn LLP)
Sr. Carlos Venegas Olmedo (República de Ecuador)
Sra. Christel Gaibor (República de Ecuador)

Los miembros del Tribunal y los otros participantes de la Reunión Procesal fueron los siguientes:

Tribunal

El honorable Charles N. Brower
El profesor Albert Jan van den Berg
El profesor Karl-Heinz Böckstiegel (Presidente)

Corte Permanente de Arbitraje

Sr. Brooks W. Daly
Sra. Rocío Digón
Sra. Evelien Pasman

Asistente Jurídico del honorable Charles N. Brower

Sr. Peter Prows

Ponentes/Intérpretes (ALTO International)

Ponentes:

Sra. Carmen Preckler Galguera
Sra. María Raquel Banos
Sra. Laura Evens
Sra. Michaela Philips

Intérpretes:

Sr. Jon Porter
Sr. Javier Ferreira Ramos
Sra. Ute Sachs

2. Fallos anteriores

2.1. Los fallos anteriores del Tribunal siguen siendo válidas a menos que se les modifique explícitamente. El Tribunal recuerda en particular los artículos siguientes de la Orden Procesal No. 1 e incluye todo suplemento y modificación hecho durante la Reunión Procesal:

2.2. **7. Comunicaciones**

Después de la Reunión, se ha suprimido el párrafo 7.1 de la Orden Procesal No. 1 y se ha modificado la numeración de las secciones.

7.1. Las Partes no comunicarán de ninguna forma con ningún miembro del Tribunal ex parte en relación con el caso del arbitraje.

7.2. Las Partes mandarían cada comunicación a cada miembro del Tribunal por correo electrónico y después las confirmarían por correo expreso, con copia a los abogados de la otra Parte. Si la comunicación no excede las 15 páginas, se puede confirmar por facsímile en vez de correo expreso

7.3. Copia de cada comunicación debe ser mandada al Registro.

7.4. Para facilitar citaciones y word processing, Memoriales y otras presentaciones largas tienen que estar producidos en Microsoft Word y precedidos por una Tabla de Materias.

7.5. Todos los documentos de las presentaciones tienen que ser entregados sin encuadernar, en carpetas de anillos y separados de los Memoriales y precedidos de un listado de documentos numerados de manera consecutiva en presentaciones posteriores (C-1, C-2 etc. para las Demandantes; R-1, R-2 etc. para la Demandada). Si posible, además, los documentos deberán estar presentados en forma electrónica (la preferencia es en Microsoft Word, sino en Adobe Acrobat).

7.6. Todas las comunicaciones escritas estarán consideradas como válidamente presentadas si enviadas a:

Demandantes: a la dirección del abogado estipulada arriba.

Demandada: a la dirección estipulada arriba.

Como la Demandada ha nombrado ahora su abogado para este caso, desde ahora, las comunicaciones serán enviadas a Winston & Strawn LLP (Winston) oficinas de Nueva York y Washington DC (EE.UU.) como se ha indicado en sus cartas.

Tribunal: a las direcciones estipuladas arriba.

Registro: a las direcciones estipuladas arriba.

7.7. Las Partes deben enviar copias de la correspondencia entre ellos al Tribunal solo si está relacionado a un asunto en el cual el Tribunal debe actuar en alguna forma, o tiene que estar avisado de algún acontecimiento relacionado con el caso.

- 7.8. Cada cambio de nombre, descripción, dirección, número de teléfono, número de facsímil o dirección de correo electrónico tiene que ser comunicado por la Parte o miembro del Tribunal a todos los demás destinatarios mencionados en los párrafos 1, 3 y 7.

Después de la discusión tenida durante la Reunión Procesal, se ha añadido la siguiente aclaración en materia de confidencialidad:

- 7.9. **Cada Parte puede divulgar públicamente los informes hechos en estos debates a menos que el Tribunal hubiese decidido lo contrario. Las peticiones de tratamiento confidencial de cualquier documento comunicado en estos debates pueden ser sometidas por cada una de las Partes a la decisión del Tribunal, en cuyo caso ningún documento sometido a tal petición podrá ser divulgado públicamente a menos que el Tribunal lo decida.**

2.3. 8. Idioma del arbitraje

Tras haber consultado las Partes durante la Reunión Procesal, el Tribunal determinará el idioma o idiomas que deberán utilizarse durante los debates, de conformidad con el Artículo 17(1) del Reglamento CNUDMI.

Después de la discusión tenida durante la Reunión Procesal y de la presentación de ulteriores comentarios de las Partes después de la Reunión, se ha decidido lo siguiente:

- 8.1. **El inglés y el español serán los idiomas oficiales del arbitraje y, entre estos, el inglés será el idioma que tendrá autoridad.**
- 8.2. **Las comunicaciones del Tribunal (incluso las ordenes, fallos y laudos), así como todos los informes y comunicaciones de las Partes estarán en inglés, incluso las traducciones completas de toda declaración de testigos preparada en español y las traducciones de la parte pertinente de la prueba documental y de los documentos legales que estuvieren en un idioma diferente del inglés.**
- 8.3. **Las traducciones españolas de todos los textos mencionados en el párrafo 8.2 que todavía no estuvieren en español serán sometidas o comunicadas con los textos o, lo antes posible después, pero en ningún caso después de tres semanas de su sometimiento o comunicación, excepto las traducciones españolas de cualquier laudo o escrito de alegaciones de los Demandantes sobre el fondo y el contraescrito de alegaciones de la Demandada sobre el fondo que puede ser sometido hasta seis semanas después de tal laudo o sometimiento.**
- 8.4. **Todos los debates orales serán interpretados simultáneamente y transcritos en inglés y español.**

2.4. 9. Lugar del arbitraje

Tras haber consultado las Partes durante la Reunión Procesal, el Tribunal determinará el lugar de arbitraje de conformidad con el Artículo 16(1) del Reglamento de la CNUDMI.

Después de la discusión tenida durante la Reunión Procesal y del sometimiento de ulteriores comentarios de las Partes por escrito, se ha decidido lo siguiente: La Haya, Países Bajos es el lugar de arbitraje.

En este contexto, se recuerda que, de acuerdo con el Artículo 16.2 del Reglamento de la CNUDMI, las Audiencias pueden tener lugar en otros sitios.

3. Calendario

3.1. Dada la propuesta de las Partes sometida por los Demandantes, en su carta del 26 de septiembre de 2007, y la discusión tenida durante la Reunión Procesal, el calendario será el siguiente:

3.2. El 19 de octubre de 2007,

Escrito de demanda de los Demandantes

3.3. El 19 de noviembre de 2007,

Escrito de defensa de la Demandada (con todas las objeciones jurisdiccionales)

3.4. El 25 de enero de 2008,

El escrito de alegaciones de la Demandada en materia de jurisdicción, que deberá ser sometido junto con todas las pruebas (documentos, así como declaraciones de testigos y declaraciones de expertos, si fuese el caso) en las que desea confiar la Demandada, de conformidad con las secciones sobre la prueba indicadas más abajo.

3.5. El 25 de marzo de 2008,

La contramemoria de los Demandantes en materia de jurisdicción, que deberá ser sometida junto con todas las pruebas (documentos, así como declaraciones de testigos y declaraciones de expertos, si fuese el caso) en las que desean confiar los Demandantes, de conformidad con las secciones sobre la prueba indicadas más abajo.

3.6. El 8 de abril de 2008,

El escrito de alegaciones de los Demandantes sobre el fondo, que deberá ser sometido junto con todas las pruebas (documentos, así como declaraciones de testigos y declaraciones de expertos, si fuese el caso) en las que desean confiar los Demandantes, de conformidad con las secciones sobre la prueba indicadas más abajo.

3.7. El 19 de mayo de 2008,

Audiencia de un día sobre la jurisdicción; si se necesitara el examen de testigos o expertos, el Tribunal podrá prolongar esta audiencia a dos días y medio tras haber consultado las Partes; en este caso, tendrá lugar el 19-21 de mayo de 2008.

- 3.8. Lo antes posible, después de la Audiencia sobre la jurisdicción, el Tribunal decidirá sobre la manera de examinar el asunto de la jurisdicción e informará a las Partes mediante orden, laudo o bien, de otra manera.
- 3.9. El 22 de agosto de 2008,

El contraescrito de alegaciones de la Demandada sobre el fondo, que deberá ser sometido junto con todas las pruebas (documentos, así como declaraciones de testigos y declaraciones de expertos, si fuese el caso) en las que desea confiar la Demandada, de conformidad con las secciones sobre la prueba indicadas más abajo.
- 3.10. En estos debates, las Partes no prevén la necesidad de peticiones de documentos y el Tribunal, de acuerdo con esto, no toma ninguna disposición para tratar dichas peticiones en esta Orden. Cada una de las Partes puede solicitar al Tribunal, llegado el caso, un nuevo examen de este asunto.
- 3.11. El 24 de octubre de 2008, el escrito de alegaciones de respuesta de los Demandantes sobre el fondo con toda prueba adicional (documentos, declaraciones de testigos, declaraciones de expertos) pero sólo como prueba contraria al 1er contraescrito de alegaciones de la Demandada sobre el fondo.
- 3.12. El 26 de diciembre de 2008, el escrito de dúplica de la Demandada sobre el fondo con toda prueba adicional (documentos, declaraciones de testigos, declaraciones de expertos) pero sólo como prueba contraria al escrito de alegaciones de respuesta de los Demandantes.
- 3.13. Después de esto, no se podrá someter ninguna nueva prueba, a menos que las Partes lo convengan entre ellas o que el Tribunal lo autorice explícitamente.
- 3.14. El 23 de enero de 2009, las Partes someterán
 - * las notificaciones de los testigos y expertos presentadas por estos mismos o por la otra Parte que desean se examine en la Audiencia,
 - * y una lista cronológica de todas las pruebas con indicaciones sobre el lugar en que se puede encontrar los documentos respectivos en el archivo.
- 3.15. En una fecha que queda por decidir, se deberá tener una Conferencia preliminar a la audiencia entre las Partes y el Tribunal, si este último lo considera necesario, ya sea en persona o por teléfono.

- 3.16. Lo antes posible, después de esto, el Tribunal emitirá una Orden Procesal sobre los detalles de la Audiencia sobre el fondo.
- 3.17. La Audiencia final sobre el fondo se tendrá del 20 al 24 de abril de 2009 y, si el Tribunal lo considerase necesario, tras haber consultado las Partes, se continuará del 27 al 29 de abril de 2009.
- 3.18. A las fechas definidas al final de la Audiencia, tras haber consultado las Partes, éstas someterán:
 - * Las Actas de la audiencia, de hasta 50 páginas (ningún nuevo documento está autorizado),
 - * y las Demandas de costas de arbitraje.

4. Pruebas

Las Partes y el Tribunal pueden utilizar, como directiva suplementaria, las “Reglas de la IBA sobre la Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional”, siempre sujetas a los cambios considerados por el Tribunal como apropiados en este caso.

5. Pruebas documentales

- 5.1. Se someterán con los escritos de alegaciones todos los documentos (que incluirán los textos de todas las disposiciones legales, casos y documentos) considerados como pertinentes por las Partes, según se estipula en el Calendario.
- 5.2. Se someterán todos los documentos con las traducciones, tal como se estipula más arriba en la sección relativa al idioma, y en la forma prevista antes en la sección sobre las comunicaciones.
- 5.3. No se permitirá de ninguna manera nuevas acusaciones ni pruebas factuales después de las fechas respectivas para la presentación del escrito de alegaciones de prueba contraria indicado más arriba en el Calendario, a menos que lo convengan las Partes entre ellas o que el Tribunal lo autorice explícitamente.
- 5.4. A menos que una Parte haga una objeción en el curso de las cuatro semanas siguientes a la recepción de un documento o que se encuentre una objeción posterior justificada por el Tribunal:
 - * se acepta un documento proveniente de la fuente indicada en el documento;
 - * se acepta una copia de una comunicación enviada sin prueba adicional cuando haya sido recibida por el destinatario; y
 - * se acepta como correcta una copia de un documento y su traducción al inglés o al español, si la hubiese.

6. Pruebas de testigos

- 6.1. Se someterán las Declaraciones escritas de todos los testigos junto con los escritos de alegaciones mencionados más arriba en los límites de tiempo estipulados en el Calendario. Aunque no

anticipadas en este momento, se debe someter las Declaraciones de testigos junto con los informes de las Partes sobre la jurisdicción; cada una de las Partes puede solicitar que el Tribunal decida un calendario para el sometimiento de las declaraciones de testigos de prueba contraria.

- 6.2. Para hacer un uso más eficiente del tiempo en la Audiencia, se utilizará generalmente Declaraciones de testigo escritas en lugar de un examen oral directo, aunque el Tribunal pueda admitir excepciones. Por lo tanto, en la medida en que, en la Audiencia, tales testigos son invitados por la Parte que hace la presentación o son solicitados por la otra Parte, el tiempo de audiencia disponible debe estar reservado principalmente al examen cruzado y al examen directo, así como a las preguntas de los Árbitros.

7. Pruebas de expertos

Si las Partes desean presentar el testimonio de un experto, se aplicará el mismo procedimiento que para los testigos.

8. Audiencias

En función de los cambios con miras al procedimiento hasta las Audiencias, se establece lo siguiente:

- 8.1. Las fechas están definidas de acuerdo al Calendario presentado más arriba.
- 8.2. Ningún nuevo documento podrá ser presentado en las Audiencias, excepto con la anuencia del Tribunal. Pero se podrá presentar documentos demostrativos utilizando los documentos sometidos anteriormente de conformidad con el Calendario.
- 8.3. Se hará una transcripción simultánea de las Audiencias, que será entregada a las Partes y a los Árbitros. La CPA como Registro tomará las disposiciones necesarias a este respecto.
- 8.4. **Audiencia en materia de jurisdicción:**
 - 8.4.1. Después de haber discutido en la Reunión y de que las Partes hubiesen sometido por escrito los comentarios adicionales, se decide que la audiencia sobre la jurisdicción tendrá lugar en San José, Costa Rica.
 - 8.4.2. Suponiendo que no se deberán examinar testigos ni expertos en esta Audiencia sobre la jurisdicción, el Orden del día será aquel indicado más abajo. Si se debiese escuchar a testigos en la Audiencia sobre la jurisdicción, se modificará la Orden del día.
 1. Breve introducción por parte del Presidente del Tribunal.
 2. Declaración de apertura por parte de la Demandada, hasta 1 hora.

3. Declaración de apertura por parte de los Demandantes, hasta 1 hora.
4. Preguntas por parte del Tribunal y sugerencias relativas a los asuntos particulares que se deberán examinar en más detalle en las Presentaciones de la 2ª sesión de las Partes.
5. Presentación de la 2ª sesión por parte de la Demandada, hasta 1 hora.
6. Presentación de la 2ª sesión por parte de los Demandantes, hasta 1 hora.
7. Preguntas finales por parte del Tribunal.
8. Discusión sobre si se considera necesario permitir la sumisión de escritos pos-audiencia y sobre cualquier otro asunto para el procedimiento ulterior.

Los miembros del Tribunal pueden formular preguntas en cualquier momento considerado adecuado.

8.5. Audiencia sobre el fondo:

- 8.5.1. Si fuese necesaria una Audiencia sobre el fondo, se definirá de manera más detallada después de la Audiencia sobre la jurisdicción y tras haber consultado las Partes.
- 8.5.2. Dado el tiempo disponible durante el periodo atribuido a la Audiencia en el Calendario, el Tribunal intenta establecer periodos de tiempo máximos iguales de los que podrán disponer ambas Partes (Demandantes y la Demandada). Se puede modificar ese principio a más tardar en el momento de la Conferencia preliminar a la audiencia.

9. Prórrogas de las fechas límites y otras decisiones de procedimiento

- 9.1. Se puede convenir pequeñas prórrogas entre las Partes, con la condición de que éstas no afecten las fechas ulteriores del Calendario y que se informe el Tribunal antes del vencimiento de la fecha original.
- 9.2. Sólo el Tribunal concederá prórrogas de las fechas límites en situaciones excepcionales y con la condición de que se le someta una petición inmediatamente después del acontecimiento que impidiese a una Parte cumplir con la fecha límite.
- 9.3. El Tribunal indicó a las Partes, y éstas tomaron nota de ello, que dados los viajes y otros compromisos de los Árbitros, puede ocurrir que éstos tomen cierto tiempo para responder a los informes de las Partes y a decidir sobre ellos.
- 9.4. Las decisiones de procedimiento serán emitidas por el Presidente del Tribunal tras haber consultado con sus coárbitros o, en casos de urgencia o si no hubiese contacto con los coárbitros, por él solo.

10. Costas del Tribunal

La cifra de remuneración por hora del Tribunal por todo el tiempo pasado en este asunto será de €500, importe al que se añadirá el IVA aplicable, de conformidad con el párrafo 11 de la Orden Procesal No. 1.

21. Los Demandantes sometieron su Escrito de demanda el 19 de octubre de 2007. La Demandada sometió su Escrito de defensa el 20 de noviembre de 2007.
22. Mediante carta con fecha del 24 de enero de 2008, la Demandada informó al Tribunal de un acuerdo entre las Partes para prorrogar la fecha límite para la sumisión del Escrito de alegaciones de la Demandada en materia de jurisdicción por cinco días hasta el 30 de enero de 2008, y, de forma correspondiente, prorrogar la fecha límite para la sumisión de la Contramemoria de los Demandantes en materia de jurisdicción y del Escrito de alegaciones de los Demandantes sobre el fondo por cinco días cada uno, hasta el 30 de marzo de 2008 y el 13 de abril de 2008 respectivamente. El Tribunal enmendó el calendario en la Orden Procesal No. 2 según lo acordado.
23. La Demandada sometió su Escrito de alegaciones en materia de jurisdicción por correo electrónico con fecha del 31 de enero de 2008 y una traducción al español del mismo por correo electrónico recibido el 21 de febrero de 2008.
24. Los Demandantes sometieron su Contramemoria en materia de jurisdicción por correo electrónico con fecha del 1 de abril de 2008 y una traducción al español del mismo por correo electrónico con fecha del 22 de abril de 2008.
25. Los Demandantes sometieron su Escrito sobre el fondo por correo electrónico con fecha del 14 de abril de 2008 y una traducción al español del mismo por correo electrónico con fecha del 24 de mayo de 2008.
26. Mediante correo electrónico con fecha del 10 de abril de 2008, un proyecto de Orden Procesal No. 3 se distribuyó a las Partes para sus comentarios. Mediante cartas con fecha del 17 de abril de 2008, ambos Demandantes y Demandada sometieron sus comentarios. La Demandada planteó una objeción que la Contramemoria de los Demandantes en materia de jurisdicción incluía nuevas demandas que no se habían presentado en el Escrito de demanda. Solicitó que el

Tribunal no permitiera las nuevas demandas en virtud del Artículo 20 del Reglamento de Arbitraje CNUDMI o que la audiencia sobre la jurisdicción sea pospuesta para otorgar más tiempo a la Demandada para responder a las presuntas nuevas demandas.

27. Acusando recibo de los comentarios de las Partes respecto al proyecto, el Tribunal emitió el 21 de abril de 2008 la Orden Procesal No. 3 cubriendo la conducta de la Audiencia sobre la jurisdicción. El Tribunal admitió de forma provisional las presuntas nuevas demandas en virtud del Artículo 20 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, pero reservó su decisión final al respecto hasta más tarde. La solicitud de la Demandada de posponer la audiencia sobre la jurisdicción fue rechazada. Para mayor facilidad, las disposiciones pertinentes de la Orden Procesal No. 3 se reproducen por completo más abajo:

1. Introducción

- 1.1. Esta Orden recuerda los **acuerdos y fallos anteriores** del Tribunal, en especial en la Orden Procesal No. 2, secciones 3.7. y 8.4.
- 1.2. A fin de facilitar las referencias a los documentos a los que se remitan las Partes en sus presentaciones orales, y en vista del gran número de documentos presentados por las Partes, con el fin de evitar que cada miembro del Tribunal tenga que llevarlos todos consigo a la Audiencia, se invita a las Partes a llevar a la Audiencia:

para la otra Parte y para **cada** miembro del Tribunal: **carpetas de audiencia** con dichos documentos o con las partes de los mismos a los que tengan la intención de remitirse en sus presentaciones orales en la audiencia, junto con un índice de materias completo y separado de las carpetas de audiencia de cada Parte,

para el uso del Tribunal, **un juego completo de todos los documentos** que las Partes hayan sometido en este procedimiento, junto con un índice de materias completo y separado de dichos documentos.

2. Hora y lugar de la Audiencia

- 2.1. La Audiencia tendrá lugar

en la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Avenida 10, Calles 45 y 47 Los Yoses, San Pedro
Apartado Postal 6906-1000, San José, Costa Rica
Teléfono: (506) 2234 0581
Fax: (506) 2234 0584

Como habrá que examinar a testigos y a peritos, se reservarán dos días y medio y la Audiencia empezará el 19 de mayo de 2008, a las 10.00 h finalizará, a más tardar, a las 13.00 h del 21 de mayo de 2008.

- 2.2. Para que las Partes y los Árbitros tengan tiempo suficiente para prepararse y evaluar cada parte de las Audiencias, las sesiones diarias no superarán el período entre las 10.00 h y las 18.00 h. Sin embargo, el Tribunal, de acuerdo con las Partes, podrá cambiar el horario durante el transcurso de las Audiencias.

3. Desarrollo de la Audiencia

- 3.1. No se podrá presentar ningún documento nuevo en la Audiencia, a menos que así lo hayan acordado las Partes o lo haya autorizado el Tribunal. Pero se podrán presentar documentos demostrativos utilizando los documentos sometidos anteriormente de conformidad con el calendario.
- 3.2. Para hacer un uso más eficiente del tiempo en la Audiencia, se utilizarán generalmente las declaraciones de testigo escritas en lugar de interrogatorios orales directos, aunque el Tribunal podrá admitir excepciones. Por lo tanto, en la medida en que, en la Audiencia, tales testigos sean invitados por la Parte que hace la presentación o sean solicitados por la otra Parte, la Parte que hace la presentación podrá introducir al testigo por no más de 10 minutos, pero el tiempo de audiencia restante estará reservado al contra-interrogatorio y al segundo interrogatorio directo, así como a las preguntas de los Árbitros.
- 3.3. Si un testigo cuya declaración ha sido presentada por una Parte y cuyo interrogatorio en la Audiencia ha sido solicitado por la otra Parte no se presenta a la Audiencia, su declaración no se tomará en cuenta por el Tribunal. Cada Parte podrá solicitar, con razones que lo justifiquen, una excepción a dicha regla.
- 3.4. Si las Partes solicitan un interrogatorio oral de un experto, se aplicarán las mismas normas y el mismo procedimiento que para los testigos.

4. Orden del día de la Audiencia

- 4.1. En vistas de los interrogatorios de testigos y expertos, se establece el siguiente orden del día de la Audiencia:
 1. Introducción por el Presidente del Tribunal.
 2. Declaración de apertura de no más de 30 minutos cada uno para
 - a) La Demandada,
 - b) Los Demandantes.

3. A menos que las Partes acuerden lo contrario: interrogatorios de testigos y expertos presentados por la Demandada. Para cada uno:
 - a) Afirmación del testigo o experto de que dirá la verdad.
 - b) Breve introducción por la Demandada. (Esto podrá incluir un breve interrogatorio directo sobre nuevos acontecimientos desde la última declaración por escrito del testigo o experto.)
 - c) Contra-interrogatorio por los Demandantes.
 - d) Segundo interrogatorio directo por la Demandada, pero sólo sobre temas que se hayan planteado en el contra-interrogatorio.
 - e) Segundo contra-interrogatorio por los Demandantes.
 - f) Preguntas restantes de los miembros del Tribunal, pero pueden formular preguntas en cualquier momento.
 4. Interrogatorios de los testigos y expertos presentados por los Demandantes. Para cada uno: viceversa según los incisos de a) a f) precedentes.
 5. Los testigos o expertos sólo podrán ser convocados nuevamente para un examen de refutación por una Parte o por los miembros del Tribunal, si dicha intención se anuncia con tiempo suficiente para garantizar la disponibilidad del testigo y del experto durante el tiempo de la Audiencia.
 6. Argumentos de refutación de no más de 1 hora cada uno para
 - a) La Demandada,
 - b) Los Demandantes.
 - c) Preguntas adicionales de los miembros del Tribunal, de haberlas.
 7. Argumentos finales de no más de 45 minutos cada uno para
 - a) La Demandada,
 - b) Los Demandantes.
 - c) Preguntas restantes de los miembros del Tribunal, de haberlas.
 8. Discusión relativa a los escritos pos-audiencia y cualquier otro asunto de procedimiento.
- 4.2. Los interrogatorios de testigos y expertos tendrán lugar en el orden acordado por las Partes. Si no se hubiese llegado a un acuerdo sobre ello, a menos que el Tribunal decida lo contrario, se escuchará primero a los testigos y expertos de la Demandada, en el orden decidido por la Demandada, y después se escuchará a los testigos y expertos de los Demandantes, en el orden decidido por los Demandantes.

- 4.3. A menos que las Partes acuerden lo contrario o que así lo dicte el Tribunal, los testigos y expertos podrán estar presentes en la sala de Audiencia durante el testimonio de otros testigos y expertos.
- 4.4. Como ya se había previsto en la Orden Procesal No. 2 para la audiencia sobre el fondo, en vista de los interrogatorios de testigos y expertos también para esta Audiencia sobre la Jurisdicción, tomando en cuenta el tiempo disponible durante el periodo previsto para la Audiencia en el calendario, el Tribunal establece periodos de tiempo máximo iguales, de los que las Partes podrán disponer para sus presentaciones e interrogatorio y contra-interrogatorio de todos los testigos y expertos. Tomando en cuenta el cálculo del tiempo de audiencia adjunto a esta Orden, el tiempo máximo total disponible para las Partes (incluidas sus declaraciones iniciales y finales) será el siguiente:

5 horas para los Demandantes

5 horas para la Demandada

Los límites temporales “por no más de” para los puntos que constan más arriba en el Orden del día se considerarán orientativos. Sin embargo, se deja a criterio de las Partes, sujeto a la sección 3.2. más arriba, cuánto del tiempo total asignado quieren destinar a los puntos del Orden del día en la sección 4.1. más arriba, las subsecciones 2., 3. b, c, d, y e, y 4., 6. y 7., siempre que respeten el tiempo total que se les ha asignado.

- 4.5. Las partes prepararán sus presentaciones y exámenes en la Audiencia basándose en los límites temporales establecidos en esta Orden Procesal.

5. Otros asuntos

- 5.1. La CPA ha organizado

la disponibilidad **del estenógrafo y de la traducción,**

que haya **micrófonos** para todos los que hablen en la sala de Audiencia a fin de garantizar que se les entienda fácilmente por los altavoces y a efectos de traducción,

y, tomando en cuenta el número de personas asistiendo de cada lado, un suministro suficiente de agua en las mesas y de café y té para los dos **recesos** cada día.

- 5.2. El Tribunal podrá cambiar cualquiera de los fallos de esta orden, después de consultarlo con las Partes, si lo considera apropiado de acuerdo con las circunstancias.

28. Mediante carta con fecha del 23 de abril de 2008, la Demandada solicitó clarificaciones adicionales a la Orden Procesal No. 3. Primero, solicitó que el

Tribunal no considerase el contenido del Escrito de los Demandantes sobre el fondo en la Audiencia sobre la jurisdicción y en la decisión final del Tribunal en materia de jurisdicción. La Demandada también dio a conocer su intención de someter un Escrito de defensa adicional respecto a las presuntas nuevas demandas de los Demandantes y su intención de solicitar permiso para someter escritos pos-audiencia respecto a estos asuntos.

29. Mediante cartas, ambas con fecha del 28 de abril de 2008, las Partes informaron al Tribunal que no tenían intención de presentar a ninguno de sus testigos ni de solicitar la presencia de ningún testigo de la parte opuesta. En su carta, la Demandada también solicitó permiso para someter declaraciones de testigos y peritos de prueba contraria de conformidad con los Artículos 6.1 y 7 de la Orden Procesal No. 2. Mediante carta con fecha del 30 de abril de 2008, el Tribunal modificó la orden del día de la audiencia para suprimir los puntos tratando el tema de testigos e invitó a las Partes a someter declaraciones de testigos y peritos de prueba contraria a más tardar el 9 de mayo de 2008.
30. Mediante carta con fecha del 9 de mayo de 2008, la Demandada solicitó permiso para someter un número limitado de documentos adicionales de prueba contraria antes de la Audiencia sobre la jurisdicción con el propósito de presentar prueba contraria a los presuntos nuevos asuntos y declaraciones factuales contenidos en la Contramemoria de los Demandantes en materia de jurisdicción. Mediante carta con fecha del 8 de mayo de 2008, el Tribunal autorizó la sumisión de documentos adicionales de prueba contraria por la Demandada antes del 13 de mayo de 2008. Los Demandantes fueron autorizados a someter una respuesta a estos documentos adicionales de prueba contraria antes del 17 de mayo de 2008.
31. La Demandada sometió tres nuevas declaraciones de testigos de prueba contraria incluyendo una declaración de un testigo nuevo por correo electrónico con fecha del 10 de mayo de 2008. La Demandada sometió documentos de prueba contraria por correo electrónico con fecha del 14 de mayo de 2008. Los Demandantes sometieron documentos de prueba contraria en respuesta por correo electrónico con fecha del 17 de mayo de 2008. La Demandada también sometió una serie de

autoridades legales de prueba contraria por correo electrónico con fecha del 18 de mayo de 2008.

32. La Audiencia sobre la jurisdicción tuvo lugar en San José, Costa Rica el 19 y 20 de mayo de 2008.
33. El Tribunal emitió la Orden Procesal No. 4 el 23 de mayo de 2008. El Tribunal autorizó dos series de Escritos pos-audiencia a ser sometidos simultáneamente el 22 de julio de 2008 y el 12 de agosto de 2008, respectivamente. El Tribunal invitó a las Partes a tratar a todos los argumentos y pruebas que quedaban sin responder hasta ese punto. Para mayor precisión y facilidad, las disposiciones pertinentes de la Orden Procesal No. 4 se reproducen por completo más abajo:

Tomando en cuenta la discusión y los acuerdos entre las Partes al fin de la Audiencia sobre Jurisdicción en San José el 20 de mayo de 2008, el Tribunal emite esta Orden Procesal No. 4 como sigue:

1. Escritos después de la Audiencia

- 1.1. **A más tardar el 22 de julio de 2008**, las Partes someterán simultáneamente Escritos pos-audiencia conteniendo lo siguiente:
 - 1.1.1. Los fallos solicitados por las Partes respecto tanto a jurisdicción como el fondo;
 - 1.1.2. Cualquier comentario que tengan sobre,
 - a) asuntos planteados en las sumisiones del otro lado a las cuales no se ha respondido hasta ahora;
 - b) asuntos planteados durante la Audiencia sobre la jurisdicción;
 - 1.1.3. Secciones aparte respondiendo en particular a las siguientes preguntas:
 - a) Expliquen porque la inversión alegada en el caso presente es o no es una inversión “existente en el momento de su entrada en vigor” del Tratado.
 - b) Que es exactamente el caso planteado por los Demandantes respecto a un “acuerdo de inversión” bajo el Artículo VI(1)(a) del Tratado?
- 1.2. Las secciones de los Escritos pos-audiencia pedidos en 1.1.2 y 1.1.3 más arriba incluirán cortas referencias a todas las secciones en las sumisiones anteriores de esa Parte, tanto así como a las pruebas (incluso autoridades legales, declaraciones de testigos y

declaraciones de expertos) y a las transcripciones de las audiencias sobre las cuales dependen respecto al asunto en particular. Para eliminar cualquier duda, el Tribunal desea recibir de cada Parte,

- 1.2.1. Una exposición relatando cada enunciado de derecho que se desea ver aceptado por el Tribunal; y
 - 1.2.2. Una exposición de cada hecho pertinente a jurisdicción que se desea ver aceptado por el Tribunal.
- 1.3. Nuevas pruebas solamente serán sometidas adjuntas a los Escritos pos-audiencia si son necesarios para hacer prueba contraria a hechos o cuestiones legales planteadas por el otro lado en sus sumisiones escritas a las cuales todavía no se ha respondido durante la Audiencia sobre la Jurisdicción.
- 1.4. **A más tardar el 12 de agosto de 2008**, las Partes someterán simultáneamente una segunda serie de Escritos pos-audiencia, pero solamente para hacer prueba contraria a la primera serie de Escritos pos-audiencia del otro lado.

2. Procedimiento sobre el fondo

- 2.1. Como discutido y acordado en la Audiencia sobre la Jurisdicción y para evitar cualquier malentendido, el horario antedicho no cambia el Horario acordado entre las Partes y el Tribunal para el procedimiento sobre el fondo expuesto en las secciones 3.6 a 3.18 de la Orden Procesal No. 2. Esto se estipula sin perjuicio de la decisión del Tribunal respecto a jurisdicción prevista en la sección 3.8 de la Orden Procesal No. 2.
34. Mediante carta con fecha del 13 de junio de 2008, la Demandada solicitó una prórroga de sesenta días de la fecha límite para la sumisión de su Contraescrito sobre el fondo. Mediante carta con fecha del 17 de junio de 2008, los Demandantes se objetaron a que esta prórroga sea otorgada. Mediante carta con fecha del 18 de junio de 2008, el Tribunal otorgó una prórroga de un mes.
35. Las Partes sometieron su primera serie de Escritos pos-audiencia por correos electrónicos con fecha del 23 de julio de 2008, con traducciones al español sometidas el 22 y 28 de agosto de 2008 para los Demandantes y la Demandada, respectivamente.
36. Las Partes sometieron su segunda serie de Escritos pos-audiencia en materia de jurisdicción por correos electrónicos con fecha del 13 de agosto de 2008, con traducciones al español sometidas el 3 y 18 de septiembre de 2008 para los Demandantes y la Demandada, respectivamente.
37. La Demandada sometió su Contraescrito sobre el fondo por correo electrónico con fecha del 23 de septiembre de 2008 y una traducción al español del mismo por correo electrónico con fecha del 3 de noviembre de 2008.

E. Las Excepciones a la Jurisdicción

38. Sin perjuicio a la presentación completa por las Partes de los detalles factuales y legales del caso y las consideraciones y conclusiones del Tribunal, los asuntos planteados por las Partes en esta fase jurisdiccional, sin importar si el asunto en particular es correctamente identificado como una excepción a la jurisdicción, se centran en cuatro temas principales.
39. La primera serie de asuntos se trata del efecto exclusivo, si existe alguno, que deberían tener las declaraciones o conducta de los Demandantes antes de la iniciación del arbitraje sobre su derecho de continuar con el litigio presente (ver la Sección J.II más abajo).
40. La segunda serie de asuntos se trata de si las reclamaciones contractuales en los juicios ante los tribunales ecuatorianos cumplen los requisitos para ser considerados como una inversión o parte de una inversión según el TBI (ver la Sección J.III más abajo). De otro lado, la cuestión se trata de si las reclamaciones se deben o son pertinentes a “acuerdos de inversión” de conformidad con el TBI (ver la Sección J.IV más abajo).
41. La tercer serie de asuntos trata de si los Demandantes tienen que agotar sus recursos internos para cumplir con los requisitos para sus reclamaciones de denegación de justicia y otras violaciones del TBI y, si surge, si han de verdad agotado todos los recursos internos exigidos (ver Sección J.V más abajo).
42. La última serie de asuntos trata de la aplicación *ratione temporis* del TBI a una situación cuyos antecedentes factuales incluyen periodos significativos que datan de antes de la entrada en vigor del TBI. Se disputa el ámbito temporal del TBI respecto a litigios preexistentes y actos y omisiones ocurridos antes de su entrada en vigor. También se disputa si la conducta de Ecuador constituye un acto continuado o compuesto, lo cual permitiría que caiga dentro del ámbito temporal del TBI (ver Sección J.VI – J.VIII más abajo).

F. Las Principales Disposiciones Legales Pertinentes

F.I. Tratado entre la República de Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (“TBI”)

43. Las principales disposiciones legales pertinentes del TBI se reproducen más abajo:

Artículo I

- 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.

[...]

Artículo VI

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

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

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

4. 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 al 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”).

5. Todo arbitraje efectuado de conformidad con la cláusula ii, iii o iv del inciso a), párrafo 3 del presente Artículo, tendrá lugar en un estado que sea Parte en la Convención de Nueva York.

6. Todo laudo arbitral dictado en virtud de este Artículo será definitivo y obligatorio para las partes en la diferencia. Cada Parte se compromete a aplicar sin demora las disposiciones de dicho laudo y a garantizar su ejecución en su territorio.

7. En todo procedimiento relativo a una diferencia en materia de inversión, las Partes no emplearán como defensa, reconvención, derecho de contra reclamación o de otro modo, el hecho de que la sociedad o el nacional interesado ha recibido o recibirá, según los términos de un contrato de seguro o de garantía, alguna

indemnización u otra compensación por todos sus supuestos daños o por parte de ellos.

8. A efectos de un arbitraje efectuado según lo previsto en el párrafo 3 del presente Artículo, toda sociedad legalmente constituida conforme al ordenamiento interno de una Parte o subdivisión política de la misma que, inmediatamente antes de ocurrir el suceso o los sucesos que dieron lugar a la diferencia, constituyera una inversión de nacionales o de sociedades de la otra Parte, deberá ser tratada como nacional o sociedad de esa otra Parte, conforme al inciso b), párrafo 2, del Artículo 25 de la Convención del CIADI.

[...]

Artículo XII

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 adquieran 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.

EN FE DE LO CUAL, los respectivos plenipotenciarios han firmado el presente Tratado.

HECHO en Washington a los veinte y siete días del mes de agosto de mil novecientos noventa y tres, en dos textos en los idiomas español e inglés, ambos igualmente auténticos.

F.II. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“CVDT”)

44. Las principales disposiciones legales pertinentes se reproducen más abajo:

SECCION SEGUNDA. APLICACIÓN DE LOS TRATADOS.

Artículo 28 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.

[...]

Artículo 30 Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y las obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes.

2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último.

3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al Artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:

(a) en las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3:

(b) en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes.

5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 60 ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado.

SECCION TERCERA. INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS.

Artículo 31

Regla general de interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, su preámbulo y anexos incluidos:

(a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

(b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

(a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

(b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

(c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Artículo 32

Medios de interpretación complementarios.

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del Artículo

31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

(a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

(b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

G. Petitorio de las Partes en materia de Jurisdicción

G.I. Petitorio de la Demandada

45. Como expuesto en el Escrito de alegaciones de la Demandada en materia de jurisdicción (R II, párs. 281-287), la Demandada solicita que el Tribunal emita un laudo como sigue :
- 281. Por las razones que anteceden, por medio del presente, la República solicita a la corte que falle en su favor:
 - 282. Encontrando y declarando que la corte carece de jurisdicción *ratione temporis* sobre las demandas del TBI de los Demandantes debido a que la controversia que ocasionó tales demandas es una continuación de las controversias que surgieron antes de la vigencia del TBI y que por lo tanto, están más allá del alcance temporal del TBI.
 - 283. Encontrando y declarando que la corte no puede ejercer jurisdicción sobre cualquiera de los presuntos actos u omisiones por parte del Ecuador, que ocurrieron antes de que el TBI entre en vigencia, mientras ellos permanezcan fuera del alcance *ratione temporis* del TBI bajo el principio de no-retroactividad de la Convención de Viena así como también los principios de responsabilidad de estado y la aplicación intertemporal de los tratados;
 - 284. Encontrando y declarando que la corte no puede ejercer jurisdicción con respecto a las demandas sobre cualquiera de los contratos, actividades u operaciones de los Demandantes, que han cesado de existir en el momento que el TBI entró en vigencia, a tal grado que ellos también trasciendan el alcance *ratione temporis* del TBI conforme al principio de no-retroactividad enunciado en el Artículo 28 de la Convención de Viena;
 - 285. Encontrando y declarando que la presente demanda no constituye una “controversia de inversión” dentro del significado de consentimiento provisto en el Artículo VI(4) del Tratado y de que la corte no tiene jurisdicción alguna sobre la demanda;
 - 286. Ordenando, conforme a los párrafos 1 y 2 del Artículo 40 de las normas de arbitraje del CNUDMI, que los Demandantes paguen todos los costos y gastos de éste proceso legal de arbitraje, incluyendo los pagos y gastos de la corte y el costo

de la representación legal de la República, más un interés antes y después del fallo sobre el mismo; y

287. Otorgando tal reparación u otra adicional según corresponda bajo las circunstancias o que por otro lado sea justa y apropiada.

46. En el Primer escrito pos-audiencia de la Demandada en materia de jurisdicción (R IV, párs. 9-12), la Demandada repite su petitorio de la manera siguiente:

9. Por la presente, la República solicita a la Corte pronunciar una sentencia a su favor encontrando y declarando, por los motivos que se disputan y se disputarán, que el presente reclamo no constituye una "disputa por inversión" conforme al significado en el Artículo VI(4) del Acuerdo y que la Corte no tiene jurisdicción *ratione materiae* sobre el reclamo.

10. Por la presente la República además solicita pronunciar una sentencia a su favor (a) desestimando las reclamaciones por falta de jurisdicción *ratione temporis*; y (b) en el caso que la jurisdicción se declare sobre cualquier reclamación de los Demandantes, emitiendo una declaración por la Corte que Ecuador no estará comprometida por, y no se basará responsabilidad alguna en todo o en parte sobre cualquier acto o hecho que tuvo lugar, o cualquier situación que dejó de existir antes del 11 de Mayo de 1997, que fue la fecha de entrada en vigor del TBI Ecuador-USA, incluyendo en particular las supuestas violaciones contractuales respecto de las reclamaciones pendientes de los Demandantes ante las cortes ecuatorianas o demoras en adjudicar dichas reclamaciones, y que la jurisdicción de la Corte por consiguiente será limitada.

11. Por la presente, la República además solicita que, en el caso que se determine la jurisdicción sobre las reclamaciones de los Demandantes, la Corte pronuncie una sentencia a su favor desestimando tales reclamaciones respecto de los méritos.

12. Por la presente, la República además solicita a la Corte pronunciar sentencia a su favor ordenando, conforme el párrafo 1 y 2 del Artículo 40 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI que los Demandantes paguen todas las costas y gastos de este proceso de arbitraje, incluyendo los honorarios y gastos de la Corte y el costo de la representación legal de la República, más el interés pre y pos-sentencia, y otorgando cualquier otra compensación adicional como pudiere ser apropiada bajo las circunstancias o que pudiese ser justa y correcta.

G.II. Petitorio de los Demandantes

47. Como expuesto en la Contramemoria de los Demandantes en materia de jurisdicción (C II, pár. 427), los Demandantes solicitan que el Tribunal emita un laudo como sigue :

427. A la luz de las presentaciones y aclaraciones ofrecidas por la Demandada en este Memorial de Contestación, los Demandantes solicitan al tribunal que dicte un laudo que cumpla las siguientes condiciones:

- (i) Que declare que la diferencia se encuentra sujeta a la jurisdicción y competencia de este Tribunal;
- (ii) Que ordene que se desestimen todas las objeciones a la jurisdicción y competencia del Tribunal planteadas por la Demandada; y
- (iii) Que se ordene a la Demandada pagar las costas de este procedimiento, incluidos los honorarios y gastos del Tribunal y gastos de representación de los Demandantes, más intereses.

48. En el Segundo escrito pos-audiencia de los Demandantes en materia de jurisdicción (C IV, párs. 116), los Demandantes repiten su petitorio de la manera siguiente:

116. En función de todas las presentaciones que efectuaron, los Demandantes solicitan respetuosamente que se dicte un Laudo haciendo lugar a lo siguiente:

- (i) Que se declare que la controversia que se debate en este caso queda comprendida dentro del ámbito de la jurisdicción y competencia del Tribunal;
- (ii) Que se desestimen todas las objeciones a la jurisdicción y competencia del Tribunal opuestas por la Demandada;
- (iii) Que se declare que la Demandada violó las obligaciones que le impone el Artículo II(7) del Tratado al no brindarles a los Demandantes un medio efectivo para plantear sus reclamaciones y hacer valer sus derechos relativos a sus inversiones y contratos de inversión;

- (iv) Que se declare que la Demandada violó las obligaciones que le impone el Artículo II(3)(a) del Tratado al no conferirles a las inversiones de los Demandantes un trato justo y equitativo así como plena protección y seguridad, y/o al violar el derecho internacional consuetudinario;
- (v) Que se declare que la Demandada violó las obligaciones que le impone el Artículo II(3)(b) del Tratado al impedir, mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el mantenimiento, la utilización el usufructo, la adquisición, la expansión o la enajenación de las inversiones de los Demandantes;
- (vi) Que se declare que la Demandada violó los Contratos de 1973 y 1977 y cometió una denegación de justicia, y que la combinación de estos actos constituye una violación del derecho internacional consuetudinario en relación con un contrato de inversión, en los términos del Artículo VI(1)(a) del Tratado;
- (vii) Que se ordene que la Demandada les abone una indemnización integral a los Demandantes por las violaciones contractuales, las violaciones del TBI y denegación de justicia según el derecho internacional consuetudinario, incluidas, a título de ejemplo, las indemnizaciones a las que tenía derecho TexPet en los siete juicios originales tramitados ante los tribunales ecuatorianos contra la Demandada, con los intereses correspondientes hasta el pago efectivo del Laudo;
- (viii) Que se ordene que la Demandada sufrague todos los costos, honorarios y gastos del presente arbitraje, incluidos los honorarios y gastos del Tribunal y los costos y honorarios de la representación letrada de las Demandantes, más los intereses que devenguen dichos montos de conformidad con el Tratado;
- (ix) Que se ordene que la Demandada sufrague todos los demás costos en que incurrieron los Demandantes a raíz de las violaciones del Tratado cometidas por la Demandada;
- (x) Que se ordene que la Demandada abone los intereses devengados con anterioridad y posterioridad al laudo sobre todos los montos correspondientes, capitalizados en forma anual; y
- (xi) Que se concedan las demás medidas que puedan resultar apropiadas de conformidad con el Tratado o que de otro modo resulten justas y adecuadas, tales como una mayor indemnización.

H. Antecedentes Factuales

49. Supedito a más detalles en secciones posteriores relativas a asuntos particulares, lo siguiente es un resumen de los hechos que llevaron al presente arbitraje.
50. En 1964, el Gobierno Ecuatoriano otorgó derechos a la explotación y producción de petróleo a Texaco Petroleum Company (“TexPet”) mediante un contrato de concesión con la filial local de TexPet. Con el consentimiento del Gobierno, TexPet asignó la mitad de su interés propietario en la concesión a Gulf Oil Company (“Gulf”), formando un consorcio (el “Consortio”). TexPet sirvió como operadora de las actividades del Consortio.
51. En septiembre del 1971, Ecuador formó una entidad gubernamental, la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (“CEPE”), que fue reemplazada en 1989 por una compañía estatal sucesora, la Empresa Estatal de Petróleos de Ecuador (“PetroEcuador”).
52. El 6 de agosto de 1973, TexPet y Gulf celebraron un nuevo contrato de concesión (el “Acuerdo de 1973,” Exh. C-4) con la República y CEPE. Este nuevo acuerdo reemplazó el contrato de concesión de 1964. Según el Acuerdo de 1973, CEPE ejerció la opción de adquirir una participación de 25% en el Consortio. Luego también compró la participación de Gulf, así llegando a una participación de 62.5% en el Consortio. TexPet era dueño de una participación del 37.5% restante, pero TexPet siguió actuando como operadora del Consortio.
53. El Acuerdo de 1973 permitía a TexPet explorar y explotar las reservas petroleras en la región del Amazonas de Ecuador, pero requería que TexPet proveyera un porcentaje de su producción de petróleo crudo al Gobierno para ayudar a satisfacer la necesidad ecuatoriana de consumo doméstico. Una vez satisfecha la obligación de contribuir petróleo para consumo doméstico, TexPet tenía derecho a exportar el resto de su petróleo al precio de mercado internacional actual que siempre era significativamente más alto que los precios domésticos. Si el petróleo se utilizaba para otros propósitos que para satisfacer la necesidad de consumo

doméstico, TexPet tenía derecho a recibir compensación a una tasa equivalente al precio del mercado internacional. El 16 de diciembre de 1977, la República, CEPE y TexPet firmaron un acuerdo complementario al Acuerdo de 1973 (el “Acuerdo de 1977,” Exh. C-5).

54. En 1990, PetroEcuador asumió el cargo de operadora del Consorcio. A pesar de los esfuerzos de las partes, ningún acuerdo pudo concluirse para prolongar el Acuerdo de 1973, que caducaba el 6 de junio de 1992. TexPet, PetroEcuador y la República comenzaron entonces negociaciones sobre una resolución de todos asuntos relativos al Acuerdo de 1973 y su terminación. En ese momento, TexPet también comenzó a liquidar sus operaciones en Ecuador.
55. Entre diciembre de 1991 y diciembre de 1993, durante las negociaciones para una resolución, TexPet presentó siete casos de incumplimiento de contrato contra el Gobierno de Ecuador ante los tribunales ecuatorianos en las cuales demandó más de US\$ 553 millones en daños.
56. Los casos alegaban incumplimientos por parte de Ecuador de sus obligaciones hacia TexPet según los Acuerdos de 1973 y 1977, tanto así como violaciones asociadas de las leyes ecuatorianas. Los Demandantes alegaron en cinco de estos casos que la Demandada presentó números falsos sobre la necesidad y el consumo doméstico y así se apropió de más petróleo del que tenía derecho a adquirir al precio de mercado doméstico según los Acuerdos de Concesión. Otro caso trataba un asunto de fuerza mayor y el último trataba una alegación de incumplimiento del Acuerdo de Refinanciamiento de 1986.
57. El 14 de diciembre de 1994, la República, PetroEcuador y TexPet llegaron a un acuerdo, en forma de un Memorando de Entendimiento (el “Memorando de 1994,” Exh. R-22), resolviendo todas las demandas pendientes para reparación ambiental que la República o PetroEcuador podrían haber presentado contra TexPet. También expuso las obligaciones de TexPet respecto a la reparación ambiental de ciertas áreas en la región Oriente donde operaba el Consorcio.
58. El 4 de mayo de 1995, la República, PetroEcuador y TexPet celebraron otro acuerdo (el “Acuerdo de Reparación Ambiental de 1995,” Exh. R-23) para

reemplazar el Memorando de 1994 y clarificar las responsabilidades de reparación ambiental de TexPet y los términos de su finiquito. Adjunto al Acuerdo de Reparación Ambiental de 1995 había un horario titulado “Ámbito de Trabajo” que TexPet y sus contratistas estaban obligados a seguir. En septiembre del 1995, el Ámbito de Trabajo fue detallado más ampliamente en un Plan de Acción de Reparación (el “PAR,” Exh. R-25) aceptado por las partes. De conformidad con el Acuerdo de Reparación Ambiental de 1995 y el PAR, los contratistas de TexPet llevaron a cabo reparaciones ambientales de las áreas especificadas entre 1995 y 1998.

59. El 17 de noviembre de 1995, la República, PetroEcuador y TexPet llegaron a un acuerdo que resolvía la mayoría de las cuestiones pendientes entre sí (la “Transacción Global de 1995,” Exh. R-27). En ese acuerdo, las Partes finiquitaron la una a la otra, la mayoría de sus obligaciones pendientes resultantes del Acuerdo de 1973. La Transacción Global de 1995 confirmó, en el Artículo 2.2, que el Acuerdo de 1973 “terminó, por cumplimiento del plazo acordado, el seis de junio de mil novecientos noventa y dos,” y, en el Artículo 4.5, que “se extinguen todos los derechos y todas las obligaciones que cada una de las partes tenga con respecto a la otra, emanados del [Acuerdo de 1973].” Por otro lado, el finiquito en la Transacción Global de 1995 excluyó las obligaciones ambientales que ya fueron resueltas en otros acuerdos. El finiquito también excluyó, en el Artículo 4.6, todas aquellas reclamaciones pendientes “judicialmente existentes entre las partes,”” que incluían los siete casos judiciales de TexPet.
60. El TBI entre los Estados Unidos y Ecuador entró en vigor el 11 de mayo de 1997.
61. Anteriormente, en noviembre del 1993, durante las negociaciones transaccionales entre TexPet y la República, un grupo de residentes de la región donde TexPet había operado las concesiones presentó una demanda colectiva bajo el nombre *Aguinda v. Texaco, Inc.* en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York (la “demanda *Aguinda*”).¹ Texaco, Inc. era la

¹ Maria Aguinda y otros contra Texaco, Inc., 945 F. Supp. 625 (Distrito Sur de Nueva York 1996), 142 F. Supp. 534 (Distrito Sur de Nueva York 2001), 93 Civ. 7527, 2000 WL 122143 (Distrito Sur de Nueva York 31 de enero de 2000), 303 F.3d 470 (Corte de Apelación de EE.UU. para el Segundo Circuito, 16 de agosto de 2002).

empresa matriz máxima de TexPet. La demanda reclamaba compensación por daños ambientales causados por TexPet, medidas equitativas significativas y un mandato judicial prohibiendo a TexPet participar en cualquier otra actividad que exponga a daño ambiental.

62. Los demandantes en *Aguinda* argumentaron que sólo podrían conseguir las medidas colectivas que reclamaban bajo las leyes de los Estados Unidos y de una corte en los Estados Unidos. TexPet presentó una moción para desestimar la demanda *Aguinda* basada en varias teorías, incluyendo la de *forum non conveniens* (tribunal inconveniente). Esto requería que las partes al litigio debatieran si los tribunales ecuatorianos constituían un foro alternativo adecuado para la demanda *Aguinda*. Tras el curso de los debates jurisdiccionales en primera instancia y varios grados de apelación desde el 17 de diciembre de 1993 hasta el 7 de abril de 2000, los abogados de TexPet afirmaron mediante declaraciones de peritos y escritos, *inter alia*, que los tribunales de Ecuador eran eficientes y justas. Tras el curso de apelaciones adicionales hasta el 2002, TexPet siguió argumentando que los tribunales ecuatorianos constituían un foro alternativo adecuado. La demanda *Aguinda* fue finalmente desestimada por los tribunales estadounidenses. Los mismos demandantes entonces iniciaron una demanda contra TexPet en el 2003 en un tribunal situado en el pueblo de Lago Agrio, Ecuador (la “demanda *Lago Agrio*”).²
63. Desde la demanda *Aguinda*, han transcurrido una serie de eventos involucrando la magistratura del Ecuador. El 25 de noviembre de 2004, el Congreso del Ecuador promulgó una resolución declarando que la Corte Constitucional y la Corte Electoral fueron nombradas ilícitamente en el 2003. Destituyó a los miembros de las dos. El 5 de diciembre de 2004, una sesión especial del Congreso del Ecuador destituyó a toda la Corte Suprema. En la misma sesión, el Congreso también acusó de alto delito a seis de los jueces recién-destituidos de la Corte Constitucional. El 15 de abril de 2005, el Presidente Gutiérrez declaró un estado de emergencia, suspendió ciertos derechos civiles y destituyó a todos los jueces nuevamente nombrados a la Corte Suprema. El Presidente Gutiérrez fue

² Maria Aguinda y otros contra Chevron Texaco Corporation, Procedimiento No. 002-2003, Corte Superior de Justicia, Nueva Loja, Ecuador.

luego desbancado y huyó del país. Durante este periodo, intervinieron el Relator Especial de la ONU sobre la independencia de jueces y abogados y la misión de la Organización de los Estados Americanos en Ecuador. Muy poco después, el Congreso del Ecuador anuló la resolución del 2004 que destituyó a los jueces de la Corte Suprema pero no reintegró estos antiguos jueces a sus puestos.

64. El 25 de abril de 2005, el Congreso del Ecuador aprobó cambios a la Ley Orgánica de la Función Judicial que introdujo un nuevo sistema para nombrar a los jueces de la Corte Suprema. Miembros de la comunidad internacional monitorearon y apoyaron al nuevo proceso de nombramiento y nuevos jueces de la Corte Suprema fueron nombrados en noviembre del 2005. Algunos observadores, por ejemplo la Comunidad Andina y la Red De La Justicia, declararon que consideraban que estas reformas reestablecían la independencia e imparcialidad del poder judicial, mientras otros, incluyendo al Relator Especial de la ONU, consideraban que las reformas eran insuficientes para cumplir con normas básicas de derechos humanos.
65. El 21 de diciembre de 2006, los Demandantes presentaron su Notificación de Arbitraje, lo cual inició el presente procedimiento de arbitraje.
66. En enero del 2007, el Presidente Rafael Correa hizo un llamamiento para un referendo para establecer una Asamblea Constituyente con el propósito de crear una nueva constitución. A pesar de una oposición inicial por parte del Congreso y de la Corte Electoral, al final se aprobó la tenida del referéndum. Pero cuando el Presidente Correa modificó la ley orgánica de la Asamblea Constituyente a ser propuesta en el referéndum y la Corte Electoral aprobó estos cambios, el Congreso destituyó al Presidente de la Corte Electoral en lo que parecía una tentativa de bloquear el referéndum. Apoyando al poder ejecutivo, las fuerzas armadas y la policía físicamente impidieron que el Congreso se reuniera en sesión para revocar la medida del Presidente Correa. Algunos de los diputados expulsados acudieron a la Corte Constitucional que finalmente dictó que su expulsión era ilegal. Los nuevos diputados que los habían reemplazado mientras tanto respondieron, destituyendo a la Corte Constitucional entera e inmediatamente después nombraron a un miembro del partido político del

Presidente Correa como jefe de una nueva Corte Constitucional. En el medio de los susodichos eventos, el 15 de abril de 2007, ganó el referéndum con un voto popular en favor del establecimiento de una Asamblea Constituyente.

67. El 30 de septiembre de 2007, los diputados de la Asamblea Constituyente fueron elegidos. El 27 de noviembre de 2007, la Asamblea Constituyente destituyó al Congreso y declaró que gozaba de autoridad absoluta. En particular, declaró que tenía el poder de destituir y sancionar a miembros de la magistratura que violaran sus decisiones. También adoptó un proyecto de reforma judicial, quejándose de la corrupción de la magistratura. El 14 de diciembre de 2007, la Asamblea Constituyente propuso reducir los salarios de los jueces por más del 50%. Esto provocó una serie de dimisiones por parte de estos jueces.
68. El 8 de enero de 2008, la Corte Constitucional desestimó un caso cuestionando el poder absoluto de la Asamblea Constituyente. La Corte Constitucional dictó que las decisiones de la Asamblea Constituyente no estaban sujetas al poder de ningún otro órgano de gobierno. En febrero del 2008, el Presidente actual de la Corte Suprema del Ecuador afirmó en declaraciones públicas que la Asamblea Constituyente goza de autoridad absoluta y que esto significa que existe sólo parcialmente un estado de derecho en el Ecuador: *“No podemos cubrir el sol con un dedo; la realidad jurídica y constitucional que vive el país es una realidad a medias, no vivimos en toda su plenitud en un estado de derecho”* (Exh. C-104).
69. De los siete casos de los Demandantes ante los tribunales ecuatorianos, tres quedan pendientes en primera instancia, dos están sujetos a apelaciones pendientes, y dos han sido recientemente desestimados y están ahora cerrados. Varios de los casos han sido sujetos a actividad posterior al servicio de la Notificación de Arbitraje.

Tabla 1. Los Siete Casos de los Demandantes ante los Tribunales Ecuatorianos

No. de Caso	Materia	Fecha de Presentación	Antecedentes Procesales	Estado Actual
23-91	Acuerdos de 1973/1977 (Refinería Esmeraldas)	17 dic 1991	Etapa probatoria (hasta jul 1995) Auto para sentencia (dic 2002) Auto para sentencia (ene 2004) Desestimado-prescripción(ene 2007) Apelación presentada (9 feb 2007) Apelación desestimada (7 mar 2008) Casación presentada (4 abr 2008) Casación desestimada (14 mayo 2008) Apelación de hechos presentada (16 mayo 2008) Apelación de hechos desestimada (9 jun 2008)	Cerrado desde el 9 jun 2008
7-92	Acuerdos de 1973/1977 (Refinería Amazonas)	15 dic 1992	Fecha fijada para nombramiento de peritos (11 may 1993) Declarado abandonado (9 abr 2007) Apelación presentada (25 abr 2007) Apelación desestimada (20 may 2008) Casación presentada (27 may 2008) Casación desestimada (24 jun 2008) Apelación de hechos presentada (30 jun 2008) Apelación de hechos desestimada (16 jul 2008)	Cerrado desde el 16 jul 2008
8-92	Acuerdo de 1973 Fuerza mayor – terremoto	15 abr 1992	Etapa probatoria (hasta mar 1995) Auto para sentencia (18 jul 1995) Declarado abandonado (2 oct 2006) Anulado en apelación (22 ene 2008) Desestimado - prescripción (1 jul 2008) Apelación presentada (2 jul 2008)	Apelación pendiente
983-03 (antes 6-92)	Acuerdo de Re-financiamiento de 1986 (Intereses sin pagar)	15 abr 1992	Etapa probatoria (hasta mar 1995) Transferencia de tribunal (oct 2003) Auto para sentencia (6 feb 2007) Fallo a favor de TexPet (26 feb 2007) Apelación por CEPE (1 mar 2007) Apelación por TexPet (12 mar 2007)	Apelación pendiente
152-93	Acuerdos de 1973/1977 (Refinería Esmeraldas)	10 dic 1993	Etapa probatoria (mediados del 1996) Auto para sentencia (22 may 2002)	Pendiente en primera instancia
153-93	Acuerdos de 1973/1977 (Refinería Amazonas)	14 dic 1993	Informes de peritos presentados (31 oct 1996) Auto para sentencia (12 oct 1998) Auto para sentencia (22 may 2002)	Pendiente en primera instancia
154-93	Acuerdo de 1973 (Productos importados)	14 dic 1993	Etapa probatoria (8 jul 1997) Auto para sentencia (8 oct 1997) Auto para sentencia (21 may 2002)	Pendiente en primera instancia

70. Los primeros tres casos de los siete, enumerados 152-93, 154-93 y 153-93, fueron iniciados entre el 10 y el 14 de diciembre de 1993. En el caso 152-93, la etapa probatoria fue completada a los mediados del 1996 y un auto para sentencia, indicando que el proceso se había cerrado y no faltaba más que dictar la sentencia, fue emitida el 22 de mayo de 2002. En el caso 154-93, la etapa probatoria fue completada el 8 de julio de 1997, y un auto para sentencia fue emitido el 8 de octubre de 1997 y otra vez el 21 de mayo de 2002. En el caso 153-93, todas las declaraciones de peritos fueron sometidas antes del 31 de octubre de 1996 y un auto para sentencia fue emitido el 12 de octubre de 1998 y otra vez el 22 de mayo de 2002. En todos los tres casos, los tribunales desestimaron las causas por abandono. Hasta la fecha presente, ninguna decisión en primera instancia ha sido dictada en cualquiera de los tres casos.
71. El caso 8-92 fue presentado el 15 de abril de 1992. En marzo del 1995, se completó la etapa probatoria. Un auto para sentencia fue emitido en ese caso el 18 de julio de 1995. Después de la Notificación de Arbitraje, el tribunal desestimó el caso el 2 de octubre de 2006 por abandono de la demanda. Esa desestimación fue revocada el 22 de enero de 2008 sobre la base que ya se había emitido un auto para sentencia. El caso regresó a el tribunal de primera instancia y fue desestimado de nuevo por prescripción fundada en una disposición de una ley sobre la venta al consumidor que fija un periodo de prescripción de dos años para ventas al por menor. El 2 de julio de 2008, TexPet presentó una apelación a esta última sentencia y esa apelación sigue pendiente.
72. El caso 7-92 fue presentado el 15 de abril de 1992. El 11 de mayo de 1993, el tribunal fijó una fecha para que los peritos aceptaran oficialmente su cargo y llevaran a cabo la inspección de documentos. A causa de un error en la carta de notificación, la aceptación oficial del cargo no pasó. Entre julio del 1993 y febrero de 2007, TexPet solicitó varias veces que el tribunal fije una nueva fecha para que los peritos aceptaran su cargo y se proceda con la etapa probatoria. El caso fue desestimado el 9 de abril de 2007 por presunto abandono de la causa por los Demandantes. Los Demandantes presentaron una apelación a esta

desestimación el 25 de abril de 2007. El 20 de mayo de 2008, la apelación de TexPet fue desestimada. El 27 de mayo de 2008, TexPet presentó un recurso de casación. Este fue desestimado el 24 de junio de 2008. El 30 de junio de 2008, TexPet presentó una apelación de hechos. Esta fue desestimada el 16 de julio de 2008. El caso queda ahora cerrado por completo.

73. El caso 23-91 fue presentado el 17 de diciembre de 1991. Hacia finales de julio del 1995, la etapa probatoria fue completada. En diciembre del 2002 y en enero del 2004, se emitieron autos para sentencia. El tribunal desestimó la causa el 29 de enero de 2007, basándose en el periodo de prescripción de dos años dispuesto en una ley sobre venta al consumidor. El 9 de febrero de 2007, TexPet presentó una apelación a esa sentencia. El 7 de marzo de 2008, la desestimación por prescripción se confirmó en apelación. El 4 de abril de 2008, TexPet presentó un recurso de casación. Este fue desestimado el 14 de mayo de 2008. El 16 de mayo de 2008, TexPet presentó una apelación de hechos. Esta fue desestimada el 9 de junio de 2008. El caso queda ahora cerrado por completo.
74. El último caso, numerado 6-92 (finalmente renumerado 983-03), fue presentado el 15 de abril de 1992. La etapa probatoria fue completada en marzo del 1995. En octubre del 2003, el tribunal decidió que no era competente para ver el caso y lo mandó a otro tribunal. El nuevo tribunal emitió un auto para sentencia el 6 de febrero del 2007. Después de la Notificación de Arbitraje, el 26 de febrero de 2007, el tribunal dictó a favor de TexPet pero los Demandantes no podían cobrar el monto dictado a causa que no tienen representante legal en Ecuador a quien se le permite ejecutar la sentencia. Las dos Partes han presentado apelaciones a la sentencia y esta apelación sigue pendiente.

I. Corto Resumen de los Argumentos en materia de Jurisdicción

I.I. Argumentos de la Demandada

75. Los argumentos de la Demandada en materia de jurisdicción se pueden resumir de la manera siguiente, supeditados a más detalle en secciones posteriores sobre temas específicos.
76. La Demandada alega que, por varias razones, este Tribunal no tiene la jurisdicción para conocer las demandas basadas en el TBI. Como asunto preliminar, la Demandada alega que en ningún caso se debería permitir a los Demandantes continuar con sus demandas debido al abuso de proceso. Además, la Demandada plantea objeciones en materia de jurisdicción porque los Demandantes no han logrado presentar “una diferencia en materia de inversión” en el sentido en que lo entiende el TBI, poniendo las demandas fuera del alcance del ámbito *ratione materiae* del TBI. Por último, la Demandada sostiene que las demandas caen fuera del alcance del ámbito *ratione temporis* del TBI.
77. La objeción preliminar de la Demandada sobre el abuso de proceso postula que la posición actual de los Demandantes es inconsistente con repetidas declaraciones anteriores hechas en el litigio ante los tribunales de los Estados Unidos en el que los Demandantes dieron fe sobre la equidad y capacidad de la magistratura de Ecuador. La Demandada pide al Tribunal que no permita que los Demandantes se contradigan a sí mismos y así crear jurisdicción sobre un nuevo “litigio.” Además, la Demandada alega que la razón por la que los Demandantes han empezado el arbitraje actual es para minar la aplicabilidad de cualquier posible sentencia desfavorable en la demanda de *Lago Agrio*. El hecho de que los Demandantes se hayan contradicho a ellos mismos y su objetivo impropio en solicitar el arbitraje constituyen ambos tal abuso de derecho que los Demandantes deberían de ser tratados como si hubieran renunciado a cualquier derecho de

arbitraje de las demandas relacionadas con la suficiencia de los juzgados ecuatorianos.

78. Relativo a *ratione materiae* la Demandada sostiene que las presentes reclamaciones basadas en los juicios de TexPet no caben dentro de la definición de un “diferencia en materia de inversión” dada en el Artículo VI(1) del TBI. Por tanto, la Demandada afirma que el litigio actual está fuera del alcance sustantivo del consentimiento de Ecuador a arbitrar bajo el TBI. La Demandada plantea varias objeciones en este sentido.
79. La Demandada alega que las presentes demandas no surgen de o están relacionadas con un “acuerdo de inversión” o con una violación del Tratado “con respecto a una inversión.” Primero, las reclamaciones judiciales de los Demandantes no poseen las características necesarias para cualificar como una “inversión.” Además, las reclamaciones judiciales de los Demandantes no pueden encajarse bajo el título de “derecho al dinero” que se encuentra en la definición del TBI de inversiones cubiertas. Esto es porque las reclamaciones no están “relacionada[s] con una inversión” como se requiere bajo esa definición ya que las inversiones de los Demandantes no existían en el momento en que el TBI entró en vigor. Tampoco las reclamaciones de TexPet caen bajo el título de “derechos conferidos por ley o por contrato” ya que el TBI solamente cubre los derechos a hacer algo o por otra parte a dedicarse a alguna actividad sancionada por una ley análoga a los derechos bajo licencias o permisos. Finalmente, la irretroactividad del TBI impide también a los Demandantes de basarse en “acuerdos de inversión” que habían dejado de existir para cuando el TBI entró en vigor.
80. Incluso si las demandas constituyen una “diferencia en materia de inversión” según el TBI, la Demandada alega además que las reclamaciones por denegación de justicia no están listas para ser adjudicados. Bajo el derecho internacional, un Estado no es responsable de los actos de su poder judicial a menos que un demandante haya agotado todos los remedios procesales disponibles. Las reclamaciones por denegación de justicia, por consiguiente, tienen que estar basados en los actos del sistema judicial en conjunto. Como los Demandantes no

han demostrado que han agotado los posibles remedios procesales en sus casos, las demandas por denegación de justicia no se pueden formular y las reclamaciones tienen que estimarse prematuras.

81. Con respecto a la jurisdicción *ratione temporis*, la Demandada aduce que los Estados son responsables del incumplimiento de las obligaciones de un tratado solamente si tales obligaciones estaban en vigor en el momento en que la presunta violación tuvo lugar. Cualquier comportamiento de Ecuador anterior al TBI por lo tanto cae fuera del ámbito temporal del TBI de acuerdo al principio del derecho internacional de la irretroactividad reflejado en el Artículo 28 VCLT. La Demandada plantea tres distintas objeciones en este sentido.
82. La primera objeción es que el litigio actual y todos los hechos con él asociados surgieron antes de entrar en vigor el TBI el 11 de mayo de 1997. Es simplemente la continuación en una forma diferente de un conflicto previo al TBI. La Demandada aduce que tales conflictos previos al TBI están excluidos del ámbito temporal del TBI. Por lo tanto, el Tribunal debe rechazar las demandas presentes bajo la base de que no representan un nuevo conflicto al que se puede aplicar el TBI.
83. Según la Demandada, el principio de irretroactividad y derecho de la responsabilidad del Estado prohíben también la consideración de cualquier acto previo al TBI en la determinación de una violación. El Tribunal no puede juzgar los actos u omisiones de Ecuador según normas del TBI que no existían en el momento de tal conducta. La base de las demandas – los primeros presuntos incumplimientos de las obligaciones contractuales – está, por tanto, excluida de la jurisdicción del Tribunal. Además, el resto de la reclamación no puede mantenerse porque la conducta de la Demandada en el derecho internacional no constituye un acto “compuesto” ni uno de “continuación.”
84. La tercera objeción *ratione temporis* alega que las reclamaciones tienen que ver con inversiones que dejaron de existir al retirarse TexPet de Ecuador. En 1995 el Acuerdo de 1973 ya había expirado, las operaciones de TexPet en Ecuador ya habían acabado y todos los derechos restantes relacionados con contratos anteriores ya habían terminado de conformidad con los Acuerdos de Transacción.

De este modo, para cuando el TBI entró en vigor en 1997, las inversiones y los derechos correspondientes de los Demandantes constituían una “situación que había dejado de existir” según el Artículo 28 del CVDT.

I.II. Argumentos de los Demandantes

85. Los argumentos de los Demandantes en materia de jurisdicción se pueden resumir de la manera siguiente, supeditados a más detalles en secciones posteriores con respecto a determinados asuntos.
86. Los Demandantes primero argumentan que continuaron teniendo inversiones en Ecuador después de la entrada en vigor del TBI. La definición de “inversión” del TBI es amplia. También, las inversiones tienen que examinarse como un conjunto y no separadas en componentes. Por consiguiente, las inversiones hechas en conformidad a los Acuerdos de 1973 y 1977 tienen que tomarse como incluyendo las reclamaciones legales y contractuales que emanan de aquellos acuerdos que son el tema de sus casos judiciales pendientes, así como el trabajo de remediar el medio ambiente relacionado con las operaciones de TexPet que continuó hasta 1998, después de que el TBI había entrado en vigor.
87. Además los Demandantes argumentan que el conflicto concierne a “acuerdos de inversión,” es decir los Acuerdos de 1973 y 1977. Tales litigios están cubiertos independientemente bajo el TBI. Por otra parte, ya que la jurisdicción sobre tales reclamaciones no está limitada a reclamaciones basadas en el tratado, las limitaciones temporales que aplican a las reclamaciones bajo el TBI no aplican. Es suficiente que estas reclamaciones han continuado existiendo después de la fecha de la entrada en vigor del TBI.
88. Los Demandantes afirman que el TBI no excluye litigios preexistentes. El TBI necesitaría incluir lenguaje explícito para poder excluir tales litigios. En cambio, de acuerdo con el Artículo XII del TBI, litigios simplemente necesitan “existir” en el momento de la entrada en vigor para quedar cubiertos por el TBI. En cualquier caso, como las reclamaciones son por denegaciones de justicia, el

litigio solamente se materializó después de un grado crítico de retraso indebido y politización del poder judicial que ocurrió en el 2004.

89. Los Demandantes también rechazan la idea de que las reclamaciones bajo el TBI tienen que ser estrictamente basadas en actos y omisiones posteriores al TBI. Primero, la conducta anterior al TBI puede servir como antecedente a las reclamaciones de denegación de justicia que solamente surgieron realmente después de la entrada en vigor del TBI. Segundo, el principio de irretroactividad no puede impedir la responsabilidad de actos de “continuación” o “compuestos.” La falta continua de los juzgados ecuatorianos de decidir sobre los casos de los Demandantes y los acontecimientos que han llevado a la destrucción de la independencia del poder judicial ecuatoriano, constituyen actos de continuación y compuestos.
90. En cuanto al argumento que los Demandantes no han agotado los recursos disponibles de procedimiento, alegan que cualquier requisito de agotamiento no es un asunto jurisdiccional, sino un asunto relativo al fondo. En cualquier caso, reclaman que todo esfuerzo adicional para tratar de conseguir que sus casos sean resueltos imparcialmente sería inútil. Los recursos citados por la Demandada son apropiados para delitos por parte de jueces individuales y no serían eficaces en el contexto del fracaso sistémico del poder judicial ecuatoriano.
91. Finalmente, los Demandantes encuentran los argumentos de la Demandada sobre abuso de derecho, preclusión jurídica y renuncia, sin fundamento. Las alegaciones de los Demandantes en el asunto actual no contradicen sus alegaciones previas en el litigio ante los juzgados de los Estados Unidos porque la situación en Ecuador ha cambiado significativamente y ha empeorado desde que se hicieron las declaraciones impugnadas. Además, esas declaraciones fueron hechas por partes distintas en un juicio distinto y no se pueden transferir al proceso actual.

J. Consideraciones del Tribunal en materia de Jurisdicción

92. El Tribunal ha considerado los amplios argumentos basados en hechos y legales presentados por las Partes en sus presentaciones escritas y verbales, que el Tribunal ha encontrado todas útiles. En este Laudo, el Tribunal discute aquellos argumentos de las Partes que son más pertinentes para sus decisiones. Las razones del Tribunal, sin repetir todos los argumentos adelantados por las Partes, tratan lo que el Tribunal mismo considera que son los factores determinativos necesarios para decidir los asuntos de jurisdicción en este caso.

J.I. Consideraciones Preliminares

1. El Criterio de Revisión para las Objeciones en materia de Jurisdicción

93. Las Partes tienen puntos de vista distintos respecto al enfoque que el Tribunal debe tomar para evaluar las objeciones jurídicas y, en particular, al criterio que se debe de aplicar a una falta de declarar una demanda (state a claim).
94. La postura de la Demandada es que “no basta con simplemente presentar una demanda de arbitraje declarando que existe una controversia” para invocar al TBI (R II, pár. 235). Los Demandantes tienen la responsabilidad de demostrar que el Tribunal tiene jurisdicción (R III, pár. 56).
95. La Demandada argumenta que, al examinar su jurisdicción sobre incumplimientos sustantivos del TBI, el Tribunal no debería limitarse solamente a las meras alegaciones presentadas por los Demandantes. El Tribunal debería considerar las presentaciones de los Demandantes y de la Demandada y someter las reclamaciones sustantivas como mínimo a una revisión *prima facie* para

comprobar que los Demandantes han logrado presentar un caso completo en cada elemento de un presunto incumplimiento del TBI (R II, párs. 234-244). La Demandada cita *Continental Casualty Co. contra Republica de Argentina*³ en este sentido (R II, pár. 236).

96. En el caso a la vista, la Demandada disputa que los Demandantes incluso hayan hecho un caso *prima facie* de que han agotado los recursos locales como se requiere para sustentar sus reclamaciones de negación de justicia y, como consecuencia, sus reclamaciones deberían de ser desestimadas (R IV, pár. 92; ver Sección J.V más abajo). La Demandada cita *Impregilo contra Pakistán*,⁴ *inter alia*, como un ejemplo de este enfoque (R II, pár. 234-244).
97. La Demandada además somete que por hechos cuestionados directamente relacionados con la jurisdicción y distintos del fondo, el Tribunal debería requerir de los Demandantes probar los hechos necesarios para jurisdicción a nivel de preponderancia de la prueba (Tr. en 33:18-20; R III, pár. 64). La Demandada argumenta que las decisiones de *Oil Platforms*⁵ y *Methanex*⁶ en las que se basan los Demandantes se hicieron en situaciones donde no había prueba contraria a considerar (Tr. en 31:6-24). La Demandada cita los casos de *Chorzów Factory*⁷ y *Soufraki*⁸ así como la decisión del comité ad hoc en *Lucchetti contra Perú*,⁹ entre otros, como apoyo para un criterio más alto de revisión cuando se cuenta con prueba contraria (Tr. en 33:20-23, 34:10-21; R III, pár. 73). Según la Demandada, el Tribunal también está autorizado a dictar sobre cuestiones de derecho debatidas en la fase jurisdiccional (R III, pár. 70). La Demandada somete

³ Continental Casualty Co. contra República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/9, Decisión sobre Jurisdicción (22 de febrero de 2006), párrafo 60 [en adelante *Continental Casualty*].

⁴ Impregilo S.p.A. contra República Islámica de Pakistán, Caso CIADI No. ARB/03/3. Decisión sobre Jurisdicción (22 de abril de 2005) [en adelante *Impregilo*].

⁵ Case concerning Oil Platforms (Caso relativo a Plataformas Petroleras) (República Islámica de Irán contra Estados Unidos de América), Sentencia sobre Objeción Preliminar, 1966 I.C.J. Rep. pág. 803 (12 de diciembre de 1996) [en adelante *Oil Platforms*].

⁶ Methanex Corporation contra Estados Unidos, Ad hoc – Reglamento de Arbitraje CNUDMI, Laudo Parcial (7 de agosto de 2002) [en adelante *Methanex*].

⁷ Case concerning the Factory at Chorzów (Caso referente a la Fábrica en Chorzów), P.C.I.J. Ser. A. No. 9 (1927), párrafo 32 (1927).

⁸ Hussein Nuaman Soufraki contra Emiratos Árabes Unidos, Caso CIADI No. ARB 02/7, Laudo (7 de julio de 2004).

⁹ Empresas Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A. contra Perú, Caso CIADI No. ARB/03/4, Decisión respecto a Anulación (5 de septiembre de 2007).

que el criterio más riguroso factual y legal mencionado anteriormente se aplica a todas sus otras objeciones jurisdiccionales, es decir a *ratione materiae*, *ratione temporis*, y abuso de derecho.

98. Según la Demandada, bajo todas las bases mencionadas anteriormente, el Tribunal puede y debe rechazar las reclamaciones de los Demandantes en la fase jurisdiccional por ser manifiestamente infundadas en su fondo y por no probar los hechos o ley necesarios para estar bajo la jurisdicción del TBI (R III, párr. 75-78).
99. Los Demandantes, por su parte, también se refieren a un criterio *prima facie* (Tr. 47:2-6). También están de acuerdo con la Demandada que el Tribunal puede decidir plenamente sobre asuntos factuales y legales relativos a jurisdicción (C IV, párr. 6). Este criterio aplica, por ejemplo, a los asuntos de jurisdicción *ratione materiae* y *ratione temporis* (Tr. en 46:5-13, HC1 párr. 6; C IV, párr. 6). Sin embargo, “el Tribunal no puede determinar, como un cuestión *jurisdiccional*, si los Demandantes demostraron o no los elementos *sustantivos* de lo que plantean sin ejercer jurisdicción sobre el fondo de las reclamaciones” (C IV, párr. 5).
100. Los Demandantes someten que, bajo el criterio *prima facie*, los hechos que han presentado relacionados con los incumplimientos sustanciales del TBI deben de considerarse como verdaderos para el propósito de determinar si las reclamaciones están dentro de la jurisdicción del TBI. Insisten “que el alcance de la investigación en el umbral jurisdiccional es solamente que si las alegaciones de los Demandantes fueran verdaderas, podrían constituir una violación del TBI o de la ley internacional consuetudinaria que cae dentro de la competencia del Tribunal. Los Demandantes no necesitan establecer a nivel jurisdiccional si los hechos alegados son verdaderos o exactos o si tales hechos, si se probaran, violarían necesariamente el TBI” (C II, párr. 18; Tr. en 47:2-16; HC1 párr. 7; C IV, párr. 10). Tales averiguaciones adicionales de los hechos deberían ser reservadas para la fase del procedimiento sobre el fondo (C II, párrs. 18-25; Tr. en 46:5-13; ver Secciones J II y J V más abajo). Los Demandantes citan el caso de *Oil Platforms* y una serie de casos siguiendo esta decisión en apoyo de este enfoque (C II, párr. 19-24).

101. Los Demandantes refutan también la idea de que la aplicación del criterio *prima facie* varía según la fase probatoria del proceso. El criterio depende entonces simplemente de la obligación de decidir temas estrictamente jurisdiccionales y no temas del fondo durante la fase jurisdiccional del proceso. (C IV, párs 12-15). Los Demandantes también señalan que la Demandada objetó a la consideración del Escrito sobre el fondo de los Demandantes en esta fase mientras que simultáneamente basándose de esta sumisión para decir que han habido suficientes presentaciones probatorias de manera que el criterio en el caso de *Oil Platforms* es inaplicable (C IV, párr. 13). Los Demandantes someten que las fuentes fidedignas citadas por la Demandada para un criterio más riguroso, solamente aplican ese criterio a asuntos verdaderamente jurisdiccionales, no a asuntos del fondo, y es a estos asuntos del fondo a los que el criterio *prima facie* aplica (C IV, párr. 16).
102. Incluso aplicando el criterio como lo propone la Demandada, los Demandantes sostienen que la Demandada no ha llegado ni cerca del nivel exigido para desestimar un caso como “manifiestamente sin fundamento o abusivo.” Los Demandantes afirman que han sometido suficientes pruebas que “demuestran en forma contundente la denegación de justicia cometida por parte de los tribunales ecuatorianos. Como mínimo, bastan para demostrar la existencia de una verdadera controversia que ha de resolverse como cuestión de fondo” (C IV, párr. 8).
103. El Tribunal acepta el enfoque *prima facie* como el criterio correcto para aplicar a la cuestión de si el incumplimiento reclamado estaría cubierto por el alcance jurisdiccional del TBI. Este enfoque fue resumido por el tribunal en *Continental Casualty Co. contra República Argentina*:

Para determinar su jurisdicción, el Tribunal tiene que considerar si el litigio, como lo presenta el Demandante, es *prima facie*, es decir un litigio, que en el examen sumario, cae generalmente dentro de la jurisdicción del CIADI y específicamente dentro de la de un Tribunal de CIADI establecido para decidir sobre un litigio entre un inversor de Estados Unidos y Argentina bajo el TBI. Los requisitos de un examen *prima facie* para este propósito se han dilucidado por una serie de casos internacionales. [Nota a pie de página omitida] El objeto de la averiguación es el de precisar si la reclamación, como lo presenta el Demandante, reúne los requisitos jurisdiccionales, tanto como del *asunto* en cuestión, como de las *normas legales* referidas como

aplicables y que presuntamente han sido incumplidas, así como la *compensación* solicitada. [nota a pie de página omitida] Para este propósito la presentación de la reclamación expuesta por el Demandante es decisiva. La averiguación no debería dirigirse a determinar si la reclamación está bien fundada, sino a si el Tribunal es competente para juzgarla. [énfasis en el original]¹⁰

Al decidirse por la formulación mencionada más arriba, el tribunal *Continental Casualty* hace referencia a *Impregilo v. Pakistán*¹¹ donde el tribunal condujo un examen amplio de la jurisprudencia arbitral y de la CIJ. Esa decisión también identificó las razones amplias en que se basa el enfoque:

El presente Tribunal está totalmente de acuerdo con el enfoque evidente en esta jurisprudencia. Refleja dos preocupaciones complementarias: asegurar que los juzgados y los tribunales no están inundados con reclamaciones que no tienen ninguna posibilidad de tener éxito, o que incluso pueden ser de naturaleza abusiva; e igualmente asegurar que los tribunales no consideren los méritos de los casos sin un debate previo suficiente. En conformidad con esta jurisprudencia, el Tribunal ha considerado que si los hechos alegados por el Demandante se establecen, es posible que caigan dentro de esas provisiones del TBI que han sido invocadas. [citas omitidas]¹²

A pesar del acuerdo general entre las Partes sobre el enfoque *prima facie*, persisten las controversias en relación a la caracterización de las objeciones de la Demandada como jurisdiccionales o no y la cuestión de lo que comprende una presentación *prima facie* sobre los méritos, especialmente por lo que se refiere a la carga de la prueba sobre cada una de las Partes en la fase jurisdiccional.

104. La caracterización de los asuntos como jurisdiccionales o de méritos se trata con más detalle en las secciones que se refieren a esos asuntos cuya naturaleza está discutida. Sin embargo, de una manera preliminar, el Tribunal menciona que considera que el decidir sobre las objeciones relativas al agotamiento de recursos y abuso de proceso requeriría la determinación de los asuntos del fondo en el presente caso.
105. Sobre la definición del criterio de *prima facie*, el Tribunal acepta que, en principio, debe suponerse que las alegaciones de hechos de los Demandantes son verdaderas. Esta es la norma que surge de la jurisprudencia de *Oil Platforms*. La

¹⁰ *Continental Casualty*, *supra* nota 3, párrafo 60.

¹¹ *Impregilo*, *supra* nota 4, párrafos 237-254.

¹² *Impregilo*, *supra* nota 4, párrafo 254.

Juez Higgins, en su Dictamen Aparte de 1996 en el caso de *Oil Platforms*, propone el enfoque que sigue a continuación:

La única manera en que, en el presente caso, se puede determinar si las reclamaciones de [el Demandante] son suficientemente plausiblemente basados en el Tratado de 1955, es aceptar como verdaderos *pro tem* los hechos como se alegan por [el Demandante] y a esa luz interpretar los Artículos I, IV y X para propósitos jurisdiccionales, es decir, para ver si sobre la base de las reclamaciones de los hechos de [los Demandantes] podría ocurrir una violación de uno o más de ellos.¹³

106. Este enfoque ha sido adoptado en un gran número de casos de arbitraje de inversiones como la norma para revisar las objeciones jurisdiccionales por un Estado respecto a la reclamación de un inversionista en ausencia de cualquier indicación de otra manera en el tratado en cuestión. Además de los diferentes casos citados por las Partes, la prueba mencionada más arriba se confirma en *Plama contra Bulgaria*¹⁴ y *Noble Energy contra Ecuador*¹⁵, la última siendo un caso reciente bajo el mismo TBI en cuestión aquí. La conclusión del tribunal en *Noble Energy* en el pár. 165 proporciona una reafirmación del criterio:

Sin prejuzgar sobre el fondo de la diferencia, el Tribunal concluye que los hechos alegados por Noble Energy para respaldar las reclamaciones que acaban de expresarse, podrían constituir violaciones del TBI si se prueban en la segunda etapa del presente arbitraje. Por lo tanto, está demostrado que Noble Energy ha presentado suficientes pruebas *prima facie* para los fines de la jurisdicción.

107. Como indicado por la Juez Higgins más adelante en su dictamen, este enfoque se ocupa de “proteger la integridad del procedimiento sobre el fondo” y “la obligación ... de mantener separadas la fase de jurisdicción de la del fondo” en un procedimiento bifurcado.¹⁶ Los Demandantes tienen, por consiguiente, que probar en esta fase la jurisdicción del Tribunal, pero no necesitan probar sus reclamaciones sustantivas. El Tribunal en *Siemens contra Argentina* aclaró este punto en su decisión:

¹³ *Oil Platforms*, *supra* nota 5, Dictamen Aparte de la Juez Higgins, párrafo 32.

¹⁴ *Plama Consortium Ltd. contra Bulgaria*, Caso de CIADI No. ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción (8 de febrero de 2005), párrafos 118-119.

¹⁵ *Noble Energy, Inc. y MachalaPower Cia Ltd. contra Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad*, Caso CIADI No. ARB/05/12. Decisión sobre Jurisdicción (5 de marzo de 2008), párrafos 151-152.

¹⁶ *Oil Platforms*, *supra* nota 5, Dictamen Aparte de la Juez Higgins, párrafo 34.

A estas alturas del procedimiento, el Tribunal no está obligado a considerar si las reclamaciones en virtud del Tratado hechas por Siemens son correctas. Esto es una cuestión que debe ser tratada con el fondo de la controversia. El Tribunal sólo necesita estar convencido de que, si se prueba que las alegaciones de la Demandante son correctas, tiene jurisdicción para considerarlas.¹⁷

108. Pedir en esta etapa que los Demandantes prueben los hechos o su interpretación con relación a las reclamaciones sustanciales también prejuzgaría el fondo del litigio y denegaría la jurisdicción del Tribunal para decidir sobre estos asuntos en la fase apropiada del proceso. La decisión de *Methanex* resume este punto:

Por consiguiente, no hay necesidad en la fase jurisdiccional de una interpretación definitiva de las provisiones sustantivas en que se basa un demandante: la jurisdicción del tribunal de arbitraje se establece sin necesidad para tal interpretación. Es más, un laudo final sobre los méritos donde un tribunal del TLCAN determina que el demandante no ha podido probar su caso dentro de las provisiones sustantivas no puede significar que al tribunal le faltaba jurisdicción para dictar ese laudo. Por otra parte, para establecer su jurisdicción, un tribunal tiene que estar satisfecho que el Capítulo 11 realmente aplica y que se ha hecho una demanda dentro de sus disposiciones procesales. Esto significa que tiene que interpretar definitivamente el Artículo 1101(1) y decidir si, bajo los hechos alegados por el demandante, aplica el Capítulo 11. De manera similar, en la medida en que se trate del tema en cuestión, el tribunal tiene que establecer que los requisitos de los Artículos 1116-1121 hayan sido cumplidos por un demandante, que requerirá igualmente una interpretación definitiva de esas provisiones (como hemos decidido en el Capítulo H más arriba, en relación con el Artículo 1116).¹⁸

109. Sin embargo, esta presunción no pretende permitir a un demandante frustrar la revisión jurisdiccional simplemente haciendo bastantes alegaciones frívolas para poner su reclamación dentro de la jurisdicción del TBI. Como indicó el tribunal en *Pan American Energy contra Argentina*, “si todo fuera a depender de caracterizaciones efectuadas tan sólo por un demandante, la pregunta acerca de la jurisdicción y la competencia se reduciría a la nada y los tribunales estarían desprovistos de la *compétence de la compétence* de que gozan.”¹⁹

¹⁷ Siemens AG contra Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción (3 de agosto de 2004), párrafo 180.

¹⁸ *Methanex*, *supra* nota 6, párrafo 121.

¹⁹ Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company contra Republica de Argentina, Caso CIADI ARB/03/13, Decisión sobre Objeciones Preliminares (27 de julio de 2006), párrafo 50 [en adelante *Pan American Energy*].

110. El Tribunal está de acuerdo con la Demandada que la Juez Higgins no tenía ninguna prueba de refutación a considerar cuando concibió su criterio en el caso de *Oil Platforms* y que su enfoque no impide al Tribunal de tomar en cuenta la gran cantidad de documentación que las Partes ya han sometido en esta fase jurisdiccional del proceso. Si, de esta prueba, el Tribunal encuentra que los hechos alegados por los Demandantes han demostrado ser falsos o insuficientes para satisfacer la prueba de *prima facie*, la jurisdicción tendría que ser denegada.
111. Este enfoque no es inconsistente ni con la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones de Irán-Estados Unidos²⁰ ni con la decisión reciente de *Canadian Cattlemen for Fair Trade contra Estados Unidos*.²¹ El Tribunal advierte que la revisión de Kazazi del enfoque del Tribunal de Reclamaciones de Irán-Estados Unidos destaca la Orden Procesal del 20 de Diciembre de 1982 en el caso de *Flexi-Van*, donde se planteó el criterio de una manera casi idéntica a la concebida más arriba:

El tipo de prueba a someterse por un Demandante depende de las circunstancias de cada caso en particular, según el punto de vista de la Sala de Justicia. En este caso, la prueba descrita más abajo será considerada suficiente, *prima facie*, respecto a nacionalidad corporativa... la Demandada será libre de ofrecer prueba de refutación. De la totalidad de tal prueba la Sala de Justicia sacará deducciones razonables y llegará a conclusiones de si el Demandante era o no, ciudadano de los Estados Unidos.²²

112. El resultado de esta presunción es que cae a la Demandada la carga de la prueba para desmentir las alegaciones de los Demandantes. Esto significa que, si la prueba sometida no contradice de forma conclusiva las alegaciones de los Demandantes, deben ser asumidas como verdaderas para los propósitos del criterio *prima facie*. Este criterio se aplicará a los asuntos considerados asuntos del fondo en este Laudo.

²⁰ MOJTABA KAZAZI, BURDEN OF PROOF AND RELATED ISSUES: A STUDY OF EVIDENCE BEFORE INTERNATIONAL TRIBUNALS (Carga de la Prueba y Temas Conexos: Un Estudio de Pruebas ante Tribunales Internacionales) págs. 340-350 (Kluwer Law International, La Haya 1996) [en adelante KAZAZI].

²¹ *Canadian Cattlemen for Fair Trade contra Estados Unidos*, ALCAN/Reglamento de Arbitraje CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción (28 de enero de 2008) [en adelante *Canadian Cattlemen*].

²² *Flexi-Van Leasing, Inc. contra El Gobierno de la Republica Islámica de Irán*, Fallo del 20 de diciembre de 1982, 1 Iran-U.S. C.T.R. pág. 455, en pág. 458, citado en KAZAZI, *supra* nota 20, en pág. 342.

113. En nota separada en relación con el criterio de revisión, las Partes concuerdan que TexPet podría sufrir una denegación de justicia en algunos de sus casos pero no en otros (Tr. en 406:21-407:6; C III, pár. 81; R IV, pár. 75). Por esto, cada uno de los juicios de TexPet tiene que analizarse individualmente en la medida en que los hechos alrededor de cada uno difieran. Sin embargo, las Partes no creen que este es el caso aquí: la Demandada está convencida en que no surge responsabilidad por ninguno de los casos mientras que los Demandantes aseguran que una denegación de justicia cumplida ha ocurrido en cada uno de sus casos. En el presente caso, el Tribunal también acepta que los casos tienen que tratarse individualmente, pero no ha encontrado circunstancia alguna que dictaría una distinción en su tratamiento para los propósitos de jurisdicción.

2. Reclamaciones de Méritos como el Objeto de Indagación en materia de Jurisdicción

114. El punto de partida para cualquier determinación en materia de jurisdicción tiene que ser las reclamaciones sobre el fondo elevados por los Demandantes. Para que cualquier reclamación sobre el fondo tenga éxito, tiene que haber jurisdicción del Tribunal sobre esa reclamación específica. Viceversa, en la medida en que una reclamación sobre el fondo no se ha presentado, el Tribunal no puede entrar en la indagación de la cuestión de si tiene jurisdicción, incluso si piensa que, si la reclamación hubiera sido presentada por los Demandantes, hubiera tenido jurisdicción.
115. Por consiguiente, en el presente caso, el Tribunal tiene que empezar por examinar el petitorio de los Demandantes. En este contexto, el Tribunal nota que la lista de las reclamaciones sobre el fondo presentada por los Demandantes no ha sido consistente. En particular, después de que el petitorio en el Escrito de demanda de los Demandantes no la mencionó, ambos, el Segundo Escrito pos-audiencia de los Demandantes y su Escrito sobre el fondo, incluyeron una punto solicitando una declaración que la Demandada ha violado los Acuerdos de 1973 y 1977. Ya que la redacción en estos dos últimos Memoriales no es idéntica, el Tribunal considera que tiene que enfocar su indagación de la jurisdicción en este respecto

sobre la redacción utilizada por los Demandantes en su Segundo Escrito pos-audiencia en materia de jurisdicción como fue citado más arriba en la sección G.II de este Laudo.

116. Por consiguiente, la indagación de la jurisdicción del Tribunal considerará:
- El petitorio de los Demandantes respecto a la jurisdicción en los puntos (i) y (ii) de la lista, en la medida en que se refieren a las reclamaciones de méritos bajo los puntos (iii) a (vi) de la lista,
 - mientras que las reclamaciones sobre el fondo en los puntos (vii) al (xi) de la lista son reclamaciones del fondo resultantes que no requieren una indagación separada sobre jurisdicción y solamente llegarían a ser pertinentes en la fase de los méritos de este proceso si el Tribunal encontrara alguna responsabilidad de la parte de la Demandada.

3. Ley Aplicable

117. El derecho procesal que ha de aplicarse por el Tribunal consiste en la disposiciones procesales del TBI (particularmente su Artículo VI), el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y, ya que La Haya es el lugar de arbitraje, cualquier disposición obligatoria del derecho de arbitraje holandés; este Laudo Provisional se hace en conformidad con el Artículo 1049 de la Ley de 1986 de Arbitraje de los Países Bajos.
118. El derecho sustancial que el Tribunal va a aplicar consiste en las provisiones sustanciales del TBI, el CVDT, el Proyecto de Artículos de la CDI sobre la Responsabilidad del Estado y cualquier provisión pertinente del derecho internacional consuetudinario. El Tribunal observa que el CVDT, aunque es un tratado, no ha sido ratificado por los Estados Unidos. Por consiguiente, ambos, este y el Proyecto de Artículos de la CDI, solamente pueden aplicarse en el presente caso como derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, ninguna de las Partes ha cuestionado las provisiones pertinentes del CVDT y del Proyecto de Artículos de la CDI como declaraciones fidedignas del derecho internacional

consuetudinario. Es más, ambas Partes se han basado en ellos en este procedimiento. Además de las fuentes mencionadas más arriba, el derecho nacional de Ecuador puede ser pertinente respecto a ciertos asuntos.

4. Pertinencia de las Decisiones de otros Tribunales

119. En los argumentos hechos en las sumisiones escritas y orales, las Partes se apoyan en numerosas decisiones de otros juzgados y tribunales. Como consecuencia, es apropiado para el Tribunal hacer ciertas observaciones preliminares generales en este sentido.
120. Ante todo, el Tribunal estima útil aclarar desde el principio que considera su tarea en este proceso como muy específicamente la de aplicar las provisiones pertinentes del TBI y la de llegar al significado correcto que se debe dar a estas provisiones específicas en el contexto del TBI en el que aparecen.
121. Por otra parte, el Artículo 32 del CVDT permite, como medidas suplementarias de interpretación, recurrir a no solamente el “trabajo preparatorio” del tratado y las “circunstancias de su conclusión” sino que indica por la palabra “incluyendo” que más allá de los dos medios mencionados, se pueden aplicar otros medios de interpretación suplementarios para confirmar el significado resultante de la aplicación del Artículo 31 del CVDT. El Artículo 38 (1)(d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia estipula que las decisiones judiciales y los laudos son aplicables a la interpretación del derecho internacional público como “medios complementarios.” Por consiguiente, estos materiales pueden también entenderse como que constituyen “medios suplementarios de interpretación” en el sentido del Artículo 32 del CVDT.
122. Dado esto, no es evidente hasta donde los laudos arbitrales son de pertinencia determinante para la tarea del Tribunal. Por lo menos está claro que las decisiones de los otros tribunales no son vinculantes para este Tribunal. Las muchas referencias de las Partes a ciertas decisiones arbitrales en su presentación de alegaciones no contradice esta conclusión.

123. Sin embargo, esto no descarta que el Tribunal considere decisiones arbitrales y los argumentos de las Partes basados sobre ellas, en la medida en que pueda encontrar que iluminan útilmente los asuntos que surjan para decisión en este caso.
124. Tal revisión sería llevada a cabo por el Tribunal más tarde en este Laudo, después de que el Tribunal haya considerado las controversias y argumentos en lo que se refiere a los distintos asuntos discutidos y pertinentes para la interpretación de las provisiones aplicables del TBI, teniendo en cuenta al mismo tiempo la especificación mencionada más arriba del TBI a ser aplicada en el presente caso.

J.II. Abuso de Derechos, Preclusión Jurídica y Renuncia

1. Argumentos de la Demandada

125. La Demandada sostiene que los Demandantes contradicen declaraciones y conductas anteriores cuando alegan comportamiento inapropiado de los tribunales Ecuatorianos. Según los principios de buena fe, a los Demandantes no se les debería permitir cambiar radicalmente su posición para fundamentar un nuevo “litigio.”
126. La Demandada cita un número de declaraciones donde los Demandantes públicamente han avalado al sistema judicial ecuatoriano en foros judiciales y en otros lugares, durante un periodo que va desde 1993 hasta el 2006 (R II, pár. 204). En particular, la Demandada atrae la atención a las declaraciones hechas en conexión con la acción *Aguinda* ante los tribunales de Estados Unidos. En *Aguinda*, un grupo de residentes de las regiones en las que TexPet había operado las concesiones presentó una demanda contra los Demandantes por daños al medio ambiente. Para apoyar una moción de *forum non conveniens* para desestimar el caso, los Demandantes sometieron alegaciones y declaraciones juradas atestiguando sobre la imparcialidad y competencia de los tribunales ecuatorianos. Estas alegaciones se hicieron en contradicción directa con las

declaraciones por parte de los demandantes de *Aguinda* y un Informe de 1998 del Departamento de Estado de Estados Unidos criticando el sistema judicial ecuatoriano que también estaba ante el tribunal (R II, párr. 204-210; Tr. En 84:2-86:12; HR1 págs. 24-25). La acción contra *Aguinda* fue finalmente desestimada por los tribunales de Estados Unidos y los demandantes recomenzaron su juicio ante los tribunales ecuatorianos en la acción de *Lago Agrio*. La Demandada resalta también las alegaciones y declaraciones públicas conectadas con otro caso, *Doe contra Texaco, Inc.*,²³ con fecha del 20 de julio del 2006 – después de haber presentado su aviso de intención de someter las presentes reclamaciones – donde los Demandantes se basaron en la decisión de *Aguinda* en apoyo de la desestimación del caso contra ellos a favor de los tribunales ecuatorianos (R II, párr. 211; Tr. en 86:21-87:16; HR 1 pág. 31; R III, párrs. 123-130; R IV, párr. 66). La Demandada además menciona el sitio web de Texaco, el cual tan recientemente como octubre del 2007, contiene declaraciones apoyando las decisiones en ambos casos acerca de la adecuación de los tribunales ecuatorianos (Tr, en 88:12-19; HR 1 pág. 32; R III, párr. 131; R IV, párr. 66).

127. La Demandada afirma además que no hay forma de interpretar estas declaraciones como siendo consistentes con la posición actual de los Demandantes. Cuando los Demandantes tomaron esta posición en el litigio de *Aguinda*, estaban al tanto de un atraso de 20 años en los casos ante los tribunales ecuatorianos en ese momento (HR 1 pág. 33; R III, párr. 120; R IV, párrs. 71, 111-122). Las declaraciones de los Demandantes en *Aguinda* se hicieron sin calificación y los siete casos subyacentes a las reclamaciones actuales fueron citados específicamente por los Demandantes como prueba de la imparcialidad de los tribunales ecuatorianos (R II, párr. 213; HR1 págs. 26-29; R III, párr. 121; R IV, párr. 74). La Demandada además nota que estas representaciones fueron necesarias para que prevalecieran en el *forum non conveniens* de tal forma que durante la dilación de estos casos, los Demandantes “podrían haber retirado – y probablemente tenían el deber de retirar [sus] mociones a desestimar” si su posición sobre los tribunales ecuatorianos hubiera cambiado (R III, párrs. 116-

²³ Jane Doe y otros contra Texaco, Inc. Texaco Petroleum Co. y Chevron Corporation, Respuesta de los Demandados en Apoyo de la Moción de Desestimar o, en la Alternativa, Aplazar, Caso No. C-06-2820 WHA (20 de julio del 2006).

117; Tr. en 87:17-22). Por lo tanto, los Demandantes no pueden afirmar que sus declaraciones anteriores no aplican a la situación actual.

128. Según la Demandada, los principios de buena fe, *venire contra factum proprium* y preclusión jurídica en derecho internacional impiden a los Demandantes “de tomar una postura inequívoca y voluntaria y luego adoptar una postura contraria cuando el tribunal ha contado con la postura inicial o cuando los Demandantes se han beneficiado de su postura inicial.” (R II, pár. 219). No se requiere que se haya fiado en las declaraciones de los Demandantes, solamente que los Demandantes hayan obtenido ventajas o que la Demandada haya sufrido desventajas por estas declaraciones (R III, párs. 133-135). La Demandada cita, *inter alia*, Megan Wagner y *Kunkel contra el Estado Polaco* en apoyo de la aplicación de la preclusión jurídica en el contexto de la jurisdicción arbitral. Megan Wagner, una autoridad que también han citado los Demandantes, establece que “la aplicación de la preclusión jurídica ni se requiere ni se prohíbe” (Tr. En 82:2-4; HR 1 pág. 20).²⁴ En *Kunkel contra el Estado Polaco*,²⁵ el tribunal impidió a Polonia de objetar a jurisdicción sobre la base de que el demandante era polaco dado que Polonia había liquidado sus patrimonios a base que era alemán (R II, pár. 216-220). Para la Demandada, si los Demandantes no se pueden contradecir a sí mismos y alegan la insuficiencia del poder judicial ecuatoriano, la entera reclamación de los Demandantes se cae (R II, pár. 222).
129. Además la Demandada afirma que el cambio total de los Demandantes está motivado por propósitos posteriores relacionados con una estrategia global legal relativa a su defensa de las acciones de *Lago Agrio y Aguinda* en contra de ellos. El uso incorrecto de estos casos para fundamentar una reclamación de arbitraje – desconectado de su intención original y de cualquier deseo legítimo para tener éxito en los tribunales ecuatorianos – constituye un abuso de proceso.
130. Como se describe su versión de los hechos, la Demandada alega que los Demandantes en el litigio en Estados Unidos admitieron que los siete casos

²⁴ Megan L. Wagner, *Jurisdiction by Estoppel in the International Court of Justice* (Jurisdicción por Preclusión Jurídica en la Corte Internacional de Justicia), 74 CALIF. L. REV. pág. 1789 (1986).

²⁵ *Kunkel y otros contra el Estado Polaco* (Tribunal de Arbitraje Mixto Germano-Polaco, 2 de diciembre de 1925).

subyacentes sólo eran destinados a proporcionar “bazas a jugar” a TexPet en sus negociaciones con Ecuador con respecto a su salida del país (R II, párs. 223-224; Tr. en 72:5-14; HR1 pág. 10). Después de haber logrado un “acuerdo de salida” satisfactorio, los Demandantes dejaron de proceder con los siete casos (R II, pár. 225). El seguimiento de los casos por parte de los Demandantes solamente recomenzó ahora cuando sirven para minar la legitimidad del proceso en curso de *Lago Agrio* (R II, pár. 226; Tr. en 74:22-75:7; HR 1 págs. 13-14, 35-36). Sin embargo, para lograr ese propósito, los Demandantes necesariamente han dejado languidecer las demandas y solamente han tomado los pasos mínimos del proceso para mantener activos las demandas (R II, pár. 227; Tr. en 73:7-23; HR 1 págs. 11-12; R III, párs. 82-88; R IV, pár. 105-109).

131. La Demandada sostiene que las partes en los procesos de arbitraje tienen que presentar honestamente sus demandas y se las tiene que impedir ejercitar sus derechos para otro propósito que para el que existen (R II, pár. 230; Tr. En 75:8-14; HR1 pág. 16). La Demandada alega que los Demandantes han demostrado una falta de cualquier interés legítimo en el resultado de los casos subyacentes a través de su fracaso de procesarles debidamente. El presente arbitraje es por lo tanto deshonesto sobre las verdaderas intenciones de los Demandantes con respecto a los casos y la reclamación de denegación de justicia tiene que ser considerada abusiva. Los Demandantes agravan el abuso de sus reclamaciones al contradecirse a sí mismos. El abuso de proceso de los Demandantes debe llevar a un resultado equivalente a una renuncia de cualquier reclamación relativa a la suficiencia del sistema judicial ecuatoriano (R II, pár. 226, 228-232; Tr, en 82:8-20; R III, pár. 139). La Demandada cita, entre otras autoridades, dos casos recientes donde se contempló específicamente la posibilidad de desestimar las reclamaciones por abuso de proceso, *Pan American Energy contra Argentina*²⁶ y *Rompetrol con Rumania*²⁷ (Tr. En 76:5-24; HR 1 págs. 17-18; R III, párs. 105-107).

²⁶ *Pan American Energy, supra* nota 19, párrafo 52.

²⁷ *The Rompetrol Group N.V. contra Rumania*, CIADI Caso No. ARB/06/3, Decisión sobre Objeciones Preliminares (18 de abril del 2008), párrafo 115 [en adelante *Rompetrol*].

2. Argumentos de los Demandantes

132. Inicialmente, los Demandantes afirman que las objeciones de abuso de derecho de la Demandada, como sus objeciones que se basan en la falta de agotamiento de recursos internos, no se tratan de asuntos jurisdiccionales (Tr. En 329:7-10; C IV, párs. 5, 92).
133. Aún así, los Demandantes argumentan que la Demandada no ha presentado un caso coherente de abuso de derecho, preclusión jurídica o renuncia. Ellos insisten que “no existe contradicción alguna entre la postura adoptada en la presente causa y los informes periciales presentados en el caso *Aguinda* en la década de 1990” (C II, pár. 412). La situación se ha deteriorado significativamente desde que los Demandantes hicieron por última vez cualquier presunto alabo del sistema legal ecuatoriano, especialmente desde después de la politización del poder judicial de noviembre del 2004 (C II, pár. 413; Tr. en 333:17-334:21; HC3, págs. 84-85; C III, párs. 74, 76). Las declaraciones que la Demandada cita “reflejan opiniones expresadas en distintos momentos, acerca de un poder judicial distinto, por distintas partes, en procesos distintos” (C II pár. 420). Tampoco la Demandada ha demostrado ninguna dependencia prejudicial sobre estas declaraciones como se requiere para un argumento de preclusión jurídica (C II, pár. 421-422). Respecto a exclusión, los Demandantes sostienen que no han manifestado ninguna intención de renunciar a su derecho de arbitraje en el presente litigio y que, en cualquier caso, generalmente no se puede renunciar a los derechos otorgados por el TBI (C II, párs. 423-424). Lo ultimo está demostrado por *Lanco contra Argentina*²⁸ entre otros casos, que sostiene que las cláusulas de selección de foro entre las partes no excluyen derechos a arbitraje bajo un TBI (C II, pár. 425).
134. De todas formas, los Demandantes argumentan que incluso si se hubiera presentado un caso coherente por la Demandada, esto no impediría a los Demandantes de proceder con sus reclamaciones actuales. Primero, el Demandante Chevron no ha hecho ninguna declaración sobre el poder judicial

²⁸ Lanco International, Inc. contra Republica de Argentina, Caso CIADI No. ARB97/6, Decisión Preliminar sobre Jurisdicción (8 de diciembre de 1998), párrafos 24-27.

ecuatoriano (C III, pár. 76). Segundo, “el hecho de que una parte o sus subsidiarias hayan opinado o anticipado que los tribunales ecuatorianos proporcionarían un foro adecuado para el caso de *Lago Agrio* no autoriza de ninguna manera a los tribunales de un país a denegar justicia a partes que litiguen ante ellos, ni proporciona de ninguna manera defensa legal para tal denegación de justicia” (C III, párs. 75-76; Tr. en 332:11-333:16; C IV, pár. 89).

135. Los Demandantes también rechazan el cargo de que ellos trajeron este caso con el principal propósito de ensuciar el poder judicial ecuatoriano para impedir la aplicación de una sentencia posible en *Lago Agrio*. La Demandada no presenta ninguna prueba de esta teoría mas allá de algunas declaraciones por parte de representantes de Chevron de que, si fuera necesario, recurrirían a recursos internacionales contra Ecuador en este caso también (C III, pár. 104; C IV, pár. 91). El proceso de *Lago Agrio* no está en tela de juicio en este caso y “ningún principio jurídico permite la desestimación de este caso sin resolver sobre sus hechos y sobre el fondo porque en el futuro puede presentarse un caso diferente implicando hechos diferentes” (C III, pár. 105; Tr. En 409-17-25).

3. El Tribunal

136. Como se menciona más arriba, los análisis detallados de estos asuntos sometidos por las partes han sido útiles para este Tribunal. Las consideraciones siguientes de este Tribunal, sin tratar todos los argumentos de las Partes, se concentra en lo que el Tribunal mismo considera determinante sobre jurisdicción.
137. Al principio, tiene que tenerse en cuenta que el abuso de proceso, la preclusión jurídica o la renuncia tienen que considerarse como defensas a lo que pudiera de otra manera ser una demanda válida. Tienen tal efecto que un derecho que habiendo existido en un cierto momento ya no se puede contar con él o el titular ya no puede hacerlo valer. Un demandante puede, por consiguiente, continuar con su reclamación a menos que se demuestre que es abusiva en el sentido de una de estas defensas. El Tribunal observa que aquí no parece haber un acuerdo total entre las presentaciones de las partes, ni entre otras autoridades en este contexto sobre sí las defensas deberían, como norma general, ser consideradas asuntos de

jurisdicción, admisibilidad o del fondo. No obstante, las siguientes consideraciones aplican y eliminan las objeciones de la Demandada en la presente fase del juicio.

138. Como norma general, el titular de un derecho formulando una reclamación sobre la base de este derecho en un juicio legal corre con la carga de la prueba para todos los elementos requeridos para fundamentar la demanda. Sin embargo, una excepción a esta regla ocurre cuando una demandada plantea una defensa tal que la reclamación debe ser desestimada a pesar de que se han cumplido las condiciones normales. En este caso, la demandada tiene que asumir la carga de la prueba para los elementos necesarios para que se permita la excepción.
139. La naturaleza de estas defensas que, como excepciones a la norma general, llevan a la inversión de la carga de la prueba provienen, entre otros factores, de la presunción de la buena fe. Un demandante no tiene que probar que su demanda se hace valer de una manera no-abusiva; es para el demandado de suscitar y probar un abuso como una defensa. Un demandado cuya defensa supera la presunción de la buena fe revela la jerarquía entre estas normas, ya que incluso una reclamación bien fundada puede ser rechazada por el tribunal si se encuentra que es abusiva. En el contexto presente, el cambio de la carga es consistente con el Artículo 24 (1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el cual estipula que “[c]ada parte tendrá la carga de probar los hechos en los que se ha basado para apoyar esta reclamación o defensa.” Por esto, de acuerdo con esta disposición el Tribunal de Reclamaciones de Estados Unidos-Irán en *Sabet contra Irán* declaró: “[c]omo fueron los Demandantes que trajeron el argumento de la designación como una defensa afirmativa, ellos llevan la carga de la prueba en este asunto...”²⁹
140. La transferencia de la carga de la prueba tiene que estar influenciada también por una apreciación del riesgo de error. El Tribunal en este sentido deriva inspiración de la discusión de Horn y Weiler de una metodología apropiada para la

²⁹ Aram Sabet y otros contra la República Islámica de Irán, y otros, Caso No. 593-815/816/817-2, Laudo Parcial (30 de junio de 1999), párrafo 48.

asignación de la carga de la prueba en los procesos de la OMC.³⁰ De acuerdo con Horn y Weiler, una consideración significativa en la asignación de la carga de la prueba, especialmente en el contexto de excepciones a la regla, es el efecto de una determinación falso-positiva en contrapeso con los efectos de una falso-negativa.

141. En el caso presente, la cuestión es si un demandante en particular no merece que su reclamación sea considerada por las circunstancias relacionadas con esa reclamación. Una determinación falso-positiva de que la reclamación debía excluirse o fue introducida con propósitos inapropiados haría, por consiguiente, que el Tribunal denegara jurisdicción porque los Demandantes no han sido capaces de refutar las dudas relacionadas con el ejercicio de su derecho para presentar una demanda. Entretanto, una determinación falso-negativa de que la reclamación no era abusiva simplemente permitiría que la reclamación procediera en sus meritos donde la Demandada pudiera continuar objetando en esta base y aplicar para compensación de costos por la determinación falso-negativa. Este fue el caso, por ejemplo en el reciente laudo de *Plama*, donde el Tribunal encontró una distorsión fraudulenta en la obtención de la inversión y ordenó al demandante pagar todos los costos incluidos los honorarios legales, pero solamente al final de la fase del procedimiento sobre el fondo.³¹ La injusticia potencial en esta situación pesa a favor de la reducción del riesgo de una determinación falso-positiva mediante la transferencia de la carga a la Demandada.
142. Ahora el Tribunal tiene que examinar si las presentaciones del Demandante y la prueba depositada son suficientes para apoyar estas defensas con el resultado de que, incluso si se encontrara que los Demandantes tienen reclamaciones contra la Demandada en virtud del TBI, no pueden ya depender de ellas ni hacerlas valer debido a las defensas presentadas.

³⁰ Henrik Horn & Joseph H.H. Weiler, *European Communities – Trade Description of Sardines: Textualism and its Discontent* (Comunidades Europeas – Descripción Mercantil de las Sardinas: Textualismo y su Desencanto), en *THE WTO CASE LAW OF 2002* (Jurisprudencia de la OMC en 2002) pág. 248, y págs. 265-268 (Henrik Horn & Petros C. Mavroidis, eds., Cambridge University Press 2005).

³¹ *Plama Consortium Ltd. contra Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB02/24, Laudo (27 de agosto de 2008).

143. En este contexto, se debe de notar además que en todos los sistemas legales, la doctrina de abuso de derechos, la preclusión jurídica y la renuncia están sujetas a un alto umbral. Cualquier derecho lleva normalmente y automáticamente a una reclamación para su titular. No obstante, es solamente en circunstancias muy excepcionales en las que el titular de un derecho no puede formular y hacer valer la reclamación resultante. Este alto umbral también resulta de la seriedad de un cargo de mala fe que viene a ser abuso de proceso. Como la Juez Higgins estableció en su Dictamen Aparte de 2003 en el caso de *Oil Platforms*, hay “acuerdo general de que cuanto más seria sea la acusación, más confianza tendrá que haber en la pruebas que uno invoca.”³²
144. El umbral tiene que ser especialmente alto en el contexto de una averiguación *prima facie* donde las presentaciones de los Demandantes se asumen como verdaderas. Este Tribunal solamente podría desestimar las reclamaciones de los Demandantes en la fase jurisdiccional si se concluyera que las presentaciones y las pruebas de la Demandada son suficientes para cruzar el alto umbral para las excepciones que ha invocado a tal punto que los Demandantes no han ni mostrado una justificación *prima facie* para las reclamaciones que han presentado. Después de una averiguación de las presentaciones y de las pruebas depositadas, el Tribunal encuentra que la Demandada no ha logrado ese umbral.
145. La Demandada busca convencer al Tribunal que los motivos de los Demandantes en continuar el presente arbitraje son abusivos porque intencionadamente han permitido el incumplimiento del TBI que reclaman que ocurrió por su falta deliberada de diligencia en proseguir sus casos ante los tribunales ecuatorianos. Los Demandantes han, sin embargo, refutado con prueba que procedieron con sus casos hasta el punto donde se podría haber dado una decisión y con el argumento de que haber hecho más hubiera sido inútil. La Demandada también alega que los Demandantes desean ver que el Tribunal declare que los tribunales de Ecuador son injustos para minar el procedimiento de *Lago Agrio* y no por un interés sincero en ver el fondo de sus casos judiciales decididos. Puestos juntos, sin

³² Case concerning Oil Platforms (Caso relativo a Plataformas Petroleras) (Republica Islámica de Irán contra Estados Unidos de América), Sentencia, 2006 I.C.J. Rep. pág. 225 (6 de noviembre de 2003), Dictamen Aparte de la Juez Higgins, párrafo 33.

embargo, los casos de los Demandantes ante los juzgados ecuatorianos implican unas reclamaciones monetarias significativas y la Demandada reconoce que se han tomado por lo menos los pasos procesales mínimos para mantenerles. Por consiguiente, persisten litigios verdaderos sobre estos asuntos. Donde estos litigios persisten, el Tribunal tiene que encontrar que la Demandada no ha llevado su carga de prueba hasta el punto en el que se justificaría desestimar las demandas de los Demandantes en esta fase.

146. En el caso reciente de *Rompetrol contra Rumania*, el Tribunal consideró una objeción similar de abuso de proceso basado en impugnar los motivos de los Demandantes en el arbitraje. Al rechazar este razonamiento, el tribunal demostró su incomodidad con aceptar un remedio tan extraordinario en la etapa jurisdiccional:

Reunido como lo es como una objeción en esta etapa preliminar, esto es evidentemente una proposición de muy gran alcance; conllevaría que un tribunal de CIADI, después de haber determinado definitivamente (o, por lo menos, *prima facie*) que las partes a un litigio de inversión han conferido por acuerdo la jurisdicción para ver su litigio, decida no obstante no admitir la solicitud para considerar el litigio. ... es bastante obvio para el Tribunal que, en la forma que la cuestión ha sido formulada por la Demandada en las circunstancias específicas de este caso, el argumento de abuso de proceso es uno que busca esencialmente impugnar los motivos detrás de la Solicitud de Arbitraje de los Demandantes. Puede que sea o no apropiado para un tribunal de la CIADI preguntar si el Demandante o la Demandada han actuado por un motivo apropiado al avanzar o defender sus intereses en procesar o defender un arbitraje. Esta cuestión continúa sin decidirse y el Tribunal no expresa ningún punto de vista sobre ella ahora. Pero, si fuera apropiado hacerlo, la decisión obviamente dependería mucho de las circunstancias especiales del caso particular. De todo esto sigue automáticamente sin necesidad de más demostración, que este Tribunal en esta fase muy preliminar, antes de que siquiera ha tenido el beneficio de tener el caso del Demandante expuesto en detalle en un escrito sin hablar de las pruebas a favor, de ningún modo estaría en una posición para evaluar una cuestión de motivación o para determinar su relevancia en el caso que tiene bajo consideración.³³

147. En el caso presente, el Tribunal ha recibido el escrito sobre el fondo de los Demandantes y el Contraescrito sobre el fondo de la Demandada, pero la Demandada solicita que las presentaciones sobre el fondo de los Demandantes no se tomen en cuenta en la decisión sobre jurisdicción y, de todas formas, el

³³ *Rompetrol*, *supra* nota 27, párrafo 115.

Tribunal no ha tenido del beneficio de una audiencia sobre el fondo ni cualesquier otras presentaciones que pudiera solicitar de las Partes. Este Tribunal, por consiguiente, se encuentra en una situación similar a la que describió el tribunal en *Rompetrol*.

148. Por lo que se refiere a la defensa de preclusión jurídica, el Tribunal encuentra que esta defensa tiene también que estar sujeta a un alto umbral donde la Demandada tiene que refutar de forma definitiva el caso *prima facie* de los Demandantes. Si la preclusión jurídica se dirigía hacia un hecho que era necesario probar para que el Tribunal acepte jurisdicción en virtud del TBI, el Tribunal tendría que decidir sobre el asunto de la preclusión jurídica en la fase jurisdiccional. Este fue el caso, por ejemplo en *Pan American Energy*. Sin embargo, la presente defensa de la Demandada de preclusión jurídica intenta impedir a los Demandantes de demostrar un hecho necesario para establecer que sus derechos bajo el TBI han sido violados, a saber que los juzgados ecuatorianos han actuado de una manera no equitativa e injusta hacia ellos. Una determinación sobre este hecho impactaría la determinación del Tribunal sobre la responsabilidad durante la fase del fondo de los procedimientos. Por esto, sin el beneficio de una investigación completa sobre el fondo, una determinación por el Tribunal respecto a la pertinencia de las declaraciones de los Demandantes sería prematura.
149. Los elementos del argumento de preclusión jurídica invocados hasta ahora por la Demandada no excluyen de manera conclusiva el caso *prima facie* de los Demandantes. La Demandada ha demostrado que, por un largo periodo de tiempo, el Demandante Texaco ha mantenido que los juzgados ecuatorianos eran equitativos y justos. Sin embargo, el Tribunal no puede excluir la posibilidad de que acontecimientos posteriores u otros factores expliquen suficientemente cualquier conflicto potencial entre las presentaciones ante los tribunales de Estados Unidos y esos ante este Tribunal sobre la imparcialidad de los tribunales ecuatorianos. La Demandada ha reducido esta posibilidad, pero no la eliminó. El Tribunal observa que, durante el periodo de mediados del 2000 hasta la fecha, las pruebas no muestran declaraciones inequívocas por parte de los Demandantes de que los tribunales de Ecuador eran equitativos (C III, pár. 74-75; R IV, pár. 66). También la Demandada no ha logrado, como lo hacen notar los Demandantes,

atribuir ninguna declaración contradictoria al Demandante Chevron, ni muestra porque sus reclamaciones deberían ser afectadas por las declaraciones de sus co-Demandantes. El Tribunal encuentra que la relevancia de las declaraciones previas de los Demandantes solamente se puede evaluar de forma definitiva en el contexto de una investigación sobre el fondo.

J.III. La Inversión de los Demandantes

1. Argumentos de la Demandada

150. La Demandada rechaza la posibilidad de que los Demandantes puedan adecuar sus demandas a los parámetros del Artículo VI(1)(c) del TBI. Para encajar dentro del Artículo VI(1)(c) como un “infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión,” la Demandada argumenta que las reclamaciones judiciales de TexPet tiene que constituir una “inversión.” La Demandada argumenta que a las reclamaciones mismas les faltan las características de una inversión. Junto con “capital de inversión” y “riesgo,” una inversión tiene que de alguna manera contribuir al desarrollo del Estado anfitrión. La Demandada continua:

En lo práctico [...] los demandantes no han logrado sustentar que existe una “inversión” ya que ninguna de las actividades de los demandantes a la fecha de la entrada en vigor del TBI (11 de mayo de 1997), o en ningún momento después, ha resultado en un aporte — o ha tenido la intención de aportar — al desarrollo económico de la República. Al contrario, los contratos de 1973 y 1977 caducaron años antes de la entrada en vigor del TBI y las reclamaciones del litigio de los Demandantes intentan tomar dinero del Estado, no beneficiar al Estado.

(R II, párs. 160-162; Tr. en 95:7-20, 114:6-19; HR1 pág. 54).

151. La Demandada argumenta además que los juicios no pueden encajar bajo el Artículo I(1)(a)(iii) del TBI, “el derecho al dinero o alguna operación que tenga valor económico y que esté relacionada con una inversión.” Bajo este artículo, los juicios califican como “derechos al dinero” pero no están relacionadas con ninguna “inversión” porque las inversiones con las que potencialmente estarían relacionadas habrían dejado de existir antes de la entrada en vigor del tratado. La

irretroactividad del TBI impide a los Demandantes de contar con una asociación con inversiones de anteriores del TBI (R II, pár. 165-167; Tr. en 95:21-96:2, 121:4-14; R III, pár. 150; R IV, pár. 27). El TBI solamente protege los “derechos al dinero” en tanto que la inversión con la que están asociadas caducaron después de la fecha en la que el TBI entró en vigor. No protege inversiones puramente históricas que porque caen fuera del periodo de vigencia del TBI no pueden ser fomentadas de acuerdo con el propósito progresista del TBI (Tr. En 403:2-404:1; HR 1pág. 44; R IV, párs. 10-15). Sin embargo, cuando TexPet se retiró de Ecuador, también retiró su capital de inversión y buscó activamente eliminar cualquier riesgo de inversión restante (R II, pár. 167-171; HR 1 págs. 49-51). TexPet no tenía inversiones con las cuales se podían asociar sus reclamaciones para cuando el TBI entro en vigor. La Demandada somete que la antedicha limitación temporal es análoga a la limitación territorial insinuada en la definición de inversión en *Canadian Cattlemen*³⁴ (R II, pár. 166; Tr. en 119:22-120:10; R III, pár. 161; R IV, párs. 28-29).

152. La Demandada refuta varios argumentos adelantados por los Demandantes en relación con el Artículo I(1)(a)(iii). En la medida en la que se cita *Mondev contra Estados Unidos*³⁵ por la idea de que reclamaciones judiciales pueden constituir inversiones, ese es un caso distinguible. El ALCAN, el tratado en cuestión en *Mondev*, difiere significativamente en su lenguaje del que usa el TBI EE.UU.-Ecuador. Entre otras diferencias, la definición de “inversión” del ALCAN no requiere que las reclamaciones estén relacionadas con una inversión para quedar protegidas. El ALCAN en cambio incluye cualquier reclamación que “conlleve los tipos de interés” dispuestos en sus otras categorías de inversiones incluidas. De hecho, el tribunal de *Mondev* basó su decisión en el hecho de que las reclamaciones en ese caso involucraban el mismo tipo de intereses como “la participación que resulte del capital u otros recursos,” una categoría extremadamente amplia sin equivalente en el TBI en EE.UU.-Ecuador (Tr. En 107:7-108:19; HR 1 pág. 46; R III, pár. 160; R IV, pár. 38). El Demandado también rebate el argumento de los Demandantes basado en la carta de

³⁴ *Canadian Cattlemen*, *supra* nota 21, párrafo 144.

³⁵ *Mondev International Ltd. contra Estados Unidos*, caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo (11 de octubre de 2002), I.L.M. v. 42 pág. 85 (2003) [en adelante *Mondev*]

transmisión del Presidente de EE.UU. al Senado de EE.UU. en relación al TBI, que sugiere que la frase “relacionada con una inversión” se insertó solamente para excluir transacciones mercantiles simples de la cobertura del TBI. Aunque esto puede ser un efecto de la frase, la carta no sugiere que es el único efecto (Tr. en 117:13-118:5; HR1 pág. 58; R IV, pár. 20).

153. Adicionalmente, la Demandada argumenta que los juicios no pueden encajar bajo el encabezamiento de “[t]odo derecho conferido por la ley o por contrato” bajo el Artículo I(1)(a)(v) del TBI. Para empezar, la Demandada somete que los juicios caen directamente en la categoría de “[e]l derecho al dinero o alguna operación que tenga valor económico” bajo el Artículo I(1)(a)(iii) del TBI. En esa disposición, la reclamación tiene que estar “relacionada con una inversión” lo cual la Demandada afirma que no lo está por las razones apuntadas más arriba. El Artículo I(1)(a)(v) por otra parte prevé “derechos, no a recibir dinero o ejecución de otro, sino a actuar de una manera o a hacer algo, a lo que de otra forma el titular del derecho no tendría derecho” (R II, pár. 172; Tr. En 96:3-10; HR 1 pág. 60). Esto es lo que se sugiere por la inclusión de las palabras “licencias y permisos” en la estipulación (R II, párs. 179-185; HR1 págs. 62-63; R III, párs. 167-169). La estipulación no tiene la intención de incluir simples “derechos al dinero” ya tratados en el Artículo I(1)(a)(iii) (R II, párs. 186-188). Los Demandantes no deberían de permitir ampliar el alcance del Artículo I(1)(a)(v) al punto de tragarse el Artículo I(1)(a)(iii) y hacer que esa estipulación ya no tenga sentido (R II, párs. 172-178; Tr. en 123:16-20; HR1 pág. 64; R III, párs. 164-165). Todos los verdaderos “derechos” que los Demandantes pudieran haber tenido, terminaron definitivamente con la expiración de los Acuerdos de Concesión, el retiro de TexPet de Ecuador, y los numerosos Acuerdos de Transacción firmados entre las Partes (R II, párs. 186-197; Tr., en 123:5-15; HR1 pág. 61).
154. Habiendo argumentado que las reclamaciones judiciales no pueden ser una inversión por derecho propio, la Demandada también refuta la idea de que las inversiones pudieran considerarse una parte de una inversión global bajo la teoría de “vida útil” (“lifespan”) de los Demandantes. Ellos citan que el lenguaje del Artículo I(1)(a)(iii) parece separar y oponer los “derechos al dinero” de la

“inversión” con la cual debería estar relacionada bajo esta disposición. El Artículo I(1)(a)(iii), de hecho, llegaría a ser superfluo porque la inversión englobaría los derechos sin la necesidad de otorgarles un estatus separado como una inversión (Tr. En 111:12-22; R III, párs. 176-1777). Donde los Demandantes se refieren al Artículo II(7), al Artículo I(3), y al Artículo II(3)(b) como exhibiendo las diferentes etapas de la “vida útil” de una inversión protegida, la Demandada afirma que estas estipulaciones no dicen nada sobre lo que constituye una inversión, pero solamente sobre cuales actividades relacionadas a una inversión están protegidas (R IV, pár. 24). De hecho, el Artículo II(7), así como el Artículo I(1)(a)(iii), hace una distinción y oposición entre las “reclamaciones” y los “derechos” de las “inversiones” (R IV, pár. 22). La Demandada también resalta a *Occidental Exploration y Production Company contra la República de Ecuador* que dictó que los derechos al dinero en cuestión (reclamaciones de devolución de impuestos) no podían considerarse como una “inversión” o ni siquiera parte de una “inversión”³⁶ (Tr. En 112:4-18; HR1 pág. 48; R IV, párs. 16, 32-33).

155. La Demandada afirma que el único caso que podría posiblemente endosar la teoría de la “vida útil” de una inversión adelantada por los Demandantes es el caso *Mondev*, que o es distinguible o es incorrecto. Primero, la Demandada observa que el asunto de la vida útil no fue debatido ningún informe escrito en ese caso (Tr. En 101:15-19; R III, párs. 183-184; R IV, pár. 37). Segundo, el tribunal en *Mondev* estaba motivado por una consideración equitativa que no se presenta en este caso, a saber que un Estado no debería ser capaz de derrotar a la jurisdicción basándose en la misma expropiación contra la que se reclama (Tr. En 102:8-21; Hr1 págs. 446-47; R III, párs. 185-188; R IV, párs. 40-43). Tercero, la lógica del tribunal en este caso es circular. Si una reclamación por una expropiación anterior a un tratado es suficiente para fundamentar la jurisdicción, entonces cada persona que ha tenido propiedad expropiada, no importa cuanto tiempo antes de que el tratado entrara en vigor, tendría derecho a presentar una demanda bajo el tratado (Tr. en 104:19-105:19’ R III, párs. 193-194).

³⁶ *Occidental Exploration and Production Company contra República de Ecuador*, Caso LCIA No. UN 3467, Laudo Final (1 de Julio de 2004), párrafos 81, 86 [en adelante *Occidental contra Ecuador*]

156. Según la Demandada, otros casos citados por los Demandantes tampoco apoyan la teoría de la “vida útil” y reafirman la propia posición de la Demandada. En *Jan de Nul contra Egipto*³⁷ por ejemplo, ambas partes y el tribunal reconocieron que la inversión había terminado incluso si habían algunos juicios todavía pendientes. Egipto, sin embargo, no planteó objeción a la jurisdicción basado sobre el hecho de que la inversión no existía en la fecha de entrada en vigor del TBI. El TBI no requería expresamente que una inversión exista a partir de la fecha efectiva y las inversiones, en cualquier caso, estaban cubiertas bajo el TBI anterior (R III, párs. 195-199; R IV, párs. 34-35). De otro lado, en el caso de *Occidental contra Ecuador*, el tribunal rechazó de plano la idea de que una reclamación de devolución de impuestos pudiera ser una inversión o parte de ella³⁸ (R III, párs. 200-201).
157. Por ultimo, la Demandada cuestiona la referencia que hacen los Demandantes a su trabajo de remedio según los acuerdos de medio ambiente para extender su inversión más allá de la fecha de la entrada en vigor. El trabajo de remedio en si mismo no presenta las características de inversiones (R III, párs. 226, 229). De cualquier manera, solamente una parte *de minimis* del trabajo tuvo lugar después de la entrada en vigor del TBI y estaba totalmente desconectada de los asuntos involucrados en los siete juicios de TexPet (HR1 págs. 55-56; R III, párs. 226, 229). Tampoco el trabajo de remedio hizo que continuara la inversión. Hubo una interrupción de dos años entre el fin de la inversión y el cumplimiento del primer acuerdo de medio ambiente, rompiendo la “serie continua de acontecimientos” requerido bajo la teoría de vida útil de los Demandantes (R III, para, 205). La Demandada cita una admisión del consejero legal interno de TexPet que “la evaluación y abordaje del impacto ambiental potencial que surja de las operaciones del Consorcio se trató como un tema separado” de aquellos involucrados en el arreglo global y por tanto se negoció en un acuerdo separado con una recompensa acordada por separado (Tr. en 116:6-13; HR1 pág. 52; R III, párs. 208-211; R IV, pár. 48). Los Demandantes no pueden depender tampoco del principio de “la unicidad de la inversión” porque el Memorando de 1994 y el

³⁷ Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. contra República Árabe de Egipto, Caso CIADI No. ARB04/13, Decisión sobre Jurisdicción (16 de junio de 2006) [en adelante *Jan de Nul*].

³⁸ *Occidental contra Ecuador*, *supra* nota 36, párrafos 81, 86.

Acuerdo de Reparación Medioambiental de 1995 no muestran vínculos suficientemente fuertes con los Acuerdos de 1973 y 1977 como se requiere en la jurisprudencia. Tampoco la jurisprudencia sobre el principio de unicidad siquiera considera el asunto de si existió o no una “inversión” en la fecha límite bajo el tratado en cuestión (Tr. en 116:14-117:6; R III, párs. 214-221).

2. Argumentos de los Demandantes

158. Los Demandantes acusan a la Demandada de calificar erróneamente a las inversiones de los Demandantes. Los Demandantes declaran que, en el momento en que el TBI entró en vigor el 11 de Mayo de 1997, TexPet todavía poseía derechos legales y contractuales, cuyo cumplimiento se buscaba a través de las reclamaciones pendientes en siete casos judiciales. Estos derechos se derivaban de los acuerdos de inversión de 1973 y 1977 y de los muchos millones de dólares invertidos en exploraciones y producción de petróleo en Ecuador. Además, en el momento que el TBI entró en vigor, TexPet estaba emprendiendo y continuó emprendiendo varios proyectos relacionados con la liquidación de sus inversiones bajo los Acuerdos de Transacción con Ecuador. Estos incluían un proyecto considerable de investigación y reparación del medio ambiente, así como varios proyectos de desarrollo comunitario, ambos surgiendo de las actividades de exploración y producción de petróleo de TexPet como parte del Consorcio (C II, párs. 128-130; Tr. En 246:13-248:8; HC3 pág. 4; C IV, párs. 28-35).
159. Los Demandantes argumentan que el significado claro del Artículo I(1)(a) cubre un ámbito amplio de inversiones. La definición del término “inversión” en ese Artículo incluye “todo tipo de inversión” y proporciona una lista no exhaustiva de los ejemplos traslapados incluidos en la definición de inversión (C II, párs. 132-135; Tr. en 233:19-25; HC3 págs. 6-7; C III, párs. 13-14). Los Demandantes citan un número de casos que infirieron que la inclusión del lenguaje “todo tipo de inversión” o “todo tipo de activo” creaba un ámbito amplio de inversiones cubiertas (C II, paras, 140-143). El objeto y fin del TBI también se promueve con

una definición amplia y no con una que es restrictiva (C II, pár. 137; Tr. en 233:1-5; HC3 pág. 5; C III, párs. 10-12).

160. Los Demandantes también discrepan con la afirmación de la Demandada de que la inversión de TexPet no ha contribuido al desarrollo de Ecuador. Cuando las inversiones se ven en su totalidad, está claro que los Demandantes incurrieron en un riesgo considerable e hicieron una contribución de renta significativa y directa al Gobierno, de recursos humanos y técnicos al Consorcio y de petróleo para el consumo nacional (C II, pár. 153). Además, los Demandantes emprendieron una investigación y reparación significativa del medio ambiente y desarrollaron proyectos de desarrollo comunitario, los cuales todavía se estaban llevando a cabo cuando el TBI entro en vigor (C II, pár. 158; HC3 pág.14).
161. Los Demandantes también discrepan que el argumento de la Demandada de que los Demandantes no tenían ningún activo existente en Ecuador en el momento de la entrada en vigor del TBI porque para esta fecha ya habían expirado los Acuerdos de 1973 y 1977. Mirando las inversiones en su totalidad, los derechos legales y contractuales que se están haciendo valer en las juicios domésticos no puedes ser separados del resto de la inversión global en Ecuador de los Demandantes según estos acuerdos (C II, párs. 154-155; Tr. En 231:3-232:4; HC3 págs. 10-15).
162. Los Demandantes además disputan que la irretroactividad del TBI les impide basar sus reclamaciones en derechos contractuales relacionados con la actividad de inversión precedente al TBI. Aunque el Artículo XII del TBI limita la aplicación de las protecciones del TBI “a las inversiones existentes en el momento de su entrada en vigor y alas inversiones que se efectúen o adquieran posteriormente,” “esto exige solamente que el derecho al dinero u operación exista al momento de la entrada en vigor del TBI” (C II, pár.169; C IV, párs. 19-20).
163. Los Demandantes enfatizan que las inversiones tienen que verse en su totalidad y no como transacciones o componentes separados. Precedentes arbitrales apoyan el punto de vista de que una inversión incluye todo lo asociado con una “operación global” o “proyecto global” dado de un inversionista (C II, párs. 144-

150). Los Demandantes se apoyan en particular en los párrafos 80-83 del caso de *Mondev*. En este caso, el único interés duradero de los demandantes era “ciertas reclamaciones por daños y perjuicios” relacionados con una inversión fallida. El proyecto de inversión subyacente había fracasado y no existía en el momento de la entrada en vigor del ALCAN. Bajo esta base, Estados Unidos planteó una objeción de que había inversiones existentes en la fecha de entrada en vigor del ALCAN. El Tribunal rechazó este argumento. Según los Demandantes, el tribunal sostuvo que “una vez que existe una inversión, ella goza durante toda su vida útil de la protección otorgada por un tratado de inversión que entre en vigor en cualquier momento previo a la conclusión final de dicha inversión” (C II, párs. 156-157, 170-173; Tr, en 251:14-252:19; HC3 págs. 16-20; C III, párs. 27-42). Las disposiciones del TBI también apoyan a este punto vista, por ejemplo el Artículo I(3) que protege cambios en la forma de la inversión y el Artículo II(3)b que protege las inversiones a lo largo de todo su “dirección, explotación, mantenimiento, utilización, usufructo, adquisición, expansión o enajenamiento” (Tr. en 248:16-23; C III, pár. 21).

164. Con referencia a la interpretación del Artículo I(1)(a)(iii) de la Demandada, los Demandantes argumentan que la frase restringiendo la definición de inversiones a reclamaciones monetarias o de rendimiento “relacionadas con una inversión” solamente pretendía excluir las reclamaciones autónomas asociadas con una transacción comercial sencilla. El texto de la nota de transmisión del Presidente Clinton al Senado en relación con el TBI afirma que,

[e]l requerimiento de que un “derecho al dinero” esté relacionada con una inversión excluye los derechos que surgen puramente de transacciones mercantiles, tales como un simple movimiento de mercancía a través de una frontera, de ser consideradas inversiones cubiertas por el Tratado.³⁹

(C II, pár. 162; Tr. en 235:7-14; HC3 pág. 7; C III, párs. 17-19)

Apoyo adicional para esta interpretación viene del comentario al Modelo del TBI de EE.UU. de 1992, el cual contiene lenguaje idéntico al Artículo I(1)(a)(iii) del

³⁹ Transmittal Letter from the President of the United States to the United States Senate (Carta de transmisión del Presidente de los Estados Unidos dirigida al Senado de los Estados Unidos), 10 de septiembre de 1993.

TBI (C II, pár. 163). Los Demandantes creen que el caso de *Canadian Cattlemen* en que se apoya la Demandada también respalda su posición. En este caso, el tribunal interpretó el Artículo 1139(j) del ALCAN como excluyendo los derechos al dinero que surgen de transacciones mercantiles transfronterizas sencillas de manera similar a la interpretación del TBI que los Demandantes urgen aquí⁴⁰ (C II, párs. 165-167). De hecho, los Demandantes afirman que la interpretación de la Demandada haría que el Artículo I(1)(a)(iii) resulte superfluo porque la inversión con la que esta relacionada el derecho sería ya suficiente para invocar la protección del TBI (C IV, párs. 26-27).

165. Los Demandantes generalmente critican a la Demandada por importar y aplicar conceptos de inversión bajo la Convención de CIADI al presente procedimiento CNUDMI. Para los Demandantes, la definición de “inversión” en el caso actual depende exclusivamente de la interpretación del lenguaje claro del TBI (C II, párs. 176-183).
166. Con referencia a la interpretación del Artículo I(1)(a)(v) por la Demandada, los Demandantes argumentan que la “Demandada fabrica una distinción artificial entre los “derechos” y las “reclamaciones” (C II, pár. 186; Tr. En 258:13-259:7; HC3 págs. 23; C III, pár. 20). Los Demandantes alegan que la Transacción Global de 1995 no terminó los derechos contractuales de los Demandantes en disputa en los casos judiciales y el significado claro de “todo derecho” en el Artículo I(1)(a)(v) incluye las reclamaciones judiciales para hacer valer los derechos preexistentes (C II, párs. 186-187). La referencia a las “licencias y permisos” no limita el sentido de “todo derecho” incluido en la disposición porque la disposición incluye derechos contractuales y *cualesquiera* licencias y permisos (C II, pár. 188-191). Incluso si la referencia tuviera un efecto limitante, los derechos que los Demandantes tratan de hacer valer en sus reclamaciones judiciales están dentro de la misma categoría amplia que los permisos y licencias ya que están relaciones con la concesión de derechos a explorar y a explotar el petróleo en virtud del Acuerdo de 1973 (C II, pár. 192).

⁴⁰ *Canadian Cattlemen*, *supra* nota 21, párrafos 140-147.

167. La disposición tampoco contiene un lenguaje que restringe los derechos incluidos a esos “relacionados con una inversión.” Como respuesta al argumento de la Demandada que el requisito de ser “relacionada con una inversión” debería de inferirse en la cláusula por medio de interpretación para no hacer que el Artículo I(1)(a)(iii) no tenga sentido, los Demandantes sostienen que este enfoque aplicaría la regla de efectividad de tal manera que produciría un resultado contrario al lenguaje claro y el espíritu del TBI (C II, párs. 193-197).

3. El Tribunal

168. Como se menciona más arriba, los análisis detallados de las estipulaciones aplicables del TBI y de los instrumentos relacionados presentados por las Partes han sido útiles para este Tribunal. Las siguientes consideraciones del Tribunal, sin todos los argumentos de las Partes, se concentra en lo que el Tribunal mismo considera determinativo sobre jurisdicción.

3.a. Retroactividad en general

169. Las partes han argumentado extensamente sobre el tema general de retroactividad de los tratados en relación con las objeciones *ratione materiae* de la Demandada, así como sus objeciones *ratione temporis*. Ya que las Partes han argumentado el tema presente en relación con el tema general de la retroactividad de los tratados, el Tribunal tratará con ciertos aspectos de esta cuestión preliminarmente antes de aplicar cualquier conclusión en este sentido al Artículo XII del TBI y al caso específico en cuestión. El Tribunal se basará en estas conclusiones en secciones posteriores de este Laudo.
170. Las disposiciones legales aplicables para tratar la cuestión general de retroactividad son, en especial, el Artículo 28 del CVDT y el Artículo 13 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado (el “Proyecto de Artículos de la CDI”).
171. El Artículo 28 de la CVDT se titula “Irretroactividad de los tratados” y dice lo siguiente:

Las disposiciones de un tratado no obligaran 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.

172. El lenguaje del Artículo 28 de la CVDT deja muy claro que no hay retroactividad a menos que una intención distinta surja del tratado o pueda establecerse de otra manera. El Proyecto de la CDI del Artículo 13 confirma el mismo principio para la Responsabilidad del Estado:

El acto de un Estado no constituye una violación de una obligación internacional a menos que el Estado esté comprometido a dicha obligación en el momento en que ocurre el acto.

173. El principio de irretroactividad no es distinto en las disposiciones de los tratados que consideran la resolución de controversias y, en especial, las cláusulas jurisdiccionales contenidas ahí adentro. Cuando se elaboró la CVDT, se consideró la retroactividad de tales tratados.⁴¹ Sin embargo, normas específicas respecto a la retroactividad de estos tratados y cláusulas no se incluyeron en la versión final del Artículo 28 del CVDT. Su lenguaje “salvo” puede sin embargo aplicarse fácilmente a los tratados jurisdiccionales o arbitrales tratando actos o controversias que han surgido antes de la finalización del tratado dado. Como resultado la versión final del Artículo 28 de la CVDT aplica también a los tratados ocupándose de la resolución de controversias.
174. Ninguna de la jurisprudencia sobre la inversión citada por las Partes establece un enfoque distinto. Los casos de *Lucchetti* y *Vieira*, por una parte, y *Mavrommatis*, por otra, pueden verse como aplicando el Artículo 28 dada la redacción específica y la intención de los respectivos tratados vistos en esos casos.⁴² *Tradex*

⁴¹ Sir Humphrey Waldock, *Third Report on the Law of Treaties* (Tercer Informe sobre el Derecho de Tratados), en Special Rapporteur, Law of Treaties (Relator Especial, Derecho de los Tratados), II YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION (II ANUARIO DE LA COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL) (1964) [en adelante Waldock]; UN Doc. A/CN.4/167 y Add.1-3 en 10-11.

⁴² Empresas Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A. contra Perú, Caso CIADI No. ARB03/4, Laudo, 7 de febrero de 2005 [en adelante *Lucchetti*]; Sociedad Anónima Eduardo Vieira contra Chile, Caso CIADI No. ARB/04/7, Laudo (21 de agosto de 2007) [en adelante *Vieira*]; *Mavrommatis Palestine Concessions case* (Caso sobre las Concesiones de Mavrommatis en Palestina) (Grecia contra Gran Bretaña), 1924 P.C.I.J. Ser. A, No. 2 (30 de agosto de 1924) [en adelante *Mavrommatis*].

*Hellas*⁴³ aplicó el mismo principio a una situación donde ambos el TBI y una ley nacional sobre inversión potencialmente proporcionaron bases alternativas para jurisdicción sobre la demanda. El tribunal en ese caso aceptó jurisdicción basándose en que hubo una intención legislativa que la ley nacional de inversión aplicara a disputas preexistentes, pero no encontró ninguna intención de aplicar el TBI retroactivamente a una reclamación depositada antes de la entrada en vigor del TBI.

175. Por consiguiente, en conformidad con el caso *Ambatielos*⁴⁴ y la línea general del argumento de la Demandada, el Tribunal encuentra que el TBI, incluyendo sus estipulaciones jurisdiccionales, no se pueden aplicar retroactivamente a no ser que se puede establecer tal intención en el TBI o de otra manera.
176. Quizás haya un enfoque diferente para la retroactividad en el contexto de derechos humanos. El Tribunal no necesita, sin embargo, decidir si existe cualquier presunción de retroactividad para los tratados de derechos humanos como un género. El Tribunal considera que cualquier presunción posible tiene que resultar del contexto específico y del propósito de los derechos humanos internacionales o de una norma *sui generis* en este campo. En cualquier caso, el Tribunal no encuentra una analogía suficientemente fuerte entre el TBI y los tratados de derechos humanos para justificar el desviarse del marco legal dominante para la retroactividad que acaba de describir.

3.b. Aplicación al presente caso

177. Bajo el Artículo VI(1)(c), el Tribunal tiene jurisdicción sobre “una diferencia ... que se debe o sea pertinente a ... una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por este Tratado con respecto a una inversión.” El Tribunal tiene una tarea doble de determinar si la presente disputa puede caer bajo esta disposición. Primero, el Tribunal tiene que determinar si los Demandantes tienen una inversión dentro del significado de este término en el TBI. Si los Demandantes tienen una inversión, el Tribunal tiene entonces que

⁴³ Tradex Hellas S.A. contra la República de Albania, Caso CIADI No. ARB/94/2, Decisión sobre Jurisdicción (24 de diciembre de 1996), 14 ICSID REV.- FOR. INV. L.J. pág. 161 (1999), en págs. 179-180, 192 [en adelante *Tradex Hellas*].

⁴⁴ Grecia contra Reino Unido, 1952 I.C.J. Rep. pág. 28 [en adelante *Ambatielos*].

determinar si la inversión está cubierta por el TBI a la luz del Artículo XII(1) del TBI (“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 adquieran posteriormente”). Estas son dos determinaciones distintas y deben de enfocarse separadamente y en secuencia.

178. Asumiendo que se contesta de forma positiva a estas dos preguntas (i.e. una inversión *ratione materiae* y una inversión *ratione temporis*), otra pregunta es si el TBI aplica también a los litigios que surgieron antes de su entrada en vigor. Esta pregunta se trata en la Sección J.IV más abajo (“jurisdicción *Ratione Temporis* respecto a Disputas Pre-Existentes”). Por ello, el Artículo XII(1) trata la retroactividad concerniente a las inversiones, pero no la retroactividad con respecto a los litigios. El Artículo VI(1) en cambio se ocupa de resoluciones de diferencias sin tratar la retroactividad. La distinción entre la aplicabilidad *ratione temporis* de las obligaciones sustantivas en un TBI y la jurisdicción *ratione temporis* se hizo también en *Generation Ukraine*⁴⁵ y *Salini contra Jordania*.⁴⁶
179. El Tribunal encuentra útil empezar repitiendo la definición de “inversión” del TBI que se encuentra en el Artículo I(1)(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;

⁴⁵ *Generation Ukraine Inc. contra Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo (16 de septiembre de 2003), párrafo 11.2 [en adelante *Generation Ukraine*].

⁴⁶ *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. contra el Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/02/13, Decisión sobre Jurisdicción (15 de noviembre de 2004), párrafos 167-178 [en adelante *Salini*].

(iv) La propiedad intelectual que, entre otros, comprende los derechos relativos a:

[...]

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

El Tribunal primero tiene que determinar si los Demandantes mantuvieron una inversión que cayera dentro de la definición más arriba.

180. La Demandada no tiene ni puede denegar razonablemente que los Demandantes tenían lo que sería considerado una inversión en Ecuador en sus actividades de exploración y extracción de petróleo desde 1960 hasta principios de 1990. Como tampoco puede la Demandada denegar que en esta inversión estaban presentes todas las características necesarias. La Demandada disputa en cambio que los juicios de los Demandantes ante los tribunales ecuatorianos no pueden, por si mismos, ser considerados como siendo una “inversión” según el TBI. El Tribunal, sin embargo, está de acuerdo con los Demandantes en que en la presente situación, que es similar a la de *Mondev* (discutida más adelante), los juicios se ocupan de la liquidación y el arreglo de reclamaciones relacionadas con la inversión y, por consiguiente, forman parte de esa inversión.
181. Los Demandantes subrayan en sus presentaciones que la definición de “inversión” en el TBI es amplia y cubre “todo tipo de inversión.” Aparte de ser amplia en sus términos generales, la definición enumera una multitud de formas de inversión que están cubiertas. Primero estipula que cubre formas de inversión “tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión”. Luego da otra lista no-exhaustiva de formas que puede tomar una inversión. La lista cubre, entre otras cosas, varios otros activos incorporeales y habla de una variedad de derechos, reclamaciones e intereses que un inversionista puede tener en ellos. Además, el Artículo I(3) del TBI estipula que “[n]inguna modificación en la forma en que se invierten o reinvierten los activos alterará el carácter de los mismos en cuanto inversión.”
182. Los Demandantes también resaltan que el Artículo II(3)(b) del TBI protege las inversiones de “medidas arbitrarias o discriminatorias” con respecto a “la

dirección, la explotación, el mantenimiento, la utilización, el usufructo, la adquisición, la expansión o la enajenación.” También, señalan la garantía adicional en el Artículo II(7) de “medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos relativos a las inversiones.”

183. Tomadas juntas, las susodichas disposiciones indican al Tribunal que una vez que una inversión se ha establecido, el TBI tiene la intención de cerrar cualquier brecha posible en la protección de esa inversión mientras transcurre el tiempo y potencialmente cambia de forma. Una vez que una inversión se ha establecido, continúa existiendo y siendo protegida hasta que su “enajenación” final haya concluido – es decir, hasta que se haya liquidado.
184. Las inversiones de los Demandantes se vendieron mayormente cuando transfirieron el derecho de propiedad en la concesión a PetroEcuador y sobre la conclusión de varios Acuerdos de Transacción con Ecuador. A causa de las reclamaciones monetarias pendientes, surgiendo directamente de las actividades de extracción y producción de petróleo bajo los contratos con Ecuador y su sociedad petrolera estatal, esas inversiones no estaban todavía, ni están completamente liquidadas. Estas reclamaciones se excluyeron de cualquiera de los Acuerdos de Transacción (R II, pár. 169 C II, pár. 40). Los Demandantes siguen manteniendo intereses subsistentes en su inversión original, pero en una forma diferente. Por esto, las inversiones de los Demandantes no han cesado de existir: sus juicios continuaron su inversión original pasada la entrada en vigor del TBI y hasta la fecha del comienzo de este arbitraje.
185. Esta conclusión es consistente con el caso *Mondev*, donde el tribunal era claro en que para el momento de la entrada en vigor del ALCAN “todo lo que Mondev tenía eran *derechos al dinero relacionadas con una inversión* que ya había fracasado” (énfasis adicional).⁴⁷ EE.UU. objetó que estas reclamaciones eran insuficientes para constituir una inversión. Sin embargo, el tribunal consideró que simplemente estaría proporcionando protección a intereses subsistentes que *Mondev* había continuado manteniendo de la inversión original. El tribunal resumió su fallo como sigue:

⁴⁷ *Mondev*, *supra* nota 35, párrafo 77.

Todavía pueden surgir asuntos de liquidación ordenada y de arreglo de reclamaciones y pueden requerir “un tratamiento justo y equitativo”, “protección y seguridad plenas” y el evitar discriminación injusta. Una disposición de que en una administración judicial por suspensión de pagos diera preferencia a los accionistas locales frente a los accionistas de otros países del ALCAN, sería una clara violación del Artículo 1102(2). Los accionistas, incluso en una empresa que fracasa retienen intereses en la empresa que surgen de su compromiso de capital y otros recursos, y el propósito del ALCAN es evidentemente el proporcionar protección a las inversiones a través de toda su vida útil, i.e., “en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.”⁴⁸

186. A pesar de los comentarios de la Demandada de que la decisión de *Mondev* puede que no haya beneficiado de sumisiones escritas, el Tribunal no encuentra razón alguna para estar en desacuerdo con la declaración de más arriba. Ni tampoco el Tribunal ve suficiente diferencia entre el ALCAN y el TBI para separarse de este razonamiento. En el caso actual, el lenguaje pertinente del TBI es al menos tan amplio en su ámbito como las disposiciones del ALCAN en las que se apoyó el tribunal de *Mondev* para su teoría de “vida útil” de protección de la inversión.
187. La existencia de una inversión en el momento de la entrada en vigor y en el momento del comienzo del arbitraje no resuelve este asunto totalmente. El Tribunal tiene que determinar si el TBI confiere jurisdicción sobre inversiones preexistentes. Recordando lo que se ha declarado sobre retroactividad más arriba, esto no es una cuestión de la norma general de irretroactividad, pero la interpretación del Artículo XII(1) del TBI. La norma general de irretroactividad pudiera restringir la aplicación del TBI únicamente a inversiones que empezaron a existir después de la entrada en vigor del TBI. Sin embargo, de acuerdo con la cláusula “salvo” del Artículo 28, el Artículo XII(1) del TBI tiene que interpretarse como determinando en que medida hace una excepción a la irretroactividad.
188. La parte pertinente del Artículo XII(1) afirma que el TBI “se aplicará a las inversiones existentes en el momento de su entrada en vigor y a las inversiones que se efectúen o adquieran posteriormente.” El Artículo XII(1) del TBI tiene

⁴⁸ *Mondev*, *supra* nota 35, párrafo 81.

que aplicarse en el sentido del Artículo 28 del CVDT: además de las inversiones hechas o adquiridas después de la entrada en vigor, expresamente provee la aplicación a “inversiones existentes en el momento de la entrada en vigor.” Esto puede significar solamente que inversiones hechas antes de la entrada en vigor están cubiertas si todavía existieran en el momento de la entrada en vigor. Cuanto tiempo tiene que existir antes de la entrada en vigor es un hecho irrelevante. Por consiguiente, a pesar de la norma general de irretroactividad, el Tribunal puede aplicar el TBI a una inversión preexistente tal como los juicios de los Demandantes en el caso actual.

189. El Tribunal ya ha dictado que los juicios de los Demandantes son una “inversión” bajo el TBI. Como consecuencia, y en vista al lenguaje del Artículo XII(1), el Tribunal falla a favor de que las inversiones de los Demandantes fueron “existentes en el momento de la entrada en vigor” del TBI.
190. Aunque el Tribunal está satisfecho con las razones expuestas más arriba de las objeciones *ratione materiae* de la Demandada, el Tribunal desea no obstante tratar ciertas presentaciones de la Demandada en relación con la interpretación de la definición de inversión del TBI, dado el argumento amplio que las partes han sometido en este asunto.
191. Bajo el Artículo I(1)(a)(iii), el enfoque de la Demandada primero observa que para que los “derechos al dinero” constituyan una inversión, tienen que estar relacionados con una “inversión.” La Demandada por consiguiente argumenta que el Tribunal tiene que remitir a la definición de “inversión” en el TBI para definir una inversión adicional con la que están relacionados los derechos al dinero. La Demandada pide al Tribunal restringir al mismo tiempo la definición de “inversión” relacionada por medio del Artículo XII(1) que lo limita a inversiones existentes en el momento de la entrada en vigor del TBI.
192. El Tribunal no está de acuerdo que la mención adicional del término “inversión” dentro de la definición misma debería entenderse como proporcionando una definición recursiva. En cambio, la mención adicional del término debería tomarse como refiriéndose al significado claro de la palabra. Esto se demuestra por la frase inicial “‘inversión’ significa todo tipo de inversión ... tales como

[ciertos tipos de inversión] ... y comprende [otros tipos de inversión].” Un enfoque recursivo en el uso inicial de “todo tipo de inversión” haría en la opinión del Tribunal, que la definición sea viciada y sin sentido. Entretanto, el uso del sentido corriente de la palabra “inversión” proporciona una base con la cual aumentar la lista no exclusiva de inversiones cubiertas, especialmente con relación a nuevos tipos de inversión que puedan surgir en el futuro.⁴⁹

193. Este enfoque resuelve la preocupación expresada en *Mondev* y en *Jan de Nul* de que un inversionista cuya inversión fue definitivamente expropiada mantendría un derecho de compensación pero técnicamente ya no mantendría ninguna “inversión” existente.⁵⁰ La decisión en *Canadian Cattlemen* también es consistente con este enfoque. Esta decisión interpretó el lenguaje similar del Artículo 1139(j) del ALCAN para excluir las reclamaciones monetarias surgiendo de “meros intereses mercantiles transfronterizos” pero estaba dispuesta a incluir reclamaciones surgiendo de “algo más permanente – tal como capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte” sin que necesariamente requiera probarse una inversión separada y relacionada.⁵¹ Dado que la definición de inversión del ALCAN está formulada de una manera más restrictiva, la frase “relacionada con una inversión” exige, en su forma más estricta, que las reclamaciones involucren intereses de la misma naturaleza que otras categorías de inversiones cubiertas.
194. En cuanto al Artículo I(1)(a)(v) “[t]odo derecho conferido por la ley o por contrato,” el Tribunal considera que, aislados, los derechos mencionados en esta estipulación podrían ser interpretados según los cánones de interpretación como estando limitados a “licencias y permisos” y derechos análogos a estos. El contexto y propósito del TBI, sin embargo, no apoya esta interpretación. Las palabras “todo derecho” se utilizan en un sentido más amplio y más general en varias otras estipulaciones del TBI. Como se mencionó más arriba, el TBI tiene la intención de proporcionar una cobertura global, al utilizar un lenguaje que es

⁴⁹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in Investment Rulemaking*, (Tratados Bilaterales de Inversión 1995-2006: Tendencias en la reglamentación de inversiones) UN Doc. UNCTAD/ITE/IIT/2006/5, en pág. 10.

⁵⁰ *Mondev*, *supra* nota 35, párrafo 80; *Jan de Nul*, *supra* nota 37, párrafo 135.

⁵¹ *Canadian Cattlemen*, *supra* nota 21, párrafo 144.

amplio. Esto es evidente, por ejemplo en la garantía de “medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos relativos a las inversiones” del Artículo II(7).

195. El significado no restrictivo de “todo derecho” llega a ser incluso más claro cuando se contrasta la estructura del Artículo I(1)(a)(v) con la redacción de las otras categorías de inversión. El Artículo I(1)(a)(i) comienza por declarar que cubre la categoría de bienes corporales e incorporeales. Después procede a especificar que esta cobertura “inclu[ye] derechos tales como los de retención, las hipotecas y las prendas.” De forma similar, el Artículo I(1)(iv) comienza con la categoría general de propiedad intelectual y luego especifica que esta categoría “entre otros, comprende los derechos relativos a” un número de tipos específicos de propiedad intelectual. El Artículo I(1)(ii) cubre “[l]as sociedades o las acciones de capital u otras participaciones o en los activos de las mismas.” En todos los casos mencionados más arriba, la categoría a la cual tienen que referirse “todo derecho” y “participaciones” está claramente indicada antes del uso del término. En vista de lo anterior, la formulación contraria al Artículo I(1)(v) a través de la cual el TBI cubre “[t]odo derecho conferido por la ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la Ley” (énfasis añadido) sugiere que “todo derecho conferido por ley o por contrato” es una categoría general en sí misma, a no ser limitada por el lenguaje subsiguiente de “licencias y permisos.”

J.IV. Los Acuerdos de Inversión de los Demandantes

1. Argumentos de la Demandada

196. Respecto a la cláusula introductoria del Artículo I(1)(a) del TBI, la Demandada rechaza la idea que las demandas presentes se deben o son pertinentes a un “acuerdo de inversión.” Los juicios de los Demandantes son el único tema del litigio presente y no constituyen acuerdos de inversión. De todos modos, aún si los Acuerdos de Concesión entre TexPet y Ecuador fueran a ser considerados “acuerdos de inversión,” no pueden fundamentar la jurisdicción en el caso

presente porque estos Acuerdos de Concesión dejaron de existir antes de la entrada en vigor del TBI (R II, párs. 198-200). El Artículo XII del TBI requiere que los acuerdos de inversión, como una forma de inversión reconocida en el TBI, tienen que existir al momento de entrada en vigor del TBI para ser cubiertos por el (Tr. en 136:1-9; HR1 pág. 73; R III, pár. 238; R IV, pár. 53).

197. La Demandada también arguye que el Artículo VI(1)(a) no confiere jurisdicción sobre las demandas basadas en el derecho internacional consuetudinario como lo sugieren los Demandantes. Las disposiciones sustantivas del TBI ya incluyen al derecho internacional consuetudinario, por ejemplo en el Artículo II(3) que garantiza que las inversiones serán concedidas “un trato justo y equitativo” y “en ningún caso, se le[s] concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional.” Si estas demandas fueran también cubiertas por el Artículo VI(1)(a), las disposiciones sustantivas del TBI quedarían superfluas (R IV, párs. 55-56). Lo más que se podría decir es que el Artículo VI(1)(a) cubre potencialmente a las demandas por incumplimiento de contrato (Tr. en 133:3-19; R IV, pár. 54). Las autoridades presentadas por los Demandantes para sustanciar a esta idea sólo apoyan la idea común que el Tribunal puede tomar en cuenta al derecho internacional consuetudinario (R IV, párs. 60-62).
198. De todos modos, las demandas de los Demandantes basadas en el Artículo VI(1)(a) son también excluidas por la disposición de “elección de vías” (“fork-in-the-road”) del TBI. Habiendo presentado demandas respecto al incumplimiento con los Acuerdos de 1973 y 1977 ante los tribunales del Ecuador, estas mismas demandas no pueden ahora también presentarse ante un tribunal internacional (Tr. en 136:10-137:6; HR1 págs. 74-76). Por otro lado, las demandas quedan excluidas por la cláusula de elección de foro contenida en el Acuerdo de 1973 que dispone que conflictos que surgen de ese Acuerdo se someterán a los tribunales del Ecuador. La Demandada sostiene que la norma del caso de *SGS contra Filipinas*⁵² debería aplicarse en este caso también (R IV, párs. 63-64).

⁵² *Société Générale de Surveillance S.A. contra la República de las Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión sobre Jurisdicción (29 de enero de 2004), 8 ICSID Rep. pág. 518 (2005) [en adelante *SGS contra Philippines*].

2. Argumentos de los Demandantes

199. El Artículo VI(1)(a) crea jurisdicción sobre cualquier litigio “que se deba o que sea pertinente a un acuerdo de inversión.” El término “acuerdo de inversión” no tiene definición especial en el TBI y los Demandantes sostienen que, en el sentido corriente de ese término, los Acuerdos de 1973 y 1977 son acuerdos de inversión C II, párs. 202-203; HC3 pág. 47). Los Demandantes notan que el Artículo VI(1)(c) está limitado a violaciones del TBI. Sin embargo, el Artículo VI(1)(a) no está limitado a causas basadas en el tratado: “De manera que el TBI confiere jurisdicción sobre las reclamaciones de las Demandantes relacionados con los acuerdos de inversión de conformidad con las leyes nacionales y el derecho consuetudinario internacional” (C II, párs. 204-212; HC3 págs. 48-49; C III, párs. 45-69). Cualquier otra interpretación causaría que el Artículo VI(1)(a) quedara superfluo respecto al Artículo VI(1)(c) (C II, párs. 214-215).
200. Dada la jurisdicción sobre demandas basadas en el derecho internacional consuetudinario, los Demandantes exponen que sus demandas sobre acuerdos de inversión no quedan excluidas de ninguna manera por la disposición de “elección de vías” (“fork-in-the-road”) del TBI. Las siete causas de los Demandantes ante los tribunales del Ecuador alegan incumplimiento de los acuerdos de inversión basados en la ley interna del Ecuador. Sin embargo, la demanda presente sobre acuerdo de inversión se basa en una denegación de justicia según el derecho internacional consuetudinario afectando a esas siete causas. Esta última demanda no ha sido presentada ante ningún otro foro (C III, párs. 70-71; C IV, pág. 42).
201. Los Demandantes contestan de la misma manera al atento de la Demandada de insertar por implicación un límite temporal al Artículo VI(1)(a). Dado que “las diferencias en materia de inversión que se originan en el marco del Artículo VI(1)(a) no invocan disposiciones sustanciales del TBI, el Artículo XII no exige la vigencia de un acuerdo de inversión: basta que existan reclamaciones por el incumplimiento de los derechos establecidos en el acuerdo.” (C II, pág. 216; Tr. en 263:16-264:5; HC1 pág. 11; HC3 pág. 51; C IV, párs. 40-41). Por lo tanto, el Artículo VI(1)(a) proporciona una base alternativa para la jurisdicción sobre las demandas de denegación de justicia de los Demandantes.

3. El Tribunal

202. Como se menciona más arriba, los análisis detallados de estos asuntos sometidos por las partes han sido útiles para este Tribunal. Las consideraciones siguientes de este Tribunal, sin tratar todos los argumentos de las Partes, se concentran en lo que el Tribunal mismo considera determinante sobre jurisdicción.
203. La cuestión básica que ha de solucionarse es si los Demandantes pueden haber sus demandas dentro del ámbito del Artículo VI(1)(a) del TBI. Ese artículo confiere jurisdicción al Tribunal sobre “una diferencia ... que se deba o sea pertinente a ... un acuerdo de inversión.” Por lo tanto, el Tribunal tiene que determinar si el Artículo VI(1)(a) confiere jurisdicción sobre demandas basadas en el derecho internacional consuetudinario, si los Acuerdos de 1973 y 1977 son “acuerdos de inversión” y si el litigio se debe o es pertinente a estos. El Tribunal tendrá que determinar también si la irretroactividad del TBI excluye la posibilidad de presentar estas demandas según este artículo.
204. Antes de comenzar su análisis relativo a la demanda sobre acuerdos de inversión de los Demandantes, el Tribunal recuerda sus comentarios de la sección J.I.2 más arriba. Una examinación de la jurisdicción sobre esta demanda en particular tiene que proceder con atención a la manera que ha sido formulada por los Demandantes. Para mayor facilidad, el Tribunal repite la formulación expresada por los Demandantes al final de la Audiencia en materia de jurisdicción:

SEÑOR BISHOP (Interpretado del inglés): Las reclamaciones en cuanto al Contrato de Inversión o por incumplimiento del Contrato de Inversión y el hecho de que no tuviéramos recursos y una denegación de justicia, según el derecho consuetudinario internacional, es una combinación de estas cosas. No es estrictamente un reclamo sólo por incumplimiento de un Contrato de Inversión. Y quizás eso fue lo que hizo que generara alguna confusión. Y pido disculpas.

(Tr. en 277:3-10)

205. El Tribunal también repite el punto pertinente del última reformulación del Petitorio de los Demandantes:

116. En función de todas las presentaciones que efectuaron, las Demandantes solicitan respetuosamente que se dicte un Laudo haciendo lugar a lo siguiente:

[...]

(vi) Que se declare que la Demandada violó los Contratos de 1973 y 1977 y cometió una denegación de justicia, y que la combinación de estos actos constituye una violación del derecho internacional consuetudinario en relación con un contrato de inversión, en los términos del Artículo VI(1)(a) del Tratado;

206. El Tribunal tiene entendido que por sus declaraciones reproducidas más arriba los Demandantes no plantean una demanda fundada directamente en el incumplimiento de contrato según la ley interna o según la cláusula “paraguas” (“umbrella clause”) contenida en el Artículo II(3)(c) del TBI. Esto fue de hecho específicamente negado por los Demandantes (Tr. en 26:5-11, 277:7-8, 279:2-4, 280:1-8). En cambio, los Demandantes presentan una demanda para denegación de justicia según el derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, toman cuidado para explicar que la denegación de justicia surge de las causas por incumplimiento de acuerdos de inversión.

207. Estas demandas no son por lo tanto excluidas por la disposición de elección de vías contenida en el Artículo VI(3) del TBI, a pesar de que los conflictos originales respecto a los acuerdos de inversión fueron presentados ante los tribunales ecuatorianos. La demanda basada en el derecho internacional consuetudinario alegando denegación de justicia por el poder judicial del Ecuador afectando a las causas por incumplimiento de contrato es algo fundamentalmente distinto de las causas por incumplimiento de contrato por si mismas. Como lo exponen correctamente los Demandantes, sus demandas respecto a acuerdos de inversión “se basan en una conducta distinta, por parte de otro órgano del Estado, que incumplió otras obligaciones” (C II, pár. 289). Al mismo tiempo, y a pesar de su carácter distinto, las demandas bajo el TBI conservan una conexión suficiente a los acuerdos de inversión como para concluir que el litigio “se deba o sea pertinente a los acuerdos de inversión” en el sentido empleado en el Artículo VI(1)(a) del TBI.

208. A pesar de concluir que la disposición de elección de vías no impide a la demanda por denegación de justicia, el Tribunal tiene que establecer el ámbito del Artículo VI(1)(a) para poder decidir si puede dictar sobre las demandas presentadas por los Demandantes según el derecho internacional consuetudinario. Los Demandantes plantean que este artículo confiere jurisdicción sobre demandas basadas en el derecho internacional consuetudinario y la Demandada plantea que, al límite, sólo cubre demandas basadas en ley contractual interna.
209. El Tribunal declara que el Artículo VI(1)(a) sí confiere jurisdicción sobre demandas basadas en el derecho internacional consuetudinario. El Artículo VI(1)(a), en contraste con el Artículo VI(1)(c) y el lenguaje de muchos otros TBIs, no está limitado a causas fundadas en el tratado. Su formulación incluye toda diferencia “que se deba o sea pertinente a” los acuerdos de inversión y esta formulación es suficientemente amplia como para permitir al Tribunal entender una demanda de denegación de justicia relativa a los Acuerdos de Concesión. Por lo tanto, cualquier límite, permitiendo solamente causas basadas en el TBI o en la ley interna, si existe alguno, tendría que encontrarse en alguna otra disposición del TBI.
210. El argumento principal de la Demandada es que permitir demandas basadas en el derecho internacional consuetudinario bajo esta disposición causaría que las disposiciones sustantivas del TBI resulten superfluas. El Tribunal no está de acuerdo. Aceptar ese argumento supone que las obligaciones sustantivas del TBI subsumen por completo el contenido del derecho internacional consuetudinario o viceversa. En cambio, el Tribunal se encuentra convencido que permitir a demandas basadas en el derecho internacional consuetudinario mediante el Artículo VI(1)(a) evita que el artículo se haga sobrante en relación con las demandas basadas en el TBI bajo el Artículo VI(1)(c), dada la cobertura ya otorgada a las demandas de incumplimiento de contratos de inversión en derecho interno según la cláusula paraguas del Artículo II(3)(c) y la protección complementaria otorgada a susodichas demandas por el Artículo II(7).
211. Aunque este punto nunca fue seriamente cuestionado, queda por contestar: los Acuerdos de Concesión son o no “acuerdos de inversión”? El Tribunal esta de

acuerdo con los Demandantes que, en el sentido corriente del término, los Acuerdos de 1973 y 1977 son acuerdos de inversión. Es más, según sus conclusiones respecto a la existencia de una inversión de los Demandantes más arriba, los juicios sobre los Acuerdos de 1973 y 1977 quedan dentro de la definición de “inversión” del Artículo I(1)(a) del TBI en general y en particular dentro de las categorías (iii) y (v) de la lista no-exclusiva. Los Acuerdos de Concesión, siendo acuerdos de los cuales surgió la “inversión”, son de necesidad “acuerdos de inversión.”

212. La Demandada, sin embargo, plantea que el principio de la irretroactividad de los tratados excluye que se pueda fundamentar una demanda en un acuerdo de inversión que ya se había caducado antes de que el TBI entrara en vigor. Por las mismas razones expuestas respecto a las “inversiones” de los Demandantes según el TBI (ver Sección J.III.3 más arriba), el Tribunal considera que no se trata de un asunto de la retroactividad pero de la aplicación del Artículo XII del TBI, que provee protección a “las inversiones existentes en el momento de su entrada en vigor.” Dado que las demandas y derechos que surgen de estos acuerdos seguían pendientes, la “inversión” de los Demandantes no se había cerrado por completo. Los derechos y demandas relativos a los Acuerdos de Concesión constituían todavía una inversión existente en el momento de entrada en vigor. Por consiguiente, los acuerdos pertinentes a esa “inversión” cubierta también deben estar cubiertos por el TBI como “acuerdos de inversión.”
213. El tribunal en *Jan de Nul* consideró y rechazó una objeción similar. El tribunal notó que el mero hecho que un derecho a dinero no continúa la forma original de la inversión no significa que el litigio respecto a ese derecho no constituye un litigio “pertinente a la inversión [original].”⁵³ El caso presente no presenta ninguna diferencia. La demanda de denegación de justicia de los Demandantes sigue pertinente a los Acuerdos de Concesión aún si los acuerdos se habían caducado antes de la entrada en vigor del TBI.

⁵³ *Jan de Nul*, *supra* nota 37, párrafo 136.

J.V. Agotamiento de Recursos Internos

1. Argumentos de la Demandada

214. En su análisis en materia de jurisdicción, el Tribunal tiene que determinar si un caso *prima facie* ha sido presentado respecto a todos los elementos sustantivos de las reclamaciones (ver Sección J.I. más arriba). La demandada argumenta que un requisito de una demanda por denegación de justicia – el agotamiento de todo recurso interno disponible – no ha sido demostrado. Las demandas de los Demandantes se basan solamente en los actos de los tribunales ecuatorianos en primera instancia y los Demandantes no han tomado ventaja de varios recursos procesales que les fueron disponibles. Dado lo anterior, las demandas todavía no están “perfeccionadas” (“ripe”) y no constituyen una “diferencia” susceptible para ser sometida al arbitraje según los términos del Artículo VI del TBI.
215. En este caso, se requiere un agotamiento completo de los recursos contra demoras judiciales en el derecho del Ecuador para fundamentar una alegación de denegación de justicia. La Demandada cita a Jan Paulsson sobre este tema:

Los estados están sujetos a una obligación de proporcionar un *sistema* de justicia que sea justo y eficiente y no a una promesa que nunca ocurrirá ninguna instancia de mala conducta judicial. [...] La responsabilidad nacional por denegación de justicia surge sólo cuando el sistema entero ha sido puesto a prueba y el delito inicial permanece sin corregirse. [...] La definición misma de ... la denegación de justicia comprende la idea del agotamiento de recursos. No puede haber denegación de justicia antes del agotamiento.⁵⁴

(R II, párs. 245-246)

Por lo tanto, sin prueba del agotamiento, los Demandantes no han presentado un caso sustantivo *prima facie* de denegación de justicia (R II, párs. 245-252; Tr. en 138:22-140:23; HR1 págs. 78-81; R III, párs. 242-245). La Demandada amplía este punto cuando declara que el requisito de agotamiento se impone a todo caso donde los tribunales de un Estado son objeto de una acusación “sin importar el

⁵⁴ JAN PAULSSON, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (Denegación de Justicia en el Derecho Internacional) págs. 100, 111, 125 (Cambridge University Press 2005).

origen de la obligación a la cual se alega violación” (Tr. en 146:6-10). Así, los Demandantes tienen que demostrar agotamiento para sustanciar todas sus reclamaciones, que aleguen incumplimiento con disposiciones específicas del TBI o denegaciones de justicia en virtud del derecho internacional consuetudinario (Tr. en 144:8-16; HR1 págs. 85-89).

216. La Demandada indica que los Demandantes no han tomado ventaja de por lo menos cinco recursos distintos que les fueron disponibles según el derecho ecuatoriano:

1. Los Demandantes nunca pidieron una “audiencia en estrados” para presentar o reiterar sus argumentos al juez (R II, pár. 260: Código de Procedimiento Civil, Artículo 1016).
2. Los Demandantes nunca presentaron reportes legales o declaraciones de cierre a los tribunales (R II, pár. 261: Código de Procedimiento Civil, Artículo 837).
3. Los Demandantes nunca presentaron ninguna acción disciplinaria en contra de cualquiera de los jueces responsables (R II, párs. 262-263: Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura, Artículo 17; Ley Orgánica de la Función Judicial, Artículo 191).
4. Los Demandantes nunca presentaron ninguna moción para recusar a cualquiera de los jueces por falta de dictar sentencia en los casos dentro del periodo prescrito por la ley (R II, párs. 264-267: Código de Procedimiento Civil, Artículos 856, 860, 865, 866, 868, 875).
5. Los Demandantes nunca presentaron ninguna demanda en contra de los jueces por daños y perjuicios causados por los retrasos (R II, párs. 268-269: Código de Procedimiento Civil, Artículo 979)

217. La Demandada menciona que los abogados de los Demandantes en Ecuador están familiarizados con los mecanismos para recusar a un juez, demostrado por las mociones de recusación basadas en conflictos de interés que resultaron exitosas (R II, pár. 266; Tr. en 376:19-377:6; HR1 pág. 93). Sin embargo, no intentaron ni una recusación por razón de los retrasos. Dada la falta de los Demandantes de

probar estos mecanismos procesales, no se puede decir que el sistema judicial del Ecuador ha sido injusto hacia los Demandantes.

218. La Demandada contesta la validez de la afirmación de que las reclamaciones en materia de retraso indebido quedan exentas del requisito de finalidad. Aún en los casos de retraso, un demandante tiene que hacer un esfuerzo para remediar el retraso en los tribunales del país anfitrión. La Demandada sostiene que los casos citados por los Demandantes respecto a este asunto o son situaciones donde el único remedio era de continuar a esperar para una sentencia o son situaciones donde el tribunal, dada una excepción explícita en el tratado aplicable, transfirió la carga de la prueba al Gobierno para demostrar que recursos internos específicos quedaban por agotar y ofrecían un remedio para el perjuicio alegado. Sin embargo, en ningún caso el demandante fue exentado del requisito de agotamiento simplemente porque su demanda era de retraso indebido (Tr. en 147:2-10, 371:3-14; HC1 pág. 90; R III, párs. 255-258).
219. Es más, según la Demandada, la afirmación de los Demandantes que estos recursos serían (o hubieran sido) inútiles es falsa. Según la Demandada, desde que ha mostrado la disponibilidad de recursos internos, la carga de mostrar que estos recursos son inútiles o ineficaces se transfiere a los Demandantes. Los recursos se presumen eficaces y probar la inutilidad implica un estándar muy alto “que requiere más que la probabilidad de fracaso o la improbabilidad de éxito” (R III, pár. 260; R IV, párs. 85-86). Un demandante tampoco está dispensado de continuar con los recursos disponibles porque crea que resulten en una injusticia o porque sean recursos “indirectos” para retraso (R III, pár. 261; R IV, pár. 89).
220. En el caso presente, la Demandada alega que los Demandantes no sólo no continuaron con los recursos disponibles sino más aún se limitaron a hacer lo mínimo posible para que sus reclamaciones siguieran vivas (Tr. en 151:2-7, 375:19-376:3; R III, pár. 267; R IV, párs. 99-103). La afirmación de los Demandantes de que los autos para sentencia dictados en sus casos les eximió de toda carga de proseguir sus casos es incorrecto según el derecho ecuatoriano (R III, pár. 268; R IV, párs. 97-98). La existencia de fallos y sentencias a favor de los Demandantes también refuta su argumento de inutilidad (Tr. en 153:2-12,

157:16-158:14; HR1 págs. 93-94; R III, pár. 277). Por lo tanto, los Demandantes no pueden ser excusados por su falta de proseguir sus casos con diligencia y debe considerarse como la causa de su propia desgracia.

221. De todos modos, la Demandada declara que resulta insostenible que los Demandantes se basasen en los eventos políticos recientes en el Ecuador para presentar la presunta inutilidad. Primero, “los alegatos de los Demandantes de que los tribunales ecuatorianos están politizadas y que no son capaces de tomar una decisión imparcial suena falso a la luz de su historia de pronunciamientos públicos y judiciales que indican lo contrario,” incluyendo declaraciones tan recientes como en 2006 (R II, párs. 271-272). La comunidad internacional ha reconocido la imparcialidad, independencia y habilidad profesional de la Corte Suprema del Ecuador varias veces desde la destitución y reemplazo de los jueces que forma la base del argumento de inutilidad de los Demandantes (R II, párs. 273-274; Tr. 154:12-17, 159:11-160:15; HR1 págs. 95-96). Además, las investigaciones de corrupción a las que atraen la atención los Demandantes son prueba de que Ecuador ha establecido un sistema eficaz para investigar y sancionar la mala conducta judicial (Tr. en 161:13-21, 384:9-385:10; R III, párs. 295-296). Los Demandantes también declaran erróneamente que la función ejecutiva goza de poder absoluto sobre la magistratura simplemente porque la mayoría de los miembros de la Asamblea Constituyente vienen del partido del Presidente (Tr. en 161:22-163:23; R III, pár. 319). Finalmente, los Demandantes no logran mostrar la pertinencia de mucha de su crítica del poder judicial ecuatoriana en relación a la conducta de sus casos, como cuando critican la falta de independencia de los Tribunales Constitucionales y Electorales que no dictan en sus casos (Tr. en 163:24-165:7; HR1 págs. 97-99; R III, pár. 332). Considerándolo todo, la Demandada acusa a los Demandantes de improvisar basándose en una gama de hechos y autoridades legales de forma que casi cualquier magistratura parecería politizada, corrupta y descompuesta (HR1 págs. 105-107; R III, párs. 347-349).

2. Argumentos de los Demandantes

222. Preliminarmente, los Demandantes arguyen que cualquier examen de “[l]a cuestión de si un tratado de inversión exige el agotamiento de los recursos internos disponibles es una cuestión de fondo” (C II, pár. 317; Tr. en 289:22-291:1, 294:1-295:11; HC3 págs. 56-57; C III, párs. 87-90; C IV, párs. 44-50). En la medida en que tienen alguna obligación de satisfacer este requisito, han presentado prueba *prima facie* del agotamiento de recursos internos y se objetan a que se continúe a examinar más a fondo este asunto durante esta fase del procedimiento (Tr. en 327:18-20; C III, pár. 97). El TBI no contiene ninguna disposición que requiere el agotamiento de recursos internos para poder presentar una demanda. En términos de procedimiento a seguir antes del inicio del arbitraje, el TBI sólo menciona un periodo breve de espera para consultación y negociación (C II, párs. 318-319). Efectivamente, la idea de un requisito previo de agotamiento de recursos internos no concuerda con la opción prevista en la disposición de elección de vías del TBI (Tr. en 291:16-292:7). Aún si el agotamiento de recursos internos fuera considerado como un asunto de admisibilidad en vez del fondo, todavía tendría que posponerse hasta la fase del procedimiento sobre el fondo según el Reglamento de la CNUDMI (C III, párs. 89-90).
223. Es más, las disposiciones sustantivas del TBI no contienen ningún requisito de agotamiento de recursos internos. El fondo del caso de los Demandantes requiere “un análisis de la disposición que le exige a Ecuador proporcionar medios efectivos para presentar reclamaciones y hacer respetar derechos” y también una consideración más sutil “de los elementos de trato justo y equitativo [...] además de la denegación de justicia” (C II, pár. 320). Mientras que el estándar de trato justo y equitativo se entiende comúnmente como incluyendo una prohibición de la denegación de justicia, una decisión de un tribunal de primera instancia puede en ciertos casos constituir un acto u omisión por el Estado que viola directamente los estándares internacionales que es distinto de la denegación de justicia (C II, pár. 323-324; Tr. en 292:18-293:25; HC3 pág. 58; C IV, párs. 51-55). Los

Demandantes critican la decisión en *Loewen*⁵⁵ en que se basa la Demandada por su “adopción de principios de derecho internacional consuetudinario que son irreconciliables con la naturaleza híbrida del arbitraje en materia de inversiones” (C II, párs. 321-322).

224. Los Demandantes también sostienen que no existe ningún requisito de agotamiento para una demanda basada en retraso indebido según el derecho internacional consuetudinario. La norma relativa a los recursos internos debe de ser aplicada de forma flexible tomando en cuenta el contexto de cada caso particular. Según los Demandantes, “[e]ste caso no se trata de negarle al sistema judicial ecuatoriano la posibilidad de corregirse. El derecho ecuatoriano no ofrece posibilidad de apelación ante la renuencia de un juez de primera instancia de resolver una causa” (C II, párs. 330-331; Tr. en 299:22-300:6). Los Demandantes además citan varias autoridades que confirman su posición que un retraso excesivo o es equivalente a una denegación absoluta de justicia o excusa al demandante del requisito de agotamiento de recursos internos (C II, párs. 332-336; Tr. en 300:7-23; HC3 pág. 60; C IV, párs. 56-63).
225. Según el derecho internacional consuetudinario, tampoco se exige el agotamiento de recurso internos cuando los recursos ofrecidos resultan irrazonables, ineficaces o inútiles (Tr. en 301:18-24; HC3 pág. 61; C IV, párs. 65-66). Los Demandantes se basan particularmente en los casos de *Robert E. Brown*⁵⁶ y *Las Palmeras contra Colombia*.⁵⁷ En el caso de *Robert E. Brown*, el Gobierno de Sudáfrica destituyó al presidente de la Corte Suprema de Sudáfrica después de que Brown ganó un juicio contra el Gobierno en la Corte Suprema. La nueva corte luego desestimó la moción de Brown para una audiencia sobre los daños y perjuicios basada en juicio ganado. En su lugar invitó a Brown a recomenzar un nuevo proceso. Cuando los Estados Unidos después presentaron una demanda de denegación de justicia de parte de Brown, Inglaterra (actuando de parte de Sudáfrica) planteó la objeción que los recursos internos no se habían agotado. El

⁵⁵ The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen contra Estados Unidos, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo (25 de junio de 2003) [en adelante *Loewen*].

⁵⁶ Estados Unidos contra Bretaña, VI REP.INT’L ARB.AWARDS pág. 120 (1923).

⁵⁷ Las Palmeras contra Colombia, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser. C) No. 90 (2001) [en adelante *Las Palmeras*].

tribunal rechazó la objeción, en parte porque “el poder judicial sudafricano se encontraba subordinado al Poder Ejecutivo” y por lo tanto los recursos internos eran inútiles (C II, párs. 339-344; Tr. en 302:15-303:5; HC3 pág. 63). Según los Demandantes, en *Las Palmeras*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también decidió que “la falta de independencia del poder judicial o una demora injustificada demuestra que es inútil recurrir a los recursos internos disponibles” (C II, párs. 346-348; HC3 pág. 62; C IV, pár. 67).

226. En apoyo de su alegación de inutilidad en el caso presente, los Demandantes afirman que “[e]l Poder Judicial de Ecuador – en especial, la Corte Suprema – ha sido disfuncional durante cuatro años [...] la Corte Suprema no se constituye de conformidad con la Constitución desde diciembre de 2004 [y] los tribunales del Ecuador se encuentran bajo la dominación de los poderes políticos del Gobierno y carecen de independencia judicial” (C II, pár. 350; Tr. en 303:15-304:12; HC1 págs. 18-19; HC3 pág. 64). Los Demandantes alegan una gama de violaciones de las disposiciones sobre la independencia judicial en la Constitución del Ecuador de 1998 (C II, pár. 352). Presentan una lista igualmente larga de ejemplos de presunta injerencia por políticos en el proceso judicial (C II, pár. 353). Los Demandantes también citan varias declaraciones y estadísticas afirmando la falta de independencia judicial en el Ecuador hechas por miembros del Gobierno de EE.UU., la magistratura del Ecuador, y el mismo Gobierno del Ecuador, además de observadores internacionales y de la sociedad civil ecuatoriana (C II, párs. 356-380; HC3 págs. 65, 69, 72-73, 75). Los Demandantes después sobresaltan varios litigios recientes y pendientes entre el Gobierno del Ecuador y compañías petroleras extranjeras, incluyendo a sus propios litigios, para mostrar la naturaleza politizada de estos litigios (C II, párs. 381-391; HC1 pág. 20; HC3 págs. 66-67). Los Demandantes también citan la sentencia del Presidente Subrogante donde desestima el caso 8-92 por abandono a pesar de que un auto para sentencia había sido emitido, en contradicción directa del precedente de la Corte Suprema del Ecuador que el mismo había escrito, como prueba contundente de prejuicio específico judicial contra TexPet y a favor del Gobierno del Ecuador (Tr. en 325:18-326:1; HC1 pág. 21; C IV, pár. 68). Por último, los Demandantes se refieren a decisiones recientes de la Asamblea Constituyente

nuevamente establecida que también han subvertido la independencia judicial y una propuesta para una nueva constitución que otra vez dismantelará a la Corte Suprema y la someterá a mayor incertidumbre (C IV, pár. 71; Tr. en 314:5-315:10; HC1 págs. 22-23; HC3 págs. 74-75).

227. Los Demandantes además arguyen que la Demandada no ha logrado demostrar que los mecanismos procesales específicos que proponen hubieran sido exitosos en remediar los retrasos indebidos. Los Demandantes afirman que “[e]n el caso de los mecanismos procesales electivos o discrecionales como aquellos que el Ecuador instó a presentar, pesa sobre la parte Demandada la carga de probar ambos la disponibilidad del recurso, *como recurso*, y la efectividad de dicho recurso” (C III, pár. 92; Tr. en 316:7-317:5; C IV, párs. 74-77). Ninguno de los mecanismos procesales mencionados por el Ecuador dispone de una conexión fuerte entre el recurso propuesto y el éxito en acabar con el retraso indebido. El recurso propuesto por la Demandada de “audiencias en estrados” depende de la habilidad incierta de los Demandantes de poder “captar la atención del tribunal” (C IV, pár. 79). Medidas disciplinarias o sanciones monetarias por su parte dependen sólo de que en el juez se sienta “motivado a evitar el estigma” asociado a estas medidas (C IV, pár. 80). Una moción para recusación tampoco es un recurso eficaz dado que “de ninguna manera obliga al tribunal a dictar oportunamente sobre el fondo del caso que sufre la demora” y en sí causaría demoras adicionales en sí (C III, pár. 93; Tr. en 322:24-25; C IV, párs. 81-84). Además, para los Demandantes, la eficacia de estos mecanismos depende también de “si alguno de estos recursos podía resolver la tensión intrínseca entre la política y el estado de derecho” Los Demandantes recalcan que “[e]n este contexto de falla sistémica, las sanciones contra un juez en particular no constituyen un recurso” (C II, pár. 400; HC3 pág. 76).
228. Además de lo susodicho, los Demandantes afirman que “TexPet intentó utilizar estos supuestos ‘recursos’ en dos casos [y] todos los esfuerzos resultaron en vano” (C II, pár. 395; HC3 pág. 76). Específicamente, los Demandantes afirman que solicitaron y presentaron argumentos de cierre orales y sometieron argumentos de cierre escritos, seguidos por solicitudes reiteradas para una sentencia, todo resultando en vano (C II, párs. 396-397; Tr. en 316:12-15). Los

Demandantes también citan uno de sus casos donde una recusación seguida por varias interposiciones por parte de miembros de la Corte Suprema del Ecuador no logró avanzar el caso (C II, pár. 407; Tr. en 322:15-23).

229. Por ultimo, los Demandantes responden a la alegación de la Demandada que no hicieron lo suficiente como para avanzar sus casos. Los Demandantes presentaron sus casos y todas sus pruebas a los tribunales durante principios y mediados de la década de los años 1990. Los tribunales entonces emitieron autos para sentencia en seis de siete casos antes del 1998 y, en el séptimo caso, el tribunal ha rehusado establecer una fecha para una inspección judicial a pesar de solicitudes repetidas. Después de esto, los Demandantes mandaron cartas de una o dos frases cada año o dos simplemente repitiendo su solicitud para que se dicte sentencia en los casos (HC2). Según el derecho ecuatoriano, un auto para sentencia constituye un reconocimiento oficial que el caso está listo para dictar sentencia. Desde ese punto, corresponde entonces únicamente al juzgado dictar una sentencia dentro de un plazo razonable (Tr. en 320:3-9, 411:10-20; HC3 pág. 78; C III, párs. 102-103). Dado que TexPet había hecho todo en su poder para presentar su caso por completo y que la carga se entonces correspondió a los tribunales, no se le puede echar la culpa por hacer demasiado poco y sería meramente especulativo sugerir que el mandar más cartas con más detalle hubiera ayudado (Tr. en 411:21-412:4; C III, párs. 98-101).
230. Como argumento separado, los Demandantes también afirman que, según el Artículo VI(1)(a) del TBI, el Tribunal dispone de jurisdicción sobre demandas de derecho internacional “que se deban o sean pertinentes a un acuerdo de inversión.” Ese artículo no contiene ningún requisito de agotamiento de recursos internos e, “[i]ncluso si existiera un requisito de agotamiento, los 15 años que las Demandantes han sufrido ya esperando ante los Tribunales ecuatorianos satisface con creces este requisito, y la demora injustificada y la inutilidad de continuar son suficiente motivo para eximirles” (C II, pár. 409).

3. El Tribunal

231. Como se menciona más arriba, los análisis detallados de estos asuntos sometidos por las partes han sido útiles para este Tribunal. Las consideraciones siguientes de este Tribunal, sin tratar todos los argumentos de las Partes, se concentran en lo que el Tribunal mismo considera determinante sobre jurisdicción.
232. Para comenzar, el Tribunal toma nota que las Partes han hecho una distinción entre la regla tradicional de agotamiento de recursos internos según el derecho internacional y la objeción a considerarse aquí. Como lo expone la Demandada, “[l]a regla de los recursos internos es un prerequisite procesal para la admisibilidad de una demanda en una situación normal” donde una parte privada entabla una demanda contra un Estado según el derecho internacional (Tr. en 371:20-21). Sin embargo, la Demandada admitió en la Audiencia que “los TBIs modernos, renuncian a la norma de recursos internos [...] no estamos invocando la norma de recursos internos aquí” En cambio, la objeción de la Demandada en el procedimiento presente en materia de jurisdicción se basa en la norma que dispone que el “demandante primero tiene que agotar los recursos disponibles en el sistema judicial [local] antes de que el Estado pueda ser responsabilizado de denegación de justicia” (Tr. en 139:24-140:1).
233. Este requisito de agotamiento puede ser visto como un elemento necesario tanto como para una denegación de justicia según el derecho internacional consuetudinario, como para la violación de una obligación sustantiva del TBI tal como la del “trato justo y equitativo.” Sin embargo, en los dos casos, la cuestión concierne el fondo de las reclamaciones ante el Tribunal. A pesar de formular su objeción utilizando el lenguaje de admisibilidad y perfeccionamiento, lo que presenta la Demandada es un asunto que afecta la responsabilidad legal. El agotamiento de recursos internos en este contexto es entonces un asunto del fondo y no de jurisdicción.
234. Existe un consenso en este aspecto entre las autoridades presentadas por las Partes. La Demandada cita el siguiente pasaje de Paulsson respecto al tema:

La responsabilidad nacional para la denegación de justicia sólo surge cuando la totalidad del sistema ha sido puesto a prueba y el delito inicial sigue sin ser corregido. [...] [L]a misma definición de ... la denegación de justicia abarca el concepto de agotamiento de recursos. No puede existir la denegación de justicia si no hay agotamiento.⁵⁸

235. El Tribunal está de acuerdo con Paulsson que el agotamiento de recursos internos es un requisito *sustantivo* de una reclamación por denegación de justicia. El caso *Loewen*, citado por ambas Partes al respecto, apoya también esta misma conclusión (C II, pár. 317; C IV, párs. 44-46; Tr. en 139:10-140:13). El tribunal en *Loewen* dictó contra el inversionista en la fase sobre el fondo y dictó sobre el fondo de la reclamación. Por lo tanto, un examen completo de este asunto se reserva hasta la fase del procedimiento sobre el fondo. El Tribunal tampoco tiene que decidir en la fase sobre jurisdicción, en el contexto de un examen subsiguiente respecto a daños donde la responsabilidad legal de la Demandada fuera establecida, si la denegación de justicia justificaría compensación debido al hecho de que los casos ante los tribunales hubieran o deberían de haber sido exitosos y resultado en el pago de compensación a los Demandantes.
236. No obstante, esto no significa que el Tribunal no puede examinar el asunto de forma *prima facie* en el contexto del enfoque precisado más arriba (ver Sección J.I.1. más arriba). El Tribunal considera que esto es la única solicitud legítima que la Demandada puede presentar en este momento. Sin embargo, mientras examina el caso de los Demandantes, el Tribunal se ve ampliamente satisfecho que los Demandantes han presentado un caso *prima facie* y que la Demandada no ha podido contradecirlo de forma conclusiva.
237. Sin prejuzgar el fondo, el Tribunal ve que los Demandantes han establecido *prima facie* que, con la excepción de un caso, que procedieron con sus casos hasta el punto que estaban listos para que se dicte una sentencia, como lo demuestran los autos para sentencia que han sido emitidos en seis de sus siete casos (ver Sección H, Tabla 1 en pár. 69 más arriba). El caso restante ha sido retenido en la etapa probatoria y no ha podido seguir adelante por razones aparentemente fuera del control de los Demandantes. En todos los casos, los

⁵⁸ PAULSSON, *supra* nota 54, en págs. 111, 125.

Demandantes mandaron solicitudes repetidas a los tribunales para que dictaran sentencia en sus casos o resolvieran el obstáculo sin que tuviera efecto aparente durante periodos que van de 9 a 15 años (ver HC2).

238. Entretanto, la Demandada ha atraído la atención a varios recursos procesales de que disponían los Demandantes pero que no fueron utilizados. Estos puntos tendrán que examinarse cuando el Tribunal proceda al fondo de este caso. Por ahora, el Tribunal falla que los Demandantes han presentado un caso suficiente *prima facie* del agotamiento de recursos internos y reserva su decisión final en el asunto hasta el procedimiento sobre el fondo en el caso presente.

J.VI. Jurisdicción *Ratione Temporis* respecto a Litigios Preexistentes

1. Argumentos de la Demandada

239. Para sustanciar su primera objeción *ratione temporis* – que tiene que existir una “diferencia” nueva y distinta para que el TBI se aplique – la Demandada se basa principalmente en el caso CIADI de *Lucchetti* (R II, párs. 66-71). En particular, la Demandada se refiere a un pasaje que considera que expresa el “test de *Lucchetti*”:

Por lo tanto el Tribunal debe considerar si a la luz de otros factores aquí pertinentes la controversia de que se trata constituye o no una nueva controversia. Para abordar ese tema el Tribunal debe examinar los hechos que dieron lugar a la controversia [presente] y los que culminaron con la controversia [previa], tratando de establecer, en cada caso, si, y en qué medida, el objeto o los hechos que fueron la causa real de la controversia difieren entre sí o son idénticos. Según un caso reciente planteado ante el CIADI, el factor clave para determinar la existencia de una o de dos controversias independientes es la identidad de objeto de las mismas. El Tribunal considera que independientemente de que la atención deba centrarse en las “causas reales” de la controversia o en el “objeto” de la misma, habrá que determinar en cada caso si los hechos o consideraciones que hayan dado lugar a la controversia anterior han seguido ocupando una posición central en la controversia ulterior. [citas omitidas]⁵⁹

(R II, pár. 70)

⁵⁹ *Lucchetti*, *supra* nota 42, párrafo 50.

240. En ese caso, el tribunal decidió que no tenía jurisdicción *ratione temporis* porque el supuesto nuevo litigio era un litigio pre-TBI que había continuado hasta después de la fecha de entrada en vigor del TBI. Este fallo era a pesar de la alegación de actos ilegales pos-TBI que eran separados pero relacionados con el litigio pre-TBI (R II, pár. 71). La Demandada también hace hincapié en que el tribunal dictó que no resultaba pertinente el hecho que la demanda se basaba en el derecho internacional y el TBI a distinción de las obligaciones existentes en derecho interno (R II, párs. 98-103).
241. La Demandada también cita a *Vieira contra Chile* como un ejemplo reciente confirmando y aplicando el susodicho “test de *Lucchetti*” en circunstancias similares. Ese caso añadió la afirmación que actos posteriores a la entrada en vigor no crearán un nuevo litigio si sólo son “secundarios” en importancia o centralidad en relación con el litigio global en comparación con los actos pre-TBI⁶⁰ (R II, párs. 72-76).
242. En la aplicación de *Lucchetti* a los hechos inmediatos la Demandada nota que en la caracterización de la demanda hecha por los Demandantes mismos los casos pre-TBI en los tribunales ecuatorianos se subrayan como la fuente del litigio actual y los actos pos-TBI son sólo accesorios a la demanda por denegación de justicia (R II, párs. 79-83). Aún si la denegación de justicia se considerara separadamente de los actos pre-TBI, la responsabilidad que resulte estaría basada en la sustancia de los litigios pre-TBI: “Si la supuesta controversia de los Demandantes basada en una ‘denegación de justicia’ fuese una controversia verdaderamente separada e independiente de aquellas que condujeron a las siete demandas, el resultado de éstas sería irrelevante — o, como máximo, solo marginalmente pertinentes — para la presente controversia” (R II, párs. 84-85).
243. La Demandada no considera pertinente el hecho de que la demanda se presenta en forma de denegación de justicia. Las demandas por denegación de justicia, sin importar sus características legales particulares, no son diferentes de otras obligaciones del TBI como el trato justo y equitativo. El test de *Lucchetti* se concierne con la identidad de objeto y no con la identidad de demandas. Dado

⁶⁰ *Vieira*, *supra* nota 42, párrafos 295, 298, 303.

que el litigio se materializó antes de la entrada en vigor del TBI y las demandas actuales son solamente una continuación de ese litigio, un fallo a favor de jurisdicción sobre el litigio sería igual a un fallo a favor de jurisdicción sobre inversiones anteriores al TBI. Esto sería una violación clara del principio de la irretroactividad consagrado en el Artículo 28 CVDT y Artículo XII del TBI, que requieren que el TBI sólo se aplique a “las inversiones existentes en el momento de su entrada en vigor y a las inversiones que se efectúen o adquieran posteriormente” (R II, párs. 95-96; Tr. en 197:23-198:9). A la luz de lo susodicho, la Demandada pide que el Tribunal evite sentar un precedente que permita a presuntos demandantes transformar sus demandas anteriores al TBI en denegaciones de justicia y así subvertir a las restricciones temporales de los TBIs (R II, pár. 97; Tr. en 194:15-197:22; HR2 págs. 24-25). “Puesto de otra manera: el tribunal no debería permitir que los Demandantes usen su demanda por denegación de justicia como caballo de Troya para una controversia anterior al TBI” (R II, pár. 93).

244. La Demandada también estima sin pertinencia el hecho que el TBI en cuestión aquí no contiene ninguna cláusula explícita prohibiendo su efecto retroactivo sobre litigios preexistentes (como lo hizo el TBI en *Lucchetti*). Según la Demandada, “la Convención de Viena establece una presunción de irretroactividad: el principio se aplica tácitamente a todos los casos a menos que las partes del tratado hubiesen estipulado expresamente lo contrario” (R II, pár. 106; Tr. en 202:10-13; R IV, pár. 147). La Demandada cita a *M.C.I. contra Ecuador*⁶¹ como habiendo llegado a esta misma interpretación del TBI en cuestión aquí (R II, párs. 105-106; Tr. en 206:10-207:11; HR2 págs. 20-21). Es más, el TBI Perú-Chile en *Lucchetti* tenía un ámbito más amplio, aplicándose a “las inversiones efectuadas antes o después de la entrada en vigor del Convenio.” Por ende, se puede presumir que los autores de ese acuerdo querían ser más explícitos respecto a la irretroactividad en ese contexto (R II, párs. 107-108; Tr. en 202:13-203:12). La Demandada también cita varios casos, incluyendo a *Impregilo, Salini, y Generation Ukraine*, donde lenguaje que indicaría un ámbito

⁶¹ M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. contra República de Ecuador, Caso CIADI No. ARB 03/6, Laudo (31 de julio de 2007) [en adelante *MCI Power*].

más amplio de “litigios” cubiertos tampoco llegó a superar la presunción de la irretroactividad (R II, párs. 109-115; Tr. en 205:2-206:15, 392:8-394:7; HR2 págs. 12-19; HC3 págs. 7-8).

245. Siguiendo adelante, la Demandada declara que “tampoco es pertinente el que los Demandantes tengan una causa de acción bajo el derecho internacional consuetudinario para cualquier acto estatal anterior al TBI ... Como lo anotó el tribunal en el caso *M.C.I.*, [L]a existencia de una norma del derecho internacional consuetudinario incumplida con anterioridad a la entrada en vigor de un TBI no habilita el derecho de recurrir a la jurisdicción arbitral acordada en el TBI.”⁶² (R II, pár. 116). Estas demandas tienen que ser presentadas, si surge, ante otro foro que disponga de jurisdicción sobre estas demandas (R II, párs. 117-119; Tr. 209:20-210:10).
246. La Demandada refuta las autoridades en las cuales se fundamentan los Demandantes, principalmente el caso *Mavrommatis*, para sustanciar su argumento que la irretroactividad del TBI sólo se aplica a las disposiciones sustantivas del TBI y por consiguiente el litigio sólo tiene que existir al momento de entrada en vigor y no tiene que surgir después. La Demandada afirma que la distinción no existe en el TBI ni en el derecho internacional (Tr. en 173:11-20; R IV, pár. 167). El caso *Mavrommatis* constituye una excepción a la norma general de la irretroactividad porque el tratado en cuestión requería un efecto retroactivo por causa de su naturaleza y fin (Tr. en 176:5-23; HR2 pág. 4; R III, pár. 382; R IV, párs. 154, 165). De todos modos, aún si *Mavrommatis* en algún momento sí constituía autoridad a favor del argumento planteado por los Demandantes, ha sido sustituido por el CVDT y el caso *Ambatielos* (Tr. en 175:2-8, HR2 págs. 5-7; HR3 pág. 21; R III, pár. 377; R IV, párs. 158, 161). El sir Humphrey Waldock, Relator especial, en su comentario sobre una versión previa del Artículo 28 CVDT en el “Tercer Informe sobre el Derecho de los Tratados,” cita a *Ambatielos* y distingue a *Marommatis* cuando declara que una “cláusula sobre litigios sólo cubrirá eventos anteriores a un tratado en casos especiales”⁶³ (R III, párs. 406-415; Tr. en 177:12-22; HR2 págs. 8-11). Respecto a la aplicación

⁶² *MCI Power*, *supra* nota 61, párrafo 96.

⁶³ Waldock, *supra* nota 41, en pág. 11.

retroactiva de tratados de derechos humanos la Demandada mantiene que los tratados de derechos humanos son *sui generis* y no son análogos a los TBIs modernos. Así que cualquier aplicación retroactiva en ese contexto también surge de una excepción y no es transferible a la situación actual (Tr. en 184:2-21, 395:18-399:5; HR3 págs. 2-7; R III, párs. 433-436; R IV, pár. 155). Por último, la decisión de *Jan de Nul contra Egipto*, que la Demandada alega ser el único caso inversionista-Estado que falló a favor de la jurisdicción sobre un litigio pre-TBI, también es *sui generis* porque el tribunal tenía como motivación el hecho que el TBI en cuestión que reemplazó a otro TBI previo no tenía una cláusula de salvaguardia (“saving clause”) para litigios basados en el TBI antiguo, probablemente por inadvertencia de los negociadores (Tr. en 391:16-392:23; R III, párs. 468-472).

247. La Demandada sostiene que el mismo análisis y las mismas conclusiones se aplican con fuerza igual a las reclamaciones que plantean los Demandantes en virtud del Artículo VI(1)(a) del TBI. No existe ninguna diferencia en el efecto no retroactivo de esta disposición en comparación con las otras disposiciones del TBI (Tr. en 191:7-194:14; R IV, párs. 169-177).

2. Argumentos de los Demandantes

248. Los Demandantes afirman que el principio de la irretroactividad “no impide que las controversias anteriores al tratado queden comprendidas dentro de las disposiciones jurisdiccionales (cláusula sobre controversias) del tratado” (C II, pár. 225). Los Demandantes arguyen que, en la ausencia de lenguaje restrictivo alguno, “el principio general imperante en el derecho internacional es que la cláusula de un tratado que determina la jurisdicción sobre las controversias entre las partes es aplicable a todas las controversias existentes durante la vigencia del tratado, independientemente de que éstas hubieran surgido con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor” (C II, pár. 251).
249. El comentario a una versión previa del Artículo 28 del CVDT en el Tercer Informe sobre el derecho de los tratados por el sir Humphrey Waldock, Relator Especial, apoya esta posición:

El término “diferencia”, según su significado corriente, comprende cualquier diferencia que *exista* entre las partes desde la entrada en vigor del tratado. Es irrelevante que la diferencia hubiera surgido de hechos anteriores a dicha fecha, o incluso que la diferencia misma hubiera surgido con anterioridad a dicha fecha; ya que las partes se comprometieron incondicionalmente a someter a arbitraje o al arbitrio de un tribunal todas las diferencias *existentes*.

⁶⁴

(C II, pár. 251)

250. Los Demandantes se refieren a la sentencia en el caso *Mavrommatis* juntamente con otros casos y comentarios que siguen su razonamiento como confirmación de la distinción general entre la competencia *ratione temporis* y la aplicación temporal de las obligaciones sustantivas de un TBI. Aún si conducta anterior al TBI resulta excluida de la determinación de si se cumplió con el TBI o no, no quedará necesariamente fuera de la competencia *ratione temporis* de un tribunal arbitral (C II, párs. 253-259; Tr. en 265:5-20; HC3 págs. 28-34; C III, párs. 124-136; C IV, párs. 96-104).
251. Según los Demandantes las decisiones en los casos de *Lucchetti* y *Vieira* en que se basa la Demandada se fundamentaron en lenguaje específico en los tratados que crea una excepción a la norma general más arriba. El tribunal en *Lucchetti* fundamentó su decisión en el Artículo 2 del TBI Perú-Chile que dispone que “no se aplicará a divergencias o controversias que hubieran surgido con anterioridad a su entrada en vigor”⁶⁵ (C II, párs. 262-263; Tr. en 268:3-21; HC3 pág. 35; C III, párs. 143-147). El tribunal en *Vieira* también se fundamentó su decisión en lenguaje que excluía “controversias o reclamaciones” anteriores al TBI Chile-España (C II, pár. 265).⁶⁶ Dado que no existe lenguaje similar en el TBI actual, el Tribunal actual dispone de jurisdicción sobre litigios anteriores al TBI.
252. Los Demandantes someten que el motivo de incluir lenguaje particular excluyendo a controversias previas en los TBIs chilenos era de excluir una clase de litigios que de lo contrario hubieran sido admisibles. Demandas no basadas en el tratado y violaciones sustantivas anteriores al TBI eran potencialmente susceptibles de ser sometidas al arbitraje según esos TBIs (C II, párs. 272-273).

⁶⁴ Waldock, *supra* nota 41, en pág. 11.

⁶⁵ *Lucchetti*, *supra* nota 42, párrafo 25.

⁶⁶ *Vieira*, *supra* nota 42, párrafos 227-234.

Por lo tanto, el lenguaje excluyendo controversias previas no era superfluo y limitaba el ámbito del consentimiento al arbitraje. Los Demandantes afirman que la decisión del Comité de Anulación en *Lucchetti* se basó en la opinión que incumplimientos sustantivos con el TBI estaban cubiertos por el TBI y la cláusula excluyendo controversias previas era necesaria para excluirlos (C II, pár. 273).

253. Los Demandantes añaden que la Demandada no describe bien las decisiones en *Impregilo contra Pakistán* y *Salini contra Jordania*. Según los Demandantes esas decisiones subrayan la distinción entre la jurisdicción *ratione temporis* y la aplicación *ratione temporis* de las obligaciones sustantivas del tratado (C II, pár. 277). Los casos no aplicaron una norma general de prohibición de litigios preexistentes. Al contrario el tribunal en *Impregilo* rehusó tomar en cuenta la conducta anterior a la entrada en vigor porque esa conducta “no eran de ‘naturaleza continua’” y por consiguiente no podía fundamentar una violación sustantiva⁶⁷ (C II, pár. 278). Mientras tanto, en *Salini* los litigios surgieron antes de la fecha de entrada en vigor y el tribunal y no aceptó jurisdicción sobre las demandas basadas completamente en conducta pre-TBI. Aún así, el tribunal se declaró competente para resolver las demandas fundamentadas en las denegaciones por parte de Jordania de someterse al arbitraje a pesar del hecho que los litigios subyacentes y presuntas violaciones concernían conducta pre-TBI (C II, pár. 279; Tr. en 272:18-273:2).
254. Los Demandantes también disputan la interpretación que la Demandada da a *M.C.I. contra Ecuador* y *Generation Ukraine contra Ucrania*. Respecto a *M.C.I. contra Ecuador* los Demandantes admiten que los pasajes citados por la Demandada “parecerían corroborar la posición adoptada en el caso *Lucchetti*. No obstante, si ésa fue la intención del Tribunal del caso *M.C.I.*, las Demandantes respetuosamente señalan que se ha equivocado en tal sentido” (C II, pár. 281). Sin embargo, cuando se lee en su contexto, los Demandantes arguyen estos pasajes confunden la irretroactividad en materia de jurisdicción con la irretroactividad sustantiva. A pesar de las declaraciones citadas por la

⁶⁷ *Impregilo*, *supra* nota 4, párrafo 312.

Demandada respecto a la exclusión de litigios preexistentes, el tribunal también declara que,

[h]echos 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 pertinentes 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 incumplida.⁶⁸

(C II, pár. 281)

255. Según los Demandantes, al final el tribunal en *M.C.I.* “ejerció jurisdicción sobre la conducta posterior a la entrada en vigor del tratado independientemente de que dichos actos constituían una nueva controversia, y analizó la conducta previa a la fecha del tratado” (C II, párs. 269, 282; Tr. en 271:5-8; HC3 págs. 37-39). Los Demandantes pretenden que si la opinión de la Demandada fuera la correcta, el tribunal debería de haber desestimado el caso por completo.
256. Respecto a *Generation Ukraine*, los Demandantes señalan otra vez que el tribunal no aplicó un norma prohibiendo los litigios preexistentes. Al contrario, como ocurrió en los otros casos citados por el Ecuador, el tribunal trató el efecto indirecto de las obligaciones sustantivas no retroactivas (C II, pár. 285). Además, la conclusión que “una causa basada en uno de los estándares de protección del TBI sólo puede surgir con posterioridad [a la entrada en vigor del TBI]”⁶⁹ sólo dispone del respaldo de una autoridad, *Tradex Hellas contra Albania*. No obstante, según los Demandantes el tribunal en *Tradex Hellas* “[e]n ningún momento se detuvo a analizar si los actos posteriores a la entrada en vigor formaban parte de una controversia surgida anteriormente” y de hecho “concluyó que tenía jurisdicción sobre las controversias preexistentes, siempre que los actos u omisiones específicas que violaban la ley de inversiones se hubieran producido después de la entrada en vigor de la obligación jurídica pertinente” (C II, párs. 285-286; Tr. en 267:3-268:2; HC3 pág. 34).
257. Los Demandantes también declaran que sus demandas cumplen con los requisitos del test de *Lucchetti* de la Demandada. Los Demandantes rebaten que sus

⁶⁸ *MCI Power*, *supra* nota 61, párrafo 136.

⁶⁹ *Generation Ukraine*, *supra* nota 45, párrafo 11.2.

demandas, vistas correctamente, surgieron después de la fecha clave. Las demandas tratan sobre la denegación de justicia de los tribunales locales que resulta de actos u omisiones de los tribunales del Ecuador que según los Demandantes ocurrieron desde que el TBI entró en vigor el 11 de mayo de 1997. Más particularmente, las demandas de los Demandantes “surgen de la demora indebida que sufrió TexPet en los siete casos iniciados contra el gobierno de Ecuador por incumplimiento contractual, así como en los pronunciamientos evidentemente inapropiados y parciales de tres de esos casos en 2006 y 2007, y en la politización del Poder Judicial ecuatoriano a tal punto que no se resolvieron las causas en forma justa y efectiva” (C II, pár. 219; HC3 págs. 40, 42). Por lo tanto, el litigio particular no se materializó hasta después de la entrada en vigor: “[e]n algún momento, transcurre tanto tiempo en resolver un caso determinado que la violación del derecho internacional se torna como evidente. En este sentido, las Demandantes alegan que se llegó a este punto el 31 de diciembre de 2004, más de siete años después de la entrada en vigor del TBI” (C II, pár. 219).

258. Los Demandantes no concuerdan con la afirmación de la Demandada que los juicios subyacentes y su fondo constituyen la esencia del litigio presente. Según los Demandantes, los juicios subyacentes dan la “base factual” para violaciones del TBI posteriores a la entrada en vigor. Sin embargo, la responsabilidad del Ecuador por denegación de justicia puede determinarse sin referencia al fondo sustantivo de los casos subyacentes. La única pertinencia del fondo de esos casos es cuando se necesite probar “que de no haber sido por la denegación de justicia de Ecuador, TexPet habría resultado airosa en esos casos, para poder entonces calcular los daños y perjuicios asociados a dicha pérdida. No obstante, la naturaleza del gravamen o perjuicio sufrido por un demandante no constituye una cuestión jurisdiccional” (C II, pár. 291).
259. Los Demandantes también proponen que una reclamación por denegación de justicia es fundamentalmente distinta de una reclamación por la falta de corregir una injusticia previa. Citan al laudo en *Jan de Nul contra Egipto* al respecto. En ese caso Jan de Nul alegó injusticias cometidas por los tribunales egipcios y Egipto planteó una objeción basada en Lucchetti. El tribunal decidió que las demandas de Jan de Nul “reflejan el accionar del sistema judicial, y por lo tanto

constituyen un hecho independiente y distinto de la conducta objeto de la causa sometida a dichos tribunales”⁷⁰ (C II, pár. 299; Tr. en 273:12-23; HC3 pág. 41). El tribunal admitió que las demandas domésticas ocupaban un puesto central en el litigio, pero consideró que las acciones de la corte egipcia constituía “la intervención de un nuevo actor”⁷¹ (C II, pár. 301; Tr. en 273:24-274:8). El tribunal también específicamente rechazó la idea que esto permitía a los demandantes “disfrazar su reclamación contractual para convertirlo en una reclamación relativo al tratado”⁷² (C II, pár. 300).

260. Los Demandantes también sugieren que el Tribunal es competente *ratione temporis* porque Artículo VI(1)(a) confiere jurisdicción sobre diferencias relacionadas con un “acuerdo de inversión.” Según la interpretación ofrecida por los Demandantes, este artículo abarca reclamaciones presentadas en virtud de derecho interno y derecho internacional consuetudinario tanto como violaciones del TBI. Cualquier otra interpretación haría que la inclusión de los Artículos VI(1)(a) y (b) no tenga sentido dado que esas reclamaciones ya estarían abarcadas por el Artículo VI(1)(c) (C II, pár. 304).
261. Los Demandantes observan que la Demandada no disputa que los Acuerdos de 1973 y 1977 son “acuerdos de inversión” sino que estos acuerdos habían dejado de existir para cuando entró en vigor el TBI (ver Sección J.IV más arriba). Los Demandantes rebaten que, aún si lo susodicho fuera correcto, en virtud del Artículo VI(1)(a) el Tribunal todavía dispondría de jurisdicción sobre demandas que se deban o sean pertinentes a esos acuerdos en virtud del derecho interno o derecho internacional consuetudinario (C II, pár. 305). Los límites temporales que son aplicables a las demandas basadas en el TBI no serían aplicables a las demandas basadas en derecho no contenido en el tratado. Los Demandantes someten que el Tribunal dispone de jurisdicción siempre y cuando una diferencia respecto a un acuerdo de inversión o surge o continúa existiendo después de la entrada en vigor del TBI (C II, párs. 306-307; Tr. en 281:18-282:4; HC3 pág. 45).

⁷⁰ *Jan de Nul, supra* nota 37, párrafo 119.

⁷¹ *Jan de Nul, supra* nota 37, párrafo 128.

⁷² *Jan de Nul, supra* nota 37, párrafo 120.

262. Los Demandantes distinguen a los dos casos citados por la Demandada al respecto. En *M.C.I. Power contra Ecuador* los Demandantes sólo arguyeron por jurisdicción sobre incumplimientos del tratado en virtud del Artículo VI(1)(c) y el tribunal en *M.C.I.* no falló respecto al ámbito de la jurisdicción conferida por VI(1)(a) (C II, pár. 308). En *Mondev contra Estados Unidos*, el tribunal desestimó las demandas simplemente porque el TLCAN no tiene ninguna disposición que permite la presentación de demandas que no se basan en el tratado análogo al Artículo VI(1)(a) del TBI (C II, párs. 309-310).

3. El Tribunal

263. Como se menciona más arriba, los análisis detallados de los principios y jurisprudencia pertinentes sometidos por las partes han sido útiles para este Tribunal. Las consideraciones siguientes de este Tribunal, sin tratar todos los argumentos de las Partes, se concentran en lo que el Tribunal mismo considera determinante sobre jurisdicción.
264. Tras determinar la competencia otorgada en virtud del Artículo VI del TBI, dado el fallo del Tribunal que hubo una “inversión existente” al momento de entrada en vigor, el Tribunal no considera necesario proceder a examinar separadamente su jurisdicción en materia de litigios. No obstante, dado que ambas Partes han sometido argumentos extensos respecto a la jurisdicción sobre litigios preexistentes, el Tribunal tratará brevemente a este asunto también.
265. Como se discutió en la sección tratando de “inversiones” (Sección J.III.3 más arriba), el Artículo XII(1) del TBI crea una excepción al principio de la irretroactividad de conformidad con el Artículo 28 CVDT. En virtud del Artículo XII(1), el TBI es aplicable siempre que haya “inversiones existentes en el momento de su entrada en vigor.” Las restricciones temporales del TBI mencionan “inversiones” y no litigios. Por ende, el TBI cubre todo litigio siempre que se deba o sea pertinente a “inversiones existentes en el momento de su entrada en vigor.”

266. Otra vez, no es asunto de retroactividad, pero de aplicar la norma específica que se encuentra en el Artículo XII del TBI. Las decisiones de Lucchetti y Vieira se basaron en el lenguaje de las disposiciones temporales de los TBIs respectivos. En contraste con el TBI presente, esos TBIs específicamente atañen a restricciones temporales sobre “litigios” y no solamente “inversiones.”
267. Dado el cumplimiento con las condiciones temporales del Artículo XII(1) y la ausencia de cualquier otra restricción sobre litigios, la palabra “diferencia” debe atribuirse su sentido corriente como lo subrayan los Demandantes en su cita de Waldock más arriba. El Comentario CDI del sir Arthur Watts, también citado por los Demandantes repite esta idea:

La cuestión ha sido considerada por los tribunales internacionales en relación con cláusulas jurisdiccionales que contemplan el sometimiento de “controversias” o categorías específicas de “controversias” surgidas entre las partes a un tribunal internacional. La Corte Permanente dijo en el caso de *Concesiones de Mavrommatis Palestina*:

“La Corte considera que, en caso de duda, la jurisdicción que surge de un tratado internacional comprende todas las controversias sometidas ante el tribunal correspondiente desde la celebración del tratado ... La reserva efectuada en numerosos tratados de arbitraje a los fines de exceptuar las controversias relativas a hechos anteriores a la celebración del tratado parecería demostrar que es necesario explicitar tal límite a la jurisdicción, lo cual demuestra que el principio de interpretación enunciado más arriba es correcto.”

Esto no implica otorgar efecto retroactivo al acuerdo, ya que, al usar la palabra “controversias” sin otra calificación, se entiende que las partes reconocen la competencia con respecto a todas las controversias *existentes* con posterioridad a la entrada en vigor del acuerdo. [énfasis en el original]⁷³

268. Los Demandantes también están correctos en su interpretación del caso *Tradex Hellas*. El tribunal en *Tradex* no aceptó jurisdicción según TBI porque la expropiación en cuestión y la presentación de la demanda ocurrieron antes de la entrada en vigor del TBI. Aceptar jurisdicción a luz de estas consideraciones requeriría una aplicación claramente retroactiva de las disposiciones sustantivas o jurisdiccionales del TBI. En el caso presente, sin embargo, los Demandantes

⁷³ II THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION 1949-1998 (II La Comisión de Derecho Internacional 1949-1998) pág. 670 (Sir Arthur Watts, ed., Oxford University Press 2000) [en adelante WATTS].

basan sus demandas en conducta posterior al TBI y comenzaron el arbitraje después de que entró en vigor el TBI.

269. De todos modos, el Tribunal concluye que el litigio actual ha surgido después de la entrada en vigor del TBI. Como se enunció en la sección previa sobre “acuerdos de inversión,” una reclamación por denegación de justicia basada en el derecho internacional consuetudinario es fundamentalmente distinta de una reclamación por incumplimiento de contrato basada en derecho interno. El tribunal en *Jan de Nul* llegó a la misma conclusión:

Cabe señalar que la diferencia anterior es una de las causas de la diferencia actual, sino la principal. Es claro, sin embargo, que ... [d]ado que los Demandantes basan su demanda en el fallo de la Corte de Ismailia, la controversia actual tiene que considerarse como una nueva controversia.

La intervención de un nuevo actor, la Corte de Ismailia, parece ser aquí el factor decisivo para determinar si la controversia es una nueva controversia. Dado que el caso de los Demandantes se basa directamente en el supuesto proceder ilícito de la Corte de Ismailia, el Tribunal considera que la controversia original se ha (re)cristalizado en una nueva controversia cuando la Corte de Ismailia emitió su fallo.

Dadas estas circunstancias, el Tribunal considera que el fallo de la Corte de Ismailia es, en las palabras del laudo en *Lucchetti*, “un factor jurídicamente pertinente imponiendo el dictado de una decisión conforme a la cual la controversia ante este Tribunal debe considerarse como una nueva controversia.” Por consiguiente, el Tribunal concluye que la controversia presente surgió el 22 de mayo de 2003. [citaciones omitidas]⁷⁴

270. De forma semejante, en el caso actual, separadamente de y posterior a los litigios respecto a incumplimientos con los Acuerdos de 1973 y 1977, los Demandantes han alegado actos (u omisiones) de los tribunales del Ecuador que han materializado un nuevo litigio por denegación de justicia. Este nuevo litigio sólo surgió después de la entrada en vigor del TBI.

⁷⁴ *Jan de Nul*, *supra* nota 37, párrafos 127-129.

J.VII. Jurisdicción *Ratione Temporis* respecto a Actos Anteriores al TBI

1. Argumentos de la Demandada

271. La segunda parte de las objeciones de la Demandada en material de *ratione temporis* arguye que el Tribunal no tiene jurisdicción para evaluar la ilicitud de actos o hechos anteriores al TBI (R II, pár. 120; Tr. en 207:15-24). Esta objeción se basa en el lenguaje del Artículo 28 del CVDT. También depende del Artículo 13 del Proyecto de Artículos de la CDI:

El acto de un Estado no constituye una violación de una obligación internacional a menos que el Estado esté comprometido a dicha obligación en el momento en que ocurre el acto.

(R II, pár. 122)

272. Los quince años durante los cuales los Demandantes alegan haber sido denegados justicia incluye un periodo de cuatro a seis años antes de la entrada en vigor del TBI durante el cual Ecuador no tenía ninguna obligación surgida del TBI hacia los Demandantes. Por lo tanto, el Tribunal no puede asumir jurisdicción sobre estos eventos y evaluarlos según estándares de protección que no existían al momento en que ocurrieron esos eventos (R II, párs. 130-131; Tr. en 207:24-208:15; R IV, párs. 160, 195).

273. La Demandada además objeta que basándose en la presunta violación del TBI por el Ecuador es una “situación que ha dejado de existir” según el Artículo 28 del CVDT. De conformidad con la versión de la Demandada, las operaciones e inversiones de TexPet en el Ecuador, tanto como sus derechos surgidos de los Acuerdos de 1973 y 1977, terminaron de conformidad con un acuerdo entre las Partes el 6 de junio de 1992. Por ende, los Acuerdos de Concesión tanto como las operaciones e inversiones de TexPet constituyen una “situación que ha dejado de existir” varios años antes de la entrada en vigor del TBI (R II, párs. 151-152).

2. Argumentos de los Demandantes

274. Los Demandantes refutan que el principio de la irretroactividad requiere que una demanda se base solamente en actos y omisiones posteriores a la entrada en vigor del TBI. “El principio según el cual un tratado no se aplica a actos anteriores a su entrada en vigor no significa que no podrá aplicarse a hechos posteriores a dicha fecha pero que estén relacionados con inversiones previas a esa fecha” (C II, pár. 223).
275. Los Demandantes señalan que el Comentario CDI sobre el Artículo 15 del Proyecto de Artículos de la CDI sobre la Responsabilidad del Estado: “el principio de irretroactividad ‘no debe impedir necesariamente a un tribunal que tenga presente acciones u omisiones anteriores’, como por ejemplo, ‘con objeto de establecer una base fáctica respecto de las violaciones posteriores’” (C II, pár. 244; Tr. en 275:9-13; HC3 pág. 43).
276. Los Demandantes también rebaten esta objeción mediante citas del caso TLCAN de *Mondev contra Estados Unidos* – un caso en el cual también se basa la Demandada. La decisión en *Mondev* declaró que,

como dictó el Tribunal en *Feldman*, conducta cometida antes del 1 de enero de 1994 no puede en sí constituir una violación del TLCAN.

Por otra parte, no surge que los hechos anteriores a la entrada en vigor del TLCAN fuesen irrelevantes respecto de la cuestión sobre si una Parte contratante del TLCAN infringió las obligaciones del Capítulo 11 mediante una conducta posterior a la entrada en vigor del TLCAN. Hasta el punto que la última oración del extracto de la decisión adoptada en el caso *Feldman* establece lo contrario, para este Tribunal resulta demasiado categórica, tal y como lo concedió Estados Unidos en su argumento.

Por esto, hechos o conducta anteriores a la entrada en vigor de una obligación para el Estado demandado pueden resultar pertinentes para determinar si aquel Estado luego infringió dicha obligación. Sin embargo, uno tendrá que poder señalar conducta del Estado posterior a esa fecha que constituye propiamente un incumplimiento.⁷⁵

(C II, párs. 239, 241)

⁷⁵ *Mondev*, *supra* nota 35, párrafos 68- 70.

277. Basándose en lo susodicho, el tribunal en *Mondev* procedió a determinar si las decisiones de los tribunales de EE.UU. que trataban conducta estatal anterior al TBI cumplían con el tratado. Los Demandantes también se refieren a una serie de otras decisiones en las cuales alegan que conducta anterior al tratado en cuestión formó parte del razonamiento para determinar si una infracción posterior al tratado ocurrió (C II, párs. 246-249).
278. Finalmente, los Demandantes también insisten que el principio de la irretroactividad “no se infringe por la aplicación del tratado a violaciones continuas y a infracciones compuestas que tuvieron lugar durante la vigencia del tratado, incluso si tales actos comenzaron antes de su entrada en vigor” (C II, pár. 224). Como apoyo a esta posición, los Demandantes citan el Comentario del CDI a una versión previa del Artículo 28 del CVDT:

Sin embargo, si un acto, un hecho o a una situación que tuvo lugar o que surgió antes de la entrada en vigor del tratado continúa ocurriendo o existiendo después de que el tratado haya entrado en vigor, las disposiciones del tratado se aplicarán al mismo. El principio de irretroactividad no puede infringirse al aplicar un tratado a cuestiones que ocurren o existen durante la vigencia del tratado, incluso si tales cuestiones comenzaron en una fecha anterior.⁷⁶

(C II, pár. 226; HC3 pág. 43)

3. El Tribunal

279. Como se menciona más arriba, los análisis detallados de los principios pertinentes sometidos por las partes han sido útiles para este Tribunal. Las consideraciones siguientes de este Tribunal, sin tratar todos los argumentos de las Partes, se concentran en lo que el Tribunal mismo considera determinante sobre jurisdicción.
280. Otra vez, tras determinar la competencia otorgada en virtud del Artículo VI del TBI, dado el fallo del Tribunal que hubo una “inversión existente” al momento de entrada en vigor, el Tribunal no considera necesario proceder a examinar separadamente su jurisdicción en materia de litigios. No obstante, dado que

⁷⁶ WATTS, *supra* nota 73, en pág. 671.

ambas Partes han sometido argumentos extensos respecto a la jurisdicción *ratione temporis* sobre actos anteriores al TBI, el Tribunal tratará brevemente a este asunto también.

281. Por las razones expuestas más detalladamente más arriba en la sección tratando de “inversiones” (Sección J.III.3), no se trata de un asunto de la irretroactividad de los tratados, pero sin embargo de la aplicación de las normas específicas que se encuentran en el Artículo XII(1) del TBI y el Artículo 13 del Proyecto de Artículos de la CDI sobre la Responsabilidad del Estado.
282. El Tribunal acepta que, según el Artículo 13 del Proyecto de Artículos de la CDI, actos o hechos anteriores a la entrada en vigor del TBI no pueden en sí constituir violaciones del TBI, dado que los estándares de conducta prescritas por el TBI no estaban vigentes antes de su fecha de entrada en vigor. Es más, el Tribunal concuerda con la decisión en el caso de *Mondev* que “[e]l mero hecho de que la conducta anterior no hubiese sido remediada o reparada cuando un tratado entra en vigencia” no justifica que un tribunal aplique el tratado retrospectivamente a esa conducta.⁷⁷ Esa norma también se encuentra en el Artículo 14(1) del Proyecto de Artículos de la CDI:

La violación de una obligación internacional por un acto del Estado que no tiene carácter continuado tiene lugar en el momento en que ocurre el acto, aún si sus efectos continúan.

283. Sin embargo, como lo han expuesto los Demandantes, esto no significa que una violación tiene que basarse sólo en actos que tienen lugar después de la entrada en vigor del TBI. El significado atribuido a los actos o hechos posteriores a la entrada en vigor del TBI. El significado atribuido a los actos o hechos posteriores a la entrada en vigor puede ser complementados por los actos o hechos anteriores al TBI; esta conducta puede ser considerada para propósitos de determinar si una violación de los estándares del TBI ocurrió después de la fecha de la entrada en vigor. El Tribunal otra vez concuerda con el pasaje del laudo en *Mondev* citado por los Demandantes al respecto:

⁷⁷ *Mondev*, *supra* nota 35, párrafo 70.

[L]os hechos o la conducta anterior a que una obligación se tornase exigible para el Estado demandado pueden resultar pertinentes para determinar si aquél luego incumplió dicha obligación. Sin embargo, uno tendrá que poder señalar conducta del Estado posterior a esa fecha que constituye propiamente un incumplimiento.⁷⁸

284. En el caso presente, una parte de los presuntos actos u omisiones de la Demandada constituyendo una denegación de justicia pueden ser anteriores a la entrada en vigor del TBI. Un fallo de denegación de justicia podrá entonces requerir que se tomen en cuenta actos anteriores al TBI. Sin embargo, como ya se discutió, los Demandantes tuvieron una “inversión existente” en el momento que entró en vigor el TBI. Esa inversión, en la forma en que existe, ha sido afectada por los actos y omisiones ocurriendo antes de la entrada en vigor del TBI. El Tribunal está entonces satisfecho que las presuntas acciones o falta de acción por parte de los tribunales ecuatorianos posteriores a la entrada en vigor del TBI podrían todavía constituir una denegación de justicia que, a su vez, podría constituir una violación de los estándares sustantivos del TBI.

J.VIII. Actos Continuados y Compuestos

1. Argumentos de la Demandada

285. La Demandada disputa la caracterización de los Demandantes de las presuntas infracciones como un “acto compuesto.” También la Demandada afirma que la alegación de un “acto compuesto” no permite a los Demandantes esquivar las limitaciones temporales del TBI.
286. Según la Demandada, la definición de un “acto compuesto” es en sí misma limitada por el ámbito temporal del TBI. La Demandada argumenta que un “acto compuesto” consiste en una serie de actos u omisiones individuales que no están en conformidad con una obligación internacional dada. Como tal, los actos u omisiones que forman un “acto compuesto” tienen que ser posteriores a la

⁷⁸ *Mondev*, *supra* nota 35, párrafo 70.

entrada en vigor de la obligación dada. En apoyo de este punto, la Demandada cita el comentario al Artículo 15 del Proyecto de Artículos de la CDI:

[E]l Estado tiene que estar constreñido por la obligación internacional durante el periodo en el que se comete la serie de actos que constituyen el incumplimiento. En casos donde la obligación pertinente no existió al principio de la trayectoria del comportamiento, pero que empezó más tarde, la “primera” de las acciones u omisiones de la serie para los fines de establecer la responsabilidad del Estado, será la primera que ocurre después de que la obligación comienza a existir.⁷⁹

(R II, pár. 136)

287. Además, la Demandada propone que un “acto compuesto” tiene que consistir como mínimo en dos actos u omisiones teniendo lugar después de la entrada en vigor del TBI. Sin embargo, la Demandada sostiene que el único acto de después de la entrada en vigor del TBI por el que se hace aquí una queja es la supuesta “politización de los tribunales” en 2004. Por ello, dado solamente un acto admisible para examinar, no existe ahí ninguna *serie* de actos que formen un “acto compuesto” (R II, párs. 137-138).
288. Como un ejemplo de una situación donde el tribunal rechazó la reclamación que una serie de actos que traslaparon la entrada en vigor del TBI constituyó expropiación se cita *Generation Ukraine*. En este caso, la irretroactividad bloqueó la consideración de los actos anteriores al TBI, dejando al demandante incapaz de sustanciar una reclamación de expropiación (R II, pár. 139).
289. Alternativamente, la Demandada arguye que incluso si presuntas infracciones contractuales no fueran excluidas *ratione temporis*, estas infracciones y la politización de los juzgados ecuatorianos no presentan el requisito de complementariedad para ser actos compuestos. El Informe del CDI en su Trigésima Sesión hace referencia a ello en este sentido:

[E]l acto compuesto del Estado no consiste en una trayectoria de comportamiento única que se extiende a lo largo de un periodo de tiempo pero que continúa igual; consiste en una serie de actos individuales del Estado sucediéndose en el tiempo, es decir, una secuencia de casos

⁷⁹ JAMES CRAWFORD, THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION’S ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY (LOS ARTÍCULOS DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO) pág. 144 (Cambridge University Press 2002).

separados de trayectorias de comportamiento, acciones u omisiones, ejecutados separadamente, pero todos contribuyendo a la comisión del acto agregado en cuestión. El resultado de esos actos individuales tiene que satisfacer las condiciones de una infracción de una obligación internacional, la cual consiste precisamente en prohibir la comisión del acto agregado que es el resultado de la suma de los actos individuales ... Para concluir, la característica distintiva común de los actos del Estado del tipo que se considera aquí, es que comprenden una secuencia de acciones que, tomadas separadamente, pueden ser legales o ilegales, pero están interrelacionadas por tener la misma intención, contenido y efectos aunque pertenecen a casos específicos diferentes.⁸⁰

(R II, pár. 140)

290. La politización de los juzgados ecuatorianos está sustancialmente desconectada de supuestas infracciones contractuales que forman la base de la reclamación. Además, “la misma intención, contenido y efectos” no están presentes porque la politización de los juzgados es un evento general que no estaba específicamente enfocado hacia los Demandantes (R II, párs. 141-143; Tr. En 210:22-211:8)
291. La Demandada rechaza la afirmación de los Demandantes de que las supuestas infracciones constituyeron un “acto continuado” principalmente sobre la misma base. Ecuador no es responsable bajo el TBI de los actos anteriores a la fecha de entrada en vigor. Las infracciones contractuales con las que se alega que había comenzado el acto continuado no eran ilegales en ese momento y están fuera de la consideración del Tribunal. Por consiguiente, como el punto de partida del acto continuado está excluido, no hay acto o violación dentro de la jurisdicción del Tribunal que puede considerarse como “continuado” (R II, párs. 144-148). La Demandada cita en particular el pasaje de *Mondev contra EE.UU.* a este respecto:

El simple hecho de que un comportamiento previo ha pasado sin solucionarse o remediarse cuando un tratado entra en vigor no justifica que un tribunal aplique el tratado retrospectivamente a ese comportamiento. Cualquier otro enfoque sería trastornar ambos el principio internacional en la

⁸⁰ International Law Commission’s Report on the Work of Its Thirtieth Session (Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su Trigésima Sesión), UN Doc. A/33/10, en II YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION (II ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL) págs. 92-93 (1978).

ley de tratados y la distinción básica entre violación y reparación que subyace al derecho de la Responsabilidad del Estado.⁸¹

(R II, pár. 148)

La Demandada así mismo cita del Tercer Informe de Waldock:

El simple hecho de que una situación continúe después de que un tratado entre en vigor no es suficiente para traer el hecho que produjo la situación dentro del régimen del tratado. El asunto que se reivindica como cayendo bajo las disposiciones del tratado tiene que ocurrir o surgir el mismo después de que el tratado entre en vigor.⁸²

(R IV, pár. 183)

2. Argumentos de los Demandantes

292. Según los Demandantes, al determinar si la conducta del Estado constituye un acto continuado o compuesto, “la distinción crítica resulta entre el incumplimiento continuado y el incumplimiento que ya tuvo lugar, pero cuyos efectos persisten” (C II, pár. 229; HC3 pág. 44). Los Demandantes también citan *SGS contra Filipinas* como un ejemplo de un tribunal que mantuvo que “la falta de pago de sumas debidas en virtud de un contrato es un ejemplo de un incumplimiento continuado,” a pesar del hecho de que la denegación del pago se manifestó ella misma antes de que el TBI entró en vigor⁸³ (C II, pár. 232).
293. Los Demandantes discrepan con el argumento de la Demandada de que un acto continuado o compuesto tiene que estar basado sobre más de un acto posterior a la entrada en vigor del TBI y que los Demandantes han alegado solamente un tal acto. Primero, ellos contestan que “la destrucción de la independencia judicial ecuatoriana es en sí misma un mal continuado y compuesto, consistente en numerosos actos relacionados que comenzaron en el año 2004 y continuaron hasta más de tres años después” (C II, párs. 236). Segundo, ellos declaran que el argumento de la Demandada “ignora que las violaciones del tratado y denegación de justicia según del derecho internacional consuetudinario de los que los

⁸¹ *Mondev*, *supra* nota 35, párrafo 70.

⁸² Waldock, *supra* nota 41, en pág. 12.

⁸³ *SGS contra Filipinas*, *supra* nota 52, párrafo 167.

Demandantes se quejan ocurrieron totalmente después de que el TBI entró en vigor,” incluyendo mediante retraso indebido, decisiones injustas e incompetentes, y actos de perjuicio en los casos de los Demandantes después del 11 de mayo de 1997 (C II, pár. 236).

294. Además los Demandantes rebaten la objeción de que la conducta anterior al TBI está absolutamente fuera de la jurisdicción del Tribunal mediante citaciones de los casos de ALCAN de *Feldman contra Méjico*⁸⁴ y *Mondev contra EE.UU.*, incluyendo en particular, el siguiente pasaje de *Feldman*:

[S]i hubiera una trayectoria continua de conducta por la Demandada que empezó antes [de la fecha de entrada en vigor del ALCAN] y continuó después de esa fecha y que, por consiguiente, “llegaron a ser violaciones” del [ALCAN] en esa fecha ... esa parte [con fecha posterior a la entrada en vigor] de la presunta actividad de la Demandada *está* sujeta a la jurisdicción del Tribunal como el Gobierno de Canadá señala ... y también la Demandada [México] reconoce.⁸⁵

(C II, pár. 238)

3. El Tribunal

295. Como se mencionó más arriba, el análisis detallado de los principios pertinentes y la jurisprudencia sometidos por las Partes han sido útiles para este Tribunal. Las consideraciones siguientes del Tribunal, sin tratar todos los argumentos de las Partes, se concentran sobre lo que el Tribunal mismo considera determinativo sobre jurisdicción.
296. Esta sección traslapa en gran parte con las secciones precedentes y el Tribunal considera otra vez que, dado su fallo de una “inversión existente” en el momento de la entrada en vigor, no hay necesidad de llevar a cabo una investigación separada relativo a su jurisdicción sobre actos específicos. Sin embargo, como las Partes han intercambiado argumentos amplios sobre jurisdicción *ratione temporis*

⁸⁴ Marvin Roy Feldman Karpa contra Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Decisión Interina sobre Temas Jurisdiccionales Preliminares (6 de diciembre de 2000) [en adelante *Feldman*].

⁸⁴ *Feldman*, párrafo 62.

⁸⁵ *Feldman*, párrafo 62.

en relación con actos que ocurrieron antes del TBI, el Tribunal tratará así mismo en breve con este asunto.

297. Por las razones dadas en más detalle más arriba en la sección tratando con una “inversión” (Sección J.III.3 más arriba), otra vez esto no es un tema de la irretroactividad de los tratados, sino de la aplicación de unas normas específicas encontradas en el Artículo XII(1) del TBI y en el Artículo 15 del Proyecto de Artículos de la CDI sobre la Responsabilidad del Estado.
298. Con relación a los actos continuados, los retrasos impugnados de los juzgados ecuatorianos ya se han encontrado como existiendo en la fecha de la entrada en vigor del TBI y haber continuado después. Por consiguiente, el Tribunal encuentra que la Demandada se ha metido en una “trayectoria continua de conducta” en el sentido utilizado en el pasaje de *Feldman* citado por los Demandantes más arriba. Dado que el alcance temporal fijado por el Artículo XII(1) estipula que el TBI aplica a los actos o situaciones que afectan “inversiones existentes en el momento de su entrada en vigor,” el Tribunal encuentra que la conducta continuada de la Demandada en relación a los siete juicios podría constituir una denegación de justicia dentro de la jurisdicción del Tribunal en virtud del TBI.
299. Con relación a los actos continuados, el Comentario de la CDI de Watts se explicó como sigue a continuación:

Sin embargo, si un acto, un hecho o a una situación que tuvo lugar o que surgió antes de la entrada en vigor del tratado continúa ocurriendo o existiendo después de que el tratado haya entrado en vigor, las disposiciones del tratado se aplicarán al mismo. El principio de irretroactividad no puede infringirse al aplicar un tratado a cuestiones que ocurren o existen durante la vigencia del tratado, incluso si tales cuestiones comenzaron en una fecha anterior.⁸⁶

300. Respecto a actos compuestos, la Demandada cita el comentario al Proyecto de la CDI del Artículo 15 para la idea de que un acto compuesto tiene que estar basado exclusivamente en conductas posteriores al TBI. Mientras que el comentario

⁸⁶ WATTS, *supra* nota 73, en pág. 671.

parece superficialmente apoyar esta postura, es a la luz de la redacción del Artículo 15 que se tiene que leer el Comentario. El Artículo 15 dice como sigue:

Artículo 15
Acto compuesto que consiste en una infracción

1. El incumplimiento de una obligación internacional por un Estado a través de una serie de acciones u omisiones definidas en conjunto como injustas, ocurre cuando la acción u omisión, considerada conjuntamente con otras acciones u omisiones, es suficiente para constituir un acto injusto.

2. En tal caso, el incumplimiento se extiende a todo el periodo comenzando con la primera de las acciones u omisiones de la serie y dura en tanto que estas acciones u omisiones se repitan y continúen no de conformidad con la obligación internacional.

301. En el presente caso, los presuntos “actos” aquí son los actos y la falta de acción de los juzgados ecuatorianos en relación con los juicios de los Demandantes. El Artículo 15(1) por lo tanto establece que una infracción del TBI puede haber surgido solamente cuando actos o la falta de acción del sistema judicial ecuatoriano, cuando “considerada[s] conjuntamente con [sus] otras acciones u omisiones,” llegaron a ser suficientes para constituir una denegación de justicia. De acuerdo con el Artículo 13 del Proyecto de Artículos de la CDI, esta violación tiene que haber surgido, si es que surgió, después de que el TBI entró en vigor. Entretanto, el Artículo 15(2) simplemente provee que la denegación de justicia persiste en tanto en que los juzgados ecuatorianos continúen y repitan presuntas acciones y omisiones. En vista de lo anterior, el comentario citado por la Demandada simplemente clarifica que la supuesta infracción comenzó con la ocurrencia de la acción u omisión que consumó la denegación de justicia. Como discutido en la sección precedente, no establece, sin embargo que los actos antes del TBI no pueden tomarse en cuenta al evaluar cuando surgió la denegación de justicia. Por ende, el Tribunal falla que, si fuera cierto, la supuesta conducta de la Demandada, podría constituir un acto compuesto dando lugar a una denegación de justicia que cae dentro de su jurisdicción.

J.IX. Consideraciones respecto a las Costas en esta Fase

1. Petitorio de la Demandada

302. La Demandada solicita que el Tribunal emita un laudo sobre las costas en esta fase en su Escrito en materia de jurisdicción (R II, párs. 281, 286) y otra vez en su Escrito pos-audiencia del 22 de julio de 2008 (R III, pár. 12) como sigue:

281. Por las razones que anteceden, por medio del presente, la República solicita a la corte que falle en su favor:

[...]

286. Ordenando, conforme a los párrafos 1 y 2 del Artículo 40 de las normas de arbitraje del CNUDMI, que los Demandantes paguen todos los costos y gastos de éste proceso legal de arbitraje, incluyendo los pagos y gastos de la corte y el costo de la representación legal de la República, más un interés antes y después del fallo sobre el mismo

2. Petitorio de los Demandantes

303. Los Demandantes solicitan que el Tribunal emita un laudo sobre las costas en esta fase en su Contramemoria en materia de jurisdicción (C II, pár. 427) y otra vez en ambos de sus Escritos pos-audiencia (C III, pár. 154; C IV, pár. 116) como sigue:

427. A la luz de las presentaciones y aclaraciones ofrecidas por las Demandadas en este Memorial de Contestación, las Demandantes solicitan al tribunal que dicte un laudo que cumpla las siguientes condiciones:

[...]

(iii) Que se ordene a la Demandada pagar las costas de este procedimiento, incluidos los honorarios y gastos del Tribunal y gastos de representación de las Demandantes, con más intereses.

3. El Tribunal

304. En esta fase el Tribunal toma en cuenta debidamente de las posiciones y solicitudes de las Partes respecto a las costas. Decide sin embargo posponer cualquier decisión acerca de las costas hasta la conclusión de la fase sobre el fondo.

K. Decisiones

- 1. Las objeciones de la Demandada son desestimadas.**
- 2. El Tribunal dispone de jurisdicción respecto a las demandas tal como las formularon los Demandantes en su segundo Escrito pos-audiencia con fecha del 12 de agosto de 2008 en el párrafo 116.**
- 3. La decisión respecto a las costas del arbitraje se pospone hasta una fase posterior del presente procedimiento.**
- 4. El procedimiento a seguir en este caso será objeto de una Orden Procesal del Tribunal aparte.**

Lugar de Arbitraje: La Haya, Países Bajos
Fecha de este Laudo Interino: 1 de diciembre de 2008

Firmas del Tribunal:

[firmado]

[firmado]

El honorable Charles N. Brower

El profesor Albert Jan van den Berg

[firmado]

El profesor Karl-Heinz Böckstiegel
Presidente