

Cabezas & Wray Abogados

El Caso Oxy: 12 tesis equivocadas

Este documento fue preparado por la firma Cabezas & Wray abogados. La firma estuvo a cargo de la defensa de la República del Ecuador frente a la demanda internacional ante el CIADI presentada por la compañía Occidental. La firma renunció a la defensa del caso a partir del mes de septiembre de 2006.

- Los que sostienen que el Ecuador no debe comparecer al arbitraje iniciado por la petrolera Occidental, están equivocados.
- Jurídicamente, esta posición es absurda.
- A continuación se explica por qué.

Arbitraje, ¿sí o no?

Para que una controversia pueda resolverse mediante arbitraje, se requiere el consentimiento de las dos partes.

En su solicitud de arbitraje, la compañía Occidental sostiene que Petroecuador dio su consentimiento en la cláusula 20.3 del Contrato de Participación firmado en 1999 y que la República del Ecuador lo dio en el Artículo VI(4) del Tratado Bilateral para la Protección Recíproca de Inversiones celebrado con los Estados Unidos.

El Ecuador, por su parte, considera que esas manifestaciones de consentimiento, aunque existen, no pueden ser invocadas en este caso porque el mismo Contrato de Participación, en la cláusula 21.4 excluye del arbitraje a las cuestiones relacionadas con la declaratoria de caducidad de la concesión y dispone que sean resueltas por la justicia ordinaria, específicamente por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Estos argumentos del Ecuador son válidos. La cuestión es ¿ante quién deben presentarse y defenderse? Hay quien ha sostenido que como no hay consentimiento, simplemente habría que rechazar el arbitraje, impugnar el registro de la solicitud y no comparecer ante el CIADI. Los abogados de Cabezas & Wray que estuvieron a cargo de la defensa del Estado afirman en cambio que eso no es procesalmente posible y que el único escenario ante el cual el Ecuador puede defenderse con éxito es el Tribunal Arbitral que para el conocimiento del caso se conformará, de todas maneras, de acuerdo a las reglas del CIADI.

A continuación se examinan, una por una, las falsas tesis que esgrimen quienes consideran que no debemos comparecer al arbitraje y se explica en qué consisten sus errores desde el punto de vista jurídico.

Estas tesis falsas son las siguientes:

1. El Ecuador no tiene por qué someterse a un tribunal extranjero y renunciar de esta forma su soberanía como Estado.
2. El CIADI no debió registrar la solicitud de arbitraje, porque ni el Estado ecuatoriano ni Petroecuador han dado su consentimiento para que esta controversia se someta a la resolución de un tribunal de arbitraje del CIADI y sin ese consentimiento, el arbitraje no procede.
3. El Ecuador debió oponerse al registro de la solicitud de arbitraje, con base en lo dispuesto por el Artículo 36 del Convenio del CIADI.
4. Una vez registrada la solicitud de arbitraje, el Ecuador debió impugnar el registro para evitar que el arbitraje continúe.
5. El Ecuador debió presentar un recurso de inadmisibilidad de la solicitud de arbitraje.
6. El Ecuador no ha dado su consentimiento para el arbitraje ante el CIADI.
7. El CIADI no tiene jurisdicción sobre el caso, porque el contrato con Occidental excluye del arbitraje las cuestiones relacionadas con la caducidad, las cuales deben ventilarse en el Ecuador ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.
8. Designar un árbitro significa aceptar la procedencia del arbitraje.
9. Los tribunales del CIADI favorecen siempre al inversionista.
10. El arbitraje no puede continuar sin la comparecencia del Ecuador.
11. El laudo que dicte un Tribunal del CIADI no podría ejecutarse a menos que los tribunales de justicia ecuatorianos lo acepten, cosa que no harán porque sería contrario al orden público.

12. El caso Occidental está cerrado. La caducidad de la concesión fue declarada legalmente conforme a la ley ecuatoriana y nada hay que discutir.

Tesis equivocada 1

El Ecuador no tiene por qué someterse a un tribunal extranjero como el del CIADI y renunciar de esta forma a su soberanía como Estado.

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) es un organismo internacional creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, en vigor desde 1966, conocido también como el Convenio de Washington o el Convenio CIADI (1). Este Convenio consta promulgado en el Registro Oficial No. 386 del 3 de marzo de 1986 y fue ratificado por el Congreso del Ecuador el 6 de abril de 2001.

Según el artículo 163 de la Constitución Política, las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgadas en el Registro Oficial, forman parte del ordenamiento jurídico de la República e incluso prevalecen sobre las leyes y otras normas de menor jerarquía.

En consecuencia, el Convenio CIADI forma parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Sus normas obligan al Estado porque éste así lo quiso, en ejercicio de su soberanía y porque así lo dispone expresamente su propia Constitución Política.

Tesis equivocada 2

El CIADI no debió registrar la solicitud de arbitraje, porque ni el Estado ecuatoriano ni Petroecuador han dado su consentimiento para que esta controversia se someta a la resolución de un tribunal de arbitraje del CIADI. Sin ese consentimiento, el arbitraje no procede.

Como se sabe, la compañía Occidental sostiene que Petroecuador dio su consentimiento en la cláusula 20.3 del Contrato de Participación y que la República del Ecuador lo dio en el Artículo VI (4) del Tratado Bilateral para la Protección Recíproca de Inversiones celebrado con los Estados Unidos.

El Ecuador, por su parte, considera que esas manifestaciones de consentimiento, aunque existen, no pueden ser invocadas en este caso, porque en otra cláusula del mismo Contrato de Participación se excluye del arbitraje a las cuestiones relacionadas con la declaratoria de caducidad de la concesión.

Desde el punto de vista procesal, tienen efectos distintos la inexistencia de consentimiento, por un lado, y la existencia de un consentimiento limitado a ciertas materias o prestado con excepción de ciertas materias, por otro.

La inexistencia es una cuestión susceptible de resolverse *prima facie*, es decir, a primera vista, porque queda desvirtuada con la simple presentación de un documento

en el cual conste una manifestación de consentimiento para el arbitraje. Es una cuestión de hecho.

En cambio, establecer los límites del consentimiento, es decir identificar las materias no comprendidas en el consentimiento prestado con limitaciones o bajo ciertas condiciones, es una cuestión o un problema de derecho, no de simple hecho, porque para arribar a una conclusión se requiere de un análisis y de un razonamiento de carácter jurídico.

Los argumentos que existen para sostener la impertinencia del arbitraje con respecto de las cuestiones relacionadas con la caducidad del contrato, son plenamente válidos. Pero desde el punto de vista procesal, no tienen incidencia alguna en lo referente al registro de la solicitud de arbitraje, porque son cuestiones de derecho para cuyo análisis no tiene facultades la Secretaría General del CIADI, que es el órgano administrativo encargado del Registro.

Una vez presentada la solicitud de arbitraje a la Secretaría del CIADI, ésta debe decidir si la registra o no. El registro solamente puede ser negado si la controversia cae *manifiestamente* fuera de la jurisdicción del CIADI, según el artículo 36 (3) del Convenio, que dice:

El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro.

¿Cómo ha de entenderse la expresión *manifiestamente*? Según el Diccionario, es lo que queda en evidencia a simple vista.

Si bien es cierto que para proceder al registro el Secretario General debe verificar, entre otros requisitos, la existencia del consentimiento, esta verificación no comprende el análisis de argumentos de derecho, porque es una facultad expresamente reservada al Tribunal por el artículo 41 del Convenio del CIADI, que dice:

- (1) El Tribunal resolverá sobre su propia competencia.
- (2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.

La Secretaría General no sustituye al Tribunal, ni puede ejercitar funciones propias de un árbitro. El CIADI, técnicamente, es solamente un centro que administra un sistema de arbitraje, de manera que las facultades de la Secretaría son de orden administrativo y no alcanzan al análisis y resolución de argumentos de derecho. La facultad de *filtrar* las solicitudes no va más allá de un examen *prima facie*, puramente formal, del cumplimiento de los requisitos exigidos por el Convenio del CIADI.

El Profesor Christoph Schreuer, catedrático de la Universidad de Viena y uno de los comentaristas más destacados del Convenio CIADI, dice al respecto que "el Secretario General, al examinar las solicitudes, no desempeña una función judicial. Negará el registro solamente si la falta de jurisdicción es tan obvia que la solicitud no merece ninguna consideración por un tribunal" (2).

En otro pasaje, refiriéndose a la misma situación, Schreuer aclara que “si el Secretario General tiene dudas al respecto, registrará la solicitud” (3).

Entendida en este contexto, la verificación del requisito del consentimiento queda satisfecha con la constatación de la existencia formal de un documento en el cual ese consentimiento esté manifestado. Cualquier argumentación respecto del alcance del documento, o acerca de si ese consentimiento ha sido válidamente prestado para el caso concreto, le corresponde al Tribunal Arbitral, según expresa previsión del artículo 41 del Convenio. El Profesor Christoph Schreuer, al referirse a esta disposición, observa que tiene dos propósitos:

El propósito fundamental del artículo 41 es no permitir que se frustre un procedimiento de arbitraje a través de la negación unilateral de la competencia del tribunal por una de las partes”, y agrega luego: “Un efecto secundario del artículo 41 es el de darle al tribunal un poder exclusivo para decidir los asuntos sobre jurisdicción en relación a otros órganos de decisión, por ejemplo, el poder dado al Secretario General del CIADI en el artículo 36 (3) (del Convenio CIADI) (4).

En definitiva, las atribuciones confiadas a la Secretaría General por el Artículo 36, que son de carácter administrativo, no pueden interferir con las que al Tribunal le otorga el Artículo 41, porque el conocimiento de cuestiones de derecho propuestas por las partes es en cualquier sistema procesal, una atribución propia del juez, no del secretario. Así lo advierte el Informe presentado para la aprobación del Convenio de Washington, que se considera la interpretación oficial acerca de su contenido y alcance. Refiriéndose a este artículo y relacionándolo con las facultades de la Secretaría General, dice el Informe, en su Párrafo 38:

El Artículo 41 reitera el reconocido principio de que los tribunales internacionales son los llamados a resolver sobre su propia competencia; y el Artículo 32 aplica el mismo principio a las Comisiones de Conciliación. En relación a esto, se debe hacer notar que la facultad del Secretario General para rechazar el registro de una solicitud de conciliación o de arbitraje (véase el párrafo 20 de este Informe) se define en forma tan limitada que no interfiera con la prerrogativa de las Comisiones y los Tribunales de determinar su propia competencia y, por otra parte, dicho registro de la solicitud por el Secretario General no impide, desde luego, que la Comisión o el Tribunal decida que la diferencia cae fuera de la jurisdicción del Centro (5).

No cabe la menor duda, entonces, de que la tesis según la cual la invocación de argumentos de derecho derivados del contrato o de cualquier otro documento habría evitado el registro de la solicitud de arbitraje y, por ende, el arbitraje mismo, es totalmente errónea.

Tesis equivocada 3

El Ecuador debió oponerse al registro de la solicitud de arbitraje, con base en lo dispuesto por el Artículo 36 del Convenio del CIADI.

Aparte de lo ya dicho respecto al ámbito extremadamente limitado de las facultades confiadas a la Secretaría General y a la imposibilidad de que ésta pueda conocer y dar valor a argumentos de derecho, hay un impedimento procesal de elemental comprensión: no está prevista en el sistema del CIADI —ni podría estarlo en sistema alguno— la posibilidad de que la parte demandada pueda oponerse a que se presente la demanda o, en el caso, a que se admita a trámite el pedido en cuya virtud se da inicio al procedimiento.

Si la parte contra la cual se va a presentar una reclamación pudiera oponerse, mediante algún tipo de trámite administrativo previo, a que el procedimiento se inicie, el órgano administrativo, en este caso, la Secretaría General, tendría más poder que el Tribunal mismo y el sistema resultaría poco confiable.

Por este motivo, tanto el Convenio del CIADI en su artículo 36 (3), como la Regla de Iniciación 6 (1)(b) prevén que la decisión respecto del Registro debe basarse exclusivamente en la información y documentos presentados por los solicitantes (6). En consecuencia, aunque el CIADI toma conocimiento del criterio de la otra parte respecto de la solicitud de arbitraje, no está prevista la posibilidad de que la parte contra la cual se dirige la reclamación pueda oponerse al registro, ni existe tampoco un trámite para dar curso a tal oposición.

De otro lado, hay que tener en cuenta que el Registro no es sino la admisión del reclamo a trámite y su único efecto es marcar el inicio del procedimiento. El Registro no prejuzga sobre el contenido de la solicitud, ni siquiera sobre la pertinencia del arbitraje, la jurisdicción del CIADI o la competencia del Tribunal y mucho menos sobre el derecho de las partes envueltas en la controversia. Por eso, si bien la decisión del Secretario General acerca del acto de Registro es definitiva, no impide que el Tribunal concluya que la solicitud no debió registrarse, por tratarse de una controversia que manifiestamente cae fuera de los límites del CIADI (7) o porque la manifestación de consentimiento invocada no es válida o es insuficiente para el caso o, en fin, porque existe cualquier otro motivo que impida establecer la jurisdicción del CIADI o la competencia del Tribunal Arbitral.

Tesis equivocada 4

Una vez registrada la solicitud de arbitraje, el Ecuador debió impugnar el registro para evitar que el arbitraje continúe.

Aunque no se denomina así en la terminología procesal, existe la posibilidad de *impugnar* el Registro, pero la impugnación debe presentarse ante el Tribunal, no ante los órganos administrativos del CIADI.

La que ofrece esta posibilidad es la Regla de Arbitraje 41 (5), que dice:

Salvo que las partes hayan acordado otro procedimiento expedito para presentar excepciones preliminares, una parte podrá, a más tardar 30 días después de la constitución del Tribunal, y en cualquier caso antes de la primera sesión del Tribunal, oponer una excepción rela-

tiva a la manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación. La parte deberá especificar, tan precisamente como sea posible, el fundamento de su excepción. El Tribunal, después de dar a las partes la oportunidad de presentar sus observaciones sobre la excepción, deberá, en su primera sesión o prontamente después, notificar a las partes su decisión sobre la excepción.

Si en efecto se trata de una controversia que manifiestamente está fuera de la jurisdicción del CIADI, aunque la Secretaría General haya opinado lo contrario, bien podría el Tribunal, al amparo de este procedimiento, corregir el error. Pero, como se ve, se trata de una alegación que debe presentarse ante el Tribunal, dentro de los treinta días posteriores a su conformación, no ante la Secretaría General ni ante cualquiera otro de los órganos administrativos del CIADI.

Tesis equivocada 5

El Ecuador debió presentar un recurso de inadmisibilidad de la solicitud de arbitraje.

A menos que se le quiera denominar así al procedimiento previsto en la Regla de Arbitraje 41 (5), ya descrito, tal recurso de inadmisibilidad, simplemente, no existe.

¿En qué norma está previsto ese recurso? ¿Cuál es la autoridad que debe conocerlo y resolverlo? ¿Hasta cuándo se lo puede proponer? Son preguntas elementales que deberían responder quienes sostienen que dentro del sistema CIADI existe un recurso llamado de inadmisibilidad, el cual, además, tendría la virtud de impedir la prosecución del arbitraje y suspender, aparentemente, todos los plazos.

No deja de extrañar, por cierto, que habiendo un recurso tan útil y eficaz, ¡jamás haya sido planteado por país alguno en toda la historia del CIADI!

La razón es simple: el recurso de inadmisibilidad no existe. No hay norma alguna que los establezca. Su existencia sería contraria a los principios más elementales del Derecho Procesal, porque tendría la finalidad de impedir, a espaldas del juez, la iniciación de un reclamo. Se trata de un invento de alguien a quien le sobra osadía, pero que desconoce totalmente el sistema.

Tesis equivocada 6

El Ecuador no ha dado su consentimiento para el arbitraje ante el CIADI.

Como se explicó antes, la inexistencia de consentimiento, es decir la ausencia de cualquier manifestación de consentimiento, tiene efectos procesales bien definidos en cualquier sistema de arbitraje, porque el problema se reduce a la constatación física de un hecho: la existencia o no de un documento en el cual conste manifestado el consentimiento.

En cambio, puede ocurrir que haya una manifestación de consentimiento, pero que, por diversas razones, ese consentimiento no comprenda o excluya determinadas

materias o que no sea aplicable a ese caso en particular. Esta ya no es una cuestión de hecho, sino una conclusión de derecho, a la que se llega luego de un análisis jurídico del documento o documentos que deban confrontarse.

Como cuestión meramente formal, la existencia —o la ausencia— de un documento en el que conste manifestado el consentimiento, puede ser constatada por la Secretaría General en ejercicio de sus facultades de orden administrativo. Si el documento no se presenta en respaldo de una solicitud de arbitraje, el consentimiento se entiende inexistente y el Registro de la solicitud no procede.

Al contrario, cuando se trata de identificar si determinadas materias caen o no dentro del consentimiento cuya manifestación consta por escrito, o si ese consentimiento es o no aplicable al caso, ya no se está ante una simple cuestión de hecho, sino ante un problema de derecho que solamente puede ser resuelto por el Tribunal, no por la Secretaría.

En este contexto debe entenderse el artículo VI (4) del Tratado Bilateral para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre el Ecuador y los Estados Unidos (8). La manifestación de consentimiento que allí consta, sirve para entender cumplido el requisito formal que permite el Registro, pero no significa que comprenda necesariamente las materias envueltas en la controversia o que sea aplicable al caso. Esta última es una cuestión de derecho que deberá ser resuelta en su momento por el Tribunal.

Dice el citado Artículo VI (4) del Tratado celebrado entre Ecuador y Estados Unidos:

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 la sociedad, según el párrafo 3.

A pesar de la claridad del texto, hay quien pretende argumentar que la remisión al párrafo 3 del mismo artículo, conlleva una exigencia de una nueva manifestación de consentimiento, dada expresamente para el caso. No es así. Para demostrarlo, basta examinar el alcance y significado de los cuatro primeros numerales del artículo VI, que son los pertinentes al tema.

Texto del artículo

Resumen del contenido

- I. 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.
- I. Define lo que ha de entenderse como una diferencia en materia de inversión, que es el tipo de controversia

susceptible de someterse a una de las vías de solución descritas en los numerales siguientes.

De paso, conviene advertir que cuando el texto alude a "las Partes", se refiere a los estados suscriptores del Tratado, es decir Ecuador y los Estados Unidos. En cambio, el texto utiliza la expresión "un nacional o sociedad" de la otra parte, para referirse al inversionista, que puede ser una persona natural o una persona jurídica.

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

2. Se presentan aquí tres vías de solución para las controversias que surjan en relación con la inversión.

Pero, además, se establece que, si la controversia no se soluciona amigablemente, quien escoge la vía es el inversionista o, como dice el texto del artículo "*la sociedad o el nacional interesado*".

Escoger a cuál de las tres vías se somete la controversia es, entonces, una facultad del inversionista.

3.

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

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

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

3. Establece el arbitraje como la tercera vía de solución. En concordancia con el numeral anterior, escoger esta vía es una prerrogativa del inversionista.

Como el arbitraje requiere del consentimiento de los dos contendientes, en este numeral se le exige al inversionista que al optar por esta vía consienta por escrito en someter la controversia a cualquiera de los sistemas de arbitraje mencionados en la disposición. Específicamente, la opción se ejercita mediante esa manifestación de consentimiento del inversionista.

Si se requiere del consentimiento de ambos contendientes ¿Por qué se dirige en este numeral la exigencia a solamente uno de ellos, el inversionista?

La respuesta es sencilla: porque en el numeral siguiente consta ya, manifestado anticipadamente, el consentimiento del Estado receptor de la inversión.

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 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 junio de 1958 ("Convención de Nueva York").

4. Como se ve, el texto liga el consentimiento del Estado (que se presta en este Párrafo) con la opción que escoja el inversionista. En otros términos, lo que dice es que si el inversionista escoge la opción del arbitraje UNCITRAL, a ello consiente el Estado. Si el inversionista escoge la opción de un arbitraje CIADI, también consiente en ello el Estado.

Por esa razón, la parte final del párrafo 4 dice que ambas expresiones de consentimiento –la del inversionista, concretada en la opción que haya escogido y la del Estado expresada por anticipado en la primera parte del Párrafo 4-, hará las veces o deberá tenerse como la manifestación de consentimiento conjunto exigido por los dos instrumentos internacionales que menciona: el Convenio del CIADI y su mecanismo complementario y la Convención de Nueva York.

Como se ve, el texto liga el consentimiento del Estado prestado en el párrafo 4, con la opción que escoja el inversionista de entre las varias que en el párrafo 3 se ofrecen como vías para la solución de las controversias que surjan en relación con su inversión. Si la posibilidad de escoger la opción arbitral le está vedada al inversionista por cualquier razón –por ejemplo, por haber acordado en un contrato someter la controversia a otra vía-, tal cuestión no puede considerarse que aparezca manifiestamente de los documentos en cuestión, porque depende de un análisis jurídico acerca del sentido y alcance de las disposiciones de cada instrumento. Por eso, la posibilidad de invocar válidamente para el caso concreto el consentimiento prestado en el Tratado, como se ha

explicado, no consiste en una mera cuestión de hecho, sino que es una cuestión de derecho que deberá ser resuelta por el Tribunal, no por la Secretaría del CIADI al momento del Registro.

Tesis equivocada 7

El CIADI no tiene jurisdicción sobre el caso, porque el contrato de Occidental excluye del arbitraje las cuestiones relacionadas con la caducidad, las cuales deben ventilarse en el Ecuador ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

La solicitud de arbitraje no se refiere exclusivamente a cuestiones relacionadas con la caducidad de la concesión. Hay reclamaciones de Occidental que nada tienen que ver con la caducidad, por ejemplo la relativa a la interferencia del Estado en el contrato, supuestamente producida por la aprobación de las últimas reformas a la Ley de Hidrocarburos.

Al haber una reclamación no excluida del arbitraje, el argumento que aquí se analiza deja de ser eficaz como fundamento para desconocer la jurisdicción del CIADI. Por consiguiente, aunque es cierto que según el contrato entre Petroecuador y Occidental el arbitraje no procede respecto de la caducidad, tal argumento conduce a cuestionar la competencia del Tribunal, no la pertinencia del arbitraje en su totalidad. Falta de jurisdicción no es lo mismo que incompetencia.

Es así que las disposiciones del contrato de participación no excluyen el arbitraje. Sirven para limitar el ámbito de competencia del tribunal de arbitraje, excluyendo de dicho ámbito las cuestiones relacionadas con la caducidad del contrato. No sirven para evitar el arbitraje como tal.

Tesis equivocada 8

Designar un árbitro significa aceptar la procedencia del arbitraje.

No es así, ni en el sistema CIADI, ni en ningún otro sistema de arbitraje en el mundo.

De las mismas disposiciones ya citadas tanto del Convenio del CIADI como de las Reglas de Arbitraje, se concluye sin reserva que al participar en las decisiones relativas a la conformación del Tribunal, inclusive mediante la designación de un árbitro, las partes ejercitan un derecho que no interfiere con la posibilidad de que formulen luego las excepciones que crean procedentes, ni siquiera las relativas a la pertinencia del arbitraje, a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del Tribunal.

El artículo 41 del Convenio del CIADI reconoce la posibilidad de que una parte pueda alegar ante el Tribunal que la controversia cae fuera de los límites de su jurisdicción o que por cualquier razón el Tribunal carece de competencia para resolverla. A su vez, la Regla de Arbitraje 41 establece que tales alegaciones podrán presentarse hasta el último día del plazo fijado para contestar la de-

manda, si se trata de excepciones a la jurisdicción, o dentro de los 30 días posteriores a la conformación del Tribunal si la alegación consiste en que la reclamación carece manifiestamente de mérito, todo ello a pesar de que se trata de un tribunal conformado con intervención de las partes, según el Artículo 37 del Convenio y la Regla de Arbitraje número 1, que expresamente llama a las partes a constituir el Tribunal con toda diligencia, en cuanto se les notifique el Registro de la Solicitud de Arbitraje.

En la historia del arbitraje internacional, no hay un solo caso en el cual un Tribunal haya rechazado una alegación de incompetencia o de falta de jurisdicción, invocando como fundamento el hecho de que la parte demandada haya participado en la conformación del tribunal o haya designado a uno de los árbitros.

Al contrario, son frecuentes los casos en los cuales los tribunales se declaran incompetentes o reconocen que carecen de jurisdicción, a pesar de la participación del demandado en las decisiones relativas a la conformación del Tribunal. Así ocurrió por ejemplo en el caso en el cual la compañía canadiense EnCana reclamó la devolución del llamado IVA petrolero: el Ecuador designó a uno de los árbitros. Lo hizo por tres ocasiones, debido a que los dos primeros designados renunciaron a su cargo después de haberlo desempeñado por poco tiempo (Párrafo 3 del laudo). Luego Ecuador alegó que el Tribunal no tenía competencia para conocer de cuestiones tributarias, pues no estaban comprendidas entre las susceptibles de resolverse por arbitraje, según las disposiciones del Tratado sobre Inversiones celebrado entre Ecuador y Canadá (Párrafo 8). Finalmente, el Tribunal aceptó la alegación del Ecuador y se declaró incompetente (Párrafo 168) (9).

Para mencionar solamente uno de entre los fallos recientes redactados en español dentro del sistema CIADI, puede verse el dictado en el caso de *Empresas Lucchetti y Lucchetti Perú contra Perú*. El Tribunal, designado con la concurrencia de las partes (Párrafo 8) estimó que la reclamación planteada por *Lucchetti* "no está abarcada por el consentimiento del Perú a una jurisdicción internacional enmarcada en el Convenio Bilateral" por lo cual se declaró incompetente para conocer sobre el fondo de la controversia (10). El argumento es idéntico al del Ecuador y fue aceptado unánimemente por el Tribunal a pesar de que el Perú, el Estado demandado, intervino en la conformación del Tribunal y designó a uno de los árbitros.

Tesis equivocada 9

Los tribunales del CIADI siempre favorecen al inversionista.

Estadísticamente, en cualquier sistema local o nacional de administración de justicia, el porcentaje de casos en los que los jueces o tribunales dan la razón al reclamante, tiende a ser mayor. Es más, los especialistas consideran a esta tendencia como una característica positiva del sistema, porque muestra que se ha logrado disuadir en mayor porcentaje los reclamos infundados.

No es esta, sin embargo, la realidad del CIADI. Según la encuesta realizada por dicho Centro en 2004, en el 49%

del total de casos presentados, los tribunales dieron la razón al Estado. En el 17% de los casos, hubo un acuerdo transaccional entre las partes y solamente en el 22% se dio una sentencia favorable al inversionista. El porcentaje restante (12%) corresponde a casos discontinuados, es decir que no prosiguieron por desistimiento o abandono.

Tesis equivocada 10

El arbitraje no podrá continuar sin la comparecencia del Ecuador.

Todo lo contrario. Si el Ecuador no comparece al arbitraje y no se defiende, el procedimiento avanzará, concluirá más rápidamente y con mayores probabilidades de que se acepten las pretensiones de Occidental, dada la falta de contradictor. El párrafo 2 del artículo 45 del Convenio del CIADI es suficientemente explícito:

Si una parte dejare de comparecer o no hiciere uso de su derecho, podrá la otra parte, en cualquier estado del procedimiento, instar del Tribunal que resuelva los puntos controvertidos y dicte el laudo. Antes de dictar el laudo el Tribunal, previa notificación, concederá un período de gracia a la parte que no haya comparecido o no haya hecho uso de sus derechos, salvo que esté convencido que dicha parte no tiene intenciones de hacerlo.

Tesis equivocada 11

El laudo que dicte un tribunal del CIADI, una vez registrada la solicitud, no podría ejecutarse a menos que los tribunales de justicia ecuatorianos lo acepten, cosa que no harán porque sería contrario al orden público.

No es así. Según el artículo 54 del Convenio CIADI, "todo Estado contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de su territorio las obligaciones pecuniaras impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firma dictada por un tribunal existente en dicho Estado". En consecuencia, el laudo podría ejecutarse mediante los tribunales de justicia de cualquiera de los países signatarios del Convenio del CIADI, como si se tratara de una sentencia dictada por sus propios tribunales. Esto significa que al tener un laudo que le favorezca, el inversionista podría acudir a los órganos de administración de justicia de cualquier Estado en el cual el Ecuador tenga bienes.

Tesis equivocada 12

El caso Occidental está cerrado. La caducidad de la concesión fue declarada legalmente conforme a la ley ecuatoriana y nada hay que discutir.

Es cierto que la caducidad de la concesión fue declarada legalmente y que Occidental no tiene la razón.

¿Qué debe hacer una persona cuando es demandada a pesar de tener la razón? Por infundada que sea la demanda, esa persona tiene que acudir ante el juez y defenderse.

De igual manera, ante una demanda presentada ante un tribunal establecido en virtud de normas de derecho internacional que forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el Ecuador debe hacer valer sus derechos y defenderse ante ese tribunal.

No puede dejar de hacerlo, si quiere que su razón prevalezca, conforme se acaba de demostrar.

Notas

- (1) El texto completo del Convenio se puede consultar en:
<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partA.htm>
- (2) The ICSID Convention: A Commentary, Christoph H. Schreuer, página 933, párrafo 139 (La traducción es nuestra).
- (3) Christoph H. Schreuer, página 462, párrafo 54
- (4) Christoph H. Schreuer, op. cit. página 522, párrafos 5 y 7. (La traducción es nuestra. Énfasis añadido).
- (5) El texto completo del Informe puede consultarse en:
<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partB.htm>
- (6) Dicen estas disposiciones, en su parte pertinente: Art 36 (3) del Convenio: "El Secretario General registrará la solicitud salvo que, **de la información contenida en dicha solicitud**, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro". (El subrayado no está en el original). La Regla de Iniciación 6 (1)(b) dispone que si el Secretario General "**en base a la información contenida en la solicitud**" concluye "que la diferencia está manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro", deberá en cuanto pueda "notificar a las partes su denegación de registro de la solicitud y las razones en que se funda". (Las negritas no están en el original). El texto completo puede consultarse en: <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partD.htm>
- (7) CIADI, Reglas de Arbitraje, 41 (6). El texto completo se puede consultar en:
<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partF.htm>
- (8) El texto completo del Tratado puede consultarse en:
<http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=S&sLink=http://www.sice.oas.org/defaults.asp>
- (9) El texto completo del laudo puede consultarse en:
<http://ita.law.uvic.ca/documents/Encana-PartialAwardonJurisdiction.pdf>
- (10) El texto completo del laudo puede consultarse en:
<http://ita.law.uvic.ca/documents/lucchetti-spanish.pdf>