

El principio Pacta Sunt Servanda en las controversias derivadas de los Tratados Bilaterales de Inversión:

Análisis del caso Murphy Exploration and Production Company vs. República del Ecuador (CIADI No. ARB/08/4)

Pablo A. Zambrano

Sumario

1. Introducción. 2. Resumen del caso. 3. Cuestiones fundamentales que se decidieron en la sentencia. 3.1 Consentimiento para someterse a la jurisdicción del CIADI. 3.2 Inobservancia del plazo de seis meses de consultas y negociaciones. 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El carácter obligatorio de los tratados es uno de los temas que más le interesan al Derecho Internacional, puesto que los Tratados son la fuente principal¹ de esta rama del Derecho y que se basan en el principio *pacta sunt servanda*² (todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe), que

1. Así lo estableció el artículo 7 de la Convención de La Haya de 18 de octubre de 1907 que instituyó la Corte Internacional de Presas y así lo establece el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
2. Esta es una verdadera norma del *IUS COGENS*, que en palabras del profesor Eduardo JIMÉNEZ DE ARRECHAGA, "son normas sobre las cuales no se permiten acuerdo en contrario, ello está en la naturaleza intrínseca de la regla imperativa".

para muchos autores es la piedra angular del Derecho Internacional. Este principio está recogido en diversos instrumentos internacionales, como la Carta de la ONU, además de que existen dos Convenciones específicas sobre el Derecho de los Tratados, tanto para aquellos suscritos entre Estados como para aquellos suscritos entre Estados y organizaciones internacionales³.

La solución pacífica de las controversias es otro de los principios sustanciales del Derecho Internacional, puesto que la Carta de la ONU⁴ reconoce de manera clara y categórica la necesidad del mantenimiento de la paz y seguridad internacional. Por lo tanto los Estados y los demás sujetos internacionales deben utilizar métodos de solución pacífica a las controversias que puedan surgir entre ellos, siendo el Arbitraje uno de los más antiguos y útiles mecanismos a los cuáles se recurre para solucionar conflictos.

La supremacía de las normas del Derecho Internacional sobre el derecho interno es otro aspecto muy importante de materia y, aun cuando no existe unidad de criterios entre los diversos autores clásicos⁵, existen abundantes fallos de los Tribunales regionales (Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo, Tribunal Andino de Justicia) en los cuales se destaca la primacía que tienen los Tratados Internacionales sobre las normas de derecho interno.

3. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados (1969) y Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (1986).
4. Artículo 2 numeral 3 de la Carta de la ONU.
5. TRIEPEL y ANZILOTTI autores que propugnan la tesis "Dualista" defienden la posición de que las normas internas e internacionales son ordenamientos jurídico distinto e independientes, por lo que no puede aplicarse una norma de carácter internacional (aplicable entre Estados) a un individuo sometido al régimen jurídico de su Estado; mientras que autores como KEISEN, VERDROSS y SCHELLE defienden la tesis "Monista", esto es, el Derecho Internacional y el Derecho Interno es un solo sistema de normas, en el cual existe una jerarquía de las mismas, siendo las normas internacionales jerárquicamente superiores a las normas internas.

2. RESUMEN DEL CASO⁶

El 3 de marzo de 2008, la compañía estadounidense Murphy Exploration and Production Company –en adelante Murphy– presentó ante el CIADI una solicitud de Arbitraje en contra de la República del Ecuador, alegando que Ecuador no le brindó un trato justo y equitativo a su inversión, puesto que con la expedición de la Ley 42-2006, que modificó el artículo 55 de la Ley de Hidrocarburos, se violaron las cláusulas del contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 16 de la región amazónica ecuatoriana, contrato que fue suscrito por varias empresas que conformaron un consorcio el 27 de enero de 1986, al que Murphy llegó a ser parte con autorización de las autoridades ecuatorianas el 28 de julio de 1987, en virtud de ser beneficiaria de una cesión del 10% de derechos en el contrato.

Murphy consideró que la reforma legal del año 2006, mediante la cual el Estado ecuatoriano aumentaba su participación de los excedentes de los precios de venta de petróleo no pactados o no previstos, modificaba las cláusulas del contrato en el cual era parte como miembro del consorcio, al reconocer al Estado un 50% más de participación de los ingresos extraordinarios que se genere por diferencia de precios.

De igual manera, la demandante alegó que Ecuador al incumplir el Contrato, Ecuador violó la “cláusula paraguas” establecida en el artículo II(3)(c) del Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y Estados Unidos el 27 de agosto de 1993. Afirmó además, que Ecuador no le brindó protección y seguridad plena a su inversión, puesto que las medidas arbitrarias que tomó Ecuador perjudicaron su inversión y que, en definitiva, con la expedición de la Ley 42 y su reglamentación, Ecuador expropió su inversión⁷.

6. El texto completo del laudo se encuentra en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0548.pdf>

7. Párrafo 41 del laudo.

Los abogados representantes de Ecuador, presentaron siete excepciones a la jurisdicción del Tribunal del CIADI⁸, destacándose para efectos de este ensayo tres:

- 1) A la fecha en la que Murphy dio su consentimiento al arbitraje, el consentimiento de la República del Ecuador había dejado de existir, puesto que el 4 de diciembre de 2007 Ecuador, fundamentado en lo dispuesto en el artículo 25 (4) del Convenio CIADI notificó al CIADI que:
“La República del Ecuador no consentirá en someter a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), las diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros.”;
- 2) “Murphy no ha cumplido con el requisito de que las partes busquen un acuerdo amigable de las controversias mediante consulta y negociación antes de someterlas a arbitraje. Únicamente cuando se han realizado dichos intentos y no han dado resultado es que un tribunal establecido adquiere jurisdicción en virtud del TBI”, por lo que la demandante no hizo esfuerzo para consultar o negociar su reclamo, habiendo notificado a Ecuador la existencia de una controversia relacionada con el TBI el 29 de febrero de 2008 y presentando la solicitud de arbitraje el 3 de marzo de 2008; y,
- 3) Murphy no cumplió con “el período obligatorio de seis meses de espera requerido por el TBI antes de poder someter sus reclamo a arbitraje”.

El Tribunal conformado por Raúl E. Vinuesa, Horacio Grigera Naón y Rodrigo Oreamuno Blanco, realizó un pormenorizado análisis de la alegación de jurisdicción propuesta por la República del Ecuador. Por decisión unánime, el Tribunal decidió rechazar la excepción planteada por Ecuador con respecto a la inexistencia de su consentimiento para someterse a la jurisdicción

8. Se encuentran detalladas en los párrafos 43 a 51 del laudo.

del CIADI; y por mayoría, de los Árbitros Vinuesa y Oreamuno, acoger la alegación de Ecuador en el sentido de que la accionante Murphy inobservó el plazo de seis meses de consultas y negociaciones que establece el Artículo VI del TBI suscrito entre Ecuador y Estados Unidos. Como consecuencia de lo anterior, resolvió que el CIADI no tiene jurisdicción para tramitar la demanda y el Tribunal carece de competencia para resolverlo. Por mayoría declaró que las partes deben asumir a mitades los honorarios y gastos del Tribunal, así como los derechos de uso del CIADI, y pagar cada una los honorarios de sus abogados⁹.

El Árbitro Horacio Grigera Naón, emitió un voto parcial disidente y se apartó de la mayoría, al considerar que la controversia se originó con la promulgación de la Ley 42 (25 de abril de 2006), además de que la compañía REPSOL, operadora del consorcio del cual Murphy era parte, envió una nota al gobierno ecuatoriano (informándole de las violaciones al convenio suscrito entre España y Ecuador), por lo que si existió el cumplimiento del requisito previo por parte de Murphy para presentar la demanda de arbitraje; finalmente analiza la "*futilidad de las negociaciones*" toda vez que las partes mantenían una posición firmemente antagónica; además de que el Presidente de Ecuador realizó unas declaraciones en que mencionaba que los contratos petroleros anteriores se transformarían en contratos de servicios, esto es una "concepción jurídica distinta del régimen instrumentado a través de los contratos petroleros"¹⁰, por lo que todo proceso de negociación habría sido infructuoso.

9. Párrafo 161 del laudo.

10. Párrafo 25 del voto disidente parcial.

3. CUESTIONES FUNDAMENTALES QUE SE DECIDIERON EN LA SENTENCIA

3.1 Consentimiento para someterse a la jurisdicción del CIADI

El 27 de agosto de 1993, Ecuador y Estados Unidos de América, suscribieron un Tratado Bilateral de Inversiones, el mismo que en el Artículo VI diversas formas de solución de controversias, una vez que surja una diferencia entre una Parte y un nacional o una sociedad de la otra Parte, entre las cuales figura el 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 Convenio¹¹, es decir hay una obligación emanada de un Tratado Internacional para el sometimiento al arbitraje ante el CIADI.

Ahora bien, los TBI son tratados internacionales, de carácter específico, pero como todos los tratados se encuentran sometidos a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Dicha Convención es un instrumento fundamental, que codifica las normas de la costumbre internacional que los Estados utilizaban para la adopción de Tratados y que fue elaborada a instancias del trabajo que realizó la Comisión de Derecho Internacional creada por la ONU, que en palabras de TRUYOL Y SERRA "desempeñó un papel de primer orden, en particular, por sus proyectos de convenios sujetos a discusión y aprobación por parte de conferencias de Naciones Unidas consagradas a las diferentes ramas del Derecho Internacional. Bastará recordar aquí las convenciones de Ginebra de 1958 y de Montego Bay 1982 sobre el

11. Artículo VI numeral 3 del TBI.

Derecho del mar, las de Viena sobre el Derecho de las relaciones diplomáticas (1961), el Derecho de las relaciones consulares (1963) y el Derecho de los tratados (1969)"¹².

Precisamente, el Tribunal de Arbitraje en el caso Murphy hace mención a la Convención de Viena, cuando analiza las objeciones de Ecuador en relación a la jurisdicción del Tribunal, respecto a la notificación que dicho Estado hizo al CIADI el 4 de diciembre de 2007 sobre decisión de no consentir someter controversias ante el CIADI que versen sobre actividades económicas relacionadas con recursos naturales, incluido petróleo, notificación fundamentada en el artículo 25 (4) de la Convención que crea el CIADI.

Para el Tribunal, el artículo 25 (4) "les permite a los Estados contratantes notificar al Centro la clase de diferencias que aceptarían someter, *en el futuro*, a su jurisdicción"¹³, lo que no es aplicable en este caso, por lo que para el Tribunal una notificación hecha conforme al artículo 25(4) del Convenio CIADI no puede modificar unilateralmente el consentimiento dado en otro tratado. El consentimiento del Estado en el presente caso está plasmado en un tratado celebrado entre dos Estados soberanos (el TBI entre Ecuador y los Estados Unidos de América), que genera derechos a favor de los inversores de uno y otro Estado. El principio *pacta sunt servanda* exige la observancia de buena fe de todas las obligaciones contenidas en el TBI. En este sentido, el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados bajo el título *pacta sunt servanda*, prescribe que "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe"¹⁴.

Esta argumentación del Tribunal es la clave y la esencia misma de la motivación jurídica que le permite rechazar, por unanimidad de los tres árbitros, la alegación por parte de Ecuador sobre la incompetencia del Tribunal en virtud de una declaración unilateral que pretende excluir las obligaciones emanadas de un

12. TRUYOL y SERRA Antonio, "Historia del Derecho Internacional", Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

13. Párrafo 72 del laudo.

14. Párrafo 73 del laudo.

Tratado Internacional, puesto que no el TBI suscrito entre Ecuador y Estados Unidos, ni el Convenio CIADI "permiten a las partes retirarse de su aplicación con efecto inmediato"¹⁵.

Si bien es cierto el retiro, la terminación o la enmienda de los tratados y en este caso del TBI, son permitidas, dichas acciones deben estar regidas por las normas de dicho Tratado y, supletoriamente, por las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en virtud de que tales normas son consideradas normas del Derecho Internacional general. De hecho, el artículo 54 de la Convención de Viena dispone que "La terminación de un tratado o el retiro de una Parte podrán tener lugar: a) Conforme a las disposiciones del tratado; o b) En cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes" y el artículo XII.2 del TBI dispone que "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".

Por lo tanto las alegaciones de Ecuador, respecto a su declaración unilateral de no someter cierto tipo de controversias ante el CIADI, quedan sin sustento jurídico alguno, puesto que violan el elemental principio *pacta sunt servanda* que es la piedra angular del Derecho Internacional moderno.

Si es que un Estado no tiene cabal comprensión de sus obligaciones internacionales y es incapaz de aceptar la existencia de principios básicos del Derecho Internacional, sin lugar a dudas perderá credibilidad en el contexto internacional –desde el punto de vista de la política internacional– e incluso puede incurrir en una violación grave del Derecho Internacional, que acarrea responsabilidad internacional.

Sin duda este argumento de defensa de Ecuador no tenía el sustento jurídico y fáctico adecuado, ya que la consecuencia ele-

15. Párrafo 87 del laudo.

mental de un Tratado Internacional que está vigente, es que el mismo entra a regir y produce efectos "sobre todo el territorio sometido a competencia del Estado contratante. Los órganos estatales, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, están obligados a cumplir y hacer cumplir las disposiciones de los tratados"¹⁶, precisamente son los órganos del Estado y, en este caso el Jefe de Estado, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores los llamados a hacer cumplir las normas internacionales vigentes y no deberían promover el incumplimiento de las mismas.

Es importante mencionar que la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno ha sido ampliamente reconocida por los Tribunales Internacionales desde hace décadas, así por ejemplo la Corte Permanente de Justicia Internacional en varios casos establece la supremacía del Derecho Internacional:

- i) Caso del Tratamiento de nacionales polacos en Dazing argumenta que "Debe observarse que de acuerdo con los principios jurídicos generales, un Estado no puede alegar contra otro Estado su propia Constitución con vistas a evadir obligaciones que le incumben de acuerdo con el derecho internacional o con tratados vigentes"¹⁷
- ii) Caso de las comunidades greco búlgaras: "Es un principio generalmente aceptado del derecho internacional que en las relaciones entre las potencias que son partes contratantes de un tratado, las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las del tratado"¹⁸

El Tribunal Andino de Justicia, de igual manera se ha pronunciado varias veces por la supremacía del Derecho Comunitario frente a las normas del Derecho Interno, a continuación dos ejemplos:

16. GAMBOA SERAZZI Fernando y FERNANDEZ UNDURRAGA Macarena, *Tratado de Derecho Internacional Público y Derecho de Integración*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2006.

17. Citado por Julio BARBOZA "Derecho Internacional Público", Segunda Edición, Editorial Zavalla, Buenos Aires, 2008.

18. *Ibidem*.

- i) Proceso 30-IP-98: En primer término, es necesario puntualizar que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, dada la característica intrínseca de primacía, requisito este existencial para la construcción integracionista. Así lo reconoció la Comisión del Acuerdo de Cartagena integrada por los Plenipotenciarios de los Países Miembros, en el pronunciamiento aprobado durante su Vigésimo Noveno Período de Sesiones Ordinarias (Lima, 29 mayo - 05 junio 1980), cuando declaró la "validez plena" de los siguientes principios:
 - a) El ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena tiene identidad y autonomía propias, constituye un derecho común y forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales.
 - b) El ordenamiento jurídico del Acuerdo prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros.¹⁹
- ii) Proceso 34-AI-2001 realizó las siguientes consideraciones: "En cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en el caso corresponde a la comunidad. En otros términos, la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitaria (...). Se trata, del efecto directo del principio de aplicación inmediata y de primacía que en todo caso ha de concederse a las normas comunitarias sobre las internas (...)". En definitiva, frente a la norma comunitaria, los Estados Miembros "(...) no pueden formular reservas ni desistir unilateralmente de aplicarla, ni pueden tampoco escudarse en disposiciones vigentes o en prácticas usuales de su orden interno para justificar el incumpli-

19. intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/30-IP-98.doc

miento o la alteración de obligaciones resultantes del derecho comunitario.²⁰

Pero no sólo la jurisprudencia, sino que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, de la cual el Ecuador es parte, en su artículo 27 manda que "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46" por lo tanto existe norma expresa, la doctrina lo reafirma y los Tribunales Internacionales han aplicado el principio de supremacía de las normas internacionales sobre las normas internas.

Es claro entonces que la supremacía del Derecho Internacional tiene su razón de ser en la seguridad jurídica y la certeza que debe existir en el ámbito internacional para regular las relaciones de los Estados y los demás sujetos internacionales. Las normas contenidas en los Tratados tienen una preeminencia sobre las normas internas, por lo tanto los Tratados deben ser respetados tanto en el ámbito interno como externo de los Estados, puesto que si fuese al contrario, existiría un caos jurídico a nivel mundial que simplemente impediría cualquier tipo de interacción y relacionamiento entre los Estados, por la carencia de un orden normativo.

Por lo tanto la defensa de Ecuador al objetar la jurisdicción del CIADI, mediante el desconocimiento de normas internacionales (TBI y Convenio CIADI) fundamentado en una nota diplomática enviada al Secretario del CIADI en la cual el Estado manifiesta su desconocimiento a la jurisdicción de dicho Centro (con base a normas de su derecho interno), no se sujeta a las normas de Derecho Internacional y deviene en improcedente, puesto que, como menciona el Tribunal "el retiro, la terminación o enmienda del TBI deben regirse por las normas de ese Tratado y, supletoriamente, por el Derecho Internacional General, codificado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados"²¹ reafirmando además el Tribunal, que con esta alegación de

20. intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/34-A1-2001.doc

Ecuador se "pretende desconocer los alcances y efectos hacia el futuro que tiene la segunda oración de su notificación de diciembre de 2007, ignorar la irrevocabilidad de su consentimiento al arbitraje CIADI otorgado en el TBI y violentar las normas aplicables al retiro y a la modificación de las obligaciones contraídas por esa Nación, tanto en el TBI como en el Convenio CIADI"²².

3.2 Inobservancia del plazo de seis meses de consultas y negociaciones

Los abogados de la República del Ecuador argumentaron que Murphy incumplió la disposición contenida en el artículo VI (3) (a) del TBI que dispone la espera de seis meses previo a la presentación de la demanda de arbitraje, ya que Murphy notificó al Ecuador el 29 de febrero de 2008 mediante carta, que tenía un reclamo originado en una inversión hecha según el TBI, por lo que su representada apenas conoció de la existencia de la controversia a partir de esa fecha, y Murphy presentó su solicitud de arbitraje ante el CIADI casi inmediatamente, esto es el 3 de marzo de 2008.

Por otro lado "la demandante sostiene que la controversia surgió en abril de 2006, cuando el gobierno sancionó la Ley 42 y, por lo tanto, el período de seis meses contados a partir de esa fecha se cumplió en septiembre del 2006"²³, de acuerdo con Murphy el período de espera se cuenta a partir de la fecha en la que el Estado tuvo conocimiento de la controversia y no desde la fecha en que formalmente, mediante una carta o comunicación, se establece el reclamo. Sin embargo, Murphy no toma en cuenta lo dispuesto en el número 2 del artículo VI del TBI que dispone "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

21. Párrafo 86 del laudo.

22. Párrafo 88 del laudo.

23. Párrafo 93 del laudo.

optar por someterla a una de las siguiente vías para su resolución”.

La norma del TBI antes citada es precisamente la cláusula que determina la obligación de tener un “período de enfriamiento” que permita a las partes explorar la posibilidad de llegar a un acuerdo amistoso, sin necesidad de recurrir a un procedimiento jurisdiccional y costoso como lo es un Arbitraje.

De acuerdo con Rubén Eduardo TEMPONE

La etapa de negociaciones directas o consultas amistosas, refleja el esfuerzo del sistema por conciliar la tensión que subyace en toda controversia en materia de inversiones extranjeras. Por un lado, las expectativas del inversor extranjero de que las condiciones políticas, económicas y legales, bajo las que concibió su proyecto financiero, permanezcan durante el transcurso del mismo. Por otro lado, la potestad soberana del estado de regular la actividad económica, según lo que requieran las necesidades sociales o políticas-económicas en un determinado momento... Por ello, la habilitación del procedimiento jurisdiccional requiere que las partes agoten esta primera etapa²⁴.

Para TEMPONE, la etapa de negociación permite conciliar las posiciones de las partes en un momento de alta tensión como lo es la notificación de una controversia que hace el inversionista al Estado. Esta fase genera un espacio en el cual se puede analizar y discutir abiertamente sobre los desacuerdos existentes, pudiendo las partes analizar a fondo el problema y gestionar el mismo a través de distintas técnicas de negociación. Importante también destacar la obligación de agotar esta etapa previa a un Arbitraje, que no es un requisito de forma, sino de fondo, como se verá más adelante.

El Tribunal considera que el requisito de espera de seis meses contado desde la fecha en que surgió la diferencia, “comprende toda diferencia en materia de inversión”²⁵. Precisamente el Tri-

24. TEMPONE Rubén Eduardo, “Protección de Inversiones Extranjeras”, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires 2003.

bunal manifiesta que coincide con lo expresado en la decisión sobre jurisdicción que se adoptó en el caso *Burlington vs. Ecuador*²⁶, en el cual considera el significado de "diferencia" remite a la definición de "diferencia en materia de inversión", por lo que si Murphy fundamentó su solicitud de arbitraje en la violación del TBI, el Tribunal debe tener en consideración aquella diferencia en materia de inversión que sea pertinente y relacionada con una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido en el mismo TBI, debiendo existir de forma clara y precisa "un reclamo sobre la presunta violación del TBI"²⁷.

Aun cuando el TBI no exige un requisito formal de notificación, es necesario que el Estado tenga conocimiento de las alegaciones sobre presuntas violaciones al mismo, previo a activar el Arbitraje, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo VI de dicho Tratado. Dentro del proceso Murphy no aportó evidencia suficiente que demuestre que Ecuador tuviera conocimiento de la existencia de una diferencia relacionada con el TBI, con anterioridad al 28 de febrero de 2008²⁸, siendo evidente que la presunta violación del TBI debe obligatoriamente ser conocida por la parte demandada, para poder computar efectivamente el plazo de los seis meses y permitir a las partes resolver sus diferencias de manera negociada.

El Tribunal cita el caso *Lauder contra la República Checa*, en el que los Árbitros dijeron

*Sin embargo, el período de espera no corre desde la fecha en la que ocurrió el alegado incumplimiento sino desde la fecha en la cual se le avisó al Estado de que ese incumplimiento ha ocurrido. Esto resulta del propósito del período de espera, que es el de permitirle a las partes celebrar negociaciones de buena fe antes de iniciar el arbitraje*²⁹.

25. Párrafo 99 del laudo.

26. Caso CIADI No. ARB/08/5 Decisión sobre jurisdicción del 2 de junio de 2010.

27. Párrafo 103 del laudo.

28. Ver párrafo 105 del laudo.

29. Caso *Ronald S. Lauder vs. República Checa* sustanciado bajo reglas de la CNUDMI del 3 de septiembre de 2001.

Murphy alegó que Ecuador tuvo conocimiento de la controversia por medio de la Embajada de los Estados Unidos de América en ese país, cuando esta criticó la Ley, además de que su subsidiaria en Ecuador y el operador del Consorcio, REPSOL, impugnaron la aplicación de las medidas durante el tiempo en que trabajaron con el Gobierno para negociar una resolución amigable. De igual manera afirmó que "aun cuando no hubiere cumplido con el Artículo VI del TBI –aunque sí lo hizo– estaría excusado de hacerlo ya que las negociaciones con el Ecuador resultaban inútiles"³⁰, en clara alusión a la nueva política petrolera implementada por el gobierno del presidente Correa. Finalmente, en criterio de Murphy, el incumplimiento de un período de espera no constituye un impedimento para la jurisdicción, puesto que es un "requisito procesal" y no jurisdiccional.

Este argumento no fue aceptado por el Tribunal, puesto que

*la obligación de negociar es una obligación de medio, no de resultado. Nadie está obligado a llegar a un acuerdo pero sí a intentarlo. Para determinar si unas negociaciones serán exitosas o no, lo primero que deben hacer las partes es iniciarlas. La obligación de consultas y negociaciones es de ambas partes*³¹.

De igual manera, el Tribunal consideró como inaceptable la posición de Murphy de que los requisitos procesales son de una categoría inferior a los jurisdiccionales y en consecuencia, su inobservancia no tiene consecuencias jurídicas, puesto que se está violando el artículo 31 de la Convención de Viena que trata sobre la interpretación de los Tratados Internacionales. El Tribunal transcribe una alegación de Ecuador, en referencia al caso *ENRON vs. Argentina*, en la cual el Tribunal dijo

el tribunal desea señalar, en este sentido, que la conclusión alcanzada no se debe a que el período de seis meses de negociación pudiera ser un mero requisito de procedimiento de carácter no jurisdiccional, como han argumentado las Demandantes y afirmado otros tribuna-

30. Párrafo 117 del memorial de objeciones a la jurisdicción de la demandada presentado por Murphy.

31. Párrafo 135 del laudo.

les. En opinión de este Tribunal, dicho requisito reviste, sin duda, carácter jurisdiccional. Su incumplimiento conduciría a que se determinara la falta de jurisdicción³².

En base a los razonamientos jurídicos y a la jurisprudencia citada, el Tribunal, por mayoría, considera que Murphy no cumplió con lo previsto en el Artículo VI del TBI suscrito entre Ecuador y Estados Unidos, por lo que la consecuencia de dicho acto constituye un grave incumplimiento, que resulta en la incompetencia del Tribunal para conocer el caso.

4. CONCLUSIONES

El análisis de un caso ante el CIADI permite hacer un estudio de diversos tópicos de gran interés en el Derecho Internacional, que son de gran utilidad y sobre todo vigentes puesto que existen varios casos que se están sustanciando ante Tribunales Internacionales de Arbitraje que se fundamentan en los TBI, en los cuales han sido demandados países sudamericanos.

Como se mencionó en el resumen del caso, Murphy presentó una demanda fundamentada en el TBI suscrito entre la República del Ecuador y Estados Unidos. Los TBI son instrumentos muy utilizados en los países en vías de desarrollo, sin embargo han recibido varias críticas, por cuanto los inversionistas utilizan el arbitraje como un mecanismo de presión por parte de inversionistas extranjeros y empresas multinacionales en contra de los Estados, puesto que en virtud de estos tratados los países ceden una potestad pública fundamental, la de juzgar, a Tribunales Internacionales lo cual es considerado una pérdida de la soberanía para gobiernos, como lo han mencionado las máximas autoridades de algunos países de la región.

Aun cuando existen grandes críticas a los TBI y países como Ecuador han entrado en un proceso de denuncia de todos estos

32. *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P., vs. Republica Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/13.

Tratados, mientras los mismos se encuentren en vigencia o sigan generando efecto, deben ser respetados en virtud del principio *pacta sunt servanda*, el mismo que es sustancial para la existencia del Derecho Internacional. El respeto a los Tratados y demás obligaciones internacionales es una norma de convivencia elemental que deben respetar los Estados y los demás sujetos internacionales, y en caso de incumplimiento los Tribunales son los llamados a hacerlos respetar, como se lo hizo en el presente caso.

En este fallo analizado, el Tribunal adoptó una decisión que es clave y correcta para salvaguardar los principios y las normas del Derecho Internacional, puesto que no se pueden soslayar ciertas disposiciones de un Tratado Internacional para aplicar otras, así como tampoco se pueden aceptar argumentos como los esgrimidos en la primera alegación de Ecuador, toda vez que se violan disposiciones expresas del TBI y de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

