

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

WASHINGTON, D.C.

En el proceso de anulación entre

**OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION
OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY**

-y-

LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

(Caso CIADI No. ARB/06/11)

DECISIÓN SOBRE ANULACIÓN DEL LAUDO

Miembros del Comité

Prof. Juan Fernández-Armesto, Presidente
Juez Florentino P. Feliciano, Miembro del Comité
Sr. Rodrigo Oreamuno B., Miembro del Comité

Secretario del Comité

Sr. Gonzalo Flores

Representando a las Demandantes:

Sr. Donald P. de Brier
Sra. Marcia E. Backus
Occidental Petroleum Corporation
Occidental Exploration and Production
Company
Los Angeles, CA

y

Sra. Laura C. Abrahamson
O'Melveny & Myers
Los Angeles, CA

y

Sr. David W. Rivkin
Sra. Marjorie J. Menza
Sra. Aimee-Jane Lee
Sr. Benjamin M. Aronson
Sra. Alexandra von Wobeser
Debevoise & Plimpton LLP
New York, NY

y

Sr. Gaëtan Verhoosel
Sra. Carmen Martínez López
Three Crowns LLP
Londres,
Reino Unido

Representando a la República del Ecuador:

Dr. Diego García Carrión
Procurador General del Estado

Sr. George von Mehren
Sr. Stephen P. Anway
Squire Patton Boggs (US) LLP.

Prof. Eduardo Silva Romero
Sr. José Manuel García Represa
Sra. Audrey Caminades
Dechert (Paris) LLP

Prof. Pierre Mayer

Fecha de envío a las partes: 2 de noviembre de 2015

TABLA DE CONTENIDO

Lista de Términos Definidos	5
Lista de Casos Citados	9
I. El Arbitraje.....	13
2. Resumen de la controversia	13
3. Hechos precedentes.....	13
4. Decisión sobre Competencia y Laudo.....	20
II. El Procedimiento de Anulación.....	24
III. Causales de Anulación en el Convenio.....	26
1. Extralimitación manifiesta en las facultades.....	26
2. Quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento	29
3. Omisión de la expresión de los motivos	29
IV. Resumen General de los Fundamentos para la anulación	31
V. La Decisión sobre Competencia.....	32
1. Las excepciones sobre Abitrabilidad	32
A. Posición de la Demandada	34
B. Posición de las Demandantes.....	34
C. La decisión del Comité	35
2. Excepción sobre legitimidad	37
A. Posición de la Demandada	38
B. Posición de las Demandantes.....	38
C. La decisión del Comité	39
3. La excepción de inadmisibilidad	41
A. Posición de la Demandada	41
B. Posición de las Demandantes.....	41
C. La decisión del Comité	42
4. La excepción sobre negociación.....	43
A. Posición de la Demandada	44
B. Posición de las Demandantes.....	45
C. La decisión del Comité	45
VI. Anulación parcial por haber asumido erróneamente competencia sobre el 40% de la inversión de las demandantes.....	47
1. El Laudo	49
2. Posición de la Demandada	54

A.	El ejercicio de competencia <i>ratione personae</i> sobre Andes	54
B.	Falta de aplicación de las normas de Derecho Internacional de daños apropiadas.....	55
C.	La inexistencia de la cesión del Acuerdo Farmout	55
3.	Posición de las Demandantes	56
A.	El ejercicio de competencia <i>ratione personae</i> sobre Andes	56
B.	Falta de aplicación de las normas del derecho internacional sobre daños apropiadas.....	57
C.	La inexistencia de la cesión del Acuerdo Farmout	57
4.	La decisión del Comité	58
A.	Hechos subyacentes y legislación aplicable	59
B.	Extralimitación en las facultades al declararse competente sobre la inversión de Andes	71
VII.	Otras Causales de Anulación	83
1.	El principio de proporcionalidad	84
A.	Posición de la Demandada	84
B.	Posición de las Demandantes.....	85
C.	La decisión del Comité	86
2.	La conclusión de la negligencia	92
A.	Posición de la Demandada	92
B.	Posición de las Demandantes.....	93
C.	La decisión del Comité	94
3.	<i>Res iudicata</i>	98
A.	Posición de la Demandada	99
B.	Posición de las Demandantes.....	100
C.	La Decisión del Comité	101
4.	El modelo de FCD como metodología exclusiva de valuación.....	102
A.	Posición de la Demandada	103
B.	Posición de las Demandantes.....	104
C.	La Decisión del Comité	105
5.	La decisión de ignorar la Ley 42 al valorar los daños de las Demandantes	107
A.	Posición de la Demandada	108
B.	Posición de las Demandantes.....	111
C.	La Decisión del Comité	115
6.	La decisión de ignorar la Ley Interpretativa del IVA.....	127
A.	Posiciones de las partes.....	130

B.	La Decisión del Comité	131
7.	La decisión de hacer caso omiso de las alternativas a la caducidad	132
A.	Posiciones de las partes.....	132
B.	La Decisión del Comité	133
8.	El correo electrónico del Tribunal fechado el 15 de febrero de 2011 ..	133
A.	Posiciones de las partes.....	134
B.	La Decisión del Comité	135
VIII.	Costas y Honorarios	137
IX.	Resumen	138
X.	Decisión	140

LISTA DE TÉRMINOS DEFINIDOS

Acuerdo de Operación Conjunta	Acuerdo suscrito entre OEPC y AEC con el objetivo de implementar el Acuerdo Farmout.
Acuerdo Farmout / Farmout	Acuerdo suscrito el 19 de octubre de 200 entre OEPC y AEC.
Acuerdos Farmout	El Acuerdo Farmout junto con el Acuerdo de Operación Conjunta.
AEC	City Investing Company Limited, una compañía de Bermuda, o su casa matriz Alberta Energy Corporation Ltd., una compañía de Canadá.
Andes	Andes Petroleum Co.
Arbitraje del IVA	<i>Occidental Exploration y Production Company c. República de Ecuador</i> , Caso LCIA No. UN3467.
C I	Memorial de Contestación sobre Anulación de las Demandantes, 18 de octubre de 2013.
C II	Dúplica sobre Anulación de las Demandantes, 28 de febrero de 2014.
Carta Acuerdo	Carta Acuerdo suscripta entre Andes y OEPC el 22 de febrero de 2006.
CE	Constitución del Ecuador de 1998.
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.
Código Civil	Código Civil de Ecuador, Suplemento 46 del Registro Oficial de 24 de junio de 2005.
Contrato de Participación	Contrato suscrito el 21 de mayo de 1999 entre OEPC y PetroEcuador para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 15 de la Región Amazónica Ecuatoriana.
Contratos Participativos	El Contrato de Participación junto con los convenios para la explotación unificada de las reservas comunes de los yacimientos Edén Yuturi y Limoncocha.
Convenio del CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional.

Correo Electrónico de Febrero	Correo electrónico del Presidente del Tribunal a las partes, de 15 de febrero de 2011.
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados aprobada el 23 de mayo de 1969.
Decisión sobre Competencia	<i>Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador</i> , Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre Competencia, 9 de septiembre de 2008.
Decreto de Caducidad	Decreto emitido por el Ministro de Energía y Minas de Ecuador del 15 de mayo de 2006, que puso término al Contrato de Participación.
Demandantes	OEPC y OPC.
DNH	Dirección Nacional de Hidrocarburos del Ecuador.
Ecuador / República/ Demandada	La República de Ecuador.
Excepción de Inadmisibilidad	Excepción de inadmisibilidad de Ecuador, según se define en el párrafo 106 <i>infra</i> .
Excepción sobre Arbitrabilidad	Excepción jurisdiccional de Ecuador, según se define en el párrafo 71 <i>infra</i> .
Excepción sobre Competencia	Excepción jurisdiccional de Ecuador, según se define en el párrafo 70 <i>infra</i> .
Excepción sobre Legitimidad	Excepción jurisdiccional de Ecuador, según se define en los párrafos 86 y siguientes <i>infra</i> .
Excepción de Negociación	Excepción jurisdiccional de Ecuador, según se define en el párrafo 119 <i>infra</i> .
FCD	Flujo de caja descontado.
HT	Transcripción en castellano de la Audiencia celebrada en París entre el 7 y el 10 de abril de 2014.
IVA	Impuesto al Valor Agregado.
Laudo	<i>Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador</i> , Caso CIADI No. ARB/06/11, Laudo, 5 de octubre de 2012.

Laudo del IVA	<i>Occidental Exploration y Production Company c. República de Ecuador</i> , Caso LCIA No. UN3467, Laudo, 1 de julio de 2004.
Ley 42	Ley de modificación de la LHC, sancionada por el Congreso de Ecuador el 19 de abril de 2006 y publicada en el Registro Oficial el 25 de abril de 2006.
Ley Interpretativa del IVA	Ley de interpretación del artículo 69-A (72) de la Ley de Régimen Tributario Interno (Ley No. 2004-41) sancionada por el Congreso del Ecuador el 2 de agosto de 2004.
LHC	Ley de Hidrocarburos del Ecuador.
Ministro	Ministro de Energía y Minas del Ecuador.
OEPC	Occidental Exploration and Production Company.
OPC	Occidental Petroleum Corporation.
Opinión Disidente	<i>Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador</i> , Caso CIADI No. ARB/06/11, Opinión Disidente de la Prof. Brigitte Stern, 5 de octubre de 2012.
Participación del Estado	Ingreso del Estado relacionado con la exploración y explotación de depósitos de crudo denominada “participación del Estado en los excedentes de los precios de venta de petróleo” creada por la Ley 42.
PetroEcuador	Compañía nacional de petróleos de Ecuador, sucesora de la “Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana”. Hoy denominada “Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador”.
Propiedad Farmout	Concepto amplio según se define en la cláusula 1.01 del Acuerdo Farmout, ver párrafo 194 <i>infra</i> .
R I	Memorial sobre Anulación de Ecuador, 12 de agosto de 2013.
R II	Réplica sobre Anulación de Ecuador, 6 de enero de 2014.
R III	Alegato de Apertura de Ecuador en la Audiencia sobre Anulación, 7 de abril de 2014.
Reglas de Arbitraje del CIADI	Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje en el CIADI de abril de 2006.

Réplica sobre Competencia	Escrito de la Demandada de 23 de abril de 2008.
Solicitud	Solicitud de anulación del Laudo de 9 de octubre de 2012.
Solicitud de Arbitraje	Solicitud de arbitraje presentada por las Demandantes el 17 de mayo de 2006.
TJE	Trato justo y equitativo.
TBI/ TBI Ecuador-EEUU/ Tratado	Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmado el 27 de agosto de 1993.
VJM	Valor justo de mercado.

LISTA DE CASOS CITADOS

- AES** *AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erözü Kft c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/22, Decisión del Comité *ad hoc* sobre la Solicitud de Anulación, 29 de junio de 2012.
- Amco II** *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia* Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión sobre Anulación, 3 de diciembre de 1992.
- Alemanni** *Giovanni Alemanni y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/8, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 17 de noviembre de 2014.
- Azurix** *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006.
- Azurix (Anulación)** *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina, 1 de septiembre de 2009.
- Caratube** *Caratube International Oil Company LLP c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/08/12, Decisión sobre la Solicitud de Anulación de Caratube International Oil Company LLP, 21 de febrero de 2014.
- Chorzów Factory** *Asunto relativo a la Fábrica de Chorzów (Reclamación de Indemnidad) (Fondo)*, P.C.I.J. Serie A, No. 17 (Sentencia del 13 de septiembre de 1928).
- CMS** *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión sobre la Solicitud de Anulación, 25 de septiembre de 2007.
- Duke Energy** *Duke Energy International Peru Investments No. 1, Limited c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/28, Decisión del Comité *ad hoc*, 1 de marzo de 2011.
- Enron** *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina, 30 de julio de 2010.
- Ethyl** *Ethyl Corporation c. El Gobierno de Canadá*, Decisión sobre Competencia, 24 de junio de 1998.
- Fraport** *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/03/25, Decisión sobre la Solicitud de Anulación de Fraport AG

Frankfurt Airport Services Worldwide, 23 de diciembre de 2010.

- Goetz** *Goetz y otros c. Burundi*, Caso CIADI No. ARB/95/3, Laudo, 10 de febrero de 1999.
- Helnan** *Helnan International Hotels A/S c. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/19, Decisión del Comité *ad hoc*, 14 de junio de 2010.
- IBM (Decisión sobre Jurisdicción)** *IBM World Trade Corp. c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/02/10, Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, 22 de diciembre de 2003.
- Impregilo c. Argentina** *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/17, Decisión del Comité *ad hoc* sobre la Solicitud de Anulación, 24 de enero de 2014.
- Impregilo c. Pakistan** *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Competencia, 22 de abril de 2005.
- Indalsa** *Industria Nacional de Alimentos S.A. e Indalsa Perú S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/4, Decisión sobre Anulación, 5 de septiembre de 2007.
- Klöckner I** *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República Unida de Camerún y Société Camerounaise des Engrais* Caso CIADI No. ARB/81/2, Decisión sobre la Solicitud de Anulación presentada por Klöckner contra el Laudo Arbitral del 21 de octubre de 1983, 3 de mayo de 1985.
- Lauder** *Ronald S. Lauder c. República Checa*, Laudo Final, 3 de septiembre de 2001.
- Lesi** *Conorzio Groupement L.E.S.I. DIPENTA c. República Argelina Democrática y Popular*, Caso CIADI No. ARB/03708, Laudo, 10 de enero de 2005.
- Lucchetti** *Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Peru, S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/4, Decisión sobre Anulación, 5 de septiembre de 2007.
- Malaysian Historical Salvors** *Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd c. Gobierno de Malasia*, Caso CIADI No. ARB/05/10, Decisión sobre la Solicitud de Anulación, 16 de abril de 2009.
- Malicorp** *Malicorp Limited c. República  rabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/08/18, Decisión sobre la Solicitud de Anulación de Malicorp Limited, 3 de julio de 2013.

MCI	<i>M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine, Inc. c. República de Ecuador</i> , Caso CIADI No. ARB/03/6, Decisión sobre la Solicitud de Anulación, 19 de octubre de 2009.
Mihaly	<i>Mihaly International Corporation c. Sri Lanka</i> , Caso CIADI No. ARB/00/2, Laudo, 15 de marzo de 2002.
MINE	<i>Maritime International Nominees Establishment (MINE) c. Gobierno de Guinea</i> , Caso CIADI No. ARB/84/4, Decisión sobre la Solicitud de Anulación Parcial de Guinea del Laudo Arbitral del 6 de enero de 1988, 14 de diciembre de 1989.
MTD	<i>MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile</i> , Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004.
Nacionales Polacos en Danzig	<i>Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory</i> , Opinión Consultiva, (1932) PCIJ Series A/B no 44, ICGJ 291 (PCIJ 1932), 4 de febrero de 1932, Corte Permanente de Justicia Internacional (histórica) [CPJI].
PSEG	<i>PSEG Global Inc. y Konya Ilgin c. República de Turquía</i> , Caso CIADI No. ARB/02/5, Laudo, 19 de enero de 2007.
PSEG (Decisión sobre Jurisdicción)	<i>PSEG Global Inc. y Konya Ilgin c. República de Turquía</i> , Caso CIADI No. ARB/02/5, Decisión sobre Competencia, 4 de junio de 2004.
Reclamo Binder-Hass	<i>Reclamo Binder-Haas</i> , United States International Claims Commission (1951-1954), reimpresión publicada en I.L.R. 236-38 (1957).
RFCC	<i>Consortium R.F.C.C c. Reino de Marruecos</i> , Caso CIADI No. ARB/00/6, Decisión sobre Anulación, 18 de enero de 2006.
Rumeli	<i>Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajstán</i> , Caso CIADI No. ARB/05/16, Decisión del Comité <i>ad hoc</i> , 25 de marzo de 2010.
Sempra	<i>Sempra Energy International c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/02/16, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo Presentada por la República Argentina, 29 de junio de 2010.
SGS	<i>SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán</i> , Caso CIADI No. ARB/01/13, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Competencia, 6 de agosto de 2003.

<i>Soufraki</i>	<i>Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos</i> , Caso CIADI No. ARB/02/7, Decisión del Comité <i>ad hoc</i> sobre la Solicitud de Anulación del Sr. Soufraki, 5 de junio de 2007.
<i>Tecmed</i>	<i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos</i> , Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003.
<i>Teinver</i>	<i>Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/09/1, Decisión sobre Jurisdicción, 21 de diciembre de 2012.
<i>Tza Yap Shum</i>	<i>Tza Yap Shum c. República del Perú</i> , Caso CIADI No. ARB/07/6, Decisión sobre Anulación, 12 de febrero de 2015.
<i>Víctor Pey Casado</i>	<i>Víctor Pey Casado y Fundación “Presidente Allende” c. República de Chile</i> , Caso CIADI No. ARB/98/2, Decisión sobre la Solicitud de Anulación de la República de Chile, 18 de diciembre de 2012.
<i>Vivendi I</i>	<i>Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002.
<i>Vivendi II</i>	<i>Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo emitido el 20 de agosto de 2007 presentada por la República Argentina, 10 de agosto de 2010.
<i>Wena</i>	<i>Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto</i> , Caso CIADI No. ARB/98/4, Decisión de Comité <i>ad hoc</i> sobre la Solicitud de Anulación del Laudo Arbitral de 8 de diciembre de 2000, 5 de febrero 2002.

I. EL ARBITRAJE

2. RESUMEN DE LA CONTROVERSI

1. Las partes del arbitraje fueron Occidental Petroleum Corporation (“**OPC**”) y Occidental Exploration and Production Company (“**OEPC**”), dos empresas estadounidenses, que actúan como Demandantes (las “**Demandantes**”) y la República del Ecuador (“**Ecuador**” o la “**República**”), como Demandada.
2. La controversia versó sobre la terminación, por medio del “**Decreto de Caducidad**”, dictado por el Ministro de Energía y Minas (el “**Ministro**”) el 15 de mayo de 2006, de un Contrato de Participación, de fecha 21 de mayo de 1999, entre OEPC y PetroEcuador, para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 15, en la Región Amazónica ecuatoriana. Las demandantes alegaron que Ecuador infringió tanto su legislación interna como el derecho internacional, particularmente el Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 1993 (el “**Tratado**”, el “**TBI**” o el “**TBI Ecuador-EEUU**”).
3. La Demandada negó las infracciones alegadas por las Demandantes y formuló una demanda reconventional, solicitándole al Tribunal que declarase que había cumplido con sus obligaciones en virtud del Contrato de Participación, la legislación ecuatoriana y el Tratado, y que desestimara todos los reclamos de las Demandantes.
4. Antes de resumir el procedimiento de arbitraje, y a los fines de establecer apropiadamente el contexto para esta Decisión, el Comité ha preparado el siguiente breve resumen de los hechos que dieron lugar a la controversia subyacente.

3. HECHOS PRECEDENTES

El Contrato de Participación

5. El 21 de mayo de 1999 la República del Ecuador, por medio de PetroEcuador, y OEPC firmaron un Contrato de Participación sobre el Bloque 15¹ de Ecuador (el “**Contrato de Participación**”).
6. De acuerdo con el Contrato de Participación, regido por la legislación ecuatoriana, OEPC recibía una participación en el petróleo producido en el Bloque 15, a cambio de aceptar la obligación de explorar, desarrollar y explotar el Bloque 15 y de hacerse cargo de todos los gastos correspondientes²:

“116. El Contrato de Participación, donde se establecía expresamente que el mismo iba a regirse “exclusivamente por la legislación ecuatoriana”, modificó las condiciones bajo las que OEPC operaba en Ecuador. En virtud de la Cláusula 4.2 del Contrato de Participación, ya no se reembolsarían los gastos de exploración y producción del Bloque 15 a OEPC. A cambio de aceptar la

¹ Un área de aproximadamente 200.000 hectáreas en la región con mayor abundancia de petróleo de Ecuador.

² Laudo, párr. 116.

obligación de explorar, desarrollar y explotar el Bloque 15, y por soportar todos los gastos asociados con dichas actividades, OEPC recibía un porcentaje del petróleo producido en el Bloque 15, referido como la “participación” de OEPC. La Cláusula 4.3 disponía que el “Contratista deberá invertir los capitales y utilizar personal, equipos, maquinarias y tecnología necesarios para el cabal cumplimiento de dichas actividades, a cambio de lo cual la Contratista recibirá, como participación, el porcentaje de la Producción Fiscalizada establecido en la cláusula 8.1”. Asimismo, OEPC tenía diversas obligaciones bajo el Contrato de Participación, las cuales incluían el pago de impuestos y aranceles, proveer cierta información a Ecuador en forma periódica, establecer buenas relaciones con la comunidad y proteger el medio ambiente”.

7. Si bien OEPC estaba facultada para disponer libremente de su participación en el Contrato de Participación, la transferencia del mencionado Contrato y la cesión a terceras partes de derechos derivados de aquel requerían de la autorización del Ministro. El Contrato de Participación también establecía que la transferencia de derechos u obligaciones sin autorización del Ministro podría resultar en su terminación. El Tribunal explicó estos hechos en los siguientes términos³:

“119. El Tribunal observa, dado que esta disposición será analizada más adelante en el presente Laudo, que OEPC podía disponer libremente de su porcentaje en la producción del Bloque 15 a su entera discreción. En virtud de la Cláusula 5.3.2, OEPC tenía derecho de “[r]ecibir y disponer libremente de la Participación de la Contratista establecida en la cláusula 8.1 de este Contrato de Participación”. Si bien OEPC podía disponer libremente de su participación, su capacidad para transferir o ceder sus derechos y obligaciones en virtud del Contrato de Participación se encontraba sujeta a condiciones estrictas. Estas condiciones se encuentran en el Capítulo 16 del Contrato de Participación, titulado “De la transferencia y cesión”, en disposiciones que son el eje de la controversia del presente arbitraje” [se omiten las notas al pie].

Los Acuerdos Farmout

8. En 2000, OEPC y City Investing Company Limited (“AEC”), una empresa de Bermudas, exploraron la posibilidad de concretar una operación “farmin” sobre el Bloque 15⁴:

“127. Con el fin de financiar la expansión de sus operaciones en Ecuador, OEPC buscaba celebrar un acuerdo que le otorgara los fondos necesarios y que al mismo tiempo diversificara y redujera su riesgo. Al mismo tiempo, Alberta Energy Corporation Ltd. (“AEC”), a través una compañía relacionada AEC International (“AECI” o “AEC”), buscaba expandir sus inversiones en Ecuador. Originalmente, AEC había considerado comprar el Bloque 15 directamente de OEPC en 1999 y adquirir dos compañías no vinculadas, City Investing y City Oriente, las cuales operaban los bloques ubicados al norte del Bloque 15. Sin embargo, si bien AEC efectivamente adquirió las compañías City ese año, no contactó a OEPC para una posible compra del Bloque 15 sino hasta el año 2000. El 15 de mayo de 2000, AEC le hizo una propuesta formal

³ Laudo, párr. 119.

⁴ Laudo, párr. 127-128.

a OEPC para adquirir el interés de OEPC en el Bloque 15. OEPC rechazó la propuesta de AEC.

128. Más tarde, AEC propuso realizar un “*farmin*” en el Bloque 15. OEPC declaró ante el Tribunal que un acuerdo farmout con AEC era una alternativa interesante, ya que le permitía a OEPC continuar invirtiendo en el Bloque 15, pero con menos capital propio, y que a la vez le brindaba la posibilidad de diversificar su riesgo en el país [...]”.

9. En octubre de 2000, OEPC y AEC firmaron el Acuerdo Farmout (el “**Acuerdo Farmout**” o “**Farmout**”). Las partes también suscribieron un acuerdo de operación conjunta a los fines de implementar el Farmout (el “**Acuerdo de Operación Conjunta**”, y conjuntamente, los “**Acuerdos Farmout**”).
10. El Acuerdo Farmout estaba regido por las leyes de Nueva York y estipulaba dos etapas⁵:

“130. [...] Durante la primera etapa de la transacción, AEC adquirió un 40% del denominado “interés económico” en el Bloque 15. Básicamente, mediante contribuciones a las inversiones de OEPC en el Bloque 15, AEC adquirió el derecho al 40% del interés de OEPC en la producción del Bloque 15. El Artículo II del Farmout, denominado “Farmout de Intereses en la Propiedad sujeta al Farmout”, provee una descripción de esta etapa [énfasis añadido].

[...]

131. La segunda etapa del Farmout se encuentra descrita en el Artículo IV del Acuerdo de Farmout, titulado “Cesión de Título Legal”. La Sección 4.01 establecía que la segunda etapa sólo comenzaría una vez cumplidas las siguientes dos condiciones: que AEC hubiere realizado los pagos requeridos y que el gobierno hubiere otorgado la autorización previa [...]” [énfasis añadido].

11. AEC pagó aproximadamente US\$ 180 millones a OEPC en retribución por la adquisición de su 40% del interés económico sobre la producción del Bloque 15, suma equivalente al 40% de los gastos realizados hasta ese momento. De ahí en adelante, cumpliendo con las obligaciones contraídas en los Acuerdos Farmout, AEC le pagó regularmente a OEPC el 40% de los gastos generados por la explotación y desarrollo del Bloque 15 y recibió el 40% del petróleo producido⁶:

“132. A cambio del interés económico sobre la producción del Bloque 15, AEC acordó pagar el 40% de los gastos operativos y de capital originados con ocasión del desarrollo del Bloque 15. La Sección 2.02 del Farmout disponía lo siguiente:

Entre OEPC y [AEC], [AEC] después del Cierre estará obligada y acepta cumplir con todas las obligaciones y asumir y pagar todos los costos, cargos, gastos y responsabilidades atribuibles al Interés Farmout en los Contratos Participativos y en el Bloque 15 [...].

⁵ Laudo, párr. 130-131.

⁶ Laudo, párr. 132-133.

133. Asimismo, AEC se comprometió a pagar aproximadamente \$180 millones en concepto de costos de desarrollo histórico de OEPC. En virtud de la Sección 3.02, aproximadamente \$70 millones debían abonarse en el momento del Cierre. Según lo dispuesto por la Sección 3.03, AEC debía abonar el saldo en los siguientes cuatro años, de acuerdo al siguiente esquema: \$50 millones en 2001, \$25 millones en 2002, \$20 millones en 2003 y \$15 millones en 2004”.

El Farmout y Ecuador

12. Pocos días antes de la ejecución del Acuerdo Farmout, los representantes de OEPC tuvieron una reunión con el Ministro de Minas de Ecuador para informarle acerca del Farmout⁷:

“147. El 24 de octubre de 2000, altos ejecutivos de OEPC y AEC viajaron a Quito desde los Estados Unidos y Canadá para reunirse con el Ministro de Energía y Minas, Pablo Terán, en su despacho. El propósito de la reunión era informar al Ministro acerca del Farmout y discutir acerca del compromiso con el oleoducto OCP y de nuevos proyectos en Ecuador. Casey Olson, entonces Vicepresidente Ejecutivo de Desarrollo de Negocios de Occidental y Paul MacInnes, entonces Presidente y Gerente General de OEPC, asistieron a esta reunión en representación de OEPC. Steven Bell, el entonces Vicepresidente Internacional de AEC y Stephen Newton, entonces Presidente y Gerente General de AEC Ecuador, asistieron en representación de AEC. El Ministro Terán era el único representante de Ecuador que se encontraba presente en la reunión.

148. Durante la reunión, se trataron dos temas distintos y la propia reunión consistió en dos etapas bien definidas. El propósito de la primera sesión, que duró cerca de 45 minutos, fue el de presentar el Farmout al Ministro Terán. A dicha sesión concurren funcionarios tanto de OEPC como de AEC. En la segunda sesión, a la que asistieron únicamente los funcionarios de OEPC y el Ministro Terán, las partes discutieron nuevos proyectos que OEPC estaba interesado en llevar a cabo en Ecuador”.

13. Si bien lo que se dijo en dicha reunión es motivo de controversia, ambas partes reconocieron que no se le entregó al Ministro ninguna copia de los Acuerdos Farmout⁸. En fecha posterior, OEPC envió una carta al Ministro solicitándole que diera su consentimiento a la transferencia de beneficios económicos en favor de AEC⁹:

“151. Al día siguiente, el 25 de octubre de 2000, el Sr. MacInnes le escribió al Ministro Terán en relación con la reunión del día anterior. En su carta, el Sr. MacInnes manifestaba que el Farmout era una “inminente transacción mediante la cual Occidental Exploration and Production Company (“OEPC”), intenta ceder a [AEC] el 40% de sus intereses económicos en el Contrato de Participación”. El Sr. MacInnes también expresaba que, luego de la primera etapa de la transacción, “OEPC continuará siendo la única entidad “Contratista” bajo el Contrato del Bloque 15”; y que “una vez que [AEC] haya cumplido sus obligaciones contempladas en el acuerdo de cesión, OEPC

⁷ Laudo, párr. 147-148.

⁸ Laudo, párr. 150.

⁹ Laudo, párr. 151.

transferirá [a AEC] el título legal correspondiente a un 40% de sus intereses [...] sujeta a las aprobaciones que el Gobierno del Ecuador requiera en esa oportunidad”. La carta finalizaba con un pedido al Ministro para que “confirme [...] su consentimiento con respecto a la transferencia de los intereses económicos anteriormente indicados a favor de [AEC]”.

14. La cuestión de si el Ministro dio o no su aprobación a la transferencia de intereses económicos solicitada se tornó muy relevante en el procedimiento¹⁰:

“152. Tal como se explicará más adelante en el presente Laudo, una de las principales cuestiones controvertidas en este procedimiento es si, efectivamente, durante la reunión del 24 de octubre de 2000, el Ministro Terán indicó que la aprobación del gobierno era (o no) necesaria para transferir el interés económico a AEC a través al Farmout. Al respecto, el Tribunal hace notar que, al momento del cierre del Farmout, el 31 de octubre de 2000, OEPC y AEC celebraron una carta acuerdo en la que ambas renunciaban mutuamente a su derecho a solicitar cualquier aprobación del gobierno para la primera etapa del Farmout. Además, dicha carta preveía expresamente el requisito de aprobación del gobierno para la transferencia futura prevista del título legal a AEC”.

15. En noviembre de 2000 se hizo público el cierre del Acuerdo Farmout por medio de un comunicado de prensa emitido por OPC¹¹, la sociedad matriz de OEPC. Entre fines de octubre y fines de noviembre de 2000, hubo reuniones de ejecutivos de OEPC y de PetroEcuador, en las cuales se mencionó el Farmout¹². Además, organismos gubernamentales —el Ministerio de Energía y Minas y la Dirección Nacional de Hidrocarburos (“DNH”) — solicitaron a OEPC información concerniente a las capacidades técnicas y financieras de AEC y emitieron memorandos referidos a la transacción¹³.
16. Finalmente, en enero de 2001, el Ministro de Minas de Ecuador respondió la carta de OEPC del 25 de octubre de 2000¹⁴:

“159. [...] en la que señalaba la “intención que [la compañía] tiene para en el futuro ceder el 40% de los derechos y obligaciones del bloque 15”, e indicaba que se requeriría autorización gubernamental para llevar a cabo dicha transferencia en el futuro. Asimismo, el Ministro Terán manifestó que OEPC será “la única compañía que seguirá participando en el contrato vigente con el Estado Ecuatoriano por ser propietaria del 100% de los derechos y obligaciones”.

17. La cuestión de la transferencia de derechos por parte de OEPC en favor de AEC volvió a surgir en 2003, cuando la DNH contrató a una compañía auditora para realizar una auditoría a OEPC. Los auditores emitieron un informe en julio de 2004 en el que recomendaban que OEPC solicitara una autorización del gobierno para la cesión¹⁵:

¹⁰ Laudo, párr. 152.

¹¹ Laudo, párr. 153.

¹² Laudo, párr. 154.

¹³ Laudo, párr. 155, 158.

¹⁴ Laudo, párr. 159.

¹⁵ Laudo, párr. 167.

“167. Moores Rowland emitió su informe de auditoría el 14 de julio de 2004, en el que observó que la cesión de derechos y obligaciones estipulada en el Farmout dependía del acaecimiento de hechos futuros y que la cesión “podía ocurrir o no” transcurridos cuatro años en los que se debían cumplir las condiciones. El informe de auditoría le recomendó a la DNH que OEPC solicitara autorización del gobierno para efectuar la cesión durante ese año, siempre que se cumplieran las condiciones para realizar la cesión y que se le otorgara la aprobación ministerial requerida a OEPC para registrar la cesión debidamente”.

18. Al día siguiente de la emisión del informe de los auditores, OEPC le escribió una carta al nuevo Ministro de Energía y Minas solicitándole su aprobación para la transferencia por parte de OEPC to AEC de la titularidad legal de un 40% de los intereses económicos en el Bloque 15. La solicitud fue denegada¹⁶:

“169. OEPC no recibió la aprobación solicitada. Por el contrario, el 24 de agosto de 2004, según se expone en mayor detalle más adelante en el presente Laudo, el Procurador General de Ecuador le ordenó al Ministro de Energía y Minas que diera por terminado el Contrato de Participación y los Convenios de Explotación Unificada de los Campos Unificados a través de una declaración de caducidad”.

La controversia del IVA

19. En agosto de 2001, el SRI —la autoridad tributaria de Ecuador— modificó su práctica de reintegrar el impuesto al valor agregado (“**IVA**”) a las empresas petroleras y reclamó retroactivamente el pago de los impuestos ya reintegrados. OEPC inició un arbitraje (el “**Arbitraje del IVA**”) solicitando la rectificación de la medida, y obtuvo un laudo favorable por US\$ 75 millones (el “**Laudo del IVA**”) contra Ecuador¹⁷:

“170. En agosto de 2001, la autoridad en materia impositiva de Ecuador, el SRI, contrariamente a su práctica habitual de reintegrar el impuesto al valor agregado (“IVA”) a las compañías petroleras, se rehusó a efectuar dichos reembolsos en el futuro y reclamó retroactivamente el reembolso de aquellos impuestos que ya habían sido abonados. OEPC interpretó que dicha decisión constituía una violación de las leyes impositivas de Ecuador y del Tratado y, en noviembre de 2002, inició un proceso de arbitraje internacional contra Ecuador para recuperar los reintegros del IVA.

171. El 1º de julio de 2004, el Tribunal que entendía en la causa emitió un Laudo del IVA en favor de OEPC por la suma de \$75 millones, luego de concluir que la conducta de Ecuador había sido injusta y discriminatoria. El Laudo del IVA fue notificado a las partes el 12 de julio de 2004 y se hizo público inmediatamente.

172. Ecuador impugnó el Laudo del IVA ante los tribunales ingleses. El 2 de marzo de 2006, la Alta Corte denegó la solicitud de impugnación y dicha decisión fue confirmada por el Tribunal de Apelaciones el 4 de julio de 2007”.

¹⁶ Laudo, párr. 169.

¹⁷ Laudo, párr. 170-171

20. El 3 de agosto de 2004, apenas unas semanas después de la publicación del Laudo del IVA, Ecuador sancionó la “**Ley Interpretativa del IVA**”, que aclaraba que el régimen de reintegros del IVA no se aplicaría a las operaciones petrolíferas¹⁸:

“548. La Ley del IVA, también denominada Ley Interpretativa del IVA, fue sancionada por el Congreso de Ecuador el 3 de agosto de 2004, poco después de la publicación del Laudo del IVA el 2 de agosto de 2004. Su artículo único establece:

Interprétase el artículo 69-A de la Ley de Régimen Tributario Interno [...] en el sentido de que el reintegro del Impuesto al Valor Agregado, IVA, no es aplicable a la actividad petrolera en lo referente a la extracción, transporte y comercialización de petróleo crudo, puesto que el petróleo no se fabrica, sino que se lo extrae de los respectivos yacimientos”.

El procedimiento de Caducidad

21. En septiembre de 2004, a requerimiento del Procurador General, el Ministro de Energía y Minas ordenó a PetroEcuador iniciar el proceso de terminación del Contrato de Participación¹⁹:

“180. En una carta dirigida al Presidente Ejecutivo de PetroEcuador de fecha 8 de septiembre de 2004, el Ministro López, cumpliendo con el pedido que le realizara el Procurador General el 24 de agosto de 2004, le ordenó a PetroEcuador que iniciara el proceso de terminación. Adjuntos a dicha carta se encontraban la solicitud presentada por OEPC el 15 de julio de 2004 para transferirle a AEC el 40% del título legal del Bloque 15, el Acuerdo de Farmout y el Contrato de Operación Conjunta y el informe de la DNH con un listado de las diversas infracciones técnicas cometidas por OEPC. De conformidad con lo que ordenó el Ministro López en su carta, el 15 de septiembre de 2004, PetroEcuador notificó a OEPC sobre su supuesto incumplimiento del Contrato de Participación. Esta notificación le confería a OEPC diez días para responder a las acusaciones. El 24 de septiembre de 2004, OEPC le envió una extensa carta de 28 páginas a PetroEcuador en la que negaba las argumentaciones del Procurador General”.

22. El procedimiento de Caducidad contra OEPC finalizó el 15 de mayo de 2006, con la promulgación del Decreto de Caducidad²⁰:

“199. El 15 de mayo de 2006, el Ministro Rodríguez emitió el Decreto de Caducidad. El Decreto daba por terminado, con efectos inmediatos, el Contrato de Participación de OEPC y ordenaba que OEPC le entregara a PetroEcuador todos los bienes relacionados con el Bloque 15. El Decreto, que constaba de 33 páginas, incluía: (i) un resumen del proceso de terminación; (ii) citas de las cartas del Procurador General, de PetroEcuador y de OEPC; (iii) una descripción adicional de estas cartas y de las posiciones allí articuladas, así como descripciones de otros documentos del expediente; (iv) una descripción de las normas consideradas; y (v) aproximadamente cuatro

¹⁸ Laudo, párr. 548.

¹⁹ Laudo, párr. 180.

²⁰ Laudo, párr. 199.

páginas de fundamentos. El Decreto citaba como fundamentos legales para dictar la caducidad a los Artículos 74.11, 74.12 y 74.13 de la LHC”.

La Ley 42

23. En abril de 2006, Ecuador sancionó la “**Ley 42**”, que obligaba a todas las empresas que operaran bajo contratos de participación a contribuir al Estado un 50% de sus ingresos extraordinarios²¹:

“465. La Ley 42, también denominada Modificación de la LHC, fue sancionada por el Congreso ecuatoriano el 19 de abril de 2006 y publicada en el Registro Oficial del 25 de abril de 2006. La Ley 42 añadió una disposición a la LHC titulada “Participación del Estado en los excedentes de los precios de venta de petróleo no pactados o no previstos”. Esta disposición, que pasó a ser el Artículo 55 de la LHC, establece, en su parte relevante, lo siguiente:

Las compañías contratistas que mantienen contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos vigentes con el Estado ecuatoriano de acuerdo con esta Ley, sin perjuicio del volumen de petróleo crudo de participación que les corresponde, cuando el precio promedio mensual efectivo de venta FOB de petróleo crudo ecuatoriano supere el precio promedio mensual de venta vigente a la fecha de suscripción del contrato [...] reconocerán a favor del Estado ecuatoriano una participación de al menos el 50% de los ingresos extraordinarios que se generen por la diferencia de precios. Para los propósitos del presente artículo, se entenderá como ingresos extraordinarios la diferencia de precio descrita multiplicada por el número de barriles producidos.

El precio del crudo a la fecha del contrato usado como referencia para el cálculo de la diferencia, se ajustará considerando el Índice de Precios al Consumidor de los Estados Unidos de América, publicado por el Banco Central del Ecuador.

466. El 13 de julio de 2006, Ecuador emitió el Decreto 1672, que reglamentó la Ley 42 con una participación del 50%” [se omiten las notas al pie].

4. DECISIÓN SOBRE COMPETENCIA Y LAUDO

24. El 17 de mayo de 2006, las Demandantes iniciaron un arbitraje internacional sobre inversiones, al amparo del Tratado contra Ecuador, que culminó con la Decisión sobre Competencia y el Laudo impugnados en este procedimiento.

Decisión sobre Competencia

25. La Demandada presentó dos excepciones relativas a la competencia del Tribunal:
- En la primera excepción, la Demandada argumentó que la resolución de la controversia entre las Partes se regía por el Contrato de Participación, el cual, alegó, excluía del arbitraje los procesos de caducidad;

²¹ Laudo, párr. 465-466.

- En la segunda excepción, la Demandada alegó que las Demandantes habían incumplido el período de espera de seis meses para someter la controversia a arbitraje, establecido en el artículo VI.3 del Tratado.
26. El 9 de septiembre de 2008 el Tribunal emitió una Decisión sobre Competencia (la “**Decisión sobre Competencia**”), en la cual desestimó las excepciones y decidió lo siguiente²²:

“97. Por las razones que anteceden el Tribunal decide y declara lo siguiente:

(i) se rechaza la primera excepción sobre competencia opuesta por la Demandada;

(ii) se rechaza la segunda excepción sobre competencia opuesta por la Demandada;

(iii) se rechaza la solicitud alternativa de la Demandada de que se dicte “una orden que suspenda este arbitraje hasta que OEPC impugne el Decreto de Caducidad en los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos competentes y que el tribunal emita un decisión definitiva sobre dicha impugnación”;

(iv) se declara que el Tribunal es competente para pronunciarse sobre las reclamaciones de OEPC y OPC en este procedimiento, y que los procedimientos arbitrales continuarán, hasta ingresar en la fase de consideración del fondo del asunto, de acuerdo con el calendario establecido en la Resolución Procesal No. 1 tal y como fue modificada por la Resolución Procesal No. 2 del Tribunal”.

El Laudo

27. El 5 de octubre de 2012, el Tribunal emitió su Laudo (el “**Laudo**”), el cual, en su parte dispositiva, ordenó lo siguiente²³:

“876. Por todo lo expuesto, y en rechazo de todos los argumentos y manifestaciones en contrario, el Tribunal DECLARA, RESUELVE Y ORDENA lo siguiente respecto de las cuestiones planteadas para su consideración en este caso:

(i) Ecuador violó el Artículo II.3(a) del Tratado al no acordar trato justo y equitativo a la inversión de las Demandantes, y al no brindarle a las Demandantes el trato mínimo exigible conforme a derecho internacional;

(ii) Ecuador violó el Artículo III.1 del Tratado al expropiar la inversión de las Demandantes en el Bloque 15 a través de una medida “equivalente a la expropiación”; (iii) Ecuador dictó el Decreto de Caducidad en violación del derecho ecuatoriano y el derecho internacional consuetudinario; (iv) OEPC violó la Cláusula 16.1 del Contrato de Participación al no obtener la autorización ministerial necesaria a los fines de la transferencia de derechos mediante el Acuerdo de Farmout; como resultado de esta violación, los daños otorgados a las Demandantes serán reducidos por un factor del 25% (ver

²² Decisión sobre Competencia, párr. 97.

²³ Laudo, párr. 876-877.

subpárrafo (v)); (v) Se otorga a las Demandantes una indemnización de US\$1.769.625.000 (Mil setecientos sesenta y nueve millones, seiscientos veinticinco mil dólares estadounidenses), según el cálculo que se incluye en el párrafo 825 del presente Laudo, por los daños sufridos como resultado de los incumplimientos mencionados precedentemente en los subpárrafos (i), (ii) y (iii); (vi) Se ordena al Ecuador pagar intereses devengados hasta la emisión del laudo sobre el monto de la indemnización a una tasa anual del 4,188%, compuestos anualmente, desde el 16 de mayo de 2006 hasta la fecha del presente Laudo; (vii) Se ordena al Ecuador pagar intereses devengados con posterioridad a la emisión del laudo a la tasa LIBOR a seis meses de los Estados Unidos, compuestos mensualmente; y (viii) se desestiman los reclamos reconventionales del Ecuador a excepción del reclamo del Ecuador descrito en el inciso (iv) *supra*; y (ix) Se ordena a cada Parte a pagar sus propias costas legales, y se ordena a las Demandantes y a la Demandada pagar cada una la mitad de los costos del CIADI y del Tribunal relacionados con el procedimiento.

877. De conformidad con el Artículo 48(4) del Convenio del CIADI, la árbitro Stern disiente de la mayoría, y se adjunta su voto particular en contrario”.

Opinión disidente

28. La árbitro Brigitte Stern disintió de la mayoría, y adjuntó al laudo una opinión disidente (la “**Opinión Disidente**”). La Prof. Stern resumió su disenso de la siguiente manera²⁴:

“1. El caso que nos ocupa es un caso de extrema complejidad en el que han trabajado denodadamente los tres integrantes del Tribunal durante muchos años. No obstante la gran estima y el profundo respeto que siento por mis distinguidos colegas, no logré concordar con ellos respecto de varias conclusiones jurídicas de relevancia. Si bien comparto el análisis de los hechos y el derecho que indican que la Demandada actuó de manera desproporcionada al reaccionar a la grave violación de sus leyes por parte de las Demandantes, discrepo profundamente con el cálculo de daños, que en mi opinión se funda en bases jurídicas completamente erróneas. Para ser más precisa, no discrepo con las cifras, sino con los principios aplicados (o no) para obtener tales cifras.

2. En efecto, discrepo con todas las respuestas a lo que el Tribunal dio en denominar las “cuatro cuestiones preliminares ‘fundamentales’ relativas al monto de la compensación” enunciadas en los siguientes términos (párrafo 457 del Laudo):

Estas cuestiones tienen que ver con el impacto (si lo hubiere) de los elementos que se enumeran a continuación sobre la determinación del Tribunal respecto del monto de la compensación:

- 1) La Ley 42 del derecho ecuatoriano;
- 2) La Ley Interpretativa del IVA ecuatoriana;
- 3) El Acuerdo de Farmout; y

²⁴ Opinión Disidente, párr. 1-5.

4) La culpa de las Demandantes con anterioridad a la sanción del Decreto de Caducidad.

3. Para dar una idea general de los puntos principales en los que discrepo, los dividiré en dos tipos distintos.

4. En primer lugar, existen —como suele suceder en casos tan complejos como éste— desacuerdos que, por sí solos, no me habrían motivado a redactar una opinión disidente. Por un lado, considero que la consecuencia del ilícito de las Demandantes, al violar el derecho ecuatoriano, se ha subestimado groseramente y no se ha tenido en cuenta adecuadamente la importancia que tiene para cada Estado la observancia de su orden jurídico por parte de las empresas extranjeras. Por otro lado, yo hago un análisis distinto de las leyes aplicables a los fines de la determinación de daños. Estos desacuerdos se refieren, respectivamente, a las cuestiones 4, 1 y 2 mencionadas *supra*.

5. En segundo lugar, me resulta fundamentalmente imposible aceptar las distintas conclusiones del Laudo respecto de los efectos que el Tribunal debe adscribir al Acuerdo de Farmout. En mi opinión, la posición de la mayoría respecto de los efectos del Acuerdo de Farmout es tan escandalosa en términos jurídicos y tan contradictoria que no tengo otra alternativa que manifestar mis discrepancias. En mi opinión, el enfoque de la mayoría a la efectividad del Acuerdo de Farmout presenta dos aspectos principalmente cuestionables: el primero de ellos es el análisis de la cuestión de la efectividad de un acto jurídico conforme al derecho ecuatoriano, que se basa en una falta absoluta de fundamentación, tanto así que no logré seguir el “razonamiento” del punto A al punto B, y presenta groseros errores jurídicos en la propuesta interpretación del contenido del derecho ecuatoriano. El segundo, y, en mi opinión, el más grave, es el manifiesto exceso de poder del Laudo al anular un contrato relativo a una sociedad que no sólo no era parte del arbitraje sino que, incluso si hubiera sido parte, no podría haber sido considerada, ya que se trata de un inversor chino, como un inversor respecto del cual el Tribunal tenía jurisdicción conforme al TBI Estados Unidos/Ecuador”.

II. EL PROCEDIMIENTO DE ANULACIÓN

29. El 9 de octubre de 2012, la República de Ecuador presentó ante el CIADI una solicitud de anulación y suspensión de la ejecución del Laudo ("**Solicitud**").
30. El 11 de octubre de 2012, de conformidad con las Reglas 50(2)(a) y (b) de las Reglas de Arbitraje del CIADI de abril de 2006 ("**Reglas de Arbitraje del CIADI**"), la Secretaria General del CIADI registró la Solicitud y notificó a las Partes la suspensión provisional de la ejecución del Laudo, de conformidad con la Regla de Arbitraje del CIADI 54(2).
31. El 18 de enero de 2013, la Secretaría General, de conformidad con la Regla 6(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, notificó a las Partes que los tres miembros del Comité *ad hoc* habían aceptado sus nombramientos y que el Comité, en consecuencia, se tenía por constituido en esa fecha. El Comité *ad hoc* quedó compuesto por el Prof. Juan Fernández-Armesto, un nacional del Reino de España, Presidente del Comité; el Juez Florentino Feliciano, un nacional de Filipinas; y el Sr. Rodrigo Oreamuno Blanco, un nacional de Costa Rica. El Sr. Gonzalo Flores, Consejero Jurídico Senior del CIADI, fue designado para servir como Secretario del Comité *ad hoc*.
32. El 13 de febrero de 2013, las Demandantes presentaron una solicitud para poner fin a la suspensión de la ejecución del Laudo.
33. El 25 de marzo de 2013, el Comité *ad hoc* celebró una primera sesión con las partes por conferencia telefónica. Durante la sesión las Partes acordaron una serie de cuestiones procesales, entre ellas que este procedimiento se regiría por las Reglas de Arbitraje del CIADI del año 2006. Las Partes confirmaron que el Comité había sido debidamente constituido de conformidad con el Convenio del CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI, y que no tenían ninguna objeción a la designación de ninguno de sus miembros. Durante la sesión se fijó un calendario para las presentaciones escritas y orales.
34. El 5 de abril de 2013, la República de Ecuador presentó objeciones a la solicitud de las Demandantes de poner fin a la suspensión de la ejecución del Laudo.
35. El 10 de abril de 2013, el Comité *ad hoc* emitió la Orden Procesal No. 1.
36. El 22 de abril de 2013, las Demandantes presentaron una réplica a las observaciones de Ecuador de 5 de abril, y el 6 de mayo de 2013 Ecuador presentó una dúplica a la réplica de las Demandantes.
37. De acuerdo con la Orden Procesal No. 1, el 13 de mayo de 2013 se llevó a cabo en París, Francia una audiencia de un día sobre el asunto de la suspensión de la ejecución del Laudo.
38. El 12 de agosto de 2013, Ecuador presentó su Memorial sobre Anulación.
39. El 30 de septiembre de 2013, el Comité *ad hoc* emitió su decisión sobre la solicitud de las demandantes de terminar la suspensión de la ejecución del Laudo. En su

decisión, el Comité ordenó que la suspensión de la ejecución se mantuviera por el momento, sin condiciones.

40. El 18 de octubre de 2013, las Demandantes presentaron su Memorial de Contestación sobre Anulación; el 6 de enero de 2014, Ecuador presentó su Réplica sobre Anulación y el 28 de febrero de 2014, las Demandantes presentaron su Dúplica sobre Anulación.
41. Una audiencia sobre anulación se llevó a cabo en las oficinas del Banco Mundial en París, Francia, del 7 de abril al 10 de abril de 2014.
42. El 1 de agosto de 2014, las Demandantes presentaron una solicitud de modificación de la decisión del Tribunal de 30 de septiembre de 2013 sobre la suspensión de la ejecución del Laudo. El 28 de agosto 2014 Ecuador presentó sus observaciones sobre la solicitud de las Demandantes.
43. El 23 de septiembre de 2014, el Comité *ad hoc* emitió su decisión sobre la solicitud de las Demandantes de modificar la decisión de 30 de septiembre de 2013. El Comité decidió mantener la suspensión de la ejecución del Laudo.
44. El 9 de octubre de 2015, el Comité declaró el cierre del procedimiento, de conformidad con la Regla 38(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

III. CAUSALES DE ANULACIÓN EN EL CONVENIO

45. La Demandada invoca tres causales de anulación:
- que el tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades, violando el artículo 52(1)(b) del Convenio,
 - que el tribunal incurrió en un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, violando así el artículo 52(1)(d) del Convenio,
 - que no expresó en el laudo los motivos en que este se funda, violando de esta manera el artículo 52(1)(e) del Convenio.
46. El Comité examinará sumariamente estas normas a la luz de los argumentos de las partes.
47. El punto de partida de dicho análisis es el artículo 53(1) del Convenio, el cual establece explícitamente que el laudo “no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso”. El laudo sólo podrá ser objeto de anulación si un comité *ad hoc* concluye que concurren una o más de las cinco causales de anulación establecidas en el artículo 52(1). La anulación de un laudo podrá ser “total o parcial” [artículo 52 (3)]. No obstante, los comités carecen de facultades para enmendar o reemplazar dichos laudos, ni para revisar las cuestiones de fondo de la controversia. La determinación de los hechos y la ponderación de las pruebas llevadas a cabo por los tribunales quedan, por regla general, excluidas de la competencia de los comités *ad hoc*²⁵. Solo se podría permitir una excepción si el solicitante logra probar que los errores en la determinación de los hechos cometidos por el tribunal son flagrantes: en dicho caso es probable que el error dé lugar a una de las causales para la anulación enumeradas en el artículo 52(1) del Convenio²⁶.

1. EXTRALIMITACIÓN MANIFIESTA EN LAS FACULTADES

48. La Demandada invoca como primera causal de anulación que al dictar el Laudo “el Tribunal se [extralimitó] manifiestamente en sus facultades” [artículo 52(1)(b) del Convenio]. La extralimitación en las facultades es un concepto polisémico:
- en su significado primario, se refiere a situaciones en las que un tribunal decide sobre controversias no incluidas en las facultades conferidas por las partes;
 - pero también tiene un sentido secundario: cuando siendo competente, un tribunal toma una decisión errónea, extralimitándose en sus facultades.

Extralimitación manifiesta en las facultades en cuanto a la competencia

49. La facultad de un tribunal arbitral deriva de la autoridad que le han conferido las partes; si los árbitros abordan controversias no incluidas en las facultades conferidas, o deciden sobre cuestiones ajenas a su ámbito de competencia, o que no

²⁵ *Malicorp*, párr. 119.

²⁶ *Vivendi I*, párr. 251.

son susceptibles de ser resueltas por arbitraje, su laudo no puede mantenerse y debe ser anulado.

50. La extralimitación en las facultades se puede cometer tanto por exceso como por defecto. Los laudos pueden anularse si los tribunales
- Se arrogan facultades que no tienen, sea mediante una decisión *ultra petita* o por exceder su ámbito de competencia,
 - si los árbitros no ejercen las facultades que les han conferido las partes; aunque sea un tanto paradójico, un déficit en el ejercicio de su competencia también puede constituir una extralimitación manifiesta en las facultades²⁷.
51. Para que se dé una extralimitación en las facultades en cuanto a la competencia se debe probar que el Tribunal ha interpretado erróneamente la ley aplicable (por ejemplo, la ley que regula la propiedad de inversiones protegidas) o ha establecido erróneamente los hechos relevantes (por ejemplo, si un inversor realmente controla una inversión)²⁸. El artículo 52(1)(b) del Convenio exige que la extralimitación en las facultades en cuanto a la competencia se origine en una interpretación o determinación errónea “manifiesta”²⁹; si se cumple dicho requisito, el laudo del tribunal debería ser anulado.

La falta de aplicación de la ley de Fondo

52. La “extralimitación en las facultades” puede darse no solamente en los casos en los que los tribunales incorrectamente se declaran competentes, sino también en el caso de tribunales que, siendo competentes, no aplican el derecho de fondo aplicable a la controversia.
53. Las facultades conferidas a los árbitros no son ilimitadas, sino restringidas. Los árbitros están autorizados por las partes a emitir su laudo sobre el fondo solamente según lo que establezca el derecho aplicable, no sobre la base de un derecho distinto del acordado por las partes o *ex aequo et bono*. Si los árbitros hacen otra cosa, se exceden en las facultades otorgadas por las partes y su laudo es susceptible de anulación.
54. Aceptando este principio, comités *ad hoc* han concluido que los árbitros se extralimitan manifiestamente en sus facultades si:
- ignoran por completo el derecho aplicable, o
 - fundan su laudo en un derecho distinto de aquél aplicable según el artículo 42 del Convenio, es decir, las normas legales acordadas por las partes, o,

²⁷ *Vivendi I*, párr. 115; *Malaysian Historical Salvors*, párr. 80.

²⁸ Mayer, P., *To What Extent Can an Ad Hoc Committee Review the Factual Findings of an Arbitral Tribunal?*, en ANNULMENT OF ICSID AWARDS 245, (Emmanuel Galliard y Yas Banifatemi, eds.2004).

²⁹ CRISTOPH SCHREUER, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY 942-151 (2009) (2nd Ed): “*These decisions [Soufraki and Lucchetti] confirm that an excess of power on a matter of jurisdiction must be “manifest” if it is to warrant annulment*”; ver también párrafo 56 *infra*.

subsidiariamente, la legislación del Estado Contratante en la controversia, y las normas del derecho internacional que resulten de aplicación³⁰.

55. Para que un laudo sea anulado, el comité debe concluir que el error cometido por el tribunal consistió en la aplicación de la legislación incorrecta al fondo, no en la interpretación incorrecta de la legislación correcta. Entender lo contrario implicaría transformar el estándar claramente establecido de inaplicación del derecho aplicable en un estándar de error de derecho, cambiando la naturaleza del procedimiento de anulación del CIADI, y transformándolo en un mecanismo de apelación con respecto al fondo. Al aceptar este principio, los comités *ad hoc* han dejado claro que un error de interpretación de la ley aplicable no constituye una extralimitación manifiesta de facultades³¹.
56. La interpretación o aplicación errónea del derecho aplicable a las cuestiones de fondo, incluso si es grave, no justifica la anulación. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, un error grosero o escandaloso podría ser considerado como equivalente a un error por falta de aplicación del derecho aplicable, y podría dar lugar a una posible anulación³². Sin embargo, el umbral para aplicar esta regla excepcional debe ser muy alto³³; de no ser así, el mecanismo de anulación permitido por el Convenio podría convertirse en un sistema de apelación sobre el fondo, lo cual está prohibido³⁴.

El significado de “manifiesto”

57. El artículo 52(1)(b) del Convenio solamente permite la anulación si se cumple un doble requisito: tiene que haber extralimitación en las facultades, y la extralimitación en las facultades tiene que ser “manifiesta” —un término que ambas Partes definen como “percibido sin dificultad alguna”³⁵.
58. Las partes también están de acuerdo en que esta importante restricción adicional se aplica tanto a la extralimitación en las facultades en cuanto a la competencia como al error por la no aplicación de la legislación aplicable³⁶. Esta conclusión, compartida por el Comité, ha sido confirmada por otros comités³⁷.
59. Dicho esto, “manifiesto” no impide que en algunos casos se requiera una argumentación y un análisis extenso para probar la existencia de un uso impropio de facultades³⁸.

³⁰ *Azurix (Anulación)*, párr. 46 y 136; *CMS*, párr. 49; *Lucchetti*, párr. 98; *Soufraki*, párr. 45; *Enron*, párr. 67; *Helnan*, párr. 55; *Sempra*, párr. 205-207.

³¹ *Duke Energy*, párr. 99; *Sempra*, párr. 164.

³² *Soufraki*, párr. 86; esto es aceptado por las Partes: R II párr. 48, 49, 53-56; C II párr. 31.

³³ *AES*, párr. 33.

³⁴ *Caratube*, párr. 81.

³⁵ R II, párr. 75; C I, párr. 326; C II, párr. 19.

³⁶ R II, párr. 177; C II, párr. 27.

³⁷ *Duke Energy*, párr. 98; *Soufraki*, párr. 118, *Lucchetti*, párr. 100; *Azurix (Anulación)*, párr. 68; *Enron*, párr. 67; *Tza Yap Shum*, párr. 79.

³⁸ *Victor Pey Casado*, párr. 70.

2. QUEBRANTAMIENTO GRAVE DE UNA NORMA FUNDAMENTAL DE PROCEDIMIENTO

60. La segunda causal de anulación invocada por la Demandada es que el Tribunal cometió un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. La anulación del laudo está justificada si un tribunal viola el debido proceso y priva a una parte de su derecho a ser oída en igualdad de condiciones, y a contradecir los argumentos de la otra parte; no puede hacerse justicia con un procedimiento profundamente viciado.
61. A menudo, los solicitantes invocan el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, acompañado de otras causales. Pero las limitaciones para la aceptación de esta causal son considerables: solamente en unos pocos casos ha llevado a la anulación de laudos del CIADI³⁹.
62. La formulación del artículo 52(1)(d) refleja esas limitaciones; exigiendo tres requisitos⁴⁰:
- La norma de procedimiento tiene que ser fundamental, y solamente aquéllas que resultan esenciales para que el proceso arbitral se mantenga íntegro y justo, califican como tales;
 - El tribunal debe haberla quebrantado;
 - Y el quebrantamiento debe ser grave, es decir, la violación debe haber impactado materialmente en el laudo un; sin embargo, no se requiere al solicitante que pruebe que la violación de procedimiento fue decisiva en el resultado, ni que que el solicitante hubiera ganado el caso si la norma hubiera sido aplicada⁴¹.

3. OMISIÓN DE LA EXPRESIÓN DE LOS MOTIVOS

63. La tercera causal de anulación que invoca la Demandada es que el Laudo no expresó los motivos en que se funda, como exige el artículo 52(1)(e) del Convenio.
64. La obligación de expresar los motivos surge del artículo 48(3) del Convenio, que obliga a los tribunales a que el laudo contenga una “declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal” y a que sea “motivado”. Los laudos no motivados pueden anularse, ya que las partes deberían estar en condiciones de verificar hasta qué punto las decisiones del tribunal están basadas en una interpretación correcta de la ley y en una adecuada evaluación de los hechos⁴². Sin embargo, en tanto los motivos hayan sido expresados, incluso si son incorrectos, inconvincentes o incompletos⁴³, el laudo no puede anularse por esta causal. El artículo 52(1)(e) no permite ningún tipo de examen de la calidad o de la capacidad de persuasión de los motivos. Tal como se sostuvo en *MINE*⁴⁴,

³⁹ *Amco II*; *Fraport*; *Víctor Pey Casado*.

⁴⁰ R II, párr. 100; C II, párr. 40.

⁴¹ *Wena*, párr. 61; *Víctor Pey Casado*, párr. 78.

⁴² *Lucchetti*, párr. 98.

⁴³ *Impregilo c. Argentina*, párr. 181.

⁴⁴ Y aceptado por las Partes: R II, párr. 112, 113; C I, párr. 48, 51 y C II, párr. 34.

“the requirement to state reasons is satisfied as long as the award enables one to follow how the tribunal proceeded from Point A to Point B, and eventually to its conclusion, even if it made an error of fact or of law”⁴⁵.

65. Sin perjuicio de lo anterior, otros comités *ad hoc* han sostenido que los motivos contradictorios o frívolos de tal magnitud, que equivalgan a una omisión de motivos, pueden conllevar la anulación⁴⁶:
- Los motivos contradictorios se cancelan mutuamente y no le permiten al lector comprender los fundamentos del tribunal⁴⁷;
 - Los motivos frívolos son aquéllos manifiestamente irrelevantes, a sabiendas del tribunal⁴⁸.
66. Pero un examen de los motivos presentados por un tribunal no puede transformarse en una reevaluación de la corrección de las premisas fácticas y jurídicas sobre las que se basa el laudo. Los comités no tienen la facultad de revisar si los motivos establecidos por el tribunal en su laudo son adecuados. Más bien, el papel del comité se limita a analizar si un lector puede comprender de qué manera el tribunal llegó a su conclusión. Extender el alcance del artículo 52(1)(e) de modo que abarque aquellos laudos que contienen motivos no considerados apropiados, transformaría al procedimiento de anulación en una apelación.
67. De manera similar, la omisión de abordar algún argumento particular postulado por las Partes no justifica la anulación, salvo que este sea decisivo para la decisión del tribunal (no *obiter dictum*)⁴⁹. Las contradicciones, inconsistencias y afirmaciones poco razonables del laudo se pueden remediar aplicando los procedimientos establecidos en los artículos 49 y 50 del Convenio, los cuales proporcionan a las partes la oportunidad de solicitar que el tribunal aborde las omisiones, rectifique los errores materiales y aclare la interpretación de los puntos dudosos⁵⁰.

⁴⁵ *MINE*, párr. 5.09.

⁴⁶ *Amco II*, párr. 1.18.

⁴⁷ *Klöckner I*, párr. 116.

⁴⁸ Broches: “Observations on the finality of ICSID awards”, en *ICSID Review*, 321 (1991), pág. 366.

⁴⁹ R II, párr. 114; C II, párr. 36.

⁵⁰ *Impregilo c. Argentina*, párr. 214.

IV. **RESUMEN GENERAL DE LOS FUNDAMENTOS PARA LA ANULACIÓN**

68. La Demandada alega un total de 13 causales para la anulación⁵¹. El comité analizará estas causales en tres secciones diferentes:
- En el **Capítulo V** el Comité abordará las causales que, según alega la Demandada, llevan a la anulación de la Decisión sobre Competencia y en consecuencia entrañarían la anulación del Laudo *in toto*, debido a que el tribunal no sería competente; el Comité rechazará estas razones y confirmará la competencia del Tribunal para este caso;
 - En el **Capítulo VI** el Comité analizará aquellas causales de anulación parcial invocadas por la Demandada, basadas en el argumento de que OEPC no es propietaria del 100% (sino solamente de un 60%) de los intereses económicos de la inversión expropiada⁵²; el Comité aceptará la primera de estas causales, y ordenará la anulación parcial del Laudo, debido a que el Tribunal asumió competencia sobre una inversión cuyo titular beneficiario es el inversor chino Andes, quien no goza de protección bajo el Tratado;
 - El **Capítulo VII** tratará sobre las causales adicionales alegadas por Ecuador, las cuales, de ser aceptadas, llevarían a la anulación del Laudo en su integridad o de algunas de sus partes⁵³; el Comité rechazará estas causales.

⁵¹ Algunas de las razones están divididas en una subdivisión aparte —ver R I, párr. 83-218; la Demandada también ha presentado una estructura diferente de sus razones en R III, párr. 315.

⁵² Ver R III, párr. 317.

⁵³ Ver R III, párr. 316.

V. LA DECISIÓN SOBRE COMPETENCIA

69. La Demandada asevera que la Decisión sobre Competencia del Tribunal debe ser anulada por cuatro casuales distintas. Tres de ellas se relacionan con la decisión del Tribunal de declararse competente en lo relativo a las reclamaciones de las Demandantes sobre la caducidad, mientras que la cuarta se refiere a la decisión del Tribunal de ignorar los requisitos de negociación obligatoria establecidos en el Tratado. En particular, la Demandada solicita la anulación de la Decisión sobre Competencia:

- porque el Tribunal rechazó la excepción de arbitrabilidad planteada por Ecuador, y lo hizo extralimitándose manifiestamente en sus facultades y omitiendo expresar los motivos en los que se basó (1.);
- porque el tribunal ignoró la excepción planteada por Ecuador de que OPC no tenía legitimidad, sin expresar ningún motivo, y extralimitándose de modo manifiesto en sus facultades (2.);
- porque el Tribunal omitió expresar los motivos del rechazo de la excepción de inadmisibilidad planteada por Ecuador (3.); y
- porque el Tribunal también omitió darle curso al requisito de negociación obligatoria del artículo VI.3 del Tratado, extralimitándose manifiestamente en sus facultades (4.)

1. LAS EXCEPCIONES SOBRE ABITRABILIDAD

70. En la etapa jurisdiccional de este arbitraje, Ecuador planteó dos excepciones independientes y distintas relacionadas con la caducidad⁵⁴:

- La “**Excepción sobre Competencia**”, basada en el argumento de que determinadas cláusulas acordadas en el Contrato de Participación excluían la arbitrabilidad de los asuntos relacionados con la caducidad; aunque esa excepción fue rechazada por el Tribunal, éste no es un asunto a tratarse en este procedimiento de anulación⁵⁵;
- Una segunda excepción, presentada en el proceso por primera vez en la audiencia sobre la competencia⁵⁶, basada en el artículo 196 de la Constitución ecuatoriana [“**CE**”]: la así llamada “**Excepción sobre Arbitrabilidad**”, que es objeto de esta causal de anulación.

71. La Excepción sobre Arbitrabilidad presentada por la República estaba basada en los siguientes argumentos⁵⁷:

⁵⁴ R II, párr. 137.

⁵⁵ R II, párr. 142.

⁵⁶ Ver Decisión sobre Competencia, párr. 82-83.

⁵⁷ R II, párr. 133.

- La CE está situada en la cumbre de la pirámide legal de Ecuador; en lo que se refiere a la jerarquía de las normas, la CE prevalece sobre los tratados internacionales, tales como el TBI;
- El artículo 196 de la CE otorga competencia exclusiva a los tribunales administrativos de Ecuador para resolver cualquier controversia concerniente a actos administrativos;
- El Decreto de Caducidad es un acto administrativo;
- De acuerdo con el artículo 196 de la CE, cualquier controversia concerniente al Decreto de Caducidad debe ser sometida a los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos, y no puede ser sometida a arbitraje del CIADI.

72. La Excepción sobre Arbitrabilidad presentada por Ecuador fue rechazada por el Tribunal en los párrafos 86, 87 y 88 de la Decisión sobre Competencia:

“86. Más fundamentalmente, la Demandada no puede invocar su legislación interna a los efectos de evitar la jurisdicción del CIADI en el marco del Tratado. Como ya se señaló, en virtud del Tratado la Demandada consintió expresamente que las diferencias se sometieran a un arreglo a través de arbitraje obligatorio en el marco del Convenio de Washington, sentando así las bases para la competencia de este Tribunal en las presentes circunstancias. En su Artículo 163, la Constitución de la Demandada reconoce que los tratados internacionales debidamente ratificados por la República del Ecuador prevalecen sobre las leyes de ese país. Así lo confirmó en la Audiencia el propio experto en derecho ecuatoriano de la Demandada al dar respuesta a preguntas que le formuló el abogado de las Demandantes:

“P. ¿Coincide usted conmigo en que conforme al Artículo 163 de la Constitución, en caso de conflicto entre esos tratados internacionales debidamente ratificados, por una parte, y el derecho del arbitraje, por otra parte, prevalecen las disposiciones de los tratados internacionales debidamente ratificados? ¿Es así?

R. Sí. Así es.

[...]

P. Entendido. Una hipótesis muy sencilla: si existiera un tratado debidamente ratificado que en términos categóricos otorgara competencia a un tribunal arbitral y la ley ecuatoriana sobre arbitraje no otorgara esa competencia por incumplimiento de determinados requisitos de esa ley, ¿es exacto afirmar que el tribunal de todos modos sería competente conforme a ese tratado?

R. En una situación como esa, si la norma jurídica ecuatoriana consiste, como usted señaló, en una ley o una norma regulatoria de nivel inferior, así sucedería”.

87. [...] En su argumento final, los abogados de la Demandada también alegaron que el “principio de competencia exclusiva”, conforme al cual los decretos de caducidad sólo pueden impugnarse ante los tribunales de lo

contencioso administrativo ecuatorianos, está consagrado en la Constitución ecuatoriana, y que la Constitución prevalece sobre el Tratado: [cita omitida].

88. La premisa de esta línea de argumentación se basa en que el Contrato de Participación contiene —en la Cláusula 22.2.1 o en la Cláusula 21.4— una renuncia clara e inequívoca a la jurisdicción del CIADI. El Tribunal ha concluido ya, en la presente Decisión, que no se ha realizado ninguna renuncia de ese tipo conforme al Contrato de Participación. Por todas las razones que anteceden se rechaza, por lo tanto, la primera excepción sobre competencia opuesta por la Demandada”.

A. Posición de la Demandada

73. La República argumenta ahora que la decisión del Tribunal de desestimar la Excepción sobre Arbitrabilidad:
- Omitió expresar los motivos y no analizó la Excepción sobre Arbitrabilidad; o al menos, el Tribunal la abordó de manera contradictoria, lo que equivale a omitir expresar los motivos;
 - Es equiparable a una extralimitación manifiesta en las facultades del Tribunal, dado que sencillamente ignoró el argumento de Ecuador de que la CE prevalece sobre el Tratado en la pirámide del orden legislativo ecuatoriano⁵⁸.
74. La Demandada asevera que la Decisión debe ser anulada de acuerdo con el artículo 52(1)(b) y (e) del Convenio, por no expresar los motivos en los que se funda y por extralimitación manifiesta en las facultades del Tribunal, lo que en consecuencia implica la nulidad del Laudo en su totalidad⁵⁹.

B. Posición de las Demandantes

75. Las Demandantes no están de acuerdo. En su opinión, el Tribunal no omitió expresar sus motivos al rechazar la Excepción sobre Arbitrabilidad planteada por Ecuador, dado que se refirió a
- el principio general de que un Estado no puede basarse en su legislación local para hacer caso omiso de sus obligaciones contraídas en tratados, y
 - el artículo 163 de la CE, el cual establece que los tratados prevalecen sobre cualquier ley de Ecuador⁶⁰.
76. Además, el tribunal estaba en lo correcto cuando se declaró competente, y por lo tanto no se extralimitó en absoluto en sus facultades, porque Ecuador no puede invocar su legislación local (incluida la CE) para evitar la competencia del CIADI y dado que el artículo 196 de la CE sencillamente no establece un principio de competencia exclusiva como el que alega Ecuador⁶¹.

⁵⁸ R II, párr. 182.

⁵⁹ R I, párr. 282-283.

⁶⁰ C I, párr. 68; C II párr. 69.

⁶¹ C II, párr. 71, 72.

C. La decisión del Comité

77. En primer lugar, el Comité analizará si el Tribunal omitió expresar los motivos de su decisión de denegar la Excepción sobre Arbitrabilidad; y luego analizará si el Tribunal se extralimitó de manera manifiesta en sus facultades cuando dictó esa decisión.
78. Los artículos 161, 163 y 196 de la CE⁶² establecen lo siguiente:

Artículo 161: La aprobación de los tratados y convenios se hará en un solo debate y con el voto conforme de la mayoría de los miembros del Congreso. Previamente, se solicitará el dictamen del Tribunal Constitucional respecto a la conformidad del tratado o convenio con la Constitución. La aprobación de un tratado o convenio que exija una reforma constitucional no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma.

Artículo 163: Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.

Artículo 196: Los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial en la forma que determina la ley.

Omisión de la expresión de los motivos

79. La Excepción sobre Arbitrabilidad —el argumento de que la CE obliga a que las controversias que afecten actos administrativos sean sometidos a los tribunales de lo contencioso administrativo— fue rechazada por el Tribunal; las razones para dicho rechazo se encuentran en el párrafo 86, en el que el Tribunal afirma
- Que Ecuador “consintió expresamente que las diferencias se sometieran a un arreglo a través de arbitraje obligatorio en el marco del Convenio de Washington, sentando así las bases para la competencia de este Tribunal en las presentes circunstancias”;
 - Que un Estado “no puede invocar su legislación interna a los efectos de evitar la jurisdicción del CIADI en el marco del Tratado”;
 - Que la CE reconoce en su artículo 163 que “los tratados internacionales debidamente ratificados por la República del Ecuador prevalecen sobre las leyes de ese país”;
 - Y que el propio experto en derecho ecuatoriano de la Demandada confirmó esta interpretación del artículo 163 de la CE cuando se lo interrogó en la audiencia.

⁶² El Laudo hace referencia a la Constitución de 1998.

80. El Comité recuerda que la obligación de expresar los motivos se satisface toda vez que la lectura del laudo permita seguir el modo en el que el tribunal avanzó desde el Punto A hasta el Punto B y finalmente hasta su conclusión⁶³.
81. En el presente caso, es verdad que los motivos (contenidos en el párrafo 86 del Laudo) preceden a la definición precisa de la Excepción sobre Arbitrabilidad (en el párrafo 87). También es verdad que en su razonamiento, el Tribunal no diferencia con claridad la Excepción sobre Arbitrabilidad de la Excepción sobre Competencia. Sin embargo, esta falta de precisión es excusable, dado que la Objeción sobre Arbitrabilidad solo se tornó relevante en el curso de la audiencia y, en todo caso (como se explicará un poco más adelante), debido a que carece de todo mérito. Las partes no pueden esperar que los Tribunales dediquen extensos razonamientos a argumentos que, a todas luces, no pueden prosperar.

Extralimitación manifiesta en las facultades

82. La Demandada argumenta que el Tribunal incurrió en una extralimitación manifiesta en sus facultades cuando rechazó la Excepción sobre Arbitrabilidad, porque:
- Ignoró el argumento de que la CE prevalece sobre el Tratado y, eventualmente,
 - Incurrió en un error al declararse competente sobre las demandas relacionadas con la caducidad.
83. El primer argumento no es cierto; el Tribunal no ignoró el argumento formulado por la Demandada de que la CE prevalece sobre el Tratado; el Tribunal lo rechazó, explicando que un Estado no puede basarse en su propia legislación para evitar la jurisdicción del CIADI conforme al Tratado, y porque el artículo 163 de la CE establece expresamente que los tratados prevalecen sobre las leyes locales⁶⁴.
84. El segundo argumento debe ser desestimado por su total falta de fundamento: el Tribunal actuó correctamente cuando desestimó la Excepción sobre Arbitrabilidad, y por tanto también al declararse competente sobre los reclamos sobre caducidad —no hay, pues, extralimitación manifiesta de facultades. El Comité coincide con el Tribunal en que la República:
- Ignora el principio básico del derecho internacional de que un Estado no puede invocar su legislación local, incluidas las disposiciones constitucionales, con el propósito de evitar el cumplimiento de obligaciones contraídas en tratados⁶⁵;

⁶³ *MINE*, párr. 5.09.; ver el párr. 64 *supra*.

⁶⁴ Decisión sobre Competencia, párr. 86.

⁶⁵ Ver artículos 27 y 46 de la CVDT, ratificada por Ecuador (sin reserva al artículo 27). De estos principios de derecho internacional, que codifican el derecho internacional consuetudinario en la materia, se desprende claramente que Ecuador no puede invocar su derecho interno con el fin de evitar someterse a la jurisdicción del CIADI en virtud del Tratado Ecuador-EEUU. El mismo principio se aplica incluso cuando el fundamento yace en las disposiciones constitucionales (ver la sentencia de la CPJI en caso *Nacionales Polacos en Danzig*, párr. 24: “It should however be observed that [...] a State cannot adduce as against

- Ignora abiertamente la CE, que en su artículo 163 hace honor a este principio del derecho internacional, declarando que los tratados forman parte del régimen legal interno de la República y prevalecen sobre las leyes locales, y en el artículo 161, que crea una presunción general de que todos los tratados internacionales en vigor son compatibles con la Constitución.
- Malinterpreta el efecto del artículo 196 de la CE en relación con las obligaciones de derecho internacional de Ecuador: el artículo 196 de la CE no establece un principio de competencia exclusiva como el que alega Ecuador; la norma constitucional permite, pero en modo alguno impone como obligatorio, el recurso ante los tribunales de lo contencioso administrativo; entenderlo de otra manera llevaría a la conclusión de que todos los actos administrativos quedan excluidos del ámbito de aplicación del TBI, y de que los únicos actos que podrían someterse a los tribunales de inversión son los actos legislativos y los actos judiciales, adoptados por las autoridades legislativas y judiciales ecuatorianas —una conclusión tan insostenible que desacredita la argumentación de la Demandada.

85. En conclusión, se desestima la primera causal de anulación invocada por la Demandada, en el sentido de que el Tribunal omitió expresar los motivos y se extralimitó manifiestamente en sus facultades cuando se declaró competente para resolver los reclamos sobre caducidad.

2. EXCEPCIÓN SOBRE LEGITIMIDAD

86. En este arbitraje OPC y OEPC actúan como Demandantes —siendo OPC la empresa controlante de OEPC. La Demandada presentó una excepción contra la participación de OPC (la “**Excepción sobre Legitimidad**”).

87. La Excepción sobre Legitimidad fue presentada por primera vez en la Réplica de la Demandada sobre Competencia⁶⁶ (la “**Réplica sobre Competencia**”). La Demandada alegó que la demanda de OPC debía ser desestimada por cuatro causales independientes⁶⁷. La primera causal era que “OPC no demostró su legitimidad como inversionista”. Esta Excepción sobre Legitimidad la desarrolló en cinco párrafos (90 a 94), en los cuales la República desplegó dos líneas de razonamiento:

88. En primer lugar, la Demandada afirmó que⁶⁸:

“90. [...] No es suficiente la simple declaración de OPC de ser la “compañía matriz” de una compañía de los Estados Unidos de América que tiene una

another State its own Constitution with a view to evading obligations incumbent upon it under international law or treaties in force”).

Ver también *IBM (Decisión sobre Competencia)*, párr. 72:

“Los tratados internacionales consagran normas de conducta entre y para los Estados, de cuya obligatoriedad no pueden sustraerse, tanto más cuanto que la tendencia del derecho internacional contemporáneo es la de que sus normas prevalezcan inclusive sobre las disposiciones de la propia Políticas Constitucionales. Así lo ha recogido no sólo la doctrina y los textos constitucionales, sino también la jurisprudencia sobre derechos humanos y derecho comunitario”.

⁶⁶ Doc. EEA 168.

⁶⁷ Doc. EEA 168, párr. 88.

⁶⁸ Doc. EEA 168, párr. 90-91.

inversión en Ecuador para establecer que OPC es también un inversionista bajo el Tratado.

91. Para probar su estatus de inversionista, OPC tendría que mostrar con detalle cómo ejerce control sobre OEPC para así establecer que la conexión con OEPC es lo suficientemente cercana para no alcanzar el “punto límite más allá del cual no serían permisibles las reclamaciones ya que sólo tendrían una conexión remota con la compañía afectada”. OPC no lo hizo y por tanto no fundamentó su legitimidad como inversionista.” [se omiten las notas al pie];

89. En segundo lugar, la Demandada alegó que, dado que las reclamaciones de OPC son fáctica y legalmente idénticas a las de OEPC, resultan inadmisibles en un arbitraje en el que OEPC ha comparecido como una de las partes y demanda lo mismo; los tribunales de inversión solo han reconocido legitimidad a los accionistas, cuando los accionistas eran los verdaderos inversores y las empresas directamente afectadas eran meros vehículos locales⁶⁹.
90. El Tribunal rechazó los argumentos de la Demandada y confirmó su competencia en lo relativo a las reclamaciones de OPC, en el párrafo 89 de la Decisión sobre Competencia:

“89. De ello se sigue que el Tribunal es competente para entender en las reclamaciones de las Demandantes basadas en el Contrato de Participación y en el Tratado. Por esta razón, lo manifestado por la Demandada de que la Demandante OPC, la “compañía matriz” de OEPC, no está legitimada para promover reclamaciones como inversionista en las circunstancias del caso, porque no es signataria del Contrato de Participación, carece de relevancia jurídica, y no es preciso abordarlo como parte de esta Decisión sobre Competencia”.

A. Posición de la Demandada

91. La República alega que el Tribunal resumió la posición de Ecuador en un solo párrafo y rechazó la Objeción sobre Legitimidad en dos oraciones, sin abordar sus argumentos, dando lugar a una omisión de la expresión de los motivos y a una extralimitación manifiesta en sus facultades⁷⁰.

B. Posición de las Demandantes

92. Las Demandantes no están de acuerdo.
93. La posición de las Demandantes es que fue en su Réplica sobre Competencia donde la República planteó por primera vez la Excepción sobre Legitimidad, y tan sólo le dedicó seis párrafos a ese argumento, y en ningún momento cuestionó que OPC poseyera indirectamente el 100% del capital social de OEPC. El Tribunal desestimó la objeción de Ecuador al establecer que OPC era la compañía matriz de OEPC. Esto reflejaba que el Tribunal entendió que OPC era la propietaria y controladora

⁶⁹ Doc. EEA 168, párr. 93, citando a *Goetz*, párr. 89.

⁷⁰ R I, párr. 286, 287; R II párr. 177.

de OEPC y había sufrido un daño por la expropiación ilegal de su filial ecuatoriana⁷¹.

94. Las demandantes añaden que no puede haber extralimitación en sus facultades, porque el Tratado establece expresamente que “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”.

Dado que OPC es una compañía de la “otra Parte” y que indirectamente posee y controla a OEPC, el Tribunal tuvo una base en la que sustentar la legitimidad de OEPC⁷².

C. La decisión del Comité

95. El Comité abordará primero la cuestión de la falta de expresión de los motivos, y luego el argumento de la extralimitación manifiesta de las facultades.

Falta de expresión de los motivos

96. Si bien la Excepción sobre Legitimidad fue planteada en el cuerpo de la Réplica de la Demandada, en su petitorio no había ninguna solicitud específica de que el Tribunal desestimara la demanda de OPC por falta de legitimidad. La única petición era que “el Tribunal declare que no tiene jurisdicción sobre las reclamaciones de las Demandantes por las razones esgrimidas en las excepciones planteadas por Ecuador con respecto a la competencia del Tribunal — pero no había ninguna solicitud complementaria para que, si el Tribunal se declaraba competente en cuanto a las reclamaciones de OEPC, desestimara las de OPC debido a la Excepción sobre Legitimidad⁷³.”
97. El artículo 52(1)(e) establece que el laudo puede anularse cuando “no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funda”. Esa norma se refiere a las razones esgrimidas como fundamento de la parte dispositiva del laudo, en concordancia con el resarcimiento solicitado por las partes. Si no hay solicitud específica de resarcimiento, no hay necesidad de esgrimir razones.
98. Aunque no había obligación de dar razones, el Tribunal abordó la alegada falta de legitimidad de OPC en el párrafo 89 de la Decisión, en el que expresó las siguientes razones para rechazar la alegación:
- Primero, porque el Tribunal ya había fundamentado su competencia, de acuerdo con el Tratado; y en consecuencia cualquier argumento de que OPC carecía de legitimidad por no ser signataria del Contrato de Participación carece de relevancia jurídica;

⁷¹ C I, párr. 85; C II, párr. 79.

⁷² C I, párr. 361; C II, párr. 88.

⁷³ Doc. EEA 168, párr. 99; en párr. 100 hay una solicitud alternativa distinta, que no es relevante en esta discusión.

- Y segundo, porque OPC era la “compañía matriz” de OEPC; afirmación que refleja que el Tribunal entendía que OPC poseía y controlaba a OEPC y, por lo tanto, de acuerdo con el Tratado era un inversor.

99. En esta segunda pata del argumento, el Tribunal abordó, si bien de un modo muy sucinto, la primera cuestión planteada en la Excepción sobre Legitimidad: si el control ejercido por OPC era demasiado remoto para justificar la legitimidad.
100. De todos modos, la Decisión no parece analizar el segundo argumento esgrimido por la Demandada: que OPC carecía de legitimidad debido a que estaba reproduciendo parte de las reclamaciones de OEPC bajo el Tratado. Ecuador sostiene ahora que esta omisión del análisis de un segundo argumento de respaldo equivale a una omisión de la expresión de los motivos, que debería llevar a la anulación del Laudo en su totalidad.
101. La petición de la República no puede prosperar, porque es un principio indiscutido que un tribunal no tiene la obligación de abordar todos y cada uno de los argumentos formulados por las partes⁷⁴.

Extralimitación manifiesta en las facultades

102. El argumento complementario de la Demandada, de que al desestimar (implícitamente) su Excepción sobre Legitimidad y aceptar la jurisdicción sobre los reclamos de OPC, el tribunal se extralimitó de modo manifiesto en sus facultades, también debe ser desestimado.
103. El artículo I.1.(a) del Tratado establece:

“[I]nversión’ 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”.

Resulta pues, que el Tratado extiende su protección a cualquier empresa estadounidense que —directa o indirectamente— posea o controle una inversión en la República del Ecuador.

104. Es un hecho que OPC es propietaria indirecta del 100% del capital social de OEPC y que ambas son empresas estadounidenses. Hay una presunción general de que la mayoría de accionistas controla también la empresa; esta presunción que sólo puede ser rebatida si hay elementos particulares que generen dudas acerca del control del propietario⁷⁵ —y Ecuador no ha alegado que existan esos elementos particulares. Por ello, no puede cuestionarse el hecho de que OPC, una empresa estadounidense, controle OEPC, y como tal tiene legitimidad para actuar como Demandante en el presente arbitraje. Por lo tanto, el Tribunal no puede haberse extralimitado en sus facultades al confirmar el status de OPC como Demandante y declararse competente para conocer de sus reclamaciones.

⁷⁴ *Azurix (Anulación)*, párr. 240; *Vivendi I (Decisión sobre Anulación)*, párr. 87.

⁷⁵ *Caratube*, párr. 271.

105. En síntesis, se desestima la segunda causal de anulación invocada por la Demandada, consistente en que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades y omitió expresar los motivos al rechazar la Excepción sobre Legitimidad contra OPC.

3. LA EXCEPCIÓN DE INADMISIBILIDAD

106. En su Réplica sobre Competencia, la Demandada formuló un argumento complementario: incluso si el Tribunal fuera competente en lo relativo a las reclamaciones de OEPC bajo el Tratado, esas reclamaciones serían prematuras, ya que las Demandantes no habían intentado impugnar el Decreto de Caducidad ante los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos (la “**Excepción de Inadmisibilidad**”).

107. La Demandada alegó que este argumento encontraba sustento en diversos tribunales de inversión que habían sostenido que una demanda bajo un tratado es prematura, a menos que haya habido un intento razonable por parte del inversor, para buscar resarcimiento en el foro especificado en el contrato, o de no ser así, solicitarle a las autoridades del país que reviertan la acción objeto de queja por parte del inversor⁷⁶. En consecuencia, la República solicitó que mientras estuvieran pendientes las acciones de las Demandantes ante los tribunales ecuatorianos, se suspendiera el arbitraje⁷⁷.

A. Posición de la Demandada

108. Según la Demandada, en su Decisión sobre Competencia, el Tribunal denegó la Excepción de Inadmisibilidad en un solo párrafo, el que se refiere a “las razones enunciadas en esa Decisión”, por lo que, de hecho, la Decisión no contiene ningún tipo de razones al respecto⁷⁸. Esta omisión de la expresión de los motivos es causal para su anulación.

B. Posición de las Demandantes

109. Las Demandantes están en desacuerdo. En su opinión, el razonamiento del Tribunal puede seguirse desde A hasta B y no justifica la anulación. La Excepción de Inadmisibilidad fue planteada, tardía y brevemente, en la Réplica sobre Competencia de Ecuador, y en los dos días de las audiencias dedicados al asunto de la competencia Ecuador solamente le dedicó unos pocos minutos⁷⁹.

110. El Tribunal la rechazó con suficientes razones, siendo dichas razones: que Ecuador no podía usar su legislación local para evadir sus obligaciones del derecho internacional; que Ecuador aceptó expresamente que las controversias fueran sometidas para su resolución a arbitraje vinculante de acuerdo con el Convenio; que el Contrato de Participación no eliminaba el derecho de las Demandantes para recurrir al arbitraje CIADI y que no habría servido de nada buscar arreglos a nivel

⁷⁶ Doc. EEA 168, párr. 80.

⁷⁷ R I párr. 289; R II párr. 164.

⁷⁸ R I párr. 291.

⁷⁹ C I párr. 93.

local, dado que los intentos para lograr una solución negociada eran ciertamente fútiles⁸⁰.

C. La decisión del Comité

111. El Tribunal abordó la Excepción de Inadmisibilidad de la Demandada en el cuerpo y en la parte dispositiva de su Decisión sobre Competencia:

“96. Finalmente, se recuerda que la Demandada solicitó al Tribunal, como parte de su segunda excepción sobre competencia, que dictara una orden de suspensión del arbitraje “hasta que OEPC impugn[ara] el Decreto de Caducidad en los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos competentes, y que... emit[ier]a un decisión definitiva sobre dicha impugnación”. Esta solicitud se basó en la alegación de que las reclamaciones de las Demandantes son prematuras, porque no fueron precedidas por la impugnación del Decreto de Caducidad ante los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos. Por las razones enunciadas en esa Decisión sobre Competencia, las Demandantes no estaban obligadas a hacerlo, por lo cual se rechaza esta solicitud”.

“97. Por las razones que anteceden el Tribunal decide y declara lo siguiente: [...] (iii) se rechaza la solicitud alternativa de la Demandada de que se dicte “una orden que suspenda este arbitraje hasta que OEPC impugne el Decreto de Caducidad en los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos competentes y que el tribunal emita un decisión definitiva sobre dicha impugnación”; [...]”.

112. De la lectura del párrafo 96 queda claro que el Tribunal decidió que la Excepción de Inadmisibilidad de la Demandada debía ser desestimada, porque las Demandantes no tenían la obligación de impugnar el Decreto de Caducidad ante los tribunales ecuatorianos. El razonamiento para esta conclusión, sin embargo, no está específicamente mencionado, y el Tribunal simplemente hace una referencia general a “las razones enunciadas en esa Decisión sobre Competencia”.
113. La Demandada sostiene que en las partes restantes de la Decisión sobre Competencia no se puede concluir ningún razonamiento explícito en apoyo al rechazo del Tribunal de la Excepción de Inadmisibilidad, y que esta omisión de expresión de los motivos debería llevar a la anulación del Laudo.
114. El Comité opina que las referencias cruzadas genéricas a la Decisión *in toto* deben entenderse como una *renvoi* al párrafo 86 de la Decisión, que implícitamente traslada el argumento de que si las controversias relativas a inversiones deben ser resueltas por un arbitraje con carácter vinculante, tal exigencia excluye el requisito previo de que se agoten previamente los recursos locales.
115. El requisito de que las decisiones sean motivadas debe evaluarse según la razonabilidad y la probabilidad de que la solicitud en cuestión prospere. En el presente caso, la propuesta de la Demandada de que debían agotarse los recursos locales contra el Decreto de Caducidad ante los tribunales de lo contencioso administrativo de Ecuador, y que mientras tanto el arbitraje debía ser suspendido, no encuentra apoyo ni en el Tratado ni en el Convenio, no lleva a resultados

⁸⁰ C II párr. 94.

razonables y *ab initio* tenía escasas chances prosperar. Tal como explicó el Comité de *Helnan*,

“it would empty the development of investment arbitration of much of its force and effect, if, despite a clear intention of States parties not to require the pursuit of local remedies as a pre-condition to arbitration, such a requirement were to be read back in as part of the substantive cause of action”⁸¹.

116. En estas circunstancias, las razones sucintas e implícitas —como las que dio el Tribunal— pueden ser suficientes para evitar la anulación del Laudo.
117. En consecuencia, el Comité llega a la conclusión de que la tercera razón para la anulación que invoca la Demandada —que el Tribunal omitió expresar los motivos para rechazar la Excepción de Inadmisibilidad de la Demandada— debe ser desestimada.

4. LA EXCEPCIÓN SOBRE NEGOCIACIÓN

118. El procedimiento administrativo de caducidad fue iniciado en el año 2004. En el transcurso de un periodo de dos años, OEPC tuvo el derecho a ser oída, y lo ejerció; las autoridades administrativas ecuatorianas debatieron si la imposición de la sanción de la caducidad contra OEPC era apropiada. Es un hecho admitido en el Decreto de Caducidad mismo que durante el transcurso de este procedimiento OEPC presentó una propuesta de arreglo, que fue rechazada por PetroEcuador⁸². El 15 de mayo de 2006 el Ministro de Energía y Minas de Ecuador emitió el Decreto de Caducidad. Dos días después, el 17 de mayo de 2006, las Demandantes presentaron su solicitud de arbitraje (la “**Solicitud de Arbitraje**”).
119. Durante la etapa del arbitraje relativa a la competencia, la Demandada presentó una excepción sobre competencia (la “**Excepción de Negociación**”), argumentando que las Demandantes habían incumplido el plazo de espera de seis meses para someter la controversia a arbitraje, tal como establece el artículo VI.3 del Tratado, que dice lo siguiente:

“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: [...]” [énfasis añadido].

120. Según la Demandada, este periodo de espera de seis meses representa uno de los requisitos del Tratado con respecto a la competencia, y si un inversor ignora esta norma, priva a un tribunal arbitral de competencia⁸³.

La decisión del Tribunal

⁸¹ *Helnan*, párr. 47.

⁸² Decreto de Caducidad, párr. 15.

⁸³ R II, párr. 192.

121. El Tribunal desestimó la Excepción de Negociación en su Decisión sobre Competencia. Luego de resumir las respectivas posiciones de las Partes en los párrafos 90-92, el Tribunal explicó su decisión en los párrafos 93-95:

“93. A este respecto el Tribunal recuerda que el procedimiento de caducidad de que se trata en el presente arbitraje de hecho se inició en 2004. Como ya se señaló, en el período de alrededor de 18 meses que precedió a la sanción del Decreto de Caducidad, el 15 de mayo de 2006, OEPC presentó varios escritos en que intentó infructuosamente refutar las alegaciones basadas en las cuales se había iniciado el procedimiento de caducidad. [Nota al pie omitida].

94. Además, el Tribunal acepta, aunque sin prejuzgar sobre el fondo del asunto, que en efecto, en las circunstancias del caso, los intentos de llegar a una solución negociada fueron inútiles. [Nota al pie omitida].

95. En consecuencia se rechaza la segunda excepción a la competencia opuesta por la Demandada” [se omiten notas al pie].

A. Posición de la Demandada

122. La República señala que el Tribunal determinó que el requisito del artículo VI.3 había sido satisfecho, por dos razones:

- Porque las Demandantes ciertamente habían cumplido con el periodo obligatorio de espera de seis meses y
- Porque, en cualquier caso, las negociaciones entre las dos Partes habrían sido fútiles.

123. La Demandada sostiene que ambas conclusiones son groseramente incorrectas⁸⁴:

- Las demandantes incumplieron el procedimiento de negociación obligatorio de seis meses, dado que el Tribunal calculó el periodo de tiempo desde el comienzo del procedimiento de caducidad, cuando debió haberlo calculado desde la emisión del Decreto de Caducidad — la fecha en la que realmente surgió la controversia; y las Demandantes presentaron la solicitud de arbitraje tan sólo dos días después, sin ninguna notificación previa a la República⁸⁵; otros tribunales han desestimado su competencia sobre este mismo fundamento⁸⁶;
- En cuanto a la futilidad, Ecuador alega que las discusiones para llegar a un arreglo no habrían sido fútiles⁸⁷ y que el Tribunal decidió lo contrario sin casi ninguna discusión y sin reconocer que la carga de la prueba les correspondía a las Demandantes⁸⁸.

⁸⁴ R I, párr. 297.

⁸⁵ R I, párr. 304, 305, 307; R II, párr. 195.

⁸⁶ R II, párr. 201.

⁸⁷ R I, párr. 310.

⁸⁸ R I, párr. 308; R II, párr. 207.

124. En opinión de Ecuador, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al negarse a hacer cumplir los requisitos de negociación obligatoria establecidos en el artículo VI.3 del Tratado⁸⁹.

B. Posición de las Demandantes

125. Las Demandantes no están de acuerdo.

126. En cuanto al argumento de la futilidad, las Demandantes sostienen que el Tribunal citó extensos precedentes arbitrales que prueban que cuando las negociaciones resultarían fútiles, no hay necesidad de que el periodo de espera se agote. Ecuador está obligado a aceptar esta premisa jurídica; de ahí que solamente discute la determinación fáctica que hizo el Tribunal en el sentido de que las negociaciones habrían sido fútiles — una cuestión que cae fuera del ámbito de análisis de un Comité de anulación⁹⁰.

127. Las Demandantes sostienen además que el argumento de Ecuador de que las controversias recién empezaron en la fecha del Decreto de Caducidad, dos días antes de que las Demandantes presentaran el caso ante el CIADI, es falsa. La controversia ya existía durante el transcurso del proceso de caducidad⁹¹. En todo caso, estos asuntos fácticos no caen dentro del ámbito de revisión de los comités de anulación⁹².

C. La decisión del Comité

128. La Demandada alega que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al declararse competente, sin respetar el requisito obligatorio de los seis meses de negociación establecidos en el artículo VI.3 del Tratado, y solicita que el Laudo sea anulado por esta razón.

129. La decisión del Tribunal se basa en dos argumentos:

- Primero, el Tribunal consideró que durante “los 18 meses aproximadamente”, previos al Decreto de Caducidad, OEPC hizo diversas presentaciones para intentar rebatir las alegaciones sobre cuya base se había iniciado el procedimiento de caducidad; y
- Segundo, el Tribunal determinó que en las circunstancias, cualquier intento de lograr una solución negociada era fútil; y en una nota al pie, hizo referencia a diversos laudos de tribunales de inversión, que habían sostenido que cuando las negociaciones están destinadas a ser inútiles, no hay necesidad de que el periodo de espera se agote⁹³.

130. El Comité examinará en primer lugar el razonamiento del Tribunal sobre la futilidad.

⁸⁹ R I, párr. 294.

⁹⁰ C I, párr. 368.

⁹¹ C I, párr. 373.

⁹² C II, párr. 103.

⁹³ *Lauder*, párr. 187-191; *LESI*, párr. 32(iv); *SGS*, párr. 184; *Ethyl*, párr. 84.

131. El Tribunal citó numerosos precedentes de arbitrajes que concluyeron que, cuando las negociaciones resultarían inútiles, no había necesidad de que el periodo de espera se hubiera agotado para poder presentar la Solicitud de Arbitraje. La Demandada no cuestionó la corrección del argumento jurídico esgrimido por el Tribunal, sino que su razonamiento es diferente: ella señala que

“Con escaso análisis de esta cuestión y sin ningún reconocimiento de la responsabilidad de las Demandantes de probar la ‘futilidad’, el Tribunal sencillamente concluyó que los ‘intentos de llegar a una solución negociada eran en realidad fútiles’”⁹⁴.

132. En el presente caso, tras examinar y ponderar las pruebas, el Tribunal llegó a la conclusión de que los intentos de alcanzar un arreglo negociado fueron verdaderamente fútiles; que el período de seis meses establecido por el artículo VI.3 del Tratado podía ser obviado y que la Excepción de Negociación de la Demandada debía ser desestimada. La determinación fáctica realizada por el Tribunal parece razonable, y su conclusión jurídica es acorde a principios consolidados⁹⁵.

133. La desestimación de la Excepción de Negociación por parte del Tribunal, basada en el argumento de que cualquier negociación ulterior sería fútil, debe ser confirmada.

134. Dado que el Tribunal desestimó correctamente la Excepción de Negociación sobre la base de la futilidad, las cuestiones de

- si OEPC había formulado denuncias durante el transcurso del procedimiento de caducidad,
- si esas denuncias se hicieron antes o después del surgimiento de la controversia, y
- si esas denuncias proporcionan una razón adicional en apoyo de la decisión del Tribunal de desestimar la Excepción de Negociación

se han tornado irrelevantes y no necesitan ser abordadas.

135. En síntesis, se desestima la cuarta causal de anulación invocada por la Demandada, a saber, que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al rechazar la Excepción de Negociación de la Demandada.

⁹⁴ R I párr. 308.

⁹⁵ *Teinver*, párr. 126, 129; *Alemanni*, párr. 310, 317.

**VI. ANULACIÓN PARCIAL POR HABER ASUMIDO ERRÓNEAMENTE
COMPETENCIA SOBRE EL 40% DE LA INVERSIÓN DE LAS
DEMANDANTES**

136. Habiendo desestimado la solicitud de la Demandada de que la Decisión sobre Competencia fuera anulada, el Comité debe ahora analizar las causales de anulación parcial del Laudo invocadas por Ecuador. Estas razones giran en torno al argumento de que el Tribunal asumió erróneamente competencia sobre el 40% de la participación de las Demandantes en la inversión, porque esa participación le pertenece ahora a Andes, un inversor de origen chino que no goza de protección bajo el Tratado.
137. *Pro memoria*: La ejecución del Acuerdo Farmout entre OEPC y AEC el 1 de octubre de 2000 (junto con el Acuerdo de Operación Conjunta) implicó la transferencia de un 40% de la propiedad en el Bloque 15 de OEPC a AEC (quien posteriormente revendió su participación a la empresa china Andes). Debido a que las partes no lograron obtener la autorización requerida por el Ministro de Ecuador, la transferencia finalmente desencadenó la declaración por parte de Ecuador de la caducidad del Contrato de Participación.
138. El Tribunal concluyó en el Laudo que Ecuador adoptó esta declaración de caducidad quebrantando la legislación ecuatoriana e internacional; que el Decreto de Caducidad se convirtió en “una medida equivalente a la expropiación” y que la República debía resarcir los daños a las Demandantes (que redujo en un 25% porque OEPC no obtuvo la autorización ministerial para la transferencia de sus derechos en el Acuerdo Farmout).
139. Los fundamentos para esta anulación parcial alegados por la Demandada, y que serán analizados en este Capítulo, se refieren a las siguientes preguntas:
- ¿Asumió erróneamente el Tribunal la competencia sobre el 40% de la inversión en el Bloque 15 cuyo titular beneficiario es ahora el inversor chino Andes (y que previamente pertenecía a la empresa de Bermudas AEC)?
 - A consecuencia de ello, ¿queda fuera de su competencia la decisión del Tribunal de ordenar a Ecuador compensar a OEPC por la participación del 40%?

El Laudo

140. El Tribunal era perfectamente consciente del significado de estos interrogantes. Les solicitó a las Partes escritos adicionales y celebró una audiencia sobre este asunto. Después de escuchar a las partes, el Tribunal no fue capaz de alcanzar una decisión unánime: la mayoría decidió en un sentido, y la árbitro Stern disintió.
141. En el Laudo, la mayoría del Tribunal aceptó el enfoque de conceder el 100% del valor de la inversión: la mayoría concluyó que dado que la cesión de derechos del Contrato de Participación no había sido autorizada por el Ministro ecuatoriano, dicha cesión era “nula y no tiene ningún valor y ésta es la conclusión del Tribunal”.

La cesión “[p]or tanto [...] no es válida [...] y el Tribunal debe excluirla de su análisis a los fines de determinar la indemnización que corresponde a las Demandantes”⁹⁶. En consecuencia, en opinión del Tribunal, OEPC seguía siendo propietaria, a la fecha del Decreto de Caducidad, del 100% de los derechos bajo el Contrato de Participación y debía ser compensada por el 100% del valor del Bloque 15⁹⁷.

142. La árbitro Stern disintió enfáticamente.
143. En su opinión, en el momento en que se emitió el Decreto de Caducidad, los derechos bajo el Contrato de Participación le pertenecían en un 60% a OEPC y en un 40% a AEC⁹⁸, y se le había pagado a OEPC el monto total por la cesión de su participación del 40%⁹⁹. La Prof. Stern concluyó entonces que tanto bajo la legislación de Nueva York como bajo la ecuatoriana, el Acuerdo Farmout, que no había sido declarado nulo ni por un tribunal de Nueva York ni por uno ecuatoriano, debía haberse tenido por vigente y vinculante¹⁰⁰ y que el Tribunal CIADI se había extralimitado en sus facultades al anular los derechos de AEC que surgían de aquél¹⁰¹.
144. La árbitro Stern añadió que la propiedad de la cuota del 40% del Bloque 15 estaba dividida, perteneciendo el “*nominal legal title*” (título nominal) a OEPC y el interés como beneficiario a AEC¹⁰². De acuerdo con el derecho internacional, solo el titular beneficiario, AEC, podía reclamar una compensación por la expropiación¹⁰³. En consecuencia, OEPC debió haber recibido únicamente el 60% de los daños totales, con arreglo al principio de plena compensación del caso *Chorzów Factory*¹⁰⁴.
145. La Prof. Stern concluyó con la observación de que no resulta injusto que Ecuador, que adquirió el 100% del Bloque 15, sea obligada a pagar una compensación únicamente por el 60% de su valor, pues es resultado de la competencia limitada de los tribunales del CIADI¹⁰⁵.

La solicitud de Ecuador

146. En el presente procedimiento de anulación, Ecuador solicita que el Laudo sea parcialmente anulado, en la medida en que compense a las Demandantes con cualquier suma que exceda el 60% del valor del Bloque 15¹⁰⁶. Esta solicitud está basada en tres razones distintas para la anulación:

⁹⁶ Laudo, párr. 650.

⁹⁷ Laudo, párr. 651.

⁹⁸ Opinión Disidente, párr. 28.

⁹⁹ Opinión Disidente, párr. 33.

¹⁰⁰ Opinión Disidente, párr. 116.

¹⁰¹ Opinión Disidente, párr. 132.

¹⁰² El término “nominal legal title”, fue traducido en la versión en español de la Opinión Disidente como “titularidad nominal”. En la tradición jurídica continental corresponde con la figura jurídica del titular fiduciario, que será el término más empleado por el Comité en la versión en castellano de su decisión.

¹⁰³ Opinión Disidente, párr. 151.

¹⁰⁴ Opinión Disidente, párr. 159.

¹⁰⁵ Opinión Disidente, párr. 166-167.

¹⁰⁶ R III, p. 317.

- Que el tribunal asumió erróneamente competencia sobre la inversión de AEC, por lo que se extralimitó manifiestamente en sus facultades;
- Que cuando el Tribunal evaluó los daños, no aplicó los principios del derecho internacional, y que ello equivale a una extralimitación manifiesta en sus facultades;
- Y que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades y omitió expresar los motivos al declarar inexistente la cesión de derechos entre las Demandantes y AEC.

147. El Comité abordará la solicitud de la siguiente forma:

- Primero, resumiendo las decisiones del Tribunal (**1.**),
- Luego, resumiendo las posiciones de la Demandada y de las Demandantes (**2. y 3.**),
- Y posteriormente explicando su propia decisión (**4.**)

1. EL LAUDO

148. El Tribunal dedicó una sección entera¹⁰⁷ del Laudo a la cuestión de si las Demandantes tenían derechos sobre el 100% o solamente sobre el 60% del valor del Bloque 15. Este análisis comienza en los párrafos 613 y 614, que enmarcan la cuestión:

“613. El Tribunal ahora analizará a la cuestión central que, en su opinión, una vez desmenuzadas las complejas ramificaciones legales de los argumentos de las partes, se puede resumir de la siguiente manera: ¿La celebración del Acuerdo de Farmout entre OEPC y AEC el 1 de octubre de 2000 (junto con el Contrato de Operación Conjunta) le permite al Ecuador, luego de la caducidad, compensar a OEPC sólo por el 60% de su participación en el Bloque 15 o Ecuador está legalmente obligado a indemnizar a OEPC por el 100% de su interés en el Bloque 15, ya que fue eso precisamente lo que adquirió mediante la dictación del Decreto de Caducidad?

614. En otras palabras, la cuestión central a plantearse en esta sección es si una cesión a AEC de un 40% de interés sobre el Bloque 15 se materializó a través de los Acuerdos de Farmout (el Acuerdo de Farmout y el Contrato de Operación Conjunta) o si la pretendida cesión fue nula y, por consiguiente, sin efectos legales. En el primero de los casos, OEPC tendría derecho a recuperar el 100% del valor definido del Bloque 15 bajo los principios relevantes de derecho internacional, mientras que en el último de los casos recuperaría sólo el 60%” [se omite la nota al pie].

149. Puesto que el Acuerdo Farmout está sujeto a la legislación de Nueva York, el Tribunal analizó a continuación si se había producido una cesión válida de

¹⁰⁷ La sección E.4 del capítulo sobre quantum, párr. 612-658.

derechos, tanto de conformidad con la legislación ecuatoriana como con la de Nueva York¹⁰⁸.

Legislación ecuatoriana

150. En primer lugar el Tribunal recordó la cláusula 16.1 del Contrato de Participación y el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos (“LHC”):

“16.1. La transferencia de este Contrato de Participación o la cesión a terceros de los derechos provenientes del mismo deberán ser autorizados por el Ministro del Ramo de conformidad con las leyes y reglamentos vigentes; de manera especial se cumplirán las disposiciones previstas en el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos y en los Decretos Ejecutivos Nos. 809, 2713 y 1179”.

“Art. 79: La transferencia de un contrato o la cesión a terceros de derechos provenientes de un contrato, serán nulas y no tendrán valor alguno si no procede autorización del Ministerio del Ramo, sin perjuicio de la declaración de caducidad según lo previsto en la presente ley”.

151. Aplicando el artículo 79 de la LHC, el Tribunal llegó a las siguientes conclusiones:

- La supuesta cesión no tuvo ningún efecto legal “y OEPC conservó el 100% de los intereses legales y como beneficiario sobre todos los derechos emanados del Contrato de Participación”¹⁰⁹;
- La invalidez de cualquier supuesta cesión no afectó el derecho del Estado a declarar la caducidad¹¹⁰.

152. Después de llegar a estas conclusiones, el Tribunal analizó y rechazó los contraargumentos de la Demandada:

La solicitud de declaración judicial de nulidad

153. El primer contraargumento esgrimido por la Demandada fue que la cesión produjo una “nulidad absoluta” que requería una declaración judicial¹¹¹.

154. El Tribunal no estuvo de acuerdo. En su opinión¹¹²

“622. A pesar de que el Código Civil del Ecuador no contiene ninguna disposición expresa en tal sentido, la Corte Suprema ha confirmado en reiteradas oportunidades que el derecho del Ecuador reconoce la nulidad de pleno derecho o ‘inexistencia’”.

155. El Tribunal hizo luego referencia a cuatro casos en los que la Corte Suprema de Ecuador había diferenciado entre las categorías de inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa, y concluyó que la¹¹³

¹⁰⁸ Laudo, párr. 616.

¹⁰⁹ Laudo, párr. 619.

¹¹⁰ Laudo, párr. 619 bis.

¹¹¹ Laudo, párr. 620.

¹¹² Laudo, párr. 622.

¹¹³ Laudo, párr. 626.

“626. [...] cesión perseguida mediante el Acuerdo de Farmout y el Contrato de Operación Conjunta sin duda satisface los criterios [...] de ‘inexistencia’”

El Tribunal prosiguió¹¹⁴:

“Cuando la ley misma establece que un acto “no tendrá valor alguno” no hay necesidad de una declaración judicial de ineficacia, ya que jamás fue válido desde el principio – carece de los requisitos esenciales para que tenga vida”.

Y luego explicó¹¹⁵:

“628. Como se ha señalado precedentemente, el Artículo 79 de la LHC es claro en la referencia no sólo al acto ilegal, sino a la consecuencia de la ilegalidad. Cabe destacar que la Corte Suprema aplicó una disposición similar (Artículo 1745 del Código Civil de [1970] [Artículo 1718 del Código Civil de 2005]) en el caso que antecede (y en otros que se analizan más adelante). El Artículo 1745 [1718] dispone que en los casos en que la ley exige la celebración por escritura pública, el acto o contrato celebrado en cualquier otra forma “se mirará como no ejecutado o celebrado”. Por consiguiente, la consecuencia de la ilegalidad se especifica. El resultado de la conclusión de la Corte de que dichos contratos son “inexistentes” es que el Artículo 1745 [1718] tiene efectos sin necesidad de una declaración judicial. En otras palabras, cuando la ley establece claramente que el contrato debe tenerse por no celebrado y por tanto no tiene vida, no hay ningún requisito de confirmación judicial. En igual sentido, de conformidad con el Artículo 79 [LHC], la ley misma ha determinado que una cesión sin autorización previa no tiene ningún valor, y por consiguiente no tiene vida. La consecuencia lógica de esta disposición es que no es necesario ningún acto adicional para invalidar una cesión no autorizada”.

Legislación de Nueva York

156. El Tribunal analizó entonces la cuestión según la legislación de Nueva York y concluyó que ésta lleva exactamente a la misma conclusión que la legislación ecuatoriana: cuando la ley que rige la cesión es una ley extranjera; los tribunales de Nueva York aplican la ley que rige el contrato que contiene la cláusula que impide la cesión, a la hora de interpretar tal cláusula. Dado que la cláusula 7.02 del Acuerdo Farmout impone la aplicación de normas de derecho imperativo ecuatoriano al Contrato de Participación, los tribunales de Nueva York aplicarían tales leyes, incluida la LHC¹¹⁶.

Conclusiones

157. En el párrafo 650 el Tribunal llegó a su principal conclusión:

“650. [...] De lo anterior se desprende que de conformidad con las leyes de Nueva York y del Ecuador, la cesión de los derechos de OEPC conforme al Contrato de Participación a AEC que se perseguía a través del Acuerdo de Farmout y el Contrato de Operación Conjunta es nula y no tiene ningún valor y ésta es la conclusión del Tribunal. De conformidad con la doctrina de la

¹¹⁴ Laudo, párr. 626.

¹¹⁵ Laudo, párr. 628.

¹¹⁶ Laudo, párr. 646, 647.

inexistencia y el derecho de Nueva York, no es necesaria una declaración judicial de nulidad a los fines de la invalidación”¹¹⁷.

El Tribunal añadió a continuación:

“650. [...] Por tanto, la cesión de derechos conforme al Acuerdo de Farmout y el Contrato de Operación Conjunta no es válida y no produjo efecto alguno, de modo tal que el Tribunal debe excluirla de su análisis a los fines de determinar la indemnización que corresponde a las Demandantes. A la luz de lo expuesto, el Tribunal concluye que a la fecha del Decreto de Caducidad, OEPC mantenía la titularidad sobre el 100% de los derechos que surgen del Contrato de Participación”¹¹⁸ [se omite la nota al pie].

Con el siguiente resultado:

“651. Por consiguiente, el Tribunal concluye que la Demandada debe indemnizar a las Demandantes por el 100% de su participación en el Bloque 15 que adquirió mediante el dictado del Decreto de Caducidad”¹¹⁹.

La cuestión de la escisión

158. Si bien el Tribunal concluyó que la cesión de derechos entre OEPC y AEC fue inexistente, también determinó que “el Acuerdo Farmout [...] continúa plenamente vigente entre OEPC y AEC”, porque el artículo 79 de la LHC trata del efecto legal de la cesión y no invalida ni el Acuerdo Farmout ni el Acuerdo de Operación Conjunta¹²⁰. Esta idea, de que es posible separar una cesión de derechos, que sería nula, del Acuerdo Farmout, que continuaría siendo válido, es desarrollada en el párrafo 635:

“635. [...] Para despejar cualquier duda, tal como se señala *supra*, el Tribunal reitera que en la especie el análisis debe recaer sobre la validez de la cesión, y no sobre la validez del Acuerdo de Farmout o del Contrato de Operación Conjunta. Las conclusiones del Tribunal sobre la validez de la cesión no afectan a otras obligaciones que pudieran surgir entre las partes del Acuerdo de Farmout y del Contrato de Operación Conjunta (con partes distintas de las del presente arbitraje) ni afecta la habilidad de AEC de perseguir daños de OEPC en caso de que no cumpla con los términos de dichos acuerdos, como por ejemplo, el no obtener la necesaria autorización gubernamental para la cesión” [se omite la nota al pie].

159. La idea de que la operación efectuada entre OEPC y AEC podía ser escindida en dos partes,
- la cesión de derechos, que es automáticamente nula e inexistente,
 - y el resto de los Acuerdos Farmout y de Operación Conjunta, que siguen siendo válidos

¹¹⁷ Laudo, párr. 650.

¹¹⁸ Laudo, párr. 650.

¹¹⁹ Laudo, párr. 651.

¹²⁰ Laudo, párr. 619; 619 bis.

es una de las conclusiones más controvertidas y oscuras del Laudo. La cuestión fue objeto de extensos debates en el transcurso de la audiencia de anulación, en la que las partes sostuvieron interpretaciones opuestas¹²¹.

Tres argumentos adicionales de la Demandada

160. En la parte final de su análisis, el Tribunal desestimó tres argumentos adicionales presentados por la Demandada:
161. (i) El primer argumento fue el del enriquecimiento ilícito. El Tribunal sostuvo lo siguiente¹²²:

“654. [...] el Tribunal señala que la nulidad de la cesión de conformidad con el derecho de Nueva York y del Ecuador no obstan a las acciones que AEC (o Andes) puedan tener contra OEPC conforme al Acuerdo de Farmout. Tal como mencionamos anteriormente, la cesión no autorizada no invalida el Acuerdo de Farmout entre el cedente, OEPC y el cesionario, AEC, y su posición legal no se ve afectada por el hecho de que el cedente y el cesionario hayan ejecutado efectivamente *inter se* partes de esa cesión nula y efectuada sin autorización. OEPC se comprometió a transferir a AEC algunos de los derechos establecidos en el Contrato de Farmout, pero violó dicho compromiso al no obtener la autorización del Ministerio. Este incumplimiento contractual puede constituir el fundamento de un reclamo por parte de AEC (o Andes) contra OEPC. Estos factores tienen fuerte incidencia sobre los argumentos de enriquecimiento ilícito planteados en relación con el derecho de OEPC de percibir una indemnización correspondiente a un interés del 100% en el Contrato de Participación”.

162. (ii) El segundo argumento estaba relacionado con el dictum del caso *Chorzów Factory*, en el que se dice lo siguiente¹²³:

“Este principio [...] tiene el efecto, por un lado, de excluir del daño a ser estimado, el perjuicio resultante para terceras partes del acto ilícito y, por otro lado, de no excluir del daño el monto de las deudas y demás obligaciones por las cuales la parte perjudicada es responsable. El daño sufrido por Oberschlesische con respecto al emprendimiento de Chorzów es por lo tanto equivalente al valor total - pero sólo a este total - de la propiedad, los derechos y los intereses de esta Compañía en ese emprendimiento, *sin deducir el pasivo*” [énfasis añadido].

163. El Tribunal concluyó¹²⁴:

“656. Conforme a derecho internacional, la responsabilidad que OEPC pudiera tener frente a AEC o Andes conforme a cualquier otro acuerdo (incluido el Acuerdo de Farmout) no afecta el derecho de las Demandantes a la indemnización del Ecuador. Ecuador no puede reducir el reclamo de OEPC en virtud de la supuesta responsabilidad que pueda tener frente a terceros tales

¹²¹ HT, pp. 945 – 984.

¹²² Laudo, párr. 654.

¹²³ Caso *Chorzów Factory*, párr. 31

¹²⁴ Laudo, párr. 656.

como AEC. Este principio se consagra claramente en el *dictum* en *Chorzow Factory* [...]”.

164. (iii) El tercer argumento es doble:

- que las Demandantes supuestamente carecían de legitimidad para reclamar por daños más allá de su participación del 60% “restante” en el Bloque 15; y
- que ningún comprador estaría dispuesto a pagar un precio basado en el 100% del valor del Bloque 15, dado que OEPC solamente es propietaria del 60%.

165. El Tribunal desestimó este argumento con el siguiente razonamiento¹²⁵:

“658 [...] A la luz de la conclusión del tribunal respecto de la nulidad de la cesión *supra*, esta objeción se diluye por completo”.

2. POSICIÓN DE LA DEMANDADA

166. La Demandada asevera que el Tribunal debió haberles otorgado a las Demandantes daños equivalentes al 60% del valor del Bloque 15, y que su decisión de calcular los daños sobre el 100% de dicho valor debería ser anulada, lo que conduciría a una anulación parcial del Laudo. La Demandada invoca tres causales distintas para la anulación¹²⁶:

- Primero, que el Tribunal ejerció una competencia *ratione personae* sobre una empresa china, Andes, sin ninguna legitimidad que surgiera del Tratado ni del Contrato de Participación, extralimitándose así manifiestamente en sus facultades (**A.**);
- Segundo, que el Tribunal no aplicó las normas aplicables del derecho internacional referidas a daños, incurriendo en una extralimitación manifiesta en sus facultades (**B.**); y
- Tercero, que el Tribunal actuó con extralimitación manifiesta en sus facultades y omitió expresar los motivos que lo llevaron a la conclusión de que la cesión del Acuerdo Farmout sería inexistente de conformidad con la legislación ecuatoriana (**C.**)

A. El ejercicio de competencia *ratione personae* sobre Andes

167. La Demandada argumenta que hay una extralimitación en las facultades si un tribunal ejerce competencia sobre una empresa que no es parte de un acuerdo arbitral y tampoco sea un inversor protegido por el TBI aplicable¹²⁷.

¹²⁵ Laudo, párr. 658.

¹²⁶ R I, secciones 13-14; R II, secciones 11-12.

¹²⁷ R I, párr. 532.

168. Está fuera de discusión que el Tratado no protege a los ciudadanos chinos. La cláusula de arbitraje del CIADI contenida en el Contrato de Participación solamente beneficia a las partes de dicho Contrato —y Andes no califica como tal¹²⁸.
169. Al decidir que las Demandantes tienen derecho a una indemnización por daños que asciende al 100% del valor del Bloque 15, el Tribunal tomó tres decisiones que afectaron a Andes sin tener competencia sobre ésta¹²⁹:
- Primero, anuló el Acuerdo Farmout sin que Andes fuera parte de este arbitraje;
 - Segundo, al otorgarles a las Demandantes daños equivalentes al 100% del valor del Bloque 15, *de facto* le concedió a Andes el 40% de esa suma (si las Demandantes cumplen con la Carta Acuerdo de 2006 y transfieren a Andes el 40% de los fondos que obtengan);
 - Tercero, el Tribunal le expropió a Andes su inversión del 40% del Bloque 15 si, en contra del supuesto en el guion anterior, las Demandantes deciden no transferir a Andes el 40% de los fondos que obtengan en el arbitraje subyacente.

B. Falta de aplicación de las normas de Derecho Internacional de daños apropiadas

170. La Demandada sostiene que el Tribunal también se extralimitó manifiestamente en sus facultades al no aplicar las normas apropiadas del derecho internacional relativas a la determinación de daños¹³⁰. Específicamente, el Tribunal no aplicó las siguientes normas y principios:
- El estándar de derecho internacional de *willing buyer/willing seller*¹³¹;
 - El dictum del caso *Chorzów Factory*¹³²;
 - La norma del derecho internacional que prohíbe el enriquecimiento ilícito¹³³.

C. La inexistencia de la cesión del Acuerdo Farmout

171. La Demandada argumenta finalmente que si uno supone — como concluyó el Tribunal — que Ecuador hizo una expropiación ilícita, las Demandantes sólo tendrían derecho a reclamar el valor de su inversión, es decir, el 60% de la propiedad en el Bloque 15 (deducida su culpa concurrente). Sin embargo, al concluir que la cesión es inexistente, el Tribunal les permitió a las Demandantes recuperar el valor de su inversión y del 40% del Bloque 15, propiedad de AEC. Esta conclusión debería ser anulada por extralimitación manifiesta en las facultades del

¹²⁸ R I, párr. 535.

¹²⁹ R I, párr. 536-539.

¹³⁰ R I, párr. 547.

¹³¹ R I, párr. 549-557; R II párr. 442-457.

¹³² R I, párr. 558-570; R II párr. 458-476.

¹³³ R I, párr. 571-578; R II párr. 477-493.

Tribunal y por hacer descansar la decisión sobre razones insuficientes, frívolas y contradictorias¹³⁴.

172. (i) La extralimitación manifiesta en las facultades deriva del hecho de que el Tribunal verdaderamente se inventó un conjunto de normas para otorgarles a las Demandantes daños mucho mayores que la pérdida que habían sufrido¹³⁵ y escogió caprichosamente una disposición de la LHC, ignorando todas las demás disposiciones de dicha ley¹³⁶.
173. Hay una segunda razón por la que el Tribunal incurrió en una extralimitación en sus facultades: constituye un principio general de Derecho que la nulidad o inexistencia de un contrato pueden ser declaradas si, y solamente si, todas las partes del contrato son parte del proceso judicial. Dado que AEC no es parte en el arbitraje en cuestión, la mayoría carecía de autoridad para declarar la invalidez de los Acuerdos Farmout¹³⁷. Aun admitiendo (*quod non*) que la cesión podía escindirse de los Acuerdos Farmout, a Ecuador le resulta imposible comprender cómo es posible que se pueda admitir un reclamo por la nulidad de la cesión cuando las partes de la cesión no son partes del proceso judicial¹³⁸.
174. (ii) La falta de motivación también debería llevar a la anulación, porque la determinación de la mayoría descansa sobre una combinación de razones frívolas, escasas y contradictorias¹³⁹.

3. POSICIÓN DE LAS DEMANDANTES

175. Las Demandantes no están de acuerdo con los argumentos de la Demandada. En su opinión, la Demandada distorsiona el Laudo. El Tribunal concluyó solamente que las Demandantes pretendieron efectuar una cesión de derechos de conformidad con el Contrato de Participación, y luego declaró la inexistencia de la cesión, y afirmó expresamente la validez del Acuerdo Farmout¹⁴⁰.

A. El ejercicio de competencia *ratione personae* sobre Andes

176. Las Demandantes aseveran que el Tribunal no se extralimitó manifiestamente en sus facultades al ejercer impropriamente competencia *ratione materiae* sobre la empresa china Andes, porque el Tribunal no otorgó a Andes ninguna compensación por daños. La mayoría simplemente les otorgó a las Demandantes el valor de su inversión, que era el 100% de los derechos de conformidad con el Contrato de Participación. Según el derecho internacional, el Tribunal tenía que otorgarles a las Demandantes una compensación por daños acorde con el 100% de su inversión; no estaba pues facultado para deducir los pasivos de las Demandantes — como dispone el dictum de *Chorzów Factory*¹⁴¹.

¹³⁴ R I, párr. 584.

¹³⁵ R I, párr. 591-646; R II párr. 510-560.

¹³⁶ R I, párr. 647-655; R II párr. 561-566.

¹³⁷ R I, párr. 661.

¹³⁸ R II, párr. 576.

¹³⁹ R I, párr. 677-709, R II párr. 583-640.

¹⁴⁰ C I, párr. 444.

¹⁴¹ C I, párr. 480; C II párr. 281.

177. El argumento de la Demandada de que el Tribunal expropió los derechos de Andes es erróneo, dado que esos derechos no se ven afectados por el Laudo; ya que el Tribunal afirmó expresamente la validez del Acuerdo Farmout¹⁴².

B. Falta de aplicación de las normas del derecho internacional sobre daños apropiadas

178. Las Demandantes argumentan que el Tribunal no se extralimitó manifiestamente¹⁴³, porque

- Aplicó el estándar de *willing buyer/willing seller*¹⁴⁴;
- Aplicó el dictum de *Chorzów Factory*¹⁴⁵, y
- La norma del derecho internacional que prohíbe el enriquecimiento ilícito¹⁴⁶.

C. La inexistencia de la cesión del Acuerdo Farmout

179. (i) Las Demandantes sostienen que el Tribunal no se extralimitó manifiestamente en sus facultades omitiendo aplicar la ley aplicable cuando concluyó que la supuesta cesión de OEPIC a AEC era inexistente y, por lo tanto, carecía de efectos legales. El Tribunal concluyó que

- La legislación ecuatoriana reconoce el concepto de inexistencia;
- Según la clara redacción del artículo 79 de la LHC la cesión fue inexistente y no afectada por una nulidad absoluta¹⁴⁷;
- Un acto inexistente no necesita ser invalidado; y
- Aunque se tratara de una nulidad absoluta, estando pendiente la declaración judicial, la cesión seguiría sin tener efecto legal alguno¹⁴⁸.

180. Las Demandantes afirman que aunque los argumentos de Ecuador fueran correctos (*quod non*), tan sólo constituirían un mero error.

181. Finalmente argumentan las Demandantes que, comprensiblemente, Ecuador se ve obligada a retractarse de lo que previamente había admitido. El Tribunal señaló¹⁴⁹ que sus conclusiones relativas a la inexistencia de la cesión habían sido plenamente respaldadas previamente por Ecuador y sus expertos legales¹⁵⁰. En opinión de las Demandantes, el hecho de que Ecuador sostuviera originalmente la posición

¹⁴² C I, párr. 482.

¹⁴³ C I, párr. 445-448.

¹⁴⁴ C I, párr. 449-454; C II párr. 267-270.

¹⁴⁵ C I, párr. 455-462; C II párr. 271-275.

¹⁴⁶ C I, párr. 463-474; C II párr. 276-280.

¹⁴⁷ C I, párr. 497-505.

¹⁴⁸ C I, párr. 226.

¹⁴⁹ Laudo, párr. 636-644.

¹⁵⁰ C I, párr. 223.

contraria demuestra que la posición del Tribunal es cuando menos razonable —tornando inviable la anulación por error grave de derecho¹⁵¹.

182. Las Demandantes también recuerdan que el Tribunal no declaró que el Acuerdo Farmout ni el Acuerdo de Operación Conjunta fueran inválidos — solamente la transferencia de ciertos derechos¹⁵².
183. (ii) El razonamiento del Tribunal puede seguirse desde el punto A hasta el punto B, por lo que no se justifica su anulación¹⁵³:
- El artículo 79 de la LHC establece que cualquier transferencia de derechos no autorizada de conformidad con el Contrato de Participación será “nula y no tendrá valor alguno”; en consecuencia, la supuesta cesión de derechos fue inválida;
 - La Corte Suprema ecuatoriana ha confirmado en diversas ocasiones que la legislación ecuatoriana reconoce la nulidad automática o inexistencia;
 - No se requiere ninguna otra acción adicional para invalidar una cesión no autorizada.
184. Los esfuerzos de Ecuador para fabricar una contradicción entre las conclusiones del Tribunal son vanos, como lo es la afirmación de Ecuador de que la decisión del Tribunal se basa en razones frívolas y contradictorias¹⁵⁴.

4. LA DECISIÓN DEL COMITÉ

185. El Comité debe decidir si la mayoría del Tribunal incurrió en alguna de las causales de anulación descritas por Ecuador cuando, a pesar de la discrepancia de uno de sus miembros, asumió competencia con respecto al 100% del Bloque 15, sin tomar en cuenta que la Demandante, OEPC, había cedido un 40% de su participación a un tercero, inicialmente la empresa bermudeña AEC, y posteriormente la empresa china Andes. Y, si llega a la conclusión de que realmente el Tribunal asumió erróneamente competencia, el Comité debe decidir si este exceso en las facultades amerita la anulación según los estrictos requisitos impuestos por el artículo 52 del Convenio.
186. La extensión y el alcance de las inversiones de las Demandantes es más que un mero asunto jurídico, relevante solo para el cálculo de los daños en este caso. Tiene repercusiones más amplias, que afectan a la natural tensión entre los principios generales de igualdad y equidad vis-à-vis el ámbito de competencia de los arbitrajes del CIADI. Esta tensión está inmersa en un sistema legal que solo protege las inversiones de los inversores de una cierta nacionalidad, amparados por un TBI

¹⁵¹ C II, párr. 254.

¹⁵² C I, párr. 512.

¹⁵³ C II, párr. 227.

¹⁵⁴ C II, párr. 231, 239.

específico, pero les niega protección a otros inversores, incluidos los inversores locales¹⁵⁵.

187. Dado que, mediante la expropiación del Contrato de Participación Ecuador adquirió el 100% del Bloque 15; la justicia parecería obligar a que indemnizara el 100% del valor de dicho activo. Y el Tribunal, cuando decidió calcular los daños sobre la base del 100% de la inversión, indudablemente se guió por el propósito de dictar una solución justa y equitativa¹⁵⁶.
188. Sin embargo, desde el punto de vista de OEPC, sus daños parecían estar limitados al 60% del valor del Bloque, dado que la propiedad sobre el restante 40% había sido transferida a un tercero (AEC, una empresa que no fue parte en el arbitraje y no está protegida por el TBI EEUU-Ecuador), que pagó debidamente a OEPC la retribución acordada y que finalmente revendió su participación a Andes.
189. Para cumplir con su deber de resolver la solicitud de anulación presentada por la Demandada, el Comité
 - primero, examinará con cierto detalle los hechos subyacentes y la legislación aplicable (**A.**);
 - y a continuación, analizará los argumentos de la Demandada de que el Tribunal se extralimitó en sus facultades, y llegará a la conclusión de que al asumir competencia sobre la inversión cuyo titular beneficiario es ahora el inversor chino Andes, el Tribunal realmente incurrió en una extralimitación manifiesta de competencia (**B.**).

A. Hechos subyacentes y legislación aplicable

a. El Contrato de Participación

190. En 1999, PetroEcuador y OEPC firmaron el Contrato de Participación, que establecía expresamente que se regiría por la legislación ecuatoriana¹⁵⁷. Las partes acordaron que OEPC, a cambio de aceptar la obligación de explorar, desarrollar y explotar el Bloque 15, y de asumir todos los gastos asociados a esos procesos, recibiría una participación en el petróleo que se produjera, correspondiéndole el resto del petróleo a Ecuador.
191. La transferencia del Contrato de Participación y la cesión a terceros de los derechos emanados de este estaban reguladas por la cláusula 16.1.:

“La transferencia de este Contrato de Participación o la cesión a terceros de derechos provenientes del mismo deberán ser autorizados por el Ministro del Ramo, de conformidad con las leyes y reglamentos vigentes: de manera especial se cumplirán las disposiciones previstas en el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos y en los Decretos Ejecutivos Nos. 809, 2713 y 1179”.

¹⁵⁵ Tal como señaló la Arbitro Stern en la observación final de su Opinión Disidente, hay una tensión subyacente entre lo justo y equitativo y el ámbito de competencia de los tribunales de inversión; Opinión Disidente, párr. 166, 167.

¹⁵⁶ Esta idea puede sondearse en el último renglón del párr. 613, citado en el párr. 148 *supra*.

¹⁵⁷ Cláusula 22.1. del Contrato de Participación.

192. La cláusula 16.1. establecía claramente que tanto la transferencia del Contrato (es decir, la transferencia del conjunto de derechos y obligaciones correspondientes a OEPC) como la cesión de cualquier derecho (sin obligaciones) requerían la autorización del Ministro.
193. El Contrato de Participación también estipulaba que la transferencia de derechos u obligaciones sin autorización del Ministro tendría como resultado su terminación:
- “21.1. Terminación: Este Contrato de Participación terminará:
[...]
21.1.2. Por transferir derechos y obligaciones del Contrato de Participación, sin autorización del Ministerio del Ramo”.

b. Los Acuerdos Farmout

194. En octubre de 2000, OEPC y City Investing Company Limited (“**AEC**”), una empresa de Bermudas, ejecutaron los Acuerdos Farmout (consistentes en el Acuerdo Farmout y el Acuerdo de Operación Conjunta), regidos por la legislación de Nueva York. El propósito de los Acuerdos Farmout era transferir de OEPC a AEC la propiedad sobre el 40% de los derechos y obligaciones derivados de la denominada “**Propiedad Farmout**” (un concepto amplio que incluía los “**Contratos Participativos**”, uno de los cuales era el Contrato de Participación). Esta transferencia de propiedad debía ejecutarse en dos etapas:
- En la primera, OEPC mantendría el título de propiedad, en calidad de “fiduciaria”, sobre la participación del 40% de AEC en la Propiedad Farmout, actuando “en representación de AEC”; OEPC quedaba obligada “por cuenta y riesgo” de AEC, a actuar con respecto al 40% del Interés Farmout de AEC, en la forma que le indicara AEC, “como si AEC fuera una parte contratante” del Contrato de Participación y como si “fuera propietaria del 40%” de dicho Contrato y del Bloque 15¹⁵⁸;
 - En la segunda — que nunca llegó a concretarse — OEPC le transferiría a AEC el título de propiedad correspondiente a su participación de 40% en la Propiedad Farmout.
195. Después de firmar los Acuerdos Farmout, AEC pagó aproximadamente US\$ 180 millones a OEPC como retribución por la adquisición de su 40% de la Propiedad Farmout, siendo dicha suma equivalente al 40% de los gastos asumidos por OEPC hasta ese momento. En cumplimiento de las obligaciones contraídas en los Acuerdos Farmout, a partir de ese momento AEC le pagó regularmente a OEPC el 40% de los gastos en los que esta incurrió para la explotación y desarrollo del Bloque 15, y recibió el 40% del petróleo producido.
196. ¿Cuáles fueron las consecuencias legales del Acuerdo Farmout?
197. De conformidad con lo acordado, la ejecución de los Acuerdos Farmout dio lugar a que OEPC le transfiriera a AEC la propiedad de la participación del 40% en la

¹⁵⁸ Cláusula 2.01. del Acuerdo Farmout.

Propiedad Farmout. La cláusula 1.01 del Acuerdo Farmout definía esa Propiedad Farmout de modo que incluyera (*inter alia*) lo siguiente:

“(a) the Participating Agreements [which include the Participation Contract] and the rights and obligations therein granted to OEPC in and with respect to Block 15 and the related obligations of OEPC [...] accruing after the Effective Date herunder;

(b) All wells, equipment, ancillary pipelines, facilities and personal property situated in Block 15 at the Effective Time and owned or granted to and held by OEPC [...]” [énfasis añadido].

198. La definición de Propiedad Farmout no deja lugar a dudas en cuanto a que, en lo relativo al Contrato de Participación, lo que OEPC le estaba transfiriendo a AEC era la propiedad de una participación del 40% en el conjunto completo de “derechos y obligaciones” que conformaban su situación legal en dicho Contrato —y no meramente ciertos derechos que derivaran de él.
199. Es importante un segundo elemento: el propósito de los Acuerdos Farmout era la transferencia de la “propiedad” sobre la Propiedad Farmout, incluyendo la situación legal de OEPC derivada del Contrato de Participación. Esta conclusión se apoya en la cláusula 3.3.1 del Acuerdo de Operación Conjunta, que dice lo siguiente:

“Unless otherwise provided in this Agreement, all the rights and interests in and under the Participating Agreements, all Joint Property and any Petroleum produced from the Agreement Area shall, subject to the terms of the Participating Agreement, be owned by the Parties in accordance with their respective Participating Interests” [énfasis añadido].

200. Es importante advertir que la conclusión de que los Acuerdos Farmout causaron la transferencia de la propiedad de la participación del 40% de los derechos y obligaciones de OEPC bajo el Contrato de Participación es compartida por el Tribunal – por lo menos en su análisis inicial¹⁵⁹:

“303. [...] Nuevamente, esta redacción demuestra explícitamente que el Contrato de Operación Conjunta formalizó una transferencia de derechos y obligaciones emanados del Contrato de Participación que derivó en la supuesta “propiedad” de AEC sobre estos derechos en la medida de su Interés Participativo”.

201. En síntesis, tras la ejecución de los Acuerdos Farmout en 2000, OEPC retuvo una participación del 60% de la Propiedad Farmout (que incluía la posición legal de OEPC derivada del Contrato de Participación), y transfirió a AEC la propiedad de una participación del 40% de la Propiedad Farmout, recibiendo por ello una contraprestación. La transferencia nunca fue autorizada por el Ministro de Minas de Ecuador, como requiere el artículo 79 de la LHC. Sin embargo, OEPC y AEC dieron debido cumplimiento a los términos y a las condiciones acordados en los Acuerdos Farmout.

¹⁵⁹ Laudo, párr. 303.

c. Titularidad dividida: Derechos del titular beneficiario y del fiduciario

202. Aunque los Acuerdos Farmout preveían una transferencia de propiedad, la transferencia estaba planeada para que ocurriera en dos etapas y se acordó que AEC tan sólo adquiriría la titularidad legal de su participación del 40% en la Propiedad Farmout en una segunda etapa. Durante la primera etapa (que es la única relevante, porque fue durante esa etapa cuando se emitió el Decreto de Caducidad) las partes acordaron en la cláusula 2.01 del Acuerdo Farmout que la titularidad del 40% del interés en la Propiedad Farmout estaría dividida entre:

- AEC, que había pagado la contraprestación por la adquisición de la propiedad, sería el “titular beneficiario” de su parte de la Propiedad Farmout;
- Por su parte OEPC actuaría como “fiduciario” en beneficio de AEC, apareciendo como propietaria formal frente a terceras partes (entre estas, la administración pública ecuatoriana).

203. La titularidad de la propiedad quedó así dividida entre un fiduciario (OEPC, que mantenía la titularidad legal en nombre del titular beneficiario) y un titular beneficiario (AEC, quien asumía los costos, ganancias, riesgos y retornos de la propiedad; cuyas instrucciones el fiduciario acordó seguir, y quien controlaba así su participación en la inversión).

204. La Prof. Stern llamó la atención sobre la relevancia legal de esta división de la propiedad creada por los Acuerdos Farmout¹⁶⁰.

205. El Comité está de acuerdo con el análisis de la Prof. Stern. Los Acuerdos Farmout ciertamente hicieron que, en el momento en que el Decreto de Caducidad fue emitido, las Demandantes retuvieran solamente la titularidad plena sobre el 60% de su inversión en el Bloque 15. Para el restante 40%, OEPC era simplemente una “fiduciaria”, que mantenía aparentemente la propiedad, pero que esencialmente estaba actuando en nombre y en beneficio del verdadero beneficiario, AEC. Era AEC la que realmente controlaba un 40% de participación en la Propiedad Farmout.

El desacuerdo del Tribunal

206. La mayoría del Tribunal, sin embargo, está en desacuerdo con este análisis. En su Laudo, llega a la conclusión opuesta¹⁶¹:

“658. [...] Carece ya de relevancia el argumento de la Demandada respecto del riesgo de doble enjuiciamiento, ya que AEC no está legitimada para demandar directamente una indemnización al Ecuador ya que no tiene ningún derecho en el Contrato de Participación — como fiduciario o de cualquier otro tipo” [énfasis añadido].

¹⁶⁰ Opinión Disidente, párr. 148.

¹⁶¹ Laudo, párr. 658.

207. En la opinión del Comité, la conclusión del Tribunal es inconsistente con el lenguaje cristalino de la cláusula 2.01 del Acuerdo Farmout, que establece que durante la primera etapa de la transacción OEPC

“shall hold legal title to the interest in the Farmout Property represented by the [40%] Farmout Interest of AEC in the Participating Agreements [which include the Participation Contract] as a ‘nominee’, with the obligation to convey title to such interest to AEC [in phase II]” [énfasis añadido].

208. Si en los Acuerdos Farmout las partes acordaron que OEPC actuaría como fiduciaria de AEC, la consecuencia inevitable es que AEC se convirtió en el titular beneficiario de la Propiedad Farmout. Esta conclusión queda confirmada por la última oración de la cláusula 2.01 del Acuerdo Farmout:

“OEPC shall be obligated, at the sole risk, cost and expense of AEC to act with respect to the Farmout Interest of AEC as AEC shall direct from time to time as if AEC were a party to the Participating Agreements [which include the Participation Contract] owning legal title to a 40% interest in the Participating Agreements and the interests therein granted in Block 15”.

209. El mismo principio se repite en la cláusula 3.2.1 del Acuerdo de Operación Conjunta:

“3.2.1 Pursuant to the provisions of the Farmout Agreement, AECI has on the Effective Date a forty percent (40%) interest in the Participating Agreements that until the Transfer Date shall be equivalent economically to, but shall not include, nominal legal title and, thereafter, shall include legal title”.

210. En vista del lenguaje claro de los Acuerdos Farmout, y del hecho no controvertido de que OEPC y AEC dieron debido cumplimiento a sus términos y condiciones, y pagaron la contraprestación en ellos establecida, es insostenible la conclusión del Tribunal de que AEC ya no tenía ningún derecho — como fiduciario o de cualquier otro tipo — derivado del Contrato de Participación.

211. Además, la conclusión del Tribunal es inconsistente con su propia conclusión de que los Acuerdos Farmout

“303. [...] formaliz[aron] una transferencia de derechos y obligaciones emanados del Contrato de Participación que derivó en la supuesta ‘propiedad’ de AEC sobre estos derechos en la medida de su Interés Participativo”¹⁶².

d. AEC no es un acreedor

212. Un corolario del hecho de que AEC controle y sea el titular beneficiario de una participación del 40% en la Propiedad Farmout es que AEC no puede ser considerada como un acreedor que tenga un derecho contractual para reclamarle a OEPC una participación en el petróleo producido en el Bloque 15.

213. OEPC y AEC pudieron haber estructurado su relación como una “transacción de dinero contra petróleo futuro”, como un simple contrato de compraventa, donde AEC aceptara pagar un precio incierto (equivalente a un porcentaje de los gastos en

¹⁶² Laudo, párr. 303.

el Bloque 15) y recibe una cantidad incierta de petróleo en el futuro (el porcentaje acordado del petróleo que el Bloque produzca).

214. Las partes decidieron no hacerlo.
215. En cambio, firmaron los Acuerdos Farmout, los cuales formalizaron una transacción totalmente distinta: una transacción en la que OEPC transfirió a AEC el interés participativo y el control sobre un 40% de su participación en la Propiedad Farmout, y AEC pagó la retribución acordada por la propiedad de dicho activo. Como propietario de un interés en la Propiedad Farmout, AEC tenía los derechos y obligaciones concomitantes con su status de copropietario: AEC participaba en la administración de la Propiedad, tenía la obligación de contribuir a los gastos de la explotación y del desarrollo del Bloque 15 y tenía el derecho a cobrar su participación en las ganancias del petróleo que se generara.

e. Transferencia a Andes y Carta Acuerdo

216. En 2005 —cinco años antes de la ejecución de los Acuerdos Farmout— EnCana, la compañía matriz de AEC, suscribió un Acuerdo de Venta de Participación con Andes Petroleum Co. (“**Andes**”), una empresa china, por medio del cual EnCana le vendió AEC a Andes¹⁶³. Las partes también firmaron un convenio de indemnización complementario, en el cual el vendedor asumió algunas obligaciones e indemnizaciones relacionadas con posibles acciones de las autoridades ecuatorianas con respecto al Bloque 15 y al Contrato de Participación.

Carta Acuerdo

217. En febrero de 2006 —es decir durante el procedimiento de Caducidad pero antes de la emisión del Decreto de Caducidad— OEPC y Andes firmaron una Carta Acuerdo (la “**Carta Acuerdo**”)¹⁶⁴ en la cual
- Andes eximía a OEPC de cualquier responsabilidad derivada de los procedimientos de Caducidad y reconocía que OEPC no tenía obligación alguna de compensar a Andes en caso de caducidad [cláusula 2 (a)];
 - OEPC y Andes acordaron compartir todos los costos sobre una base del 60/40 [cláusula 2 (f)]
 - OEPC acordó compartir con Andes el 40% de cualquier retorno monetario que OEPC recibiera como resultado de los procedimientos de caducidad o cualquier retorno monetario neto que recibiera de Ecuador, libre de cualesquiera costos, creando así, efectivamente, un *joint venture* [cláusula 2 (g)].
218. La Carta Acuerdo es consistente con los Acuerdos Farmout y consecuencia natural de ellos.
219. De acuerdo con los Acuerdos Farmout, la titularidad sobre la Propiedad Farmout, incluyendo el conjunto de derechos y obligaciones de OEPC resultantes del

¹⁶³ R I, párr. 199.

¹⁶⁴ Doc. EEA 152.

Contrato de Participación, se compartían 60/40 entre OEPC y AEC. Cuando la República declaró la caducidad del Contrato de Participación y tomó la Propiedad Farmout, AEC fue privada de su activo y sus derechos de propiedad se transformaron en el derecho a cobrarle —en su caso— una compensación a Ecuador. La Carta Acuerdo sencillamente reconoce y formaliza este hecho.

f. El Decreto de Caducidad

220. Unos meses después, en mayo de 2006, el Ministro de Energía ecuatoriano emitió el Decreto de Caducidad, una decisión ministerial adoptada tras un largo procedimiento administrativo preliminar. En la decisión, el Ministro, aplicando la LHC, declaró la caducidad del Contrato de Participación como una sanción por la transferencia no autorizada de derechos entre OEPC y AEC/Andes. Las facultades del Ministro para ordenar la caducidad derivan del artículo 74 de la LHC, el primer artículo del capítulo de la ley dedicado a “Caducidad, Sanciones y Transferencias”:

“Art. 74: El Ministerio del Ramo podrá declarar la caducidad de los contratos si el contratista:

[...]

11. Traspasare derechos o celebrare contrato o acuerdo privado para la cesión de uno o más de sus derechos, sin la autorización del Ministerio;

12. Integrare consorcios o asociaciones para las operaciones de exploración o explotación, o se retirare de ellos, sin autorización del Ministerio; y

13. Reincidiere en infracciones a la Ley y sus reglamentos”.

221. El Ministro concluyó que la conducta de OEPC reunía los requisitos para decretar la caducidad, establecidos en las secciones 11, 12 y 13 del artículo 74 de la LHC¹⁶⁵. Su decisión llevó a la terminación automática del Contrato de Participación¹⁶⁶. Además, OEPC fue obligada a entregar al Estado y a PetroEcuador la concesión y todos los activos utilizados en relación al Bloque 15, sin recibir ninguna compensación¹⁶⁷.

222. Pero la consecuencia más importante de la declaración de caducidad fue que el artículo 79 de la LHC, una norma que establece que la transferencia de un contrato o la cesión de derechos sin la autorización administrativa previa será nula y no tendrá validez, se tornó pertinente.

g. La nulidad según el artículo 79 de la LHC

223. El artículo 79 de la LHC afirma lo siguiente:

“La transferencia de un contrato o la cesión a terceros de derechos provenientes de un contrato, serán nulas y no tendrán valor alguno si no

¹⁶⁵ Decreto de Caducidad, OC 09284.

¹⁶⁶ Cláusula 21.1. del Contrato de Participación.

¹⁶⁷ Artículo 75 de la LHC.

precede autorización del Ministerio del Ramo, sin perjuicio de la declaración de caducidad según lo previsto en la presente Ley.

El Estado recibirá una prima por el traspaso y la empresa beneficiaria deberá celebrar un nuevo contrato en condiciones económicas más favorables para el Estado y para PETROECUADOR, que las contenidas en el contrato primitivo” [énfasis añadido].

224. La regla se aplica en dos situaciones:

- La primera se da cuando el firmante de un contrato petrolero hace una “transferencia de un contrato”, es decir, si el firmante transfiere a un tercero (la totalidad o una parte de) su posición legal en el contrato (es decir, en el paquete de derechos y obligaciones surgidos de este); y
- La segunda se da cuando el firmante de un contrato petrolero lleva a cabo una “cesión a terceros de derechos provenientes de un contrato”, es decir, el firmante cede derechos (pero no obligaciones) derivadas de dicho contrato petrolero.

La disposición legal ordena entonces que, excepto en el caso en que se haya obtenido la autorización del Ministro, la transferencia o la cesión será nula y no tendrá validez alguna.

225. La interpretación correcta del artículo 79 de la LHC ha sido una cuestión intensamente discutida. Dos aspectos han merecido especial atención:

- si la nulidad a la que se refiere esta norma es automática, y no requiere de declaración judicial (h), y
- si es posible escindir la transacción entre OEPC y AEC en una cesión de derechos por un lado, y el contenido restante de los Acuerdos Farmout por el otro; de tal forma que la cesión sea nula y carente de valor, y los Acuerdos Farmout sobrevivan como transacción válida (i).

h. ¿Causa el artículo 79 de la LHC la nulidad automática/inexistencia?

226. La mayoría del Tribunal aceptó que, aunque no estuviera expresamente enunciado en el Código Civil ecuatoriano, la Corte Suprema ecuatoriana había confirmado en numerosas ocasiones que la legislación ecuatoriana reconoce la nulidad automática o inexistencia¹⁶⁸. Concluyó que el artículo 79 de la LHC es uno de esos ejemplos de nulidad automática, para los que no se requiere que la transferencia o cesión no autorizadas sea declarada inválida por un juez, porque la ley misma establece que el acto “no tendrá valor alguno”¹⁶⁹. El mismo resultado —en opinión de la mayoría del Tribunal— se produciría de aplicarse la legislación de Nueva York.

227. La árbitro Stern disintió.

¹⁶⁸ Laudo, párr. 622.

¹⁶⁹ Laudo, párr. 626.

228. En su opinión, de conformidad con la legislación de Nueva York (que era la contractualmente relevante), los Acuerdos Farmout, por no haber sido invalidados por una corte de Nueva York, deberían ser considerados como vigentes y vinculantes¹⁷⁰.
229. Aplicando la legislación ecuatoriana, llegó a la misma conclusión. Analizando la misma jurisprudencia utilizada por la mayoría del Tribunal, concluyó que dicha jurisprudencia confirma el principio de que la inexistencia solamente se produce ante la falta de un requisito esencial de una escritura pública, cuando tal solemnidad es requerida por la ley. El incumplimiento de otras formalidades, como sería la falta de una autorización administrativa, conlleva una nulidad absoluta¹⁷¹. Y la nulidad absoluta tiene que ser declarada por un juez, tal como se afirma sin posibilidad alguna de ambigüedad, en el artículo 1699 del Código Civil.
230. La Prof. Stern concluyó que si la legislación aplicable era la ecuatoriana, los Acuerdos Farmout, al no haber sido invalidados por un tribunal, debieron haber sido considerados como aún vigentes.

El análisis del Comité

231. El Acuerdo Farmout establece que estará sujeto a las leyes de Nueva York “excepto en la medida en que las leyes de Ecuador requieran la aplicación de las leyes de Ecuador a los Contratos Participativos”¹⁷². Esto implica— como reconoce el Laudo — que los tribunales de Nueva York darán cumplimiento a las leyes imperativas de Ecuador que rigen el Acuerdo Farmout, incluida la LHC, al analizar la validez de la cesión¹⁷³, y que la legislación relevante es la de Ecuador.
232. El Código Civil de Ecuador incluye las siguientes normas sobre la nulidad de los contratos:
- ”Art. 1698.- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos [...] son nulidades absolutas.
- Art. 1699.- La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; [...]”
[énfasis añadido].
233. Las leyes de Ecuador contemplan la categoría de “nulidad absoluta” de un contrato, que opera cuando no se cumplen los requisitos de forma o los requisitos legales; dicha “nulidad absoluta” debe ser declarada por un juez (es decir, no es automática) para dejar sin efecto un contrato celebrado válidamente.
234. El Comité coincide con la Prof. Stern: la nulidad derivada del artículo 79 de la LHC se originó en la falta de cumplimiento de un “requisito que las leyes prescriben para el valor de ciertos contratos”, es decir, la autorización del Ministro, y por ello

¹⁷⁰ Opinión Disidente, párr. 55.

¹⁷¹ Opinión Disidente, párr. 105.

¹⁷² Cláusula 7.02.

¹⁷³ Laudo, párr. 646.

constituye una “nulidad absoluta” según el artículo 1698 del Código Civil, y en consecuencia, la nulidad tenía que ser declarada por un juez.

235. La mayoría del Tribunal basó su decisión de declarar inexistente la cesión de derechos sin requerir una declaración judicial, en el “tenor literal” del artículo 79 de la LHC¹⁷⁴. Sobre la base de esta interpretación, el Tribunal concluyó que la transferencia de propiedad en favor de AEC/Andes, que ocurrió en el año 2000, cuando los Acuerdos Farmout ya habían sido celebrados, fue inexistente¹⁷⁵.
236. La interpretación de la mayoría del Tribunal es incorrecta: el artículo 79 no menciona el concepto de “inexistencia” o ni el de “nulidad automática”, simplemente establece que las transferencias o cesiones “serán nulas y no tendrán valor alguno si no procede la autorización del Ministerio”; es claro que esta nulidad encaja nítidamente en la definición de “nulidad absoluta” del artículo 1698 del Código Civil. La frase “y no tendrán valor alguno” es sólo una reiteración del principal efecto que produce la nulidad.
237. En apoyo a esta postura, el Tribunal también invocó el artículo 1718 del Código Civil de Ecuador¹⁷⁶. Dicho artículo establece lo siguiente:
- “Art. 1718.- La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la Ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal. Esta cláusula no tendrá efecto alguno” [énfasis añadido].
238. Esta disposición resulta irrelevante a la cuestión en discusión.
239. El artículo 1718 hace referencia a la forma correcta en que han de formalizarse las obligaciones y los contratos, y dispone que, si la ley estipula que un contrato sea formalizado en un “instrumento público”, la falta de cumplimiento de dicho requisito torna inexistente el contrato. El artículo 1716 define “instrumento público” como todo documento autorizado con las solemnidades legales por un escribano público u otro funcionario civil autorizado. Debido a que no se discute que la ley de Ecuador no exige que los Acuerdos Farmout hubieran sido en un “instrumento público”, la norma dispuesta en el artículo 1718 resulta irrelevante en este caso.
240. El Tribunal también intentó fundamentar su conclusión en la jurisprudencia de Ecuador, la cual aparentemente reconoce el concepto de “inexistencia” o “nulidad automática”¹⁷⁷.
241. El Comité ha analizado la jurisprudencia referida por el Tribunal y no ha encontrado fundamentos que apoyen la conclusión de la mayoría: todos los casos citados por el Tribunal abordan la cuestión de la inexistencia de las promesas de comprar o vender

¹⁷⁴ Laudo, párr. 619. En la versión en inglés del Laudo aparece “On its face”, que el Comité traduce como “tenor literal”.

¹⁷⁵ Laudo, párr. 619.

¹⁷⁶ Laudo, párr. 628. Si bien el Tribunal hace referencia al artículo 1745, dicha numeración corresponde al derogado Código Civil de Ecuador. El Código Civil de 2005 cuenta con una disposición idéntica en el artículo 1718.

¹⁷⁷ Laudo, párr. 622.

que no fueron formalizadas debidamente en un “instrumento público” (en una escritura pública). La jurisprudencia es clara en cuanto a que la “inexistencia” solo se da en casos excepcionales, cuando la ley requiere que el consentimiento contractual sea formalizado con una “solemnidad” (es decir, en un “instrumento público”, como ocurre con ciertos contratos que tienen por objeto bienes inmuebles). No hay discusión acerca de que el consentimiento otorgado en los Acuerdos Farmout fue formalizado debidamente y que los Acuerdos no requerían cumplir con dicha “solemnidad”. Lo que está en discusión es si los Acuerdos Farmout, que fueron formalizados correctamente, se tornaron inexistentes por mor del artículo 79 de la LHC. Las partes no han hecho referencia a ninguna jurisprudencia ecuatoriana que establezca que un contrato celebrado válidamente devenga inexistente como consecuencia de la falta de obtención de una autorización administrativa.

i. ¿Se pueden escindir los Acuerdos Farmout para los propósitos de la nulidad?

242. La mayoría del Tribunal no solo decretó que la cesión de derechos formalizada en los Acuerdos Farmout era inexistente y que no requería declaración judicial en tal sentido, sino que también declaró específicamente que dicha invalidez no afectaba los Acuerdos Farmout¹⁷⁸.
243. En el curso del arbitraje, las Demandantes habían argumentado que de conformidad con la legislación de Nueva York, cualquier parte de los Acuerdos Farmout que no requiriera autorización del Ministro podía escindirse y subsistiría, aunque la cesión de ciertos derechos fuera nula y careciera de valor según el artículo 79 de la LHC.
244. Esta idea fue aceptada por la mayoría del Tribunal, que estuvo de acuerdo en que la cesión de derechos podía escindirse de los Acuerdos Farmout subyacentes, y mientras que la primera era automáticamente nula e inexistente, por aplicación del artículo 79 de la LHC, los segundos seguían siendo válidos. El Tribunal expresó su razonamiento con las siguientes palabras¹⁷⁹:

“[...] el Tribunal reitera que en la especie el análisis debe recaer sobre la validez de la cesión, y no sobre la validez del Acuerdo de Farmout o del Contrato de Operación Conjunta. Las conclusiones del Tribunal sobre la validez de la cesión no afectan a otras obligaciones que pudieran surgir entre las partes del Acuerdo de Farmout y del Contrato de Operación Conjunta (con partes distintas de las del presente arbitraje) ni afecta la habilidad de AEC de perseguir daños de OEPC en caso de que no cumpla con los términos de dichos acuerdos, como por ejemplo, el no obtener la necesaria autorización gubernamental para la cesión”.

245. La Prof. Stern disintió¹⁸⁰:

“126. Si entiendo correctamente lo que intenta transmitir la mayoría, parecería que está diciendo que no puede juzgar la validez del Acuerdo Farmout porque se celebró entre partes distintas de las que figuran ante el Tribunal del CIADI, pero aun así puede pronunciarse sobre la validez de la cesión. Esta línea argumental me resulta bastante difícil de seguir, ya que me daría la impresión

¹⁷⁸ Laudo, párr. 635.

¹⁷⁹ Laudo, párr. 635

¹⁸⁰ Opinión Disidente, párr. 126.

de que las partes de la cesión son exactamente las mismas que las del Acuerdo Farmout y, además, la cesión y el Acuerdo Farmout son una y la misma cosa conectada intrínsecamente”.

Análisis del Comité

246. El Comité está de acuerdo con la Prof. Stern en que la opinión de la mayoría del Tribunal es difícil de seguir, porque ofrece escaso razonamiento. Según esa mayoría la nulidad habría sido provocada por el artículo 79 de la LHC, pero no da ninguna explicación de por qué esta norma apoyaría su conclusión.
247. De hecho, la redacción literal del artículo 79 de la LHC contradice las conclusiones del Tribunal.
248. El artículo 79 de la LHC distingue dos tipos de transacciones:
- la “transferencia de un contrato” y
 - la “cesión a terceros de derechos provenientes de un contrato”.

Los Acuerdos Farmout deben ser considerados como una “transferencia de un contrato”, y no como una mera “cesión de derechos”. OEPC no cede simplemente ciertos derechos a AEC. El objeto de los Acuerdos Farmout es la transferencia a AEC de un conjunto de derechos y obligaciones que constituyen el 40% de la posición de OEPC en el Contrato de Participación¹⁸¹.

249. Si lo que causó la aplicación del artículo 79 de la LHC fue la “transferencia de contrato” no autorizada, ejecutada por medio de los Acuerdos Farmout, la norma misma dispone que esa “transferencia de contrato” sea nula y no tenga validez alguna. No hay margen para argumentar que los Acuerdos Farmout, el instrumento en que se formalizó la “transferencia de contrato”, puedan subsistir, mientras que la “transferencia de contrato” (automáticamente o no, ello es irrelevante para esta discusión) es nula y sin valor alguno. Los Acuerdos Farmout y la “transferencia de contrato” son una y la misma cosa, y ambos quedan idénticamente afectados por la nulidad provocada por la falta de autorización¹⁸².

j. Reclamos presentados por las partes afectadas

250. Inmediatamente después de la emisión por el Ministro de Energía del Decreto de Caducidad, las Demandantes iniciaron este arbitraje, reclamando una compensación del 100% de los activos tomados por el gobierno ecuatoriano.
251. El Tribunal eventualmente llegó a la decisión de que la República había expropiado la inversión de las Demandantes en el Bloque 15, violando el artículo II.1 del Tratado, y que el Decreto de Caducidad había sido emitido violando la legislación ecuatoriana y el derecho internacional consuetudinario¹⁸³.

¹⁸¹ Ver cláusulas 1.01 y 2.01 del Acuerdo Farmout y párr. 181 *supra*.

¹⁸² La conclusión sería la misma si los Acuerdos Farmout se consideran como una simple “cesión de derechos”, por las razones señaladas por la Prof. Stern en su Opinión Disidente.

¹⁸³ Laudo, párr. 876.

252. Las Demandantes han sido afectadas por los actos de Ecuador en contravención del Tratado. Pero también lo fueron AEC/Andes, como el titular beneficiario de un 40% en la Propiedad Farmout, que incluía los derechos y obligaciones derivados del Contrato de Participación y todos los activos utilizados en el Bloque 15¹⁸⁴. La República del Ecuador tomó el interés participativo del titular beneficiario y el 60% de la propiedad de OEPC.
253. A pesar de los daños sufridos, no hay indicación en el expediente de que Andes haya presentado un reclamo separado contra la República, ya sea ante los Tribunales de Ecuador o ante algún tribunal internacional¹⁸⁵. La única demanda presentada ha sido la presente acción, en la cual OEPC reclama el 100% del valor del Bloque 15. Ello es consistente con la Carta Acuerdo en la cual OEPC y Andes acordaron que cualquier retorno que surgiera de este procedimiento sería compartido en una proporción de 60/40 —la estructura de los derechos dominicales sobre la Propiedad Farmout establecida en los Acuerdos Farmout.
254. Tampoco hay pruebas en el expediente de que un juez o árbitro, de Ecuador o de Nueva York, haya declarado la nulidad de los Acuerdos Farmout a consecuencia de la violación del artículo 79 de la LHC (o por otro motivo). Y, de acuerdo con principios básicos de justicia, el Laudo emitido en el presente arbitraje, en el cual AEC/Andes no estaba representada, no podía en ningún caso resultar en la invalidación de los Acuerdos Farmout, de los cuales AEC/Andes era parte.

B. Extralimitación en las facultades al declararse competente sobre la inversión de Andes

255. En la sección anterior, el Comité concluyó:

- que en el año 2000, cuando se celebraron los Acuerdos Farmout, OEPC retuvo el 60% de la participación en la Propiedad Farmout (que incluía su posición legal en virtud del Contrato de Participación), y transfirió a AEC/Andes el interés participativo del 40% en la Propiedad Farmout, recibiendo por ello una contraprestación; dicha transferencia nunca fue autorizada por el Ministerio de Minas de Ecuador;
- que en 2006, el Gobierno de Ecuador emitió el Decreto de Caducidad, que derivó en la extinción automática del Contrato de Participación¹⁸⁶, estableció que se debía haber contado con una autorización administrativa al momento en que se celebraron los Acuerdos Farmout, y provocó la aplicación del artículo 79 de la LHC¹⁸⁷;
- que el artículo 79 de la LHC establece la “nulidad absoluta” de cualquier cesión de derechos o transferencia de contrato sin autorización, y que dicha “nulidad absoluta” requiere una declaración judicial (es decir, no es automática), y que no hay pruebas en el expediente de que un juez haya declarado la nulidad del Acuerdo Farmout;

¹⁸⁴ Ver párr. 198 *supra*.

¹⁸⁵ Al menos, no hay información en el expediente que muestre que lo haya hecho.

¹⁸⁶ Contrato de Participación, Cláusula 21.1.

¹⁸⁷ Article 75 HCL.

- que AEC/Andes no era parte del procedimiento de arbitraje que se estaba tramitando, y que, de acuerdo con los principios generales del derecho, el Laudo no pudo, bajo ninguna circunstancia, declarar la invalidez del Acuerdo Farmout del cual AEC era una parte contratante;
- que la cesión de derechos y el Acuerdo Farmout no pueden escindirse: es imposible argumentar (como lo hizo el Tribunal) que la cesión de derechos es inválida y afectada por una nulidad o inexistencia automática derivada de la aplicación del artículo 79 de la LHC, y simultáneamente sostener que el Acuerdo Farmout sigue siendo válido y vinculante. El Acuerdo Farmout constituyó la “transferencia de contrato” y ambos se verían igualmente afectados por la nulidad sobreviniente que pudiera ser declarada por un juez.

256. Habiendo establecido estas conclusiones, el Comité procederá ahora a examinar el argumento de la Demandada de que el Tribunal se extralimitó en sus facultades al declararse competente para conocer de la inversión cuyo titular beneficiario es ahora AEC/Andes —y llegará a la conclusión de que ciertamente se ha producido una extralimitación manifiesta de facultades (a.). Luego desestimaré los contraargumentos de las Demandantes (b.) y determinará las consecuencias de la anulación parcial del Laudo (c.).

a. Asunción de competencia del Tribunal sobre la inversión de Andes

257. La Demandada argumenta que un tribunal del CIADI incurre en una extralimitación manifiesta en sus facultades si ejerce competencia sobre la inversión de una empresa (AEC/Andes)

- que no es parte en el acuerdo de arbitraje contenido en el Contrato de Participación y
- que no es un inversor protegido bajo el amparo del TBI (en este caso el TBI Ecuador-EEUU) del cual el Tribunal deriva su autoridad¹⁸⁸.

258. En el presente caso la inversión protegida consiste en la denominada Propiedad Farmout, que comprende el Contrato de Participación y los activos utilizados para la explotación y el desarrollo del Bloque 15 y, de acuerdo con los Acuerdos Farmout, su propiedad está dividida entre OEPC y AEC/Andes

- OEPC es el propietario pleno de un 60% del interés en la Propiedad, y
- AEC/Andes, el titular beneficiario y controlante del restante 40%, que OEPC retuvo como fiduciaria de AEC/Andes¹⁸⁹.

(i) División del derecho de propiedad bajo el derecho internacional

259. Cuando la titularidad legal se divide entre un fiduciario y un titular beneficiario la posición del derecho internacional no es controvertida: tal como la *Árbitro Stern* lo

¹⁸⁸ R I, párr. 532.

¹⁸⁹ Ver párr. 208 *supra*.

señaló en su Opinión Disidente¹⁹⁰, la opinión mayoritaria en el derecho internacional le concede legitimidad y derecho al resarcimiento al titular beneficiario, pero no al fiduciario.

260. La *status quaestionis* ha sido resumida así por David Bederman¹⁹¹:

“International law authorities have agreed that the real and equitable owner of an international claim is the proper party before an international adjudication, and not the nominal or record owner. This principle was espoused as early as 1876, and was a consistent element in early claims practice. Moreover, claims tribunals following the First World War explicitly enquired into the beneficial ownership of property at issue before them. The fact that the nominal owner did not have a real interest in the subject property, or that the beneficial owner was not of a proper nationality, was occasionally the decisive ground for dismissing a claim. Claims settlement commissions after the Second World War likewise continued this practice, and it has been observed recently in the jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal. The notion that the beneficial (and not the nominal) owner of property is the real party-in-interest before an international court may be justly considered a general principle of international law” [se omiten las notas al pie; énfasis añadido].

261. Otros autores han confirmado esta conclusión¹⁹².

262. Esta postura, en lo relativo a los derechos del titular beneficiario, es reflejo de un principio más general del derecho internacional sobre inversiones: a los demandantes solamente se les permite presentar demandas, hechas en su propio beneficio, pero no aquéllas presentadas como fiduciarias, agentes o cualquier otra figura, en nombre de terceras partes no protegidas por el tratado relevante. Y los tribunales se extralimitan en su competencia si conceden compensaciones a terceros cuyas inversiones no tienen derecho a protección bajo los instrumentos pertinentes.

263. Esta limitación subjetiva de la jurisdicción del CIADI es una consecuencia natural del derecho internacional sobre inversiones. Los tribunales arbitrales no son tribunales de justicia con jurisdicción ilimitada para resolver disputas en todo el mundo. Son instrumentos creados por, y sujetos al consentimiento de los Estados, con los límites establecidos en el instrumento relevante, y solamente están facultados para fallar las controversias entre inversores protegidos y Estados signatarios. Otras controversias quedan fuera de su competencia. Los inversores no pueden expandir la competencia *ratione personae* de los tribunales arbitrales ejecutando contratos privados con terceras partes.

¹⁹⁰ Opinión Disidente, párr. 148-151.

¹⁹¹ David J. Bederman: “*Beneficial Ownership of international Claims*”, en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, 1989, p. 936.

¹⁹² Francisco Orrego Vicuña: “*Changing approaches to the nationality of claims in the context of diplomatic protection*”, *ICSID Review*, Vol. 15, 2000 p. 352: “*In claims to property beneficially owned by one person, the nominal title to which is vested in another person of different nationality, it was usually the nationality of the former that prevailed for the purposes of the claims*”; Marjorie M. Whiteman, *Digest of International Law*, Vol. 8, pp. 1261-1261; Richard B. Lillich & Daniel B. Magraw, *The Iran-United States Claims Tribunal: Its contribution to the Law of State Responsibility*, 1998, p. 105: “*The Tribunal’s precedents have made clear that beneficial owners of property are to be preferred as legitimate claimants over nominal owners. This was the express conclusion of the 1993 Saghi decision*”.

264. Específicamente, los inversores protegidos no pueden transferir la titularidad beneficiaria y el control de una inversión protegida a un tercero no protegido, y esperar que el tribunal arbitral retenga competencia para resolver las controversias que surjan entre el tercero y el estado anfitrión. Sostener lo contrario abriría las puertas a una expansión incontrolada de competencia *ratione personae*, más allá de los límites acordados por los Estados cuando suscribieron el tratado.

(ii) El Tribunal incurrió en una extralimitación de sus facultades

265. El Comité ya ha concluido que, respecto al 40% de interés en la Propiedad Farmout la titularidad está dividida, quedando el interés participativo del titular beneficiario y el control en manos de AEC/Andes y actuando OEPC como fiduciaria del titular beneficiario. También ha concluido que en situaciones como ésta el derecho internacional establece que solamente el titular beneficiario, AEC/Andes, puede reclamar por las interferencias con su interés, mientras que la fiduciaria, OEPC, carece de legitimidad para reclamar en nombre del titular beneficiario¹⁹³.

266. En el presente caso, el Tribunal decidió compensar a OEPC por el 100% de la inversión en el Bloque 15. Pero el 40% de dicha inversión no pertenece a OEPC, la empresa estadounidense protegida por el TBI y que también es parte en el Contrato de Participación, sino a Andes, una empresa china, que no está protegida por el TBI y que no es parte de dicho Contrato. Al indemnizar a un inversor protegido por una inversión cuyo titular beneficiario es un inversor no protegido, el Tribunal ha extendido de modo ilícito el alcance de su competencia y ha extralimitado sus facultades.

(iii) La extralimitación es manifiesta

267. El artículo 52(1)(b) requiere que la extralimitación en las facultades sea manifiesta. El Comité ya concluyó que esta limitación adicional se aplica a situaciones donde se argumenta que el tribunal cometió una extralimitación en sus facultades¹⁹⁴. Dicho esto, “manifiesto” no impide que en algunos casos una argumentación y un análisis extensos puedan ser necesarios para probar que el uso indebido de facultades en realidad ha ocurrido¹⁹⁵.

268. En el presente caso, la extralimitación en las facultades es manifiesta: el Tribunal decidió que tenía competencia sobre la inversión que, en ese momento, ya no pertenecía a OEPC [a los efectos del artículo I(a) del Tratado], y que se debía compensar a las Demandantes por el 100% del valor del Bloque 15, sin tomar en consideración:

- Que de acuerdo con el Acuerdo Farmout, las Demandantes a cambio de contraprestación válida habían transferido un interés participativo del 40% de su participación en la Propiedad Farmout a AEC/Andes, quedando OEPC como un mero “fiduciario”, que tiene un título aparente, pero que

¹⁹³ La Árbítro Stern llega a la misma conclusión en su Opinión Disidente, párr. 151.

¹⁹⁴ Ver el párrafo 58 *supra* con jurisprudencia. Nótese que con relación a los errores de derecho que afectan el fondo, el estándar es mayor: solo los errores graves groseros de derecho pueden llevar a la anulación (ver párrafo 56 *supra*).

¹⁹⁵ *Victor Pey Casado*, párr. 70.

actúa realmente en nombre y en beneficio del verdadero propietario, AEC/Andes¹⁹⁶;

- Que OEPC y AEC/Andes han actuado en todo momento en pleno cumplimiento de los términos y las condiciones acordados en virtud de los Acuerdos Farmout, no habiendo prueba en el expediente de que una declaración judicial de invalidez por aplicación del artículo 79 de la LHC o por otro motivo;
- Que, al no ser AEC/Andes parte de este procedimiento de arbitraje, el Laudo no pudo bajo ninguna circunstancia declarar la invalidez de dichos Acuerdos;
- Que la cesión de derechos y el Acuerdo Farmout son una y la misma cosa, que ambos se verían afectados en igual medida por la hipotética declaración de nulidad basada en el artículo 79 de la LHC;
- Que un principio no controvertido del derecho internacional para situaciones en las que el título legal está dividido entre un fiduciario y el titular beneficiario: como señalan la *Árbitro Stern* en su *Opinión Disidente*¹⁹⁷ y el Comité ha corroborado, el derecho internacional solo otorga legitimidad y recurso al titular beneficiario del interés participativo, no al fiduciario.

(iv) Decisión del Comité

269. El Comité concluye entonces que el Tribunal ha incurrido en una extralimitación manifiesta en sus facultades por las razones señaladas en el artículo 52(1)(b) del Convenio.
270. El artículo 52(3) del Convenio les otorga a los comités “la autoridad para anular un laudo o una parte de este basándose en cualquiera de los fundamentos señalados en el párrafo (1)” de dicho artículo. Ejerciendo la autoridad derivada de dicho artículo, el Comité anula parcialmente el Laudo, puesto que el Tribunal se declaró competente con respecto a una inversión cuyo titular beneficiario es ahora el inversor chino Andes (y antes la empresa bermudeña AEC), esto es, el 40% correspondiente a AEC/Andes del interés en la Propiedad Farmout y otorgó una compensación a favor de OEPC sobre la base de dicha decisión.
271. El resto del Laudo no se ve afectado.
272. Una advertencia final: ni los principios del derecho internacional ni la decisión del Comité implican que los inversores que sean titulares beneficiarios de cuotas participativas queden desprotegidos de las intromisiones de los Estados anfitriones. Dichos inversores disfrutarán de la protección otorgada por los tratados que beneficien a su nacionalidad. En el presente caso, AEC/Andes tiene derecho a la protección que disfrutaban los inversores de Bermuda/China, al invertir en Ecuador. A lo que no tienen derecho —porque no son ciudadanos ni empresas

¹⁹⁶ Ver párr. 208 *supra*.

¹⁹⁷ Opinión Disidente, párr. 148-151.

estadounidenses— es a la protección ofrecida a los inversores estadounidenses que inviertan en Ecuador al amparo del TBI EEUU-Ecuador.

(v) Jurisprudencia

273. La casuística en el arbitraje de inversiones ha reconocido el principio de derecho internacional de que la legitimación activa corresponde a los titulares beneficiarios y no a los fiduciarios, y que las partes no protegidas no pueden recibir compensaciones, aunque éstas sean reclamadas en su nombre por inversores protegidos.

274. Un caso que muestra notables similitudes con este arbitraje es *Impregilo c. Pakistán*.

En *Impregilo c. Pakistán*, una empresa italiana había creado un *joint venture* sin personalidad jurídica bajo las leyes de Suiza, llamada GBC, en la cual ostentaba una participación mayoritaria, junto con una empresa alemana, una francesa y dos pakistaníes, con el fin de participar en una licitación para la construcción de una planta hidroeléctrica en Pakistán. Impregilo actuó entonces como la única signataria del contrato, en nombre del joint-venture. También fue la única demandante en el arbitraje. En el proceso, alegó que estaba obligada por el contrato a distribuir cualquier indemnización con sus socios. Por ello, la única manera para que Impregilo obtuviera su parte era que el Tribunal le permitiera actuar en nombre de todos los socios. La demandante razonó que no podría resarcirse por sus pérdidas individuales por los incumplimientos del tratado salvo que fuera indemnizada por el 100% de los daños sufridos por todo el *joint venture*, dado que tendría que distribuir cualquier monto que cobrara entre sus socios.

275. El Tribunal rechazó la pretensión de Impregilo de reclamar montos que serían entregados a terceras partes no protegidas, afirmando lo siguiente:

“144. Analysis: In the Tribunal’s view, *Impregilo* cannot advance claims in these proceedings on behalf of the other participants in GBC.

[...]

146. The question is raised whether a party who does fall within the ambit of a BIT and the Convention may act in arbitration proceedings in a representative capacity, in order to advance claims on behalf of other entities who do not so qualify. In the Tribunal’s view, the issue turns upon the precise scope of the parties’ respective consent to the jurisdiction of ICSID. It is now well-accepted that “consent of the parties is the cornerstone of the jurisdiction of the Centre”.

147. In this case, Pakistan’s consent is delineated by the BIT. In concluding the Treaty with Italy, Pakistan has conferred certain rights on Italian nationals in connection with the protection of investments in Pakistan. It has not conferred any rights on nationals of any other state, nor on nationals of Pakistan itself.

148. It must follow that the scope of Pakistan’s consent to ICSID is correspondingly limited. On a proper construction, Pakistan has consented to the resolution by ICSID of its disputes arising out of investments made by

Italian nationals in Pakistan. There is nothing in the BIT to extend this to claims of nationals of any other state, even if advanced on their behalf by Italian nationals. Any other interpretation would obviously expose Pakistan to claims by nationals of any state worldwide.

149. To this end, investors of German nationality [...] and Pakistani nationality [...] cannot benefit from the protection conferred upon Italian investors by the 1997 BIT.

[...]

151. The fact that Impregilo may be empowered to advance claims on behalf of its partners is an internal contractual matter between the participants of the Joint Venture. It cannot, of itself, impact upon the scope of Pakistan's consent as expressed in the BIT. Equally, the fact that Impregilo may be obliged to account to its partners in respect of any damages obtained in these proceedings is also an internal GBC matter, which has no bearing on Pakistan's agreed exposure under the BIT. If this were not so, any party would be at liberty to conclude a variety of private contracts with third parties, and thereby unilaterally expand the ambit of a BIT¹⁹⁸ [énfasis añadido, se omiten las notas al pie].

276. El tribunal de *Impregilo* concluyó que

“[i]t follows that this Tribunal has no jurisdiction in respect of claims on behalf of, or losses incurred by, either GBC itself or any of Impregilo's joint venture partners”¹⁹⁹.

277. La decisión adoptada en el reclamo *Binder-Haas* resulta de interés especial²⁰⁰: en 1945, el Gobierno de Yugoslavia había adquirido 7.500 acciones de la empresa Dugaresa que inicialmente era propiedad de Etexco, una sociedad suiza de propiedad de cuatro personas. Algunos años antes de la expropiación, estas personas habían transferido sus participaciones en Etexco a Edwin Binder – un ciudadano de los Estados Unidos– en calidad de “*constructive trustee*”. El Sr. Binder presentó un reclamo junto con las cuatro personas (una de los cuales no tenía ciudadanía de los Estados Unidos). La Comisión decidió que el Sr. Binder no tenía derecho a presentar un reclamo en su propio nombre y que los reclamos debían ser presentados por las otras cuatro personas, quienes eran los verdaderos propietarios o titulares beneficiarios del interés participativo. Debido a que una de ellos no era ciudadana de los Estados Unidos, su reclamo no fue viable. Los reclamos de los demás prosperaron.

278. En *PSEG c. Turquía*, un Tribunal del CIADI sostuvo que no sería apropiado “*if compensation is awarded in respect of investments or expenses incurred by entities over which there is no jurisdiction*”²⁰¹.

A PSEG, una empresa estadounidense, se le otorgó autorización para llevar a cabo un estudio de factibilidad para la construcción de una mina de carbón y

¹⁹⁸ *Impregilo c. Pakistán*, párr. 146-151

¹⁹⁹ *Ibid.*, párr. 153; ver también *PSGE (Decisión sobre Competencia)*.

²⁰⁰ *Binder-Haas Claim*, United States International Claims Commission (1951-1954), reimpresso en I.L.R. 236-38 (1957), Anexo EEA 136.

²⁰¹ *PSEG*, párr. 325.

una planta alimentada a carbón en Turquía. PSEG firmó un contrato de implementación y un contrato de concesión. La North American Coal Company (NACC) asistió a PSEG en los aspectos de minería del proyecto. Guris, una empresa turca, participó en el proyecto como patrocinador. Las demandantes iniciaron un proceso en el CIADI de conformidad con el TBI Turquía-EEUU, y el Tribunal resolvió que Turquía había violado las obligaciones de trato justo y equitativo.

279. Al determinar la compensación a pagar, el tribunal denegó a PSEG la indemnización por contribuciones hechas al proyecto por las otras empresas. El Tribunal afirmó que²⁰²

“As the Tribunal noted in the Decision on Jurisdiction of 4 June 2004, these entities might have a claim against PSEG in the light of intra-corporate arrangements, but this is not something for which Turkey is liable, directly or indirectly”.

280. En *Mihaly c. Sri Lanka*, un caso más conocido por su análisis de gastos de pre-inversión, el Tribunal del CIADI examinó también el *locus standi* de la empresa.

Mihaly International Corp., una empresa estadounidense, quería construir una usina en Sri Lanka. Eventualmente, Mihaly inició un proceso invocando el TBI Sri Lanka-EEUU, reclamando el reembolso de sus gastos en el proyecto, en su propio nombre y en el de su socio, Mihaly (Canadá). Sri Lanka negó saber que esta hubiera negociado con Mihaly (EEUU), y alegó que Mihaly (EEUU) no tenía legitimidad, ni por razones de su relación social con Mihaly (Canadá) ni en su calidad de cesionario no revelado.

281. El Tribunal sostuvo que Mihaly (EEUU) sólo tenía derecho a presentar una demanda contra Sri Lanka en su propio nombre. Con respecto a la reclamación de derechos en nombre de su socia canadiense, el Tribunal negó tener competencia²⁰³:

“To allow such an assignment to operate in favour of Mihaly (Canada) would defeat the object and purpose of the ICSID Convention and the sanctity of the privity of international agreements not intended to create rights and obligations for non-Parties. Accordingly, a Canadian claim which was not recoverable, nor compensable or indeed capable of being invoked before ICSID could not have been admissible or able to be entertained under the guise of its assignment to the US Claimant. A claim under the ICSID Convention with its carefully structured system is not a readily assignable chose in action as shares in the stock-exchange market or other types of negotiable instruments, such as promissory notes or letters of credit. The rights of shareholders or entitlements of negotiable instruments holders are given different types of protection which are not an issue in this case before the Tribunal. This finding is without prejudice to the right of Mihaly (Canada) to pursue its claims, if any, before another otherwise competent forum”.

b. Contraargumento de las Demandantes

²⁰² *Ibid.*, párr. 325; ver también PSEG (Decisión sobre Competencia).

²⁰³ *Mihaly*, párr. 24.

282. Las Demandantes no están de acuerdo con la afirmación de que el Tribunal se hubiera extralimitado en sus facultades por ejercer impropia competencia *ratione personae* sobre la empresa china Andes.
283. El argumento principal de las Demandantes es que no puede haber extralimitación en la competencia porque el Tribunal no le concedió a Andes ninguna indemnización por daño. El Tribunal simplemente les otorgó a las Demandantes el valor de su inversión, que era el 100% de los derechos derivados del Contrato de Participación. Según el derecho internacional, el Tribunal debía otorgar a las Demandantes daños que reflejaran el 100% de su inversión; no tenía derecho a deducir los pasivos de las Demandantes —tal como queda reflejado en el dictum del caso *Chorzów Factory*²⁰⁴.
284. El Comité no está de acuerdo.
285. (i) Primero, el Comité ya ha concluido que la inversión de las Demandantes asciende solamente al 60% de la Propiedad Farmout; en la restante participación del 40%, OEPC ejerce la titularidad como fiduciaria, actuando en nombre del titular beneficiario, AEC/Andes. Cuando el Tribunal les otorgó a las Demandantes una compensación calculada sobre la base del 100% del valor del Bloque 15, asumió competencia para resolver sobre los supuestos derecho de propiedad de las Demandantes sobre un 40% del interés en la Propiedad Farmout, sin tener en cuenta que, de acuerdo con los Acuerdos Farmout, las Demandantes habían transferido esos derechos a AEC/Andes.
286. (ii) Hay un segundo argumento.
287. Contrariamente a las alegaciones de las Demandantes, el obiter dictum en la decisión del caso *Chorzów Factory* refuerza la posición del Comité —no la de las Demandantes.
288. El dictum fue invocado por primera vez por el Tribunal en su Laudo²⁰⁵:
- “[E]ste principio [...] tiene el efecto de excluir, por un lado, del cálculo de la indemnización los daños sufridos por terceros como resultado del acto ilícito y, por el otro lado, no excluye de la indemnización las deudas y demás obligaciones que pudieran pesar sobre el damnificado. El daño sufrido por Oberschlesische respecto del proyecto de Chorzow equivale por lo tanto al valor total —y se limita a ese total— de los bienes, derechos e intereses de la Sociedad en ese proyecto, sin deducir pasivos” [énfasis añadido, se omite la nota al pie].
289. Resulta una afirmación de sentido común que en el cálculo de los daños por la toma de activos
- las deudas y otras obligaciones de las cuales es responsable la parte perjudicada no deberían ser excluidas, mientras que

²⁰⁴ C I, párr. 480; C II, párr. 281.

²⁰⁵ Laudo, párr. 656

- los daños a terceros ciertamente deberían ser excluidas.

Para dar un ejemplo: si un Estado expropia un bien inmueble, el préstamo hipotecario utilizado para financiar la adquisición no debería deducirse del valor justo de mercado; pero si antes de la expropiación el inversor hubiera transferido un 50% de la propiedad a un tercero, la participación de ese tercero en el valor de la inversión debería deducirse de la compensación.

290. En el presente caso, la transacción llevada a cabo entre OEPC y AEC, y formalizada en los Acuerdos Farmout, consistió en la transferencia de un 40% del interés en la Propiedad Farmout. AEC/Andes se convirtió en el titular beneficiario de esa parte de la Propiedad Farmout (incluido el Contrato de Participación) – y nunca dejó de serlo, y como titular beneficiario, AEC/Andes podía ejercer sus derechos de propiedad sobre la Propiedad Farmout por medio de su fiduciario. AEC/Andes se convirtió en copropietaria de la Propiedad Farmout, no en acreedora de OEPC.
291. El obiter del caso *Chorzów Factory* confirma la conclusión del Comité: según el derecho internacional, el Tribunal no podía otorgar a las Demandantes daños que reflejaran el 100% de la inversión, porque debía excluir de la compensación los daños ocasionados a un tercero, que era el titular beneficiario de un 40% en la inversión expropiada.

c. Efectos de la anulación parcial del Laudo

292. El Comité ha decidido anular parcialmente el Laudo, porque el Tribunal asumió competencia con respecto a la inversión cuyo titular beneficiario es el inversor chino Andes. Lo que aún debe ser aclarado es el efecto preciso de esta conclusión²⁰⁶.

293. En el sub-párrafo (v) de la parte dispositiva del Laudo, el Tribunal decidió²⁰⁷:

“876. [...] (v) Se otorga a las Demandantes una indemnización de US\$1.769.625.000 (mil setecientos sesenta y nueve millones, seiscientos veinticinco mil dólares estadounidenses), según el cálculo que se incluye en el párrafo 825 del presente Laudo, por los daños sufridos como resultado de los incumplimientos mencionados precedentemente en los subpárrafos (i), (ii) y (iii)”.

294. El párrafo 825 del Laudo dice lo siguiente:

“825. Luego de haber determinado que los daños de las Demandantes deben reducirse en un 25% debido a su acto ilegal que contribuyó de manera sustancial a los daños que posteriormente sufrieron cuando se emitió el Decreto de Caducidad, el 15 de mayo de 2006, los daños sufridos por las Demandantes a causa de la expropiación hecha por Ecuador ascienden a US\$ 1.769.625.000 (mil setecientos sesenta y nueve millones seiscientos veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América) que el Tribunal ordena a la Demandada que pague” [se omite la nota al pie].

²⁰⁶ Cuestión que fue intensamente debatida durante la audiencia de anulación: HT p. 755 y siguientes (Prof. Mayer), HT, p. 1034 y siguientes (Sr. Rivkin).

²⁰⁷ Laudo, párr. 876.

295. La Demandada asevera que una anulación parcial del Laudo por extralimitación en las facultades debe llevar a una anulación del sub-párrafo (v) de la parte dispositiva del Laudo²⁰⁸. El Tribunal coincide. El cálculo de daños que subyace a la decisión del Tribunal está basado en la suposición de que OEPC es la propietaria del 100% del interés en la propiedad expropiada. Ello se deriva claramente del párrafo 824 del Laudo:

“824. Utilizando el modelo económico acordado por el Profesor Kalt y el Sr. Johnston, el Tribunal, con base en todas las determinaciones que ha realizado en esta sección del Laudo y con la ayuda brindada por los cálculos acordados por el Profesor Kalt y el Sr. Johnston, determina que el Valor Actual Neto de los flujos de caja descontados generados por la producción de OEPC en el Bloque 15 al 16 de mayo de 2006 asciende a US\$ 2.359.500.000 (dos mil trescientos cincuenta y nueve millones quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América)” [se omite la nota al pie].

296. En consecuencia, la decisión del Comité de anular parcialmente el Laudo debe llevar a la anulación de la cuantía de los daños (US\$ 1.769.625.000) contenida en el sub-párrafo (v) de la parte dispositiva del Laudo en la medida en que compensa a las Demandantes por el 100% (y no por el 60%) del valor del Bloque 15 —pero no del resto de dicho sub-párrafo.

297. La siguiente cuestión a abordar es si el Comité está autorizado a reemplazar el monto de los daños anulado por el número correcto, o si esta tarea debe ser confiada a un nuevo tribunal de inversiones. Las partes han discutido esta cuestión, y mientras que la Demandada se inclina por la constitución de un nuevo tribunal²⁰⁹, las Demandantes han aceptado que en las circunstancias apropiadas los comités de anulación están autorizados a consignar los montos correctos en decisiones parcialmente anuladas²¹⁰.

298. El Comité coincide con las Demandantes.

299. Es cierto que los comités de anulación no están facultados para enmendar o reemplazar laudos. Pero no es esta la tarea que se está realizando. Lo requerido en este caso, en el que el Comité está anulando parcialmente el Laudo, es que el Comité de Anulación sustituya el monto de los daños del Tribunal por la suma correcta. Si esta tarea se puede llevar a cabo sin presentaciones ulteriores de las partes y sin ordenar prueba adicional, los comités deberían tener el poder para hacerlo. Razones básicas de economía procesal abogan a favor de esta solución. No hay necesidad de que las partes incurran en costos y sufran demoras adicionales, realizando un nuevo arbitraje de inversiones, cuando el número correcto puede ser insertado por el comité de anulación, tras llevar a cabo un cálculo aritmético muy sencillo y sin ulterior aporte de las partes.

300. Este es el caso en el presente arbitraje.

301. El Tribunal estableció el valor del 100% del Bloque 15, es decir, de la Propiedad Farmout, en US\$ 2.359.500.000. En consecuencia, el valor del 60% de la

²⁰⁸ HT, p. 756-758.

²⁰⁹ HT, p. 759-761.

²¹⁰ HT, p. 1035.

participación ascendería a US\$ 1.415.700.000. Aplicando a este monto el factor de reducción del 25% explicado en el párrafo 825 del Laudo, el monto resultante es de US\$ 1.061.775.000. Ésta es la cantidad correcta que debió haber sido insertada en el sub-párrafo (v) de la parte dispositiva del Laudo, que debería leerse así²¹¹:

“876. [...] Se otorga a las Demandantes una indemnización de US\$ 1.061.775.000 (Mil sesenta y un millones, setecientos setenta y cinco mil dólares estadounidenses), según el cálculo hecho en el párrafo 825 del presente Laudo, por los daños sufridos como resultado de los incumplimientos indicados en los subpárrafos (i), (ii) y (iii)”.

* * *

302. La Demandada ha alegado varias razones adicionales para la anulación parcial de la decisión del Tribunal de otorgar a OEPC daños basados en el 100% (y no en el 60%) de la participación en la Propiedad Farmout o de lo que concierne a la cuestión del 60/40. Dado que estas razones, de ser aceptadas, llevarían al mismo resultado que la anulación parcial ya decidida por el Comité, se han tornado irrelevantes y no serán abordadas²¹².

²¹¹ Se podría llegar a la misma conclusión calculando sencillamente el 60% de US\$ 1.769.625.000.

²¹² Estas razones incluyen, entre otras, las siguientes:

(i) El Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades, y omitió expresar los motivos en que se fundó al hacerlo, al declarar inexistente la cesión ilegal, no autorizada entre las Demandantes y AEC/Andes (RI, razón 14, párr.580; RII, razón 12, párr. 582).

(ii) El Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al formular, luego de que la etapa de presentación del arbitraje había concluido, un nuevo argumento a favor de las Demandantes y al otorgar a las Demandantes US\$ 943 millones basándose en dicho argumento (RI, razón 12, párr. 502; RII, razón 10, párr. 392).

VII. OTRAS CAUSALES DE ANULACIÓN

303. La Demandada asevera que hay ocho causales adicionales²¹³ de anulación, tres de las cuales deberían tener como resultado la anulación del laudo entero, y cuatro la anulación de determinadas partes; también alega el quebrantamiento grave de normas fundamentales de procedimiento.
304. Las tres razones para la anulación total son:
- La decisión de aplicar el principio de proporcionalidad (1.);
 - La decisión de que la violación de la LHC y del Contrato de Participación por parte de las Demandantes fue mera negligencia (2.);
 - La decisión de que las reclamaciones de las Demandantes al amparo del tratado no fueron defectuosas porque esa cuestión era *res iudicata* (3.);
305. Las cuatro razones para la anulación parcial de determinadas partes del Laudo son:
- El uso excluyente de un modelo de Flujo de Caja Descontada (FCD) en la determinación del valor de la inversión (4.);
 - La decisión de ignorar la Ley 42 al evaluar los daños de las Demandantes (5.);
 - La decisión de ignorar la Ley Interpretativa del IVA (6.);
 - La decisión de ignorar alternativas a la caducidad al otorgar daños (7.);
306. El alegado quebrantamiento grave de normas fundamentales de procedimiento afecta al correo electrónico del Tribunal fechado el 15 de febrero de 2011 (8.)²¹⁴.

Extralimitación manifiesta de facultades

307. La mayor parte de los fundamentos para la anulación invocados por la Demandada están basados en el argumento de que el Tribunal incurrió en una extralimitación manifiesta en sus facultades al no elegir la ley apropiada aplicable a la cuestión de fondo.
308. Debería recordarse que el estándar para que esta razón prospere es muy elevado.
309. La jurisprudencia sobre arbitraje de inversiones es unánime en cuanto a la conclusión de que la anulación por falta de aplicación de la ley apropiada al fondo solo se permite si el tribunal ha ignorado por completo determinada legislación aplicable o ha fundamentado su laudo en una ley que no es la aplicable. El error cometido por el tribunal debe consistir en la aplicación de la ley equivocada, no en la interpretación errónea de la ley correcta. La interpretación incorrecta o la aplicación incorrecta al fondo del asunto de la ley apropiada, aun si es grave, no

²¹³ Ver R III, p. 316.

²¹⁴ La Demandada alega que la decisión de no tener en cuenta las alternativas a la Caducidad también implicó un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento —R III p. 315.

justifica la anulación. Solo errores jurídicos excepcionalmente groseros o flagrantes reconocidos como tales por cualquier persona razonable, podrían ser interpretados como equivalentes a una falta de aplicación de la ley aplicable, y podrían dar lugar a la posibilidad de anulación²¹⁵.

Omisión de la expresión de los motivos

310. El mismo estándar elevado se aplica a la omisión de la expresión de los motivos, la otra razón frecuentemente invocada por la Demandada: en tanto los motivos se hayan enunciado, aun si se lo ha hecho de manera incorrecta, poco convincente o incompleta, el laudo no puede ser anulado. Solamente una ausencia total de razonamientos, o motivos contradictorios o frívolos pueden llevar a la anulación²¹⁶.

1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

311. El principio de proporcionalidad es una de las piedras angulares del Laudo. El Tribunal dedicó una sección entera y 35 páginas de su análisis a “la proporcionalidad de la sanción por la transferencia de derechos no autorizada en virtud del Contrato de Participación”²¹⁷. El Tribunal arribó a su (en este punto, unánime) decisión en el párrafo 452²¹⁸:

“452. De lo anterior surge que incluso si OEPC, tal como lo determinó el Tribunal precedentemente, hubiera violado la Cláusula 16.1 del Contrato de Participación y fuera culpable de una violación punible del Artículo 74.11 (o de los Artículos 74.12 ó 74.13), el Decreto de Caducidad no fue una respuesta proporcionada en las circunstancias particulares y es ésta la conclusión del Tribunal”.

A. Posición de la Demandada

312. La Demandada argumenta que en una decisión inherentemente contradictoria, el Tribunal sostuvo que la caducidad fue una sanción desproporcionada y por lo tanto contraria a la legislación ecuatoriana, al derecho internacional consuetudinario y al Tratado, pese a haber concluido
- Que en el Acuerdo de Participación las partes acordaron libremente que la caducidad era la sanción aplicable si OEPC transfería derechos a terceras partes sin aprobación, y
 - Que OEPC había transferido derechos sin tal aprobación²¹⁹.
313. El Laudo debería ser anulado porque su aseveración central es que aunque Ecuador impuso la sanción exacta acordada con las Demandantes en el Contrato de Participación, dicha sanción fue desproporcionada. Semejante aseveración crea un

²¹⁵ Ver párr. 55 *supra*.

²¹⁶ Ver párr. 64 *supra*.

²¹⁷ Laudo, párrafos 384-452.

²¹⁸ Laudo, párr. 452.

²¹⁹ R I, párr. 386.

inevitable conflicto con el principio de *pacta sunt servanda* y representa un ejemplo típico de un tribunal actuando como amigable componedor²²⁰.

314. En opinión de la Demandada, el Tribunal no aplicó el Contrato de Participación, un contrato suscrito luego de largas negociaciones en pie de igualdad entre partes expertas y, al hacerlo, omitió aplicar la legislación ecuatoriana y el principio del derecho internacional de *pacta sunt servanda*²²¹. De hecho, lo que hizo el Tribunal fue reescribir el Contrato de Participación²²². Cuando la voluntad de las partes es clara —como lo es con respecto a los términos del Contrato de Participación— el principio de proporcionalidad no tiene cabida²²³.
315. Al pretender aplicar un principio de proporcionalidad que no está en el Contrato de Participación, en la legislación ecuatoriana, en el Tratado, ni en el derecho internacional consuetudinario, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades, porque:
- En el Contrato de Participación no se hace referencia al principio de proporcionalidad²²⁴;
 - No hay un principio de proporcionalidad que invalide el principio de *pacta sunt servanda* ni en la legislación ecuatoriana²²⁵ ni en el derecho internacional²²⁶;
 - El principio del trato justo y equitativo (“**TJE**”) del Tratado no puede servir de base para evitar la aplicación del Contrato de Participación.
316. El Tribunal también omitió expresar los motivos por los cuales decidió considerar responsable a Ecuador por un quebrantamiento del principio de proporcionalidad²²⁷, y su decisión está basada en razones incomprensibles, o en el mejor de los casos, frívolas²²⁸.

B. Posición de las Demandantes

317. Las Demandantes no están de acuerdo y recuerdan que sobre esta cuestión, las conclusiones del Tribunal fueron unánimes²²⁹.
318. Según las Demandantes, el Tribunal expuso claramente sus razones y explicó que el principio de proporcionalidad existe en la legislación ecuatoriana aplicable y en el derecho internacional²³⁰; que debe ser aplicado a una decisión de declarar la

²²⁰ R II, párr. 286.

²²¹ R I, párr. 392; R II, párr. 294.

²²² R I, párrafos 401-406; R II 310.

²²³ R I, párr. 419.

²²⁴ R I, párr. 427.

²²⁵ R I, párr. 431; R II, párr. 331.

²²⁶ R I, párr. 452; R II, párr. 319.

²²⁷ R I, párr. 458, R II, párr. 343.

²²⁸ R I, párr. 466; RII at 350.

²²⁹ C I, párr. 171.

²³⁰ C I, párr. 152.

caducidad²³¹ y que Ecuador violó ese principio al hacerlo²³². El razonamiento del Tribunal se puede seguir desde el punto A hasta el punto B y hasta su conclusión y, por lo tanto, no se justifica la anulación²³³.

319. Las Demandantes aseveran que el Laudo no provee base alguna para su anulación: el Laudo estableció claramente las razones del Tribunal para su conclusión de que el principio está incorporado en el Tratado y en el derecho internacional consuetudinario²³⁴ y que los principios de proporcionalidad y de *pacta sunt servanda* no son excluyentes²³⁵. Las Demandantes también rechazan que el razonamiento sea contradictorio, incomprensible o frívolo²³⁶.
320. En lo que respecta a la extralimitación de las facultades —que las Demandantes analizan por separado— el Tribunal aplicó la legislación apropiada cuando concluyó que el Decreto de Caducidad fue una sanción desproporcionada, violatoria del Tratado, del derecho internacional consuetudinario, de la legislación ecuatoriana y del Contrato de Participación²³⁷. Las Demandantes subrayan que el Tribunal declaró la caducidad sobre la base de la LHC y no del Acuerdo de Participación²³⁸ y que no reescribió ni evitó la aplicación del Contrato de Participación, ni evitó la aplicación del principio de *pacta sunt servanda*²³⁹. El Tribunal tampoco decidió *ex aequo et bono* cuando concluyó que en el derecho internacional existe el principio de proporcionalidad²⁴⁰.

C. La decisión del Comité

321. El Comité analizará el argumento de Ecuador de que el Laudo debería ser anulado, explicando primero la decisión (unánime) del Tribunal con respecto a la proporcionalidad (a.) y luego revisando y rechazando en última instancia los argumentos de la República (b.).

a. La decisión del Tribunal con respecto a la proporcionalidad

322. El Tribunal comenzó su análisis de la proporcionalidad señalando que en la legislación ecuatoriana la proporcionalidad es un principio general del derecho administrativo. Basado en el testimonio de los expertos en legislación ecuatoriana de ambas Partes, y en diversas autoridades en legislación ecuatoriana (incluidas la CE, el derecho administrativo ecuatoriano y la jurisprudencia de la Corte Suprema ecuatoriana), el Tribunal concluyó que²⁴¹

“398. [...] el Gobierno debe ponderar el contenido y la finalidad de toda medida punitiva teniendo en cuenta la conducta impugnada y la pérdida de

²³¹ C I, párr. 160.

²³² C I, párr. 162.

²³³ C II, párr. 154.

²³⁴ C I, párr. 175.

²³⁵ C I, párr. 179.

²³⁶ C I, párr. 185; C II, párr. 164.

²³⁷ C I, párr. 397; C II, párr. 169.

²³⁸ C I, párr. 407.

²³⁹ C I, párr. 413.

²⁴⁰ C I, párr. 418, C II, párr. 171.

²⁴¹ Laudo, párr. 398.

derechos que sufrirá el individuo como resultado de la sanción que se desea imponer” [se omite la nota al pie].

323. La explicación del Tribunal deja en claro que la proporcionalidad es un principio que debe ser aplicado por las autoridades ecuatorianas cuando adoptan actos administrativos o imponen sanciones administrativas. No es un principio del derecho contractual.
324. El Tribunal añadió luego que el principio de proporcionalidad es también comúnmente aplicado “en diversos arreglos internacionales”, incluidas las decisiones de los Paneles de la OMC relativas al GATT, las decisiones de la Corte Europea de Justicia, de la Corte Europea de Derechos Humanos, y de los tribunales sobre controversias internacionales de inversiones²⁴². El principio de proporcionalidad es además “aplicable a potenciales violaciones de obligaciones de los tratados bilaterales de inversiones”, incluido el estándar de trato justo y equitativo²⁴³. Aquí el Tribunal analizó y se apoyó en varias decisiones del CIADI²⁴⁴.
325. Luego el Tribunal indagó sobre el significado preciso de la proporcionalidad cuando se aplica a la imposición, por parte de la administración pública, de una penalidad severa como la caducidad. El Tribunal declaró²⁴⁵:

“416. [...] En aquellos casos en que la administración pretende imponer una sanción severa, en opinión del Tribunal, el Estado debe poder demostrar (i) que quien cometió la violación causó un daño lo suficientemente grave; y/o (ii) que había existido un incumplimiento manifiesto o recurrente del contrato o de la ley correspondiente que fue suficiente para asegurar la sanción impuesta; y/o (iii) que por razones de disuasión y buena gestión es apropiado imponer una sanción significativa, incluso aunque el daño sufrido en esa instancia particular no haya sido grave”.

326. El Tribunal concluyó que en última instancia ambas partes coincidían en que el principio de proporcionalidad fuera aplicable a esta controversia, porque una declaración de caducidad conforme al artículo 74 de la LHC es una sanción administrativa discrecional y las partes estuvieron de acuerdo en que²⁴⁶

“[...] el principio de proporcionalidad es relevante”.

327. Sobre la base de las pruebas que se le presentaron, el Tribunal concluyó unánimemente que Ecuador había violado el principio de proporcionalidad al declarar la caducidad, dado que el Ministro tenía otras opciones legales menos drásticas²⁴⁷, pero a pesar de contar con esas alternativas, eligió la sanción radical de la caducidad, que implicó la pérdida de la inversión total de las Demandantes, que ascendía a varios cientos de millones de dólares.

²⁴² Laudo, párr. 402-404.

²⁴³ Laudo, párr. 404.

²⁴⁴ *MTD, Tecmed, Azurix*; Laudo, párr. 405-409.

²⁴⁵ Laudo, párr. 416.

²⁴⁶ Laudo, párr. 425.

²⁴⁷ Laudo, párr. 434.

328. Esta decisión fue influida por el hecho de que OEPC había litigado exitosamente contra la República en otro arbitraje de inversión, y había obtenido el llamado Laudo del IVA, que obligó a Ecuador a indemnizar a OEPC por un monto de más de 70 millones de dólares.
329. El Tribunal señaló que los Acuerdos Farmout son muy comunes en la industria petrolera, que Ecuador no sufrió daños²⁴⁸, que AEC ya era un operador aprobado en Ecuador²⁴⁹, que podría haber estado justificado algún castigo por la omisión de OEPC de obtener la autorización²⁵⁰, pero

“450. [...] el principio primordial de la proporcionalidad exige que ese objetivo administrativo esté en equilibrio con los propios intereses de las Demandantes y con la verdadera naturaleza y el verdadero efecto de la conducta que se reprime. El Tribunal concluye que el precio que debieron pagar las Demandantes – la pérdida total de una inversión que vale varios cientos de millones de dólares – fue desproporcionado respecto del hecho ilícito que se le imputa a OEPC y, de igual manera, fue desproporcionado respecto de la importancia y la efectividad del “mensaje de disuasión” que la Demandada puede haber deseado transmitir a toda la comunidad del petróleo y del gas”.

330. El Tribunal concluyó²⁵¹:

“452. De lo anterior surge que incluso si OEPC, tal como lo determinó el Tribunal precedentemente, hubiera violado la Cláusula 16.1 del Contrato de Participación y fuera culpable de una violación punible del Artículo 74.11 (o de los Artículos 74.12 ó 74.13), el Decreto de Caducidad no fue una respuesta proporcionada en las circunstancias particulares y es ésta la conclusión del Tribunal. En consecuencia, el Decreto de Caducidad fue sancionado en violación del derecho ecuatoriano, del derecho internacional consuetudinario y del Tratado. En cuanto al Tratado, el Tribunal considera expresamente que el Decreto de Caducidad constituyó un incumplimiento por parte de la Demandada de su obligación contenida en el Artículo II.3(a) de conceder un trato justo y equitativo a la inversión de las Demandantes y de no concederles un trato menos favorable que el exigido por el derecho internacional”.

b. Análisis de los Argumentos de la Demandada

331. El artículo 74 de la LHC dice lo siguiente:

“El Ministerio del Ramo podrá declarar la caducidad de los contratos, si el contratista:

[...]

11. Traspasare derechos o celebrare contrato o acuerdo privado para la cesión de uno o más de sus derechos, sin la autorización del Ministerio;

12. Integrare consorcios o asociaciones para las operaciones de exploración o explotación, o se retirare de ellos, sin autorización del Ministerio; y

13. Reincidiere en infracciones a la Ley y sus reglamentos”.

²⁴⁸ Laudo, párr. 444.

²⁴⁹ Laudo, párr. 445.

²⁵⁰ Laudo, párr. 450.

²⁵¹ Laudo, párr. 452.

332. El artículo 75 de la LHC establece:

“La declaración de caducidad de un contrato implica la inmediata devolución al Estado de las áreas contratadas, y la entrega de todos los equipos, maquinarias y otros elementos de exploración o de producción, instalaciones industriales o de transporte, sin costo alguno para PETROECUADOR y, además, la pérdida automática de las cauciones y garantías rendidas según la Ley y el contrato, las cuales quedarán en favor del Estado”.

333. Y la cláusula 21.1. del Contrato de Participación asevera lo siguiente:

“21.1. Terminación: Este Contrato de Participación terminará:

[...]

21.1.1. Por declaratoria de caducidad emitida por el Ministerio del Ramo por las causales y bajo el procedimiento establecido en los artículos setenta y cuatro (74), setenta y cinco (75) y setenta y seis (78) de la Ley de Hidrocarburos, en lo que sean aplicables;

21.1.2. Por transferir derechos y obligaciones del Contrato de Participación, sin autorización del Ministerio del Ramo”.

Las alternativas en caso de transferencia no autorizada

334. De conformidad con la LHC y con la cláusula 21.1 del Contrato de Participación, una transferencia no autorizada del Contrato de Participación puede llevar a dos resultados diferentes:

335. (i) La primera alternativa es una declaración administrativa de caducidad por parte de las autoridades administrativas ecuatorianas.

336. El artículo 74 de la LHC autoriza al Ministro a adoptar —tras haber seguido el procedimiento administrativo apropiado—²⁵², un acto administrativo (la declaración de caducidad), basándose en la premisa de que se hayan dado una o más de las razones establecidas en la LHC (no en el Contrato). Y una de dichas razones es la transferencia no autorizada de derechos y obligaciones derivados del Contrato de Participación. Tal como establece la legislación local ecuatoriana, si el titular del contrato de concesión está en desacuerdo con el acto administrativo del Ministro, este puede ser apelado ante el *Tribunal contencioso-administrativo* pertinente²⁵³.

337. La caducidad no es una decisión contractual; es un acto administrativo regulado en la LHC. La cláusula 21.1.1. del Contrato de Participación simplemente señala las consecuencias contractuales de una declaración de caducidad adoptada por el Ministro: en ese caso el Contrato de Participación —un contrato firmado entre PetroEcuador (no la República) y OPEC. Esa consecuencia es la terminación del Contrato.

²⁵² Ver la referencia al procedimiento administrativo en la cláusula 21.1.1 del Contrato de Participación.

²⁵³ Artículo 173 de la CE.

338. Pero la caducidad no solo ocasiona la terminación contractual del Contrato de Participación; también implica una severa sanción administrativa de conformidad con el artículo 75 de la LHC: se obliga a OEPC a entregar al gobierno todos los activos y equipos utilizados para la exploración y producción en el Bloque 15, sin compensación alguna, y a renunciar a cualquier caución o garantía²⁵⁴.
339. (ii) La transferencia no autorizada del Contrato de Participación también puede llevar a un resultado diferente: PetroEcuador puede decidir ejecutar su derecho contractual a terminar el Contrato de Participación, de acuerdo con la cláusula 21.1.2., que establece que si OEPC transfiere sus derechos y obligaciones sin autorización ministerial, el Contrato de Participación puede ser terminado por una decisión adoptada por PetroEcuador (no por la República). Esta decisión es contractual en su naturaleza, no constituye un *acto administrativo*, y cualquier controversia relativa a ella debe ser decidida de acuerdo con la cláusula sobre arbitraje contenida en dicho Contrato.
340. La terminación contractual realizada por PetroEcuador conduce a la indemnización ordinaria de acuerdo con la legislación civil —no tiene como resultado la obligación de OEPC de entregar todos los activos del Bloque 15 al Estado, sin compensación²⁵⁵.

La decisión de Ecuador

341. En el presente caso, la República optó por la primera alternativa: luego de haber seguido el procedimiento administrativo apropiado, que incluía al derecho de OEPC a ser escuchada, el Ministro emitió un *acto administrativo* declarando la caducidad, a saber el Decreto de Caducidad. La emisión de ese Decreto impuso la sanción prevista en el artículo 75 de la LHC: OEPC fue obligada a entregar a la administración pública todos sus activos en el Bloque 15, lo que representaba inversiones que ascendían a muchos cientos de millones de dólares, sin compensación alguna.
342. En el contexto de este escenario fáctico y legal, Ecuador argumenta
- que la aplicación del principio de proporcionalidad está en contradicción con el principio de *pacta sunt servanda*, y que el Tribunal reescribió el Contrato de Participación para insertar el principio de proporcionalidad;
 - Que en el Contrato de Participación las partes habían acordado que la declaración de caducidad por parte del Ministro llevaría de manera automática a la terminación, y allí donde la voluntad de las partes es clara, no hay lugar para la proporcionalidad.

La decisión del Comité

343. Los argumentos de Ecuador no pueden prosperar, pues están basados en una comprensión errónea de lo que decidió el Tribunal y de lo que acordaron las partes.

²⁵⁴ La cláusula 21.2.4 incluye una referencia cruzada a la sanción. Pero el derecho de Ecuador de tomar los activos de OEPC en el Bloque 15 sin compensación deriva del art. 75 de la LHC, no de la cláusula 21.2.4.

²⁵⁵ Ver cláusula 21.2.4 en relación a la cláusula 21.4.

344. En su Laudo, el Tribunal decidió que tanto la legislación ecuatoriana como el derecho internacional obligan a que cuando las autoridades administrativas adoptan decisiones que sancionan a los ciudadanos, deben aplicar el principio de proporcionalidad, ponderando la severidad de la sanción de acuerdo a diversos factores (que incluyen el daño causado y la naturaleza de la violación), a los fines de evitar que la conducta irregular del ciudadano sea sancionada con una penalidad desproporcionada.

345. Luego de

- notar una conexión estrecha entre el Laudo del IVA (que obligó a la República a pagar una indemnización significativa a OEPC), la declaración de caducidad, y la existencia de “rencor contra OEPC” en Ecuador,
- establecer que Ecuador no había sufrido daño alguno como consecuencia de la violación,
- tener en cuenta que Ecuador podría haber impuesto una sanción menos drástica y que ciertamente ya lo había hecho en violaciones similares en el pasado,

el Tribunal, ponderando las pruebas disponibles, concluyó que la decisión de declarar la caducidad “no fue una respuesta proporcionada en las circunstancias particulares”²⁵⁶.

346. El Tribunal razonó y explicó convincentemente su decisión. Pero aun si el razonamiento hubiera sido menos convincente, la ponderación de las pruebas y la evaluación eminentemente fáctica de si una decisión administrativa es o no proporcionada, forma parte de las prerrogativas del Tribunal, las cuales, de conformidad con el artículo 52 del Convenio, como regla general, están fuera de la competencia de un comité *ad hoc*.

347. Hay aún otro argumento: la conclusión del Tribunal también es perfectamente consistente con el acuerdo de las partes (contenido en la cláusula 21.1.1 del Contrato de Participación) de que una declaración de caducidad tendría como resultado la terminación del Contrato. Dicha cláusula solo puede referirse a una declaración de caducidad correctamente adoptada, no a una que se ha realizado contraviniendo la legislación ecuatoriana. La cláusula no implica —como parece decir Ecuador— que OEPC consintió que cualquier declaración de caducidad, independientemente de cómo fuera adoptada, podía tener como resultado la terminación y la pérdida de todos los activos sin compensación.

348. Una sencilla *reductio ad absurdum* demuestra este punto: supóngase que la declaración del Ministro hubiera sido adoptada en una desviación de poder o mediando corrupción. La cláusula 21.1.1. no puede ser interpretada como la aceptación *ex ante* de OEPC de que una declaración de caducidad, aun siendo

²⁵⁶ Laudo, párr. 442-452.

adoptada bajo tales irregularidades, legitimaría la terminación del Contrato y la confiscación de sus activos sin compensación.

Inexistencia del principio de proporcionalidad en la legislación aplicable

349. Ecuador argumenta además que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades, dado que, alega Ecuador, el principio de proporcionalidad no está comprendido en el Contrato de Participación, ni en la legislación ecuatoriana, ni en el derecho internacional consuetudinario.
350. El argumento no puede prosperar, porque el estándar para la anulación basadas en las alegaciones de aplicación o interpretación incorrectas de la ley aplicable al fondo es particularmente elevado: solo los errores jurídicos excepcionalmente groseros o flagrantes, reconocidos como tales por cualquier persona razonable, podrían interpretarse como equivalentes a una falta de aplicación de la ley aplicable al fondo, y podrían dar lugar a la posibilidad de anulación²⁵⁷. El Tribunal no cometió ningún error jurídico grosero o flagrante. Al contrario: el Tribunal explicó convincentemente que el principio de proporcionalidad entre la intensidad y el alcance de la actividad ilícita y la severidad de la sanción es un principio general del derecho punitivo y del derecho sobre la responsabilidad extracontractual, tanto en la legislación ecuatoriana como en el derecho internacional.

Omisión de la expresión de los motivos

351. El Comité ha resumido el razonamiento del Tribunal sobre esta cuestión en la subsección precedente²⁵⁸. Ese razonamiento puede seguirse desde el punto A hasta el punto B y hasta la decisión del Tribunal. El argumento de la Demandada de que el Tribunal omitió expresar los motivos por los cuales decidió sostener que Ecuador fue responsable de un quebrantamiento del principio de proporcionalidad, o de que su decisión se basa en razones incomprensibles o frívolas, no tiene asidero.

2. LA CONCLUSIÓN DE LA NEGLIGENCIA

A. Posición de la Demandada

352. La Demandada argumenta que el Tribunal omitió expresar los motivos en los cuales basó su decisión y se extralimitó manifiestamente en sus facultades cuando sostuvo que las Demandantes fueron meramente negligentes al no revelar la verdadera naturaleza del Acuerdo Farmout a Ecuador y al no solicitar autorización ministerial en el año 2000. Esta conclusión, alega la Demandada, tuvo un efecto determinante para el caso, por la forma cómo llevó al Tribunal a tratar dos cuestiones clave: la proporcionalidad del Decreto de Caducidad y el porcentaje apropiado de culpa de las Demandantes²⁵⁹.
353. La Demandada añade que el análisis del Tribunal es auto-contradictorio. El Tribunal etiquetó la conducta de las Demandantes como negligente, pero la describió precisamente en términos de intencionalidad, no de negligencia²⁶⁰. El

²⁵⁷ Ver párr. 56 *supra*.

²⁵⁸ Ver párr. 330 *et seq. supra*.

²⁵⁹ R I, párr. 333.

²⁶⁰ R I, párr. 343.

Tribunal creó una nueva clase de violación de la LHC (una violación meramente negligente) y entonces concluyó que Ecuador había actuado desproporcionadamente al declarar la caducidad²⁶¹. Al hacerlo, el Tribunal ignoró pruebas incontrovertibles²⁶², aplicó erróneamente la legislación ecuatoriana²⁶³, no explicó sus motivos²⁶⁴ y contradujo muchas de sus propias conclusiones contenidas en otras partes del Laudo²⁶⁵. Además el Tribunal omitió expresar los motivos de su conclusión sobre negligencia²⁶⁶ la cual resultó no fundada y auto-contradictoria²⁶⁷.

354. La legislación ecuatoriana distingue entre la conducta “dolosa” y la conducta “culposa” (con tres niveles distintos de “culpa”) —pero el Tribunal en ningún momento mencionó, y menos aún aplicó, el estándar de diligencia que regía la conducta de las Demandantes según la legislación ecuatoriana²⁶⁸. El Tribunal simplemente aseveró que OEPC fue negligente porque no tuvo mala fe —sin ningún análisis, consideración, referencia ni mención al estándar legal aplicable de acuerdo con la legislación ecuatoriana²⁶⁹. Y la determinación de negligencia del Tribunal afectó tanto a su decisión sobre la falta de proporcionalidad como a la cuestión del *quantum*²⁷⁰.
355. La determinación del Tribunal de que OEPC infringió negligentemente el Contrato de Participación y violó la LHC ignora la legislación ecuatoriana, la cual no toma en cuenta la intención del actor cuando evalúa o determina una violación de la LHC. Así, el Tribunal omitió manifiestamente aplicar la legislación ecuatoriana y el derecho internacional, y actuó *ex aequo et bono*²⁷¹.

B. Posición de las Demandantes

356. La primera línea de defensa de las Demandantes es que el Comité no debería considerar esta razón para la anulación, por dos razones:
- Las conclusiones fácticas no son revisables en un proceso de anulación; y la conclusión del Tribunal sobre negligencia fue una conclusión fáctica²⁷²;
 - Más aun, la conclusión solo afectó a dos cuestiones sobre las que Ecuador se impuso: la desestimación de la reclamación de las legítimas expectativas de las Demandantes y la determinación de la culpa concurrente de OEPC, que tuvo como resultado una reducción del *quantum* de los daños en un 25%²⁷³.

²⁶¹ R I, párr. 348.

²⁶² R I, párr. 349.

²⁶³ R I, párr. 350.

²⁶⁴ R I, párr. 351.

²⁶⁵ R I, párr. 354.

²⁶⁶ R II, párr. 267.

²⁶⁷ R II, párr. 271.

²⁶⁸ R II 235, 236.

²⁶⁹ R II, párr. 237.

²⁷⁰ R II, 240-244; 245-253

²⁷¹ R II, párr. 254.

²⁷² C II, párr. 129.

²⁷³ C II, párr. 132.

357. Adicionalmente, las Demandantes afirman que el fundamento del argumento de Ecuador es erróneo. El Tribunal no creó artificialmente una nueva clase de violación de la LHC —una violación meramente negligente²⁷⁴. El Tribunal tampoco definió a la negligencia como un factor de su análisis sobre la proporcionalidad, y menos aún como uno determinante²⁷⁵. En cambio, el Tribunal basó su argumento de que el Decreto de Caducidad careció de proporcionalidad en tres conclusiones:

- Que Ecuador no sufrió daño alguno;
- Existía en Ecuador rencor contra OEPC; y
- Ecuador pudo haber impuesto sanciones menos drásticas²⁷⁶.

358. Además, el Tribunal expuso claramente las razones de su conclusión de que las Demandantes no actuaron de mala fe sino que fueron meramente negligentes²⁷⁷, y de su conclusión de que el Decreto de Caducidad fue una sanción desproporcionada, que constituyó una violación del Tratado, del derecho internacional consuetudinario y del Contrato de Participación²⁷⁸. El razonamiento del Tribunal puede seguirse desde el punto A hasta el punto B y por lo tanto esto no es un motivo de anulación²⁷⁹.

C. La decisión del Comité

359. El Comité analizará el argumento de Ecuador de que el Laudo debe ser anulado, explicando primero la decisión (unánime) del Tribunal con respecto a su conclusión sobre negligencia (a.) y luego analizando y finalmente rechazando los argumentos de la República (b.).

a. **La decisión del Tribunal con respecto a la negligencia**

360. En esencia, el fundamento de Ecuador para pedir la anulación se basa en una única palabra, utilizada por el Tribunal en un solo párrafo del Laudo —el párrafo 380.

361. El párrafo 380 dice lo siguiente:

“380. El Tribunal reitera su conclusión. La interpretación de las Demandantes puede haber sido errada, pero el Tribunal no considera, como argumenta la Demandada, que haya sido de mala fe. Al no haber solicitado la autorización ministerial, las Demandantes cometieron un error, un grave error, pero no lo hicieron de mala fe. La pregunta es: durante la visita al Ministro Terán el 24 de octubre de 2000, ¿deberían Paul MacInnes y sus colegas haberle entregado una copia del Acuerdo de Farmout y del Contrato de Operación Conjunta al Ministro para que sus asesores pudieran formar su propia opinión sobre la verdadera naturaleza de la transacción? Tal como fue señalado previamente, el Tribunal no tiene ninguna duda en responder afirmativamente a esta

²⁷⁴ C I, párr. 115-116; C II, párr. 134.

²⁷⁵ C I, párr. 117.

²⁷⁶ C I, párr. 118.

²⁷⁷ C I, párr. 123-147.

²⁷⁸ C I, párr. 148-169.

²⁷⁹ C II, párr. 141-142.

pregunta. OEPC y AEC fueron descuidadas, negligentes e imprudentes al no hacerlo. Pero como ya fue establecido, el Tribunal no considera que ello haya constituido mala fe. Puede ser que hayan sido descuidadas e imprudentes, pero no tuvieron la intención de crear confusión. Simplemente, estaban convencidas de que estaban en lo cierto y actuaron en consecuencia sin intención de confundir al gobierno ecuatoriano. En numerosas ocasiones, durante el otoño del año 2000, divulgaron públicamente en Ecuador su transacción con AEC” [énfasis añadido].

362. Este párrafo es la conclusión de una sección muy larga (la Sección 2), titulada “La obligación de OEPC de obtener autorización para transferir derechos contenidos en el Contrato de Participación”, dedicada a un detallado análisis de la omisión, por parte de las Demandantes, de solicitar autorización al gobierno ecuatoriano para la firma de los Acuerdos Farmout. En el párrafo 380 el Tribunal “reitera las conclusiones” que se deducen de la sección precedente; estas conclusiones son eminentemente fácticas y son las siguientes:

- Que la omisión, por parte de las Demandantes, de solicitar autorización ministerial fue un error grave;
- Que las Demandantes fueron “negligentes” al omitir la entrega de una copia de los Acuerdos Farmout en su visita al ministro ecuatoriano;
- Que, sin embargo, no hubo mala fe ni intención de engaño.

Consecuencias jurídicas

363. Las conclusiones fácticas del Tribunal dieron lugar a dos consecuencias jurídicas:

364. (i) La primera consecuencia la explora el Tribunal en el párrafo 383, que dice lo siguiente²⁸⁰:

“[...] Dado que, como se ha concluido anteriormente, la falta de solicitud por parte de OEPC de la autorización correspondiente ante las autoridades ecuatorianas en octubre de 2000 si bien no constituyó mala fe fue una decisión imprudente y desacertada, el Tribunal considera que no puede concluirse que las Demandantes tenían una expectativa legítima de que el Ministro no ejercería su discrecionalidad e impondría la caducidad”.

365. A juicio del Tribunal, la negligencia de las Demandantes descarta cualquier expectativa legítima de que el Ministro no ejercería sus facultades de sancionar y no decretaría la caducidad.

366. (ii) La segunda consecuencia se expone en la siguiente sección (Sección 3) titulada “La proporcionalidad de la sanción por la transferencia de derechos no autorizada en virtud del Contrato de Participación”. La sección empieza en el párrafo 384, en el cual el Tribunal reitera una vez más sus conclusiones fácticas:

“384. El Tribunal ha determinado que al celebrar el Acuerdo de Farmout y el Contrato de Operación Conjunta con AEC en 2000, OEPC efectivamente transfirió derechos contemplados en el Contrato de Participación a AEC. El

²⁸⁰ Laudo, párr.. 383.

Tribunal también ha determinado que esta transferencia exigía autorización por parte de las autoridades ecuatorianas, que tal autorización no fue solicitada, pero que la falta de tal solicitud por parte de OEPC en octubre de 2000, si bien fue una decisión imprudente y desacertada, no constituyó mala fe” [énfasis añadido].

367. Vale la pena señalar, en este resumen de los hechos, que el Tribunal deja de utilizar la expresión “negligente”, y la reemplaza por “imprudente”. El uso de este sinónimo demuestra que el Tribunal no le dio en ningún momento un significado legal preciso a los conceptos de “negligente” o “imprudente” — los usó como adjetivos convenientes para describir la conducta de las Demandantes. Contrariamente a lo que alega la Demandada, el Tribunal en ningún momento tuvo la intención de crear una nueva clase de violación de la LHC —una violación meramente negligente.
368. Luego de este resumen de sus conclusiones previas, contenidas en el párrafo 384, el Tribunal dedica 35 páginas²⁸¹ a la cuestión de la proporcionalidad, llegando a la conclusión de que la sanción de caducidad impuesta por el gobierno fue un castigo desproporcionado para la infracción de las Demandantes, por tres razones:
- porque Ecuador no sufrió daño alguno,
 - porque hubo rencor contra OEPC, debido a su éxito al obtener el Laudo sobre el IVA, y
 - porque la República tenía la alternativa de imponer sanciones menos drásticas²⁸²;
369. La conclusión del Tribunal de que la conducta de OEPC había sido “imprudente”, “negligente” y “desacertada” pero no de “mala fe”, no se menciona *expressis verbis* entre las razones esbozadas por el Tribunal para justificar su conclusión de la desproporcionalidad. Sin embargo el Tribunal se refiere a la conducta negligente o imprudente de las Demandantes en el párrafo 384, el primero de la sección sobre proporcionalidad, como una “Observación preliminar”; por lo tanto, es muy probable que esta conclusión fáctica tuviera peso en el pensamiento del Tribunal cuando decidió que la caducidad fue una sanción desproporcionada.

b. Examen de los argumentos de la Demandada

370. La República argumenta que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al sostener que las Demandantes fueron meramente negligentes al no revelar la verdadera naturaleza del Acuerdo Farmout a Ecuador y no solicitar autorización ministerial, y omitió expresar los motivos sobre los cuales basó su decisión. Las Demandantes no están de acuerdo: en su opinión, las conclusiones del Tribunal fueron puramente fácticas, solo relacionadas con cuestiones en las que prevaleció Ecuador, y estuvieron apropiadamente razonadas.
371. El Comité ya ha establecido que por regla general, las conclusiones fácticas y la ponderación de pruebas que realicen los tribunales quedan fuera del alcance de la revisión por los comités *ad hoc* —solo se podría hacer una excepción si el

²⁸¹ Laudo, párr. 385-452.

²⁸² Laudo, párr. 442-452.

solicitante demostrara que los errores de hecho cometidos por el tribunal son tan flagrantes como para dar lugar a una de las causales de anulación enumeradas en el artículo 52(1) del Convenio²⁸³.

372. En los párrafos 380, 383 y 384 del Laudo el Tribunal concluye que aunque las Demandantes no solicitaron la autorización necesaria, no obraron de “mala fe”; que “pueden haber sido negligentes pero no tuvieron la intención de inducir a engaño” y que su falta de pedir la autorización, “aunque imprudente y mal aconsejada, no fue de mala fe”.
373. Todas estas son conclusiones fácticas que el Tribunal adoptó luego de haber revisado el extenso registro de pruebas, oído a los testigos y ponderado las pruebas disponibles. El Tribunal está en la mejor posición para llevar a cabo esta tarea, y sus conclusiones no deberían ser cuestionadas por un comité *ad hoc* —salvo en circunstancias excepcionales, cuando los errores de hecho cometidos por el tribunal sean tan flagrantes como para dar lugar a una de las causales anulación establecidas en el artículo 52(1) del Convenio.

No hubo circunstancias excepcionales

374. Claramente, esta excepción no es aplicable en el presente caso.
375. El razonamiento utilizado por el Tribunal para llegar a su conclusión de que las Demandantes actuaron negligentemente, pero no de mala fe, es directo y fácil de seguir:
- Hubo un “debate dentro de las filas de OEPC en torno a si tal autorización ministerial era necesaria o no”²⁸⁴ y “ambos grupos dentro de OEPC tenían razones sólidas y válidas”²⁸⁵;
 - “[L]a renuncia mutua que suscribieron OEPC y AEC el 31 de octubre de 2000 [...] confirma la visión prevaleciente de OEPC y de AEC de que no era necesaria ninguna autorización gubernamental para transferir el interés económico del 40%. Esta renuncia es coherente con la Versión A, el guión y los primeros tres párrafos de la carta del 25 de octubre, pero no con el cuarto párrafo de dicha carta”²⁸⁶. “Ese párrafo es confuso. El Tribunal no cree que OEPC haya tenido la intención de confundir al Ministro Terán; sin embargo, ese fue el resultado de su redacción imprecisa”²⁸⁷;
 - “El 1° de noviembre de 2000, OXY emitió un comunicado de prensa, que es absolutamente incoherente con la teoría esbozada por la Demandada de que las Demandantes querían ocultar su transacción”²⁸⁸;

²⁸³ Ver párr. 47 *supra*.

²⁸⁴ Laudo, párr. 343.

²⁸⁵ Laudo, párr. 345.

²⁸⁶ Laudo, párr. 363.

²⁸⁷ Laudo, párr. 360.

²⁸⁸ Laudo, párr. 364.

- Las Demandantes “[s]implemente, estaban convencidas de que estaban en lo cierto y actuaron en consecuencia sin intención de confundir al gobierno ecuatoriano”²⁸⁹;
- “En numerosas ocasiones, durante el otoño del año 2000, [las Demandantes] divulgaron públicamente en Ecuador su transacción con AEC. Cuando advirtieron que su comportamiento, y en particular el último párrafo de la carta del 25 de octubre, crearon confusión dentro del Ministerio, intentaron disipar esa confusión”²⁹⁰;
- “La interpretación de las Demandantes del Acuerdo Farmout puede haber sido errada, pero el Tribunal no considera que, como argumenta la Demandada, que haya sido de mala fe”²⁹¹;

Todos estos argumentos llevaron al tribunal a la siguiente conclusión²⁹²:

“[L]a falta de solicitud por parte de OEPC de la autorización correspondiente ante las autoridades ecuatorianas en octubre de 2000 si bien no constituyó mala fe fue una decisión imprudente y desacertada”.

376. Ante este escenario, la solicitud de anulación de la Demandada no puede prosperar.

377. Al contrario de la afirmación de Ecuador, el Tribunal no omitió expresar sus razones, su análisis no es auto-contradictorio y, con toda certeza, el Tribunal no creó una nueva clase de violación de la LHC. El Tribunal sencillamente realizó un análisis jurídico de la conducta de las Demandantes, y por las razones claramente explicadas en el Laudo, concluyó que OEPC no había actuado de mala fe, sino sencillamente de manera imprudente o negligente. El Comité entiende que esta conclusión significa que OEPC no actuó con negligencia grave, que con frecuencia se equipara a la mala fe, sino que simplemente actuó con imprudencia o negligencia. Entonces aplicó esta conclusión fáctica para justificar la denegación de la alegación de las expectativas legítimas de OEPC, y dicha conclusión fue también tomada en cuenta (entre otras razones) cuando el Tribunal rechazó la prueba de la proporcionalidad.

378. No hay base para una anulación. La causal de Ecuador para la anulación es denegada.

3. **RES IUDICATA**

379. La cláusula 22.2.1. del Contrato de Participación dice lo siguiente:

“En el caso de controversias que pudieren surgir a causa de la aplicación de este Contrato de Participación, la Contratista, de acuerdo con la legislación del Ecuador, renuncia de manera expresa a utilizar la vía diplomática o consular, o a recurrir a cualquier órgano jurisdiccional nacional o extranjero no previsto en este Contrato de Participación, o a un arbitraje no reconocido por la ley ecuatoriana o no previsto en este Contrato de Participación. El

²⁸⁹ Laudo, párr. 380.

²⁹⁰ Laudo, párr. 380.

²⁹¹ Laudo, párr. 380.

²⁹² Laudo, párr. 383.

incumplimiento de esta disposición será motivo de caducidad de este Contrato de Participación”.

380. En la etapa del proceso relativa a la competencia, la Demandada formuló, y el Tribunal desestimó, una excepción de incompetencia, argumentando que la cláusula 22.2.1. del Contrato de Participación implicaba un acuerdo de que las controversias relacionadas con la caducidad serían resueltas exclusivamente por los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos. En el párrafo 70 de la Decisión sobre Competencia, el Tribunal expresó su decisión:

“70. El Tribunal comparte la interpretación de las Demandantes sobre la Cláusula 22.2.1 del Contrato de Participación. El Tribunal no acepta que en virtud de esa disposición las partes hayan acordado que las diferencias relacionadas con la caducidad, en el marco del Contrato de Participación, sólo puedan resolverse sometiendo el caso a los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos, es decir al TCA. Esto, sencillamente, no es lo que establece la cláusulas”.

381. La defensa de que las demandas deben ser presentadas en primer lugar ante los tribunales en lo contencioso administrativo ecuatorianos fue nuevamente sacada a colación por Ecuador en la etapa del arbitraje referida al fondo del caso. En el Laudo, el Tribunal desestimó el argumento mediante el siguiente razonamiento²⁹³:

“291. [...] [L]as Demandantes se encontraban obligadas legalmente a presentar un reclamo local contra el Decreto de Caducidad ante los tribunales del Ecuador.

292. En resumen, las Demandantes responden que esta es una versión “reciclada” del argumento jurisdiccional presentado por la Demandada en su reclamo sobre la competencia que ya fue desestimado por el Tribunal en su Decisión sobre Competencias y que ahora ‘reencarna’ como un argumento para la defensa sobre el fondo del caso.

293. El Tribunal está de acuerdo con las Demandantes. Esta cuestión es ‘cosa juzgada’ (*res judicata*)”.

382. El Laudo hizo entonces una referencia cruzada al párrafo 70 de la Decisión sobre Competencia (arriba citada), y llegó sumariamente a la siguiente conclusión²⁹⁴:

“296. Ello resuelve la excepción preliminar presentada por la Demandada, que es rechazada”.

A. Posición de la Demandada

383. Ecuador asevera que las Demandantes no buscaron una resolución razonable de las reclamaciones sobre caducidad en los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos antes de presentar su Solicitud de Arbitraje; en vez de hacerlo, presentaron la Solicitud casi de inmediato²⁹⁵. Este hecho dio lugar a dos defensas

²⁹³ Laudo, párr. 291-293.

²⁹⁴ Laudo, párr. 296.

²⁹⁵ R I, párr. 323.

sucesivas, primero en la etapa relativa a la competencia y luego en la referente al fondo del asunto.

384. En su argumento sobre el fondo, Ecuador afirma, como cuestión sustantiva, que las reclamaciones de las Demandantes con respecto al tratado deben ser desestimadas, porque el Decreto de Caducidad del Ministro no alcanza el nivel de constituir una violación de un tratado internacional, no habiendo las Demandantes impugnado primeramente la declaración ante los tribunales de lo contencioso administrativo de Ecuador²⁹⁶. La Demandada argumenta que cuando el Tribunal desestimó este argumento en su Laudo, se extralimitó manifiestamente en sus facultades y omitió expresar los motivos.
385. La Demandada agrega que la defensa de que una demanda referida a un tratado es defectuosa en su fondo es distinta de una excepción sobre competencia de que la demanda no es admisible por no haber agotado los recursos contencioso administrativos locales.
386. El Tribunal rechazó el argumento de Ecuador sobre la base equivocada de que se trataba del mismo argumento que Ecuador había planteado durante la etapa sobre competencia. Sin ningún razonamiento o análisis, el Tribunal declaró, a manera de conclusión, que el asunto era *res iudicata*. Al sostener tal cosa, el Tribunal omitió la discusión sobre la legislación que rige la *res iudicata* y sobre la jurisprudencia presentada por la Demandada²⁹⁷, y también sobre si la defensa de Ecuador estaba realmente vedada por dicha doctrina²⁹⁸. La interpretación del Tribunal del principio de *res iudicata* fue flagrantemente incorrecta, y el error fue tan grave como para ser equivalente a una extralimitación manifiesta en sus facultades²⁹⁹. La ausencia de toda fundamentación o, en el mejor de los casos, la naturaleza meramente superficial de las razones sobre este punto hacen que al lector le resulte imposible seguir el razonamiento del Tribunal³⁰⁰.

B. Posición de las Demandantes

387. Las Demandantes aseveran que los argumentos presentados por Ecuador en las etapas relativas a la competencia y al fondo fueron indiferenciables. Se basaban exactamente en la misma premisa: que debió concedérsele al Estado la oportunidad de revisar la conducta flagrante; repitió los mismos argumentos, y citó a las mismas autoridades³⁰¹. En el Laudo, el Tribunal volvió a desestimar la excepción reciclada, remitiéndose a la *res iudicata*, en el sentido de que ya había considerado este asunto y tomado una decisión al respecto³⁰². El Tribunal expresó sus motivos para desestimar la reciclada excepción sobre la competencia; ésta había sido discutida previamente y desestimada y, en consecuencia, era *res iudicata*³⁰³.

²⁹⁶ R I, párr. 315.

²⁹⁷ R I, párr. 326.

²⁹⁸ R I, párr. 329.

²⁹⁹ R II, párr. 218.

³⁰⁰ R II, párr. 229.

³⁰¹ C I, párr. 103-104.

³⁰² C I, párr. 107.

³⁰³ C II, párr. 111.

388. En cualquier caso, la invocación de *res iudicata* por parte del Tribunal fue apropiada, porque había suficiente identidad entre las razones: los alegatos de Ecuador, en la etapa de la competencia como en la de fondo, estaban fundados en las mismas conclusiones de la misma jurisprudencia que resulta inaplicable. Si el Tribunal no hubiera rechazado unánimemente los argumentos de Ecuador como *res iudicata*, y hubiera vuelto a ocuparse exhaustivamente de los argumentos repetitivos de Ecuador, no hay razón alguna para creer que el Tribunal hubiera llegado a una conclusión distinta que aquélla a la que arribó en la Decisión sobre Competencia³⁰⁴.

C. La Decisión del Comité

389. Esta causal de anulación gira en torno a la cuestión de si las Demandantes, como requisito previo para presentar sus reclamaciones relativas a la caducidad en el arbitraje sobre inversiones, estaban obligadas a presentar tales reclamaciones ante los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos.

390. La cuestión fue traída a colación por la Demandada en la etapa de la competencia del arbitraje y dio lugar a la denominada primera Excepción sobre Competencia. El Tribunal la rechazó, argumentando que Ecuador no podía basarse en su legislación doméstica para eludir al arbitraje del CIADI³⁰⁵, y que las partes no habían acordado que las reclamaciones relacionadas con la caducidad serían resueltas exclusivamente por los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos³⁰⁶.

391. En la fase de fondo, Ecuador volvió a presentar el mismo argumento. Alegó que³⁰⁷:

“291. [...] los reclamos [de las Demandantes] basados en el Tratado están ‘viciados sustancialmente’ aunque el Tribunal tenga competencia sobre dichos reclamos ya que ‘el acto del Ministro al dictar el Decreto de Caducidad no puede asignar ninguna responsabilidad al Estado como una cuestión de derecho sustantivo cuando existía un mecanismo disponible para examinar dicho acto, cuya invocación el inversionista omitió simplemente’”.

392. El Tribunal desestimó la excepción de Ecuador sin mucha dificultad, sosteniendo que:

- El intento de Ecuador de exigir que las Demandantes presentaran sus reclamaciones ante los tribunales de Ecuador fue una versión “reciclada” de las excepciones sobre competencia que habían sido “reencarna[das]” como una defensa sobre el fondo del caso³⁰⁸;
- El Tribunal ya había “dej[ado] muy en claro” que rechazó el argumento de Ecuador de que a las Demandantes estaban obligadas a presentar sus reclamaciones ante los tribunales ecuatorianos antes de presentarlas ante el CIADI³⁰⁹;

³⁰⁴ C I, párr. 385.

³⁰⁵ Decisión sobre Competencia, párrafos 86-88.

³⁰⁶ Decisión sobre Competencia, párr. 70.

³⁰⁷ Laudo, párr. 291.

³⁰⁸ Laudo, párr. 292-293.

³⁰⁹ Laudo, párr. 294.

- De manera que el Tribunal ya había “res[uelto] la excepción preliminar presentada por la Demandada”³¹⁰;
- Por lo tanto, el Tribunal estuvo de acuerdo con las Demandantes en que el intento de Ecuador de que estas volvieran a litigar por sus reclamaciones fue descartado por tratarse de “*res iudicata*”.

393. El razonamiento puede seguirse desde el punto A hasta el punto B y hasta sus conclusiones, para usar la prueba de MINE³¹¹, y por lo tanto no justifica la anulación, porque el lector “*can understand how the tribunal arrived at its conclusion*”³¹².

394. La Demandada asevera que la decisión del Tribunal de remitirse al principio de *res iudicata* fue flagrantemente incorrecta, y el error fue tan grave como para equivaler a una extralimitación manifiesta de facultades. No es así. El principio de *res iudicata* es un rasgo característico de la mayor parte de los sistemas jurídicos nacionales, pero también es un principio importante de derecho internacional³¹³. En su Decisión sobre Competencia, el Tribunal ya había desestimado el argumento de Ecuador de que el foro apropiado para resolver cualquier controversia sobre caducidad eran los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos. En la fase sobre el fondo, Ecuador decidió presentar nuevamente el mismo argumento —escuetamente disfrazado de defensa sobre el fondo. El Tribunal estaba en todo su derecho de rechazarlo sumariamente, razonando que en la Decisión sobre Competencia se había rechazado concluyentemente esa defensa.

395. Se desestima esta causal de anulación.

4. EL MODELO DE FCD COMO METODOLOGÍA EXCLUSIVA DE VALUACIÓN

396. Habiendo establecido que Ecuador había violado el Tratado, el Tribunal procedió a la cuantificación de las pérdidas sufridas por OEPC. Como un primer paso, el Tribunal determinó que la metodología apropiada para establecer el valor del Bloque 15 era una valuación FCD³¹⁴:

“708. El Tribunal considera que, en el presente caso, el enfoque económico estándar para medir actualmente el valor justo de mercado de un flujo de ingresos netos (es decir, ingresos brutos menos los gastos relacionados) generados por la operación de un proyecto de muchos años, como lo es el desarrollo del Bloque 15 por parte de OEPC, es calcular el valor actual, al 16 de mayo de 2006, de los beneficios netos, o los ‘flujos de caja descontados’”.

397. El Tribunal describió entonces cómo abordaría la tarea de valorar los activos de OEPC³¹⁵:

“709. Mediante el uso del modelo de FCD como punto de partida para medir el VJM, el Tribunal observa además que el marco analítico para determinar el

³¹⁰ Laudo, párr. 296.

³¹¹ Ver párr. 48 *supra*.

³¹² *Caratube*, párr. 102.

³¹³ *Indalsa*, párr. 86.

³¹⁴ Laudo, párr. 708.

³¹⁵ Laudo, párr. 709.

VJM en estas circunstancias requiere que se cumpla con diversos pasos. Estos pasos fueron resumidos en forma clara por la Demandada y las Demandantes concuerdan con ellos. Los pasos son los siguientes:

- (a) Determinación del tamaño del yacimiento [...];
- (b) Creación de un perfil de producción [...];
- (c) Asignación de factores de ajuste de riesgo [...];
- (d) Aplicación de un pronóstico de precio [...]; y
- (e) Aplicación de una tasa de descuento [...].”

398. En las secciones siguientes, el Tribunal analizó los distintos pasos, determinó los *inputs* apropiados que había que introducir en el modelo FCD y les solicitó a los peritos de ambas partes que hicieran funcionar el modelo FCD utilizando esos *inputs*. Una vez hecho esto, el Tribunal llegó a la conclusión de que el valor justo de mercado de los activos expropiados a las Demandantes ascendía a US\$ 2.359 millones³¹⁶ —cifra que fue entonces reducida en un 25% a causa de la culpa concurrente de las Demandantes.

399. El Tribunal también analizó la posibilidad de utilizar otras técnicas de valuación:

400. En primer lugar se refirió a la metodología de ventas comparables, señalando que “[l]a Demandada sostiene que el método de ventas comparables también es crítico ‘porque le permite al evaluador poner a prueba lo razonable de los supuestos [FCD] versus condiciones del mercado’”, mientras que “[l]as Demandantes sostienen que es inapropiado”³¹⁷. El Tribunal falló a favor de las Demandantes³¹⁸:

“787. Luego de considerar los argumentos de las partes y las pruebas presentadas por sus respectivos testigos y expertos, el Tribunal está de acuerdo con las Demandantes en que ‘[c]ada propiedad de petróleo y gas presenta una serie única de parámetros de valor’. En consecuencia, el Tribunal concluye que no le será de ayuda analizar las siete transacciones que la Demandada ha presentado como ventas comparables”.

401. En segundo lugar, el Tribunal también abordó la venta de EnCana en 2005 como una transacción comparable separada³¹⁹, llegando a la conclusión de que esta transacción fue una escogencia “no apta para un análisis de comparables”, porque estaba contaminada por la decisión de la caducidad³²⁰, porque los precios del petróleo habían cambiado y porque dicha venta había incluido activos que no eran del Bloque 15³²¹.

A. Posición de la Demandada

³¹⁶ Laudo, párr. 824.

³¹⁷ Laudo, párr. 780-781.

³¹⁸ Laudo, párr. 787.

³¹⁹ Laudo, párr. 784.

³²⁰ Laudo, párr. 785-786.

³²¹ Laudo, párr. 788.

402. La Demandada argumenta que el Laudo debe ser anulado, porque que el Tribunal omitió expresar los motivos para basarse exclusivamente en el modelo FCD con el fin de determinar el valor justo de mercado de la inversión de OEPC³²², a pesar de que Ecuador (y su perito) insistieron repetidamente en que cualquier análisis de ese tipo debería ser probado y corroborado mediante otros tres métodos de valuación³²³:
- El análisis de ventas comparables,
 - Los datos sobre ventas reales y
 - Contraprestación de pago³²⁴.
403. Ecuador no cuestiona que el Tribunal haya examinado y rechazado la metodología de “datos de ventas comparables” presentada por el experto de Ecuador. Sin embargo, según la Demandada, los otros dos métodos alternativos de valuación propuestos por Ecuador no fueron considerados, y fueron desestimados sin expresar ni una sola razón³²⁵. Dado que Ecuador había instado al Tribunal a corroborar cualquier análisis FCD con otros métodos de valuación, dicha *lacuna* en el razonamiento del Tribunal obliga a que su decisión sobre daños sea anulada³²⁶.
404. Este es el primer argumento de Ecuador.
405. La República propone un segundo argumento por el que el Laudo debe ser anulado: el Tribunal se contradijo, al decir inicialmente que utilizaría el modelo FCD “como punto de partida para medir el VJM”³²⁷, pero luego valoró las inversiones de las Demandantes exclusivamente sobre la base de un modelo FCD³²⁸.

B. Posición de las Demandantes

406. Las Demandantes no están de acuerdo. En su opinión, el Tribunal no omitió expresar los motivos de su decisión de utilizar exclusivamente un análisis FCD para determinar el valor la inversión de OEPC³²⁹. El razonamiento del Tribunal puede seguirse desde el punto A hasta el punto B y hasta sus conclusiones, y por lo tanto no se justifica su anulación³³⁰.
407. Las Demandantes abordaron luego las razones específicas de la Demandada para solicitar la anulación.
408. La primera razón alegada por Ecuador es que el Tribunal no rechazó expresamente todos los argumentos presentados por la República: el Laudo no abordó, y rechazó sin ofrecer ni una sola razón, dos métodos alternativos de valuación propuestos por Ecuador: el de datos sobre ventas reales y el de contraprestación de pago.

³²² R I, párr. 491.

³²³ R II, párr. 377.

³²⁴ R II, párr. 380.

³²⁵ R II, párr. 387.

³²⁶ R II, párr. 389.

³²⁷ Laudo, párr. 709.

³²⁸ R II, párr. 390.

³²⁹ C I, párr. 190.

³³⁰ C II, párr. 195.

409. Las Demandantes no están de acuerdo: en su opinión, el Tribunal consideró y rechazó expresamente la metodología de datos sobre ventas reales, es decir, los datos extraídos de la venta de EnCana. Así, el único método alternativo de valuación que el Tribunal no rechazó expresamente fue el de contraprestación de pago, que la República había mencionado en un solo párrafo en cada uno de sus escritos previos a la audiencia y ni una vez en su escrito post-audiencia sobre *quantum*³³¹. Ello no es —afirman las Demandantes— una razón para la anulación.
410. Segundo, las Demandantes sostienen que el Tribunal no se contradijo, porque en ningún momento aseveró que el modelo de FCD fuese “un punto de partida” al que seguirían los análisis de métodos de valuación alternativos. Es imposible encontrar ninguna contradicción genuina en el razonamiento del Tribunal sobre daños que pudiera justificar la anulación³³².

C. La Decisión del Comité

411. Esta razón para la anulación se basa exclusivamente en una alegada omisión de la expresión de los motivos.
412. En este caso, la omisión de la expresión de motivos alegada por Ecuador se refiere a la determinación del *quantum* efectuada por el Tribunal. La anulación de decisiones sobre *quantum* se enfrentan a un obstáculo adicional: los comités *ad hoc* han sostenido consistentemente que los tribunales tienen un amplio margen de discrecionalidad con respecto al cálculo de daños³³³.

La solicitud específica de Ecuador

413. El punto de partida de la base de la Demandada para pedir la anulación es la metodología elegida por el Tribunal para establecer el *quantum* —un modelo FCD:
- El Tribunal justificó su elección alegando que “el enfoque económico estándar para medir actualmente el valor justo de mercado [...] del Bloque 15 [...] [supone] calcular el valor actual, al 16 de mayo de 2006, de los beneficios netos, o los ‘flujos de caja descontados’”³³⁴;
 - Luego agregó que la metodología FCD fue “la medida económicamente apropiada y confiable del daño económico acumulativo sufrido por las Demandantes como consecuencia de la terminación contractual”³³⁵;
 - Que “el método de flujo de caja descontado es el método más ampliamente utilizado y generalmente aceptado en la industria del petróleo y el gas para valuar las ventas o las adquisiciones”³³⁶;
 - Y llegó a la conclusión de que suplementar el modelo FCD con un análisis de ventas comparables sería inapropiado y poco confiable, porque “[c]ada

³³¹ C II, párr. 202-203.

³³² C II, párr. 206-207.

³³³ *Duke Energy*, párr. 256; *Rumeli*, párr. 146, *Vivendi II*, párr. 255; *Wena*, párr. 91.

³³⁴ Laudo, párr. 708.

³³⁵ Laudo, párr. 708.

³³⁶ Laudo, párr. 779.

propiedad de petróleo y gas presenta una serie única de parámetros de valor”³³⁷; el experto de la Demandada había admitido “la dificultad de encontrar situaciones verdaderamente comparables”³³⁸; y que “el enfoque de ventas comparables adoptado por el experto de la Demandada [...] es poco confiable en el presente caso”³³⁹;

- Finalmente, el Tribunal añadió que la venta de EnCana no era un comparable útil, debido a la contaminación derivada de la posible emisión del Decreto de Caducidad³⁴⁰, las diferencias en el precio del petróleo y la inclusión de activos que no eran del Bloque 15³⁴¹.

414. Ecuador no cuestiona que las conclusiones del Tribunal estén adecuadamente razonadas. Su línea de argumentación para buscar la anulación es más matizada:
415. Primero, la República argumenta que el Tribunal omitió examinar dos métodos de valuación alternativos propuestos por Ecuador (el de datos sobre ventas reales y el de la contraprestación de pago), que fueron rechazados sin dar ninguna razón³⁴². El no abordar argumentos específicos propuestos por la Demandada debe llevar a la anulación del cálculo de daños y del Laudo *in toto*³⁴³.
416. El argumento de la Demandada es fácticamente erróneo. Tal como aseveraron correctamente las Demandantes, el Tribunal sí abordó, y en última instancia rechazó, la aplicación de los datos sobre ventas reales derivados de la venta de EnCana³⁴⁴. De modo que el único método de valuación alternativo que el Tribunal no rechazó expresamente fue el de contraprestación de pago, una oscura metodología que la Demandada había mencionado brevemente en sus escritos previos a la audiencia y no había incluido en su escrito post-audiencia sobre *quantum*³⁴⁵.
417. Los Tribunales no tienen la obligación de abordar todos los argumentos propuestos por cada parte. Solamente deben referirse a los argumentos decisivos para el caso. La Demandada no pudo probar que la aplicación del método de contraprestación de pago, como metodología alternativa para complementar la valuación resultante de la metodología FCD, fuera un argumento decisivo que hubiera llevado a una modificación significativa de la compensación a ser otorgada. El hecho de que la Demandada no hiciera referencia al método de la contraprestación de pago en su escrito final y conclusivo sobre *quantum* parece indicar lo contrario: que el mismo Ecuador era de la opinión de que este carecía de materialidad para la decisión del Tribunal sobre compensación.
418. Hay un segundo argumento propuesto por la Demandada: esta sostiene que hay una contradicción en el Laudo, porque en el párrafo 709 el Tribunal afirma que utilizará

³³⁷ Laudo, párr. 787.

³³⁸ Laudo, párr. 782.

³³⁹ Laudo, párr. 783.

³⁴⁰ Laudo, párr. 786.

³⁴¹ Laudo, párr. 788.

³⁴² R II, párr. 387.

³⁴³ R II, párr. 389.

³⁴⁴ Laudo, párr. 786, 788.

³⁴⁵ Doc. EEA 180; C II, párr. 203.

un “modelo FCD como punto de partida para medir el VJM”, mientras que, de hecho, el Laudo estableció el valor de la inversión exclusivamente sobre la base de un modelo FCD.

419. El argumento carece de valor. El Tribunal en ningún momento afirmó que el modelo FCD fuese “un punto de partida” al que seguirían el análisis de otros métodos de valuación alternativos. El Laudo habla por sí mismo.
420. Se desestima la causal de anulación.

5. LA DECISIÓN DE IGNORAR LA LEY 42 AL VALORAR LOS DAÑOS DE LAS DEMANDANTES

421. En marzo de 2006 el Presidente de la República envió al Congreso ecuatoriano un proyecto de enmienda de la LHC. El 19 de abril 2006 el proyecto fue aprobado y se convirtió en la Ley 42. Esta nueva ley agregó la siguiente disposición a la LHC:

“Las compañías contratistas que mantienen contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos vigentes con el Estado ecuatoriano de acuerdo con esta Ley, sin perjuicio del volumen de petróleo crudo de participación que les corresponde, cuando el precio promedio mensual efectivo de venta FOB de petróleo crudo ecuatoriano supere el precio promedio mensual de venta vigente a la fecha de suscripción del contrato y expresado a valores constantes del mes de la liquidación, reconocerán a favor del Estado ecuatoriano una participación de al menos el 50% de los ingresos extraordinarios que se generen por la diferencia de precios. Para los propósitos del presente artículo, se entenderá como ingresos extraordinarios la diferencia de precio descrita multiplicada por el número de barriles producidos.

El precio del crudo a la fecha del contrato usado como referencia para el cálculo de la diferencia, se ajustará considerando el Índice de Precios al Consumidor de los Estados Unidos de América, publicado por el Banco Central del Ecuador”.

422. La Ley 42 obligaba así a las empresas contratistas a pagar al estado ecuatoriano el 50% de sus “ingresos extraordinarios”. Este término se definió como el número de barriles producidos multiplicado por el incremento del precio del crudo, en el momento en que se otorgó la concesión y cuando se produjo el petróleo.
423. Al calcular el valor de las pérdidas de las Demandantes que resultaron de las violaciones de Ecuador, el Tribunal tuvo que decidir si la Ley 42 debía ser considerada un factor para hacer los cálculos. El Tribunal dedicó una sección de 26 páginas a este tema³⁴⁶ y llegó a la siguiente conclusión³⁴⁷:

“547. Por las razones que anteceden, el Tribunal no tomará en cuenta la Ley 42 a los fines de su valuación del monto de la compensación de las Demandantes”.

³⁴⁶ Laudo, párr. 465-547.

³⁴⁷ Laudo, párr. 547.

424. La árbitro Prof. Stern disintió³⁴⁸ y llegó a la conclusión opuesta³⁴⁹:

“13. Como resultado de lo anterior, considero que la Ley 42 debió haberse tomado en consideración para el cálculo de los daños” [énfasis del original].

425. El impacto de la Ley 42 en la valuación de los activos de OEPC es considerable; su no aplicación reduce el valor de los activos en al menos US\$ 816 millones³⁵⁰, aunque el impacto real podría ser mayor³⁵¹.

A. Posición de la Demandada

426. La Demandada argumenta que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades (a) y omitió expresar los motivos (b) en los que basó su decisión de declarar su competencia sobre los asuntos vinculados con la Ley 42 y de desestimar el gravamen de la Ley 42 al evaluar los daños de las Demandantes. La Demandada enumeró en total 11 razones distintas que, en su opinión, deberían llevar a la anulación.

a. **Extralimitación de facultades**

427. La Demandada enumera cinco razones por las que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades:

428. Primero, el Tribunal se negó a considerar si, según el derecho internacional, la Ley 42 era una “cuestión tributaria”, y como tal excluida de la competencia del Tribunal, de conformidad del artículo X.2 del Tratado. En cambio, el Tribunal decidió aplicar la legislación ecuatoriana para concluir que la Ley 42 no era “una cuestión tributaria” y, por lo tanto, no quedaba excluida de su competencia³⁵². Ello es, de por sí, suficiente para justificar la anulación del Laudo, como lo demuestran varias decisiones de anulación anteriores³⁵³.

429. Ecuador critica luego el argumento adicional del Tribunal de que “incluso si la Ley 42 fuera un impuesto”, ella “caería dentro de la ‘excepción a la excepción’ del Artículo X.2” dado que “[el] Contrato de Participación [...] en opinión del Tribunal, constituye un acuerdo de inversión”³⁵⁴. La Demandada no está de acuerdo con el Tribunal y sostiene que el Contrato de Participación no puede ser caracterizado como un acuerdo de inversión, y que el Tribunal omitió expresar sus razones y cometió una extralimitación manifiesta en sus facultades, por no haber cumplido el mandato que se le había confiado³⁵⁵ y por no tener en cuenta y no aplicar la legislación aplicable, fallando en cambio como un *amiable compositeur*³⁵⁶.

430. Segundo, el Tribunal se negó expresamente a aplicar el derecho internacional al ignorar el principio del derecho internacional según el cual “los Estados no están

³⁴⁸ Opinión Disidente, párr. 9-13.

³⁴⁹ Opinión Disidente, párr. 13.

³⁵⁰ Sr. García Represa por la Demandada, HT, p. 249:5.

³⁵¹ R I, párr. 719.

³⁵² R I, párr. 723.

³⁵³ R II, párr. 669.

³⁵⁴ R I, párr. 744-749, que cita el Laudo, párr. 497-499.

³⁵⁵ R I, párr. 728.

³⁵⁶ R II 677.

obligados a compensar a un inversor extranjero cuando, en el ejercicio normal de sus facultades regulatorias, adoptan en forma no discriminatoria, regulaciones de buena fe orientadas al bienestar general³⁵⁷, meramente sobre la base de un Contrato de Participación reescrito³⁵⁸.

431. Tercero, el Tribunal también se extralimitó manifiestamente en sus facultades por no aplicar el principio de derecho internacional de acuerdo con el cual, en ausencia de un compromiso expreso y específico adoptado por el Estado, el estándar de tratamiento justo y equitativo no incluye una expectativa legítima de que el Estado no reformará sus leyes y regulaciones³⁵⁹. La negativa no razonada del Tribunal a seguir el reconocido principio del derecho internacional sobre la única base de que el Contrato de Participación (el cual no incluye ninguna cláusula de estabilización y además dispone expresamente la aplicación de nuevas medidas fiscales en las cláusulas 8.6 y 11.11) en algún modo “ata[ría] el Estado en el ejercicio de sus poderes regulatorios”, constituye una extralimitación manifiesta de facultades³⁶⁰.
432. Cuarto, el Tribunal también se extralimitó manifiestamente en sus facultades cuando efectivamente desconoció el texto claro de la Ley 42 (en particular el artículo 2), que distingue entre “participación en volúmenes” de petróleo crudo (garantizada por la cláusula 8.1 del Contrato de Participación y no afectada por la Ley 42) y la “participación en ingresos” obtenida por la concesionaria (afectada y reducida por la Ley 42 pero no garantizada por el Contrato de Participación) para concluir que Ecuador había incumplido el Contrato de Participación³⁶¹. Varios comités *ad hoc* hallaron un error que conllevaba una anulación cuando un tribunal, como en las presentes circunstancias, no cumplió significado normal de los términos del instrumento jurídico que se propuso interpretar y aplicar³⁶².
433. Quinto, el Tribunal no aplicó el estándar del derecho internacional para determinar el valor justo de mercado del Bloque 15 (el comprador / vendedor voluntario ordinario) y por lo tanto se extralimitó manifiestamente en sus facultades³⁶³.

b. Omisión de la expresión de las razones

434. La Demandada dice que el Tribunal omitió expresar las razones e incluso las expresó de forma directamente contradictoria (lo que equivale a no expresar razones) con la finalidad de evitar la aplicación de la Ley 42 a su cálculo de la compensación.
435. Sexto, el Tribunal definió la Ley 42 como una “decisión unilateral del Congreso ecuatoriano para asignar al Estado ecuatoriano un porcentaje definido de los ingresos obtenidos por compañías contratistas que, como OEPC, eran titulares de un contrato de participación”³⁶⁴, mientras que solo un párrafo antes se contradujo cuando sostuvo que la Ley 42 “no constituye una regalía, ni un impuesto, ni un

³⁵⁷ Laudo, nota al pie 65.

³⁵⁸ R I, párr. 729.

³⁵⁹ R I, párr. 731.

³⁶⁰ R II, párr. 682.

³⁶¹ R I, párr. 735.

³⁶² R II, párr. 694.

³⁶³ R I, párr. 739.

³⁶⁴ Laudo, párr. 510.

gravamen ni ninguna otra medida tributaria según el Contrato de Participación”³⁶⁵. La contradicción no podría ser más flagrante, puesto que la definición de la Ley 42 ofrecida por el Tribunal es exactamente la de una medida impositiva³⁶⁶.

436. Séptimo, al procurar retener competencia sobre la Ley 42 frente al artículo X.2 del Tratado, la mayoría omitió expresar razón alguna para sostener que “incluso si la Ley 42 fuera un impuesto [...] caería dentro de la ‘excepción a la excepción’ del Artículo X.2(c)”. El razonamiento entero del Tribunal se encuentra en una sola oración³⁶⁷: “el Contrato de Participación [...], en la opinión del Tribunal, es un acuerdo de inversión”. Esta conclusión está meramente afirmada o postulada, en lugar de estar razonada. Ni siquiera menciona los argumentos en contra de Ecuador, e impide al lector seguir el razonamiento del Tribunal desde el punto A hasta el punto B y eventualmente hasta su conclusión³⁶⁸.
437. Octavo, el Tribunal admitió que el Contrato de Participación le aseguraba a OEPC una participación en la producción de crudo, pero también concluyó que “al quedarse con el 50% de las ganancias de OEPC [Ley 42] modificó de manera radical los porcentajes de participación acordados en la cláusula 8.1”³⁶⁹. Si la cláusula 8.1, tal como sostuvo el Tribunal, asigna solamente la producción de crudo y no las ganancias, es sencillamente imposible seguir las razones del Tribunal para concluir que lo que establece la Ley 42, de que el Estado se quede con un porcentaje de las ganancias, constituye un incumplimiento de la cláusula 8.1³⁷⁰.
438. Nadie discutió, en el arbitraje de marras, que la fórmula de participación de la cláusula 8.1 le asigna a OEPC solamente la producción de crudo (no las ganancias) y que OEPC seguiría recibiendo, incluso después de la promulgación de la Ley 42, toda la producción de crudo resultante de la aplicación de la cláusula 8.1. Por consiguiente, ¿cómo puede una ley que grava ganancias incumplir una cláusula contractual que asigna volúmenes de crudo?³⁷¹
439. Noveno, el Laudo no expresa las razones por las que, luego de que las Demandantes abandonaron su argumento de que la Ley 42 de alguna manera incumplía con la cláusula 5.3.2. del Contrato de Participación (que consigna el derecho de la contratista a disponer libremente de su participación en los barriles), el Tribunal concluyó que ese incumplimiento había tenido lugar³⁷². La Demandada admite que el Tribunal dio sus razones para fundamentar un incumplimiento del Contrato —el incumplimiento relacionado con la cláusula 8.1. Pero un solo razonamiento no puede subsanar la omisión, por parte del Tribunal, de la expresión de los motivos de todos los otros incumplimientos³⁷³.
440. Décimo, el Tribunal omitió expresar las razones por las cuales la promulgación de la Ley 42, aparte del marco contractual, implicó una modificación unilateral y

³⁶⁵ Laudo, párr. 509.

³⁶⁶ R I, párr. 742.

³⁶⁷ Laudo, párr. 497-499; R I, párr. 749.

³⁶⁸ R II, párr. 717.

³⁶⁹ Laudo, párr. 523.

³⁷⁰ R I, párr. 751.

³⁷¹ R I, párr. 753.

³⁷² R I, párr. 757.

³⁷³ R II, párr. 735.

sustancial del “marco [...] legal que existía al momento en que Demandantes negociaron y pactaron el Contrato de Participación [...]”³⁷⁴. El Laudo guarda absoluto silencio en cuanto a cuál fue el marco legal presuntamente modificado, dado que no cita ni una sola disposición de la legislación ecuatoriana en apoyo de la conclusión de la mayoría³⁷⁵.

441. Además, el Tribunal no abordó las implicaciones de la declaración de la legalidad de la Ley 42 por parte de la Corte Constitucional, que incluyó una respuesta a los argumentos de incumplimiento de contrato³⁷⁶.
442. Undécimo, el Laudo omitió expresar los motivos de su aseveración de que la Ley 42 frustró las expectativas legítimas de las Demandantes, además de constituir un incumplimiento del Contrato de Participación, considerando que el estándar de trato justo y equitativo no es lo mismo que la estabilización del marco legal³⁷⁷.

B. Posición de las Demandantes

443. Las Demandantes afirman que la aseveración de Ecuador sobre la Ley 42 oculta su verdadera queja: que el Tribunal falló contra Ecuador, no que el Tribunal cometiera errores que pudieran fundar la anulación. Ecuador distorsiona groseramente la verdad de los hechos y el trasfondo del procedimiento, y ninguna de sus quejas tiene fundamento, y mucho menos constituye errores que puedan causar la anulación³⁷⁸.

a. Extralimitación de facultades

444. En opinión de las Demandantes, el Tribunal no se extralimitó manifiestamente en sus facultades dejando de aplicar la ley aplicable cuando decidió ignorar la Ley 42 para valorar la inversión de las Demandantes:
445. Primero, Ecuador alega que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades por negarse a analizar si, de conformidad con el derecho internacional, la Ley 42 era una cuestión tributaria a los fines del Tratado. La Demandante asevera que el Tribunal no se negó a hacerlo, porque analizó si la Ley 42 es

“[...] un impuesto, una regalía, un gravamen o, en términos más generales, una ‘cuestión tributaria’ en virtud del *Tratado* [...]”³⁷⁹

y llegó a la conclusión de que no lo es³⁸⁰.

446. Además, Ecuador finge ignorar su propia confirmación previa, en el Acuerdo del IVA, de la competencia del Tribunal con respecto a la Ley 42. Ecuador no puede, por un lado, acordar contractualmente que el Tribunal tiene competencia sobre la

³⁷⁴ Laudo, párr. 525, R I, párr. 758.

³⁷⁵ R II, párr. 737.

³⁷⁶ R II, párr. 741.

³⁷⁷ R II, párr. 742.

³⁷⁸ C I, párr. 270-271.

³⁷⁹ Laudo, párr. 487, énfasis añadido.

³⁸⁰ C II, párr. 310.

Ley 42 y ahora argüir que la confirmación del Tribunal de dicha competencia es un error manifiesto³⁸¹.

447. Finalmente, Ecuador también desconoce la conclusión inequívoca del Tribunal de que la Ley 42, aun si fuera una cuestión tributaria, caería dentro de la ‘excepción a la excepción’ del Artículo X.2.(c) del Tratado. Ecuador había afirmado consistentemente, durante el transcurso del Arbitraje del IVA y en la apelación del Laudo del IVA, que el Contrato de Participación constituía un acuerdo de inversión en el sentido del Tratado. Las pruebas contenidas en el Laudo del IVA que demuestran que Ecuador trató consistentemente al Contrato de Participación como un acuerdo de inversión está “implícito en las consideraciones y conclusiones que figuran en el Laudo” —para utilizar la frase acuñada por el comité del caso *Wena*³⁸².
448. Segundo, Ecuador dice que la mayoría se negó a aplicar el derecho internacional al ignorar el principio del derecho internacional de que los Estados no están obligados a pagar una indemnización cuando, durante el ejercicio normal de sus facultades regulatorias, adoptan en forma no discriminatoria, regulaciones de buena fe destinadas al bienestar general. De hecho, lo que sucedió fue que el Tribunal decidió que, basándose en los hechos del caso, el principio no le proporcionaba a Ecuador defensa alguna. Ecuador impugna inapropiadamente los méritos de esa conclusión³⁸³.
449. Tercero, Ecuador alega que el Tribunal se extralimitó en sus facultades al no aplicar el principio según el cual en ausencia de una garantía de estabilización, el estándar de trato justo y equitativo no incluye una expectativa legítima de que el Estado no reformará sus leyes y regulaciones. Nuevamente, esta queja no tiene nada que ver con una extralimitación manifiesta de facultades; concierne exclusivamente al fondo de la decisión del Tribunal. El Tribunal sostuvo que dado que las Demandantes confiaron en las declaraciones específicas de Ecuador, las expectativas legítimas de las Demandantes estaban protegidas por el Tratado. Ecuador puede estar en desacuerdo con esta conclusión fáctica, pero no puede basar en ella su solicitud de anulación³⁸⁴.
450. Cuarto, Ecuador se queja de que el Tribunal desconoció el texto claro de la Ley 42, el cual distingue entre participación en volúmenes de petróleo crudo y participación en los ingresos obtenidos por la contratista.
451. En opinión de las Demandantes, esta controversia sobre el fondo no es procedente en un procedimiento de anulación. En cualquier caso, en cuanto a la sustancia del argumento, Ecuador se equivoca rotundamente. El Tribunal entendió que la Ley 42 obligaba nominalmente a Ecuador a quedarse con dinero, no con crudo, pero tuvo el efecto de disminuir radicalmente la participación de las Demandantes en el crudo al tomar el 50% de sus ganancias brutas de la venta de dicha participación en el petróleo crudo. La cláusula 8.2. del Contrato de Participación define la ganancia bruta de las Demandantes sencillamente como el valor de mercado de la participación de las Demandantes en el crudo. No puede haber controversia de que

³⁸¹ C II, párr. 309.

³⁸² *Wena* at 81, C II, párr. 293.

³⁸³ C I, párr. 531.

³⁸⁴ C I, párr. 534.

una medida que se apropia de la mitad del valor de mercado del crudo se apropia efectivamente del crudo que rinda ese valor de mercado. El Tribunal rechazó la afirmación sin sentido de Ecuador de que la Ley 42 no afectaba a los derechos de las Demandantes en el Contrato de Participación porque la Ley 42 tomó el dinero que representaba el valor de mercado del crudo, y no el crudo físico mismo.³⁸⁵

452. Quinto, la República dice que el Tribunal no aplicó el estándar del derecho internacional para determinar el valor justo de mercado —el estándar del comprador / vendedor dispuesto. Ello es nuevamente una apelación contra las conclusiones del Tribunal sobre el fondo y no ofrece ninguna razón para la anulación³⁸⁶. El Tribunal aceptó el razonamiento de las Demandantes de que un Estado no puede reducir sus obligaciones sobre la base de un acto injusto, como la Ley 42. El Tribunal explicó que “una herramienta de valuación como la analogía del comprador dispuesto a comprar no sobreponerse a ese dicho principio”³⁸⁷.

b. Omisión de la expresión de razones

453. Sexto, no hay nada contradictorio en la conclusión del Tribunal de que la Ley 42 es una “decisión unilateral del Congreso Ecuatoriano para asignar al Estado Ecuatoriano un porcentaje definido de los ingresos obtenidos por compañías contratistas que, como OEPC, son titulares de un contrato de participación”³⁸⁸ y su otra conclusión de que la Ley 42 no es “una regalía, un impuesto, un gravamen ni ninguna otra medida tributaria según el Contrato de Participación”³⁸⁹.

454. En el transcurso del proceso, Ecuador mismo afirmó categóricamente que la Ley 42 no crea un impuesto, porque no fue sancionada de conformidad con los procedimientos legislativos especiales reservados para los impuestos en la legislación ecuatoriana. Su presente postura constituye un sorprendente cambio total³⁹⁰.

455. En esencia, el reclamo de Ecuador es que el Laudo erró en la aplicación del derecho internacional —lo cual va más allá de la revisión de este Comité. Cuando el Laudo analizó si la Ley 42 “es un impuesto, una regalía, un gravamen o, en términos más generales, una ‘cuestión tributaria’ en virtud del Tratado”³⁹¹, aplicó el derecho internacional³⁹².

456. Séptimo, aun si la Ley 42 fuera un impuesto, el Tribunal estableció claramente que caería dentro de la excepción a la excepción planteada en el artículo X.2.(c) del Tratado, porque el Contrato de Participación es un acuerdo de inversión.

457. La crítica de Ecuador a la decisión del Tribunal sobre este punto no solo carece de fundamento sino que además es pasmosamente confusa. Ecuador afirmó por primera vez en su Escrito Post-Audiencia sobre la Ley 42 que el Contrato de

³⁸⁵ C I, párr. 542-543.

³⁸⁶ C I, párr. 535.

³⁸⁷ Laudo, párr. 541.

³⁸⁸ Laudo, párr. 510.

³⁸⁹ Laudo, párr. 509.

³⁹⁰ C I, párr. 275.

³⁹¹ Laudo, párr. 487.

³⁹² C II, párr. 310.

Participación no fue un acuerdo de inversión. Previamente, y consistentemente, Ecuador había asumido la postura, durante más de una década de procesos de arbitraje y apelación, que el Contrato de Participación de las Demandantes sí constituía un acuerdo de inversión en el sentido del artículo VI del Tratado. Este argumento fue formulado específicamente en el transcurso del Arbitraje y el Laudo del IVA, que forman parte de la matriz fáctica considerada por el Tribunal.

458. Octavo, el Tribunal expresó sus motivos para concluir que la Ley 42, por apropiarse del 50% de las ganancias brutas por encima del precio de referencia, constituyó un incumplimiento de la cláusula 8.1, modificó el marco legal y contractual y frustró las expectativas de las Demandantes. No hay inconsistencia alguna entre la referencia del Tribunal a los derechos contractuales de las Demandantes a percibir una participación en la producción de petróleo crudo y su afirmación de que la Ley 42 se apodera del 50% de las ganancias de OEPC. Lo que Ecuador denomina una inconsistencia es de hecho el rechazo meditado del Tribunal del argumento insostenible de Ecuador de que el Contrato de Participación le permitía privar a las Demandantes de un beneficio económico de su participación en el crudo contractualmente acordada (es decir, de sus ganancias) con tal de que Ecuador no se apoderara físicamente de esa participación en el crudo (es decir, del volumen de crudo)³⁹³.
459. Noveno, Ecuador alega que las Demandantes retiraron su reclamación referida a la cláusula 5.3.2. y que el Laudo no incluye las razones del Tribunal para conocer de una reclamación previamente abandonada. Las Demandantes no hicieron tal cosa, ni el Laudo concluyó que las Demandantes retiraran esa reclamación. No se puede exigir que el Laudo exprese los motivos por los que conoció de una reclamación retirada cuando no se retiró ninguna reclamación³⁹⁴.
460. Décimo, el argumento de Ecuador de que el Laudo no expresó los motivos de su conclusión de que la Ley 42 modificó el marco legal existente en el momento en que se firmó el Contrato de Participación es igualmente inválido. Es obvio que la promulgación de una ley que no existía en el momento en que se celebró el Contrato de Participación y que modificó unilateralmente lo acordado entre las partes es un cambio del marco legal³⁹⁵.
461. Ecuador luego afirma que el Tribunal no evaluó las implicaciones de la decisión de la Corte Constitucional, que se refiere al argumento del incumplimiento de contrato. Sin embargo, en el arbitraje Ecuador alegó específicamente que el Tribunal no tenía la obligación de analizar la legalidad de la Ley 42³⁹⁶. Además, Ecuador no demostró que la constitucionalidad de la Ley 42 fuera crucial o determinante para el resultado³⁹⁷.
462. Undécimo, Ecuador alega que el Laudo omitió expresar las razones de su conclusión de que, además de un incumplimiento del Contrato de Participación, la Ley 42 frustró las expectativas legítimas de las Demandantes. El Laudo expresó sus

³⁹³ C I, párr. 290-291.

³⁹⁴ C II, párr. 297.

³⁹⁵ C II, párr. 298.

³⁹⁶ C I, párr. 298; Doc. EEA-184 Escrito Post-Audiencia de Ecuador sobre la Ley 42, párr. 37 *et seq.*

³⁹⁷ C II, párr. 300.

motivos: “[e]l inversor, es decir OEPC, tenía motivos para esperar que este marco contractual se respetara y que no fuera modificado en forma unilateral por la Demandada”³⁹⁸.

C. La Decisión del Comité

463. El Comité analizará esta causal de anulación resumiendo la decisión del Tribunal con respecto a la Ley 42 (**a.**), los argumentos de la República para solicitar la anulación (**b.**) y luego decidirá sobre la excepción sobre la competencia (**c.**) y sobre la aplicación de la Ley 42 en el modelo FCD (**d.**).

a. **La decisión del Tribunal con respecto a la Ley 42**

464. En abril de 2006, un mes antes de la expropiación de la inversión de las Demandantes en el Bloque 15, la República aprobó la Ley 42, la cual modificó la LHC en dos aspectos:

- En primer lugar, creó una nueva categoría de ingresos del Estado, relacionada con la exploración y explotación de depósitos de crudo denominada “participación del Estado en los excedentes de los precios de venta de petróleo”³⁹⁹ (“**Participación del Estado**”);
- Luego definió la obligación de las empresas contratistas de reconocer “a favor del Estado Ecuatoriano”) una Participación del Estado igual al 50% de los “ingresos extraordinarios que se generen por la diferencia de precios”. Y dicha “diferencia” se calcula multiplicando el número de barriles producidos por la diferencia entre los precios del petróleo crudo en el momento de la firma del contrato y los precios actuales de mercado⁴⁰⁰.

465. ¿Cuál es la naturaleza legal de la Participación del Estado creada por la Ley 42?

466. La Ley 42 no aclara este asunto. El legislador ecuatoriano adoptó una política de calculada ambigüedad, expresada en la elección del término “participación”, un concepto novedoso que no había sido utilizado ni en la LHC ni en el Contrato de Participación, y que no parece tener un significado jurídico específico en la legislación ecuatoriana. La ambigüedad prosiguió durante el arbitraje y fue apuntada por el Tribunal en el Laudo⁴⁰¹:

“El Tribunal recuerda que la Demandada, durante la Audiencia sobre el *quantum*, se resistía a caracterizar a la Ley 42”.

467. La naturaleza jurídica de la Participación del Estado es particularmente relevante a los fines de la determinación de la competencia del Tribunal, porque el artículo X (2) del Tratado restringe la competencia de los tribunales de inversiones en “cuestiones tributarias”. El artículo X (2) dice lo siguiente:

³⁹⁸ Laudo, párr. 526, C II, párr. 301.

³⁹⁹ Artículo 44 de la LHC, tal como fue enmendada por la Ley 42.

⁴⁰⁰ Artículo 55 de la LHC, tal como fue enmendada por la Ley 42.

⁴⁰¹ Laudo, párr. 489.

“2. No obstante, las disposiciones del presente Tratado, especialmente de los Artículos VI y VII del mismo, se aplicarán a cuestiones tributarias solamente con respecto a:

- a) La expropiación, de conformidad con el Artículo III;
- b) Las transferencias, de conformidad con el Artículo IV, o
- c) La observancia y el cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversión [...] [énfasis añadido].

468. El artículo X (2) excluye así de la competencia de un tribunal de inversiones cualquier “cuestión tributaria”, excepto en caso de que se aplique la “excepción a la excepción”: que la inversión consista en un acuerdo de inversión y la controversia se relacione con su observancia y cumplimiento.

469. Ante al argumento de la Ley 42, el Tribunal enfrentó dos cuestiones distintas:

- La primera era si tenía competencia para abordar un asunto correspondiente a la Ley 42 (i), y
- La segunda, si debía deducir las sumas acumuladas por la aplicación del gravamen de la Ley 42 en favor de la República, utilizando el modelo FCD (y reduciendo así la compensación en más de US\$ 800 millones) (ii).

(i) La impugnación de la competencia

470. El argumento de que la competencia del Tribunal podía quedar afectada por la Ley 42 solo se tornó relevante en una etapa muy avanzada del arbitraje; fue en la Audiencia sobre *quantum* cuando la Demandada⁴⁰²

“488. [...] por primera vez en el presente arbitraje, reclamó que “la cuestión de la Ley 42 se excluye por completo de la jurisdicción del Tribunal Arbitral con arreglo al Artículo 10 de[1] Tratado”. En efecto, la Demandada adoptaba ahora la postura de que la Ley 42 era una ‘cuestión tributaria’” [se omite la nota al pie].

471. Recordando que en la Audiencia sobre *quantum* la Demandada había afirmado categóricamente que la Ley 42 “no es un impuesto”, porque no había seguido los procedimientos especiales requeridos por la Constitución⁴⁰³, el Tribunal llegó a la conclusión de que la Participación del Estado no era un impuesto⁴⁰⁴:

“A los fines de caracterizar la Ley 42, es suficiente para el Tribunal concluir, como lo hace ahora, que la participación de Ecuador en virtud de la Ley 42 ‘en los excedentes de los precios de venta de petróleo no pactados o no previstos’ no constituye una regalía, ni un impuesto, ni un gravamen ni ninguna otra medida tributaria en los términos del Contrato de Participación”.

472. Pero entonces *ad cautelam* el Tribunal añadió un segundo argumento⁴⁰⁵:

“497. [...] incluso si la Ley 42 fuera un impuesto, no crearía, en opinión del Tribunal, una barrera jurisdiccional al reclamo de las Demandantes respecto

⁴⁰² Laudo, párr. 488.

⁴⁰³ Laudo, párr. 490.

⁴⁰⁴ Laudo, párr. 509.

⁴⁰⁵ Laudo, párr. 497.

de la Ley 42 en virtud del Tratado por los motivos que se exponen a continuación”.

473. El Tribunal explicó entonces su razonamiento⁴⁰⁶:

“499. El Tribunal considera que la Ley 42, incluso si fuera caracterizada como una ‘cuestión tributaria’, caería dentro de la ‘excepción a la excepción’ del Artículo X.2(c) del Tratado. La controversia entre las partes en el presente arbitraje se relaciona directamente con el respeto y la aplicación de los términos del Contrato de Participación que, en opinión del Tribunal, constituye un acuerdo de inversión bajo el Artículo VI(1)(a) del Tratado”.

474. Con este doble razonamiento “a toda prueba”, el Tribunal desestimó la excepción de la Demandada sobre su competencia.

(ii) El impacto de la Ley 42 sobre la compensación

475. El Tribunal analizó entonces el impacto —si es que tuvo alguno— de la Ley 42 sobre la compensación adeudada a OEPC y llegó a las siguientes conclusiones:

476. El Tribunal examinó primero el acuerdo contractual negociado por las partes cuando firmaron el Contrato de Participación, y concluyó que:

“522. Resulta claro para el Tribunal que, en el Contrato de Participación, las Demandantes aceptaron en forma consciente el riesgo de daños a su inversión ante un escenario de precios bajos y que la Demandada dejó de lado en forma consciente la oportunidad de incrementar su participación ante un escenario de precios altos. Este fue el acuerdo al que llegaron las partes y que fue reflejado en el Contrato de Participación”.

477. Luego analizó el impacto de la Ley 42 sobre este acuerdo, y concluyó que la Participación del Estado “afectó la esencia misma de los derechos adquiridos por OEPC en virtud del Contrato de Participación”⁴⁰⁷, porque⁴⁰⁸

“525. [...] con la sanción de la Ley 42, la Demandada modificó de manera unilateral y sustancial el marco contractual y legal que existía al momento en que las Demandantes negociaron y pactaron el Contrato de Participación y que, por lo tanto, viola la Cláusula 5.3.2 y la Cláusula 8.1 del Contrato de Participación”.

478. El Tribunal realizó las siguientes inferencias jurídicas⁴⁰⁹:

“527. En conclusión, la Ley 42 no cumple con el Contrato de Participación y frustra las expectativas legítimas de las Demandantes. Por lo tanto, dicha ley no cumple con la obligación de la Demandada, contenida en el Artículo II.3(a) del Tratado, de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión de las Demandantes y ésta es la conclusión del Tribunal”.

⁴⁰⁶ Laudo, párr. 499.

⁴⁰⁷ Laudo, párr. 523.

⁴⁰⁸ Laudo, párr. 525.

⁴⁰⁹ Laudo, párr. 527.

479. El Tribunal también abordó el argumento de la Demandada, de que cualquier comprador dispuesto que deseara valorar el justo valor de mercado del Contrato de Participación, habría utilizado la existencia de la Ley 42 como un factor para obtener una reducción del precio a pagar. El Tribunal rechazó el argumento, aceptando el razonamiento de las Demandantes de que⁴¹⁰

“541. [...] un Estado no puede reducir su responsabilidad por un acto impropio [en este caso, la expropiación/sanción desproporcionada a través de la declaración de caducidad] sobre la base de otro acto impropio [la aplicación de la Ley 42 a OEPC en violación del Contrato de Participación]. [...] *Una herramienta de valuación como la analogía del comprador dispuesto a comprar no puede avasallar dicho principio*” [énfasis del original].

b. Resumen de los argumentos de la Demandada

480. Ecuador presenta 11 causales para anulación parcial del Laudo, basándose, en cinco de los casos, en un presunto abuso de facultades, y en los seis restantes, en la omisión de la expresión de los motivos, argumentando que el Tribunal carecía de competencia para abordar controversias relacionadas con la Ley 42 y que se equivocó cuando decidió deducir del modelo FCD la Participación del Estado dispuesta por la Ley 42.

481. El Comité analizará primero las causales para la anulación basadas en una objeción a la competencia (*c. infra*) y luego el resto de las causales que afectan a la utilización de la Ley 42 en la valuación FCD (*d. infra*). Esta distinción es relevante, porque las facultades de los comités *ad hoc* son bastante distintas en uno y otro escenario:

- El concepto primario de extralimitación en las facultades se refiere a situaciones en las que un tribunal decide sobre controversias no incluidas en las facultades que le confirieron las partes; si un Tribunal se excede en su competencia y ese exceso es manifiesto, su decisión carece de legitimidad.
- La situación es bastante distinta si un tribunal que es competente adopta una decisión errónea de la que se dice que excede sus facultades; en este concepto secundario de abuso de facultades, la anulación requiere que el error cometido por el tribunal consista en la aplicación de la ley inapropiada (no en la interpretación inapropiada de la ley apropiada) o que el error sea equiparable a un error jurídico grosero o flagrante —un estándar mucho más oneroso que en el caso de extralimitación primaria en las facultades⁴¹¹.

c. La excepción sobre competencia

482. Los artículos X.2 y VI.1 del Tratado dicen lo siguiente:

“Artículo X.2.

⁴¹⁰ Laudo, párr. 541.

⁴¹¹ Ver párrafos 54-55 *supra*.

No obstante, las disposiciones del presente Tratado, especialmente de los Artículos VI y VII del mismo, se aplicarán a cuestiones tributarias solamente con respecto a:

- a) La expropiación, de conformidad con el Artículo III;
- b) Las transferencias, de conformidad con el Artículo IV, o
- c) La observancia y el cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversión [...] [énfasis añadido].

“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”.

El Laudo del Tribunal

483. En el pasado, Ecuador argumentó consistentemente que el Contrato de Participación era un acuerdo de inversión a los fines del artículo VI del Tratado. El argumento fue utilizado en el arbitraje del IVA para apoyar la alegación de Ecuador de que la disposición disyuntiva del Tratado debía aplicarse a la demanda de OEPC sobre el IVA. Por esta razón Ecuador argumentó en el Arbitraje del IVA ante la Alta Corte inglesa y ante la Corte de Apelaciones inglesa que el Contrato de Participación era un acuerdo de inversión. Tal como confirmó la Alta Corte⁴¹²,

“Ecuador argued that the claims of OEPC before the Quito courts related to an investment agreement between Ecuador (via PetroEcuador) and OEPC, and so fell within the terms of Article VI(1)(a) of the BIT”.

484. (El Arbitraje del IVA es relevante para este arbitraje: el Tribunal nombró expresamente al Arbitraje del IVA y a la apelación de la Demandada del Laudo del IVA en su descripción de la matriz fáctica considerada por el Tribunal en su Laudo⁴¹³).

485. En la Audiencia sobre *quantum*, Ecuador cambió su postura y por primera vez alegó que el Tribunal carecía de competencia para tratar cualquier controversia relativa a la Ley 42, porque la Participación del Estado creada por dicha Ley era una “cuestión tributaria” excluida de la competencia de los tribunales de arbitraje sobre inversiones por el artículo X (2) del Tratado, y porque la “excepción a la excepción” no era aplicable.

486. En el Laudo, el Tribunal desestimó la impugnación de competencia efectuada por la Demandada, concluyendo que la Participación del Estado creada por la Ley 42 no era una “cuestión tributaria”⁴¹⁴. Pero el Tribunal no se detuvo allí, y añadió la siguiente razón alternativa:

⁴¹² CAA 73, párr. 111, C I, párr. 288.

⁴¹³ Laudo, párr. 108, 170-172.

⁴¹⁴ Laudo, párr. 509.

“499. El Tribunal considera que la Ley 42, incluso si fuera caracterizada como una “cuestión tributaria”, caería dentro de la “excepción a la excepción” del Artículo X.2 (c) del Tratado. La controversia entre las partes en el presente arbitraje se relaciona directamente con el acatamiento y el cumplimiento forzoso de los términos del Contrato de Participación el cual, a juicio del Tribunal, constituye un acuerdo de inversión según el Artículo VI(1)(a) del Tratado”.

487. En síntesis, el Tribunal rechazó la impugnación de su competencia basándose en una razón principal y en una alternativa:

- la razón principal es que, a juicio del Tribunal, la Ley 42 no era una cuestión tributaria, y,
- la razón alternativa es que la controversia afectó el acatamiento y el cumplimiento forzoso de un acuerdo de inversión y, en consecuencia, encaja en la “excepción a la excepción”,

Cada una de esas razones es independiente de la otra, y la validez de una de ellas es razón suficiente para fundamentar la competencia⁴¹⁵.

Alegaciones de la Demandada para la anulación

488. La Demandada alega que el Tribunal se equivocó al desestimar la impugnación de su competencia, y que el error afectó a la razón principal y a la razón alternativa.

489. En lo que respecta a la razón alternativa, la denominada “excepción a la excepción”, Ecuador afirma que en el presente caso no se cumplió ninguna de las dos condiciones requeridas por el artículo X del Tratado:

- el Contrato de Participación no fue un acuerdo de inversión a los fines del artículo VI del Tratado, porque su cláusula 22.1.4 no se refería específicamente al artículo 30 de la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones de 1997 —que alega es un requisito de la legislación ecuatoriana para que un contrato sea considerado un acuerdo de inversión;
- además, la controversia no se relaciona con la observancia y el cumplimiento forzoso de los términos de un acuerdo de inversión⁴¹⁶.

490. El reclamo de anulación de la Demandada se basa en tres razones:

- Primero, la decisión implica una extralimitación manifiesta de facultades, porque equivale al incumplimiento por parte del Tribunal del mandato que se le había hecho⁴¹⁷;

⁴¹⁵ Laudo, párr. 499.

⁴¹⁶ Doc. EEA 184, párr. 154; R I, párr. 748.

⁴¹⁷ R I, párr. 728.

- Segundo, hay también una extralimitación manifiesta en las facultades porque el Tribunal no aplicó la ley apropiada y, en cambio, falló como un *amiable compositeur*⁴¹⁸;
- Tercero, el Tribunal no expresó las razones para su conclusión⁴¹⁹.

La Decisión del Comité

491. Por conveniencia, el Comité comenzará su análisis abordando la razón alternativa, es decir, la referida a la decisión del Tribunal contenida en el párrafo 499 del Laudo, en donde establece que la “excepción a la excepción” era aplicable, creando así la competencia del Tribunal para fallar sobre asuntos relativos a la Ley 42.
492. La “excepción a la excepción” gira en torno a la cuestión de si el Contrato de Participación podría considerarse como un “acuerdo de inversión” a los fines del artículo X (2) del Tratado. Esta disposición incluye una referencia cruzada al artículo VI (1) (a), el cual describe a un acuerdo de inversión como un acuerdo entre un Estado y un ciudadano o empresa del otro Estado. El Tratado establece así, tres requisitos para la existencia de un “acuerdo de inversión”:
- Que haya un “acuerdo”,
 - Que este se relacione con una “inversión”, y
 - Que lo ejecuten conjuntamente un Estado y un ciudadano del otro Estado contratista.
493. El Tribunal concluyó razonablemente que la “excepción a la excepción” establecida en el artículo X (2) era aplicable:
- Primero concluyó que el Contrato de Participación es ciertamente un acuerdo de inversión de conformidad con el artículo VI(1)(a) del Tratado, que cumple con los tres requisitos establecidos en ese artículo: (i) es un acuerdo, (ii) formaliza una inversión y (iii) liga a Ecuador (por medio de PetroEcuador) con un inversor estadounidense;
 - Luego concluyó que la controversia se relaciona directamente con la observancia y el cumplimiento de los términos del Contrato de Participación; y ello es así, porque la principal conclusión del Tribunal en lo que respecta al fondo fue que

“la Ley 42 incumple el Contrato de Participación y frustra las expectativas legítimas de las Demandantes”⁴²⁰.

494. El Tribunal justificó y razonó así que los dos requisitos establecidos en el artículo X (2) del Tratado para que se aplique la “excepción a la excepción”, a saber

⁴¹⁸ R II, párr. 677.

⁴¹⁹ R II, párr. 717.

⁴²⁰ Laudo, párr. 527.

- la ejecución de un contrato de inversión, y
- la existencia de una controversia que se refiera al acatamiento y al cumplimiento forzoso de los términos del contrato de inversión,

se han cumplido debidamente. Al proceder de esta manera, el Tribunal no incumplió el mandato que se le había delegado, ciertamente no actuó como *amiable compositeur* y no omitió expresar los motivos de su decisión.

495. El Tribunal no abordó el argumento de la Demandada de que el Contrato de Participación no constituía un acuerdo de inversión porque carecía de una referencia presuntamente obligatoria a una legislación específica ecuatoriana. Pero esta omisión no puede nunca llevar a una anulación. Los tribunales tienen el deber de justificar sus decisiones —no de abordar cada uno de los argumentos secundarios propuestos por las partes, sobre todo si el argumento carece a todas luces de fundamento.

496. Habiendo concluido que el Tribunal en todo caso era competente para conocer de la controversia sobre la Ley 42, de acuerdo con regla de la “excepción a la excepción” del artículo X (2) del Tratado, la pregunta de si la Ley 42 es una “cuestión tributaria” se torna irrelevante y no necesita ser abordada.

d. La aplicación de la Ley 42 en la valuación del FCD

497. Pasando ahora a la causal sustantiva de anulación de la Demandada: en el Laudo el Tribunal decidió que la Ley 42 no debía tenerse en cuenta en la determinación del valor de la inversión, es decir que en el modelo FCD, al flujo de ingresos del Bloque 15 no debía deducírsele el monto de la Participación del Estado según la Ley 42.

498. La decisión del Tribunal puede resumirse de la siguiente manera:

- La promulgación de la Ley 42 implicó una violación unilateral y sustancial del marco contractual acordado entre las partes en el Contrato de Participación⁴²¹;
- Las Demandantes tenían una expectativa legítima de que se respetaría el Contrato de Participación⁴²²;
- La Ley 42 viola el Contrato de Participación (y también el artículo II (3) (a) del Tratado, que crea la obligación de ofrecer un tratamiento justo y equitativo a la inversión de las Demandantes)⁴²³;
- Un Estado no puede reducir sus obligaciones con sus propios actos ilícitos; la Ley 42 es ilícita, porque representa una violación del Contrato de Participación⁴²⁴;

⁴²¹ Laudo, párr. 525.

⁴²² Laudo, párr. 527.

⁴²³ Laudo, párr. 527.

⁴²⁴ Laudo, párr. 541.

- Por todas estas razones, el Tribunal decidió ignorar la Ley 42 en su valuación del *quantum*⁴²⁵.

499. Ecuador impugna estas conclusiones alegando que el Tribunal se excedió manifiestamente en sus facultades y omitió expresar sus razones, y que el Laudo debe ser anulado.
500. El Comité analizará brevemente cada una de las nueve causales sustantivas de anulación invocadas por la Demandada y llegará a la conclusión de que todas ellas deben ser desestimadas. La numeración es la misma que la que se siguió en la sección “Posición de la Demandada” (se omiten algunos números, porque las razones referidas a la competencia ya fueron analizadas en la sección precedente)⁴²⁶.

Segundo

501. La Demandada sostiene que el Tribunal se negó expresamente a aplicar el derecho internacional cuando hizo caso omiso al principio de derecho internacional según el cual

“los Estados no están obligados a pagar una compensación a un inversor extranjero cuando, durante el ejercicio normal de sus facultades regulatorias, adoptan en forma no discriminatoria, regulaciones de buena fe destinadas al bienestar general”⁴²⁷,

meramente sobre la base de una “reescritura” del Contrato de Participación⁴²⁸.

502. De hecho, lo que sucedió fue que el Tribunal afirmó la existencia de dicho principio de derecho internacional⁴²⁹, pero, por los hechos del caso y debido a que Ecuador no honró sus obligaciones contractuales y las contraídas en el Tratado, no le proporcionó a la Demandada ninguna defensa. No hay extralimitación en las facultades.

Tercero

503. La Demandada argumenta además que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades por no aplicar el principio de derecho internacional de que el estándar de trato justo y equitativo no incluye una expectativa legítima de que el Estado no reformará sus leyes y regulaciones, salvo que exista un compromiso de estabilización expreso y específico asumido por el Estado⁴³⁰.
504. La queja de la Demandada no puede prosperar por razones análogas. El Tribunal en ningún momento contradujo el principio de derecho internacional citado por la Demandada. El Tribunal sostuvo correctamente que las Demandantes podían

⁴²⁵ Laudo, párr. 547.

⁴²⁶ Párrafos 478-483 *supra*.

⁴²⁷ Laudo párr. 532, nota al pie 65.

⁴²⁸ R I, párr. 729.

⁴²⁹ Laudo, párr. 528-529.

⁴³⁰ R I, párr. 731.

confiar en el respeto por parte de Ecuador del marco contractual acordado entre la República y el inversor⁴³¹.

Cuarto

505. La Demandada dice que el Tribunal también se extralimitó manifiestamente en sus facultades cuando hizo caso omiso al texto claro de la Ley 42, la cual distingue entre la “participación en volúmenes” de petróleo crudo (establecida en la cláusula 8.1. del Contrato de Participación y que no se ve afectada por la Ley 42) y la “participación en ganancias” obtenidas por la contratista (afectadas y reducidas por la Ley 42, pero no garantizadas por el Contrato de Participación), para concluir que Ecuador había incumplido el Contrato de Participación⁴³².
506. La reclamación de anulación de la Demandada no puede prosperar. La impugnación de Ecuador no es una causal de anulación —es una disputa sobre el fondo ya presentada ante el Tribunal y desestimada en el Laudo, con un razonamiento apropiado.
507. En el párrafo 521 del Laudo el Tribunal se ocupó del mismo argumento que la Demandada vuelve a presentar ahora como causal de anulación. El Tribunal lo desestimó con el razonamiento consignado en los párrafos 523 y 524: de conformidad con el Contrato de Participación, OEPC tenía derecho a percibir una participación en el petróleo crudo producido, y a disponer libremente de esa participación a precio de mercado⁴³³. El Tribunal concluyó correctamente que la Ley 42 afectó este derecho y que al promulgar la Ley 42 la Demandada modificó unilateralmente el marco contractual acordado en el Contrato de Participación⁴³⁴.

Quinto

508. Ecuador sostiene que el Tribunal no aplicó el estándar de derecho internacional para la determinación del justo valor del mercado del Bloque 15 (el estándar del comprador / vendedor dispuestos) y, por lo tanto, se extralimitó manifiestamente en sus facultades⁴³⁵.
509. La causal de anulación carece de mérito. El estándar del comprador / vendedor dispuestos es sencillamente una herramienta de valuación utilizada para calcular la compensación en determinadas circunstancias. Los tribunales gozan de una amplia discrecionalidad para seleccionar y aplicar herramientas de valuación. La selección de una herramienta de valuación prefiriéndola a otra, o la no aplicación de una herramienta de valuación, no constituyen una extralimitación manifiesta de facultades.

Sexto

⁴³¹ Laudo, párr. 526.

⁴³² R I, párr. 735.

⁴³³ Cláusulas 8.1, 8.2 y 5.3.2. del Contrato de Participación; Laudo, párr. 523-524.

⁴³⁴ Laudo, párr. 525.

⁴³⁵ R I, párr. 739.

510. La Demandada dice que el Tribunal incurrió en una contradicción flagrante: en el párrafo 510 del Laudo cuando definió la Ley 42 como

“510. [...] una decisión unilateral del Congreso Ecuatoriano para asignar al Estado Ecuatoriano un porcentaje definido de los ingresos obtenidos por compañías contratistas que, como OEPC, son titulares de un contrato de participación”,

mientras que solo un párrafo antes sostuvo que la Ley 42

“509. [...] no constituye una regalía, ni un impuesto, ni un gravamen ni ninguna otra medida tributaria en los términos del Contrato de Participación”⁴³⁶.

511. Se desestima la reclamación.

512. No hay absolutamente ninguna contradicción entre las afirmaciones del Tribunal de los párrafos 509 y 510.

513. En el párrafo 509 el Tribunal sencillamente afirma que la Participación del Estado “no constituye una regalía, un impuesto, un gravamen ni ninguna otra medida tributaria según el Contrato de Participación”, es decir, de acuerdo con legislación ecuatoriana. Esta no es una conclusión controvertida, dado que Ecuador mismo afirmó categóricamente que la Ley 42 no es un impuesto según la legislación ecuatoriana, porque no fue sancionada de conformidad con los procedimientos legislativos especiales requeridos.

514. El párrafo 510 consigna entonces la única conclusión posible del análisis precedente: puesto que, de conformidad con la legislación ecuatoriana, la Participación del Estado no es un impuesto, tiene que ser una decisión *sui generis* adoptada por el Congreso de asignar al Estado un porcentaje definido de las ganancias obtenidas por las empresas contratistas.

Octavo

515. La Demandada argumenta que el Tribunal omitió expresar sus razones cuando afirmó que el Contrato de Participación garantizaba a OEPC una participación en la producción de crudo, pero luego concluyó que “al quedarse con el 50% de las ganancias de OEPC [la Ley 42] modificó radicalmente los porcentajes de participación acordados en la cláusula 8.1”⁴³⁷. Si la cláusula 8.1, como sostuvo el Tribunal, asigna solamente la producción de crudo y no las ganancias, es sencillamente imposible seguir las razones del Tribunal para concluir que lo que establece la Ley 42, en cuanto a que el Estado se quede con un porcentaje de las ganancias, constituye un incumplimiento de la cláusula 8.1⁴³⁸.

516. Esta razón para la anulación es de hecho una reformulación de la cuarta, esta vez bajo el disfraz de la falta de motivos. No tiene fundamento. Lo razonado por el

⁴³⁶ Laudo, párr. 509.

⁴³⁷ Laudo, párr. 523.

⁴³⁸ R I, párr. 751.

Tribunal en los párrafos 521-525 es coherente y le permite a un lector seguir el hilo del análisis.

Noveno

517. La República sostiene que el Laudo omite expresar las razones para su conclusión de que la Ley 42 violó la cláusula 5.3.2 del Contrato de Participación⁴³⁹.

518. La cláusula 5.3.2 del Contrato de Participación le otorga a OEPC el derecho a

“recibir y disponer libremente de la Participación de la Contratista establecida en la cláusula 8.1”.

519. Ambas cláusulas están ligadas entre sí: la cláusula 8.1. define la participación de OEPC, mientras que la cláusula 5.3.2. determina el derecho de OEPC a recibirla y disponer libremente de ella. El Tribunal concluyó que el derecho a disponer libremente⁴⁴⁰

“524. [...] pierde todo sentido a menos que incluya el derecho de disfrutar ‘libremente’ de los ingresos provenientes de dicha disposición. La Ley 42 extinguió ese derecho con respecto a la mitad de todos los ingresos generados por las ventas de OEPC a un precio excedente del precio de referencia”.

520. El razonamiento del Tribunal permite a cualquier lector ir desde el punto A hasta el punto B y llegar a la conclusión apropiada sin dificultad. No hay omisión de la expresión de las razones —aunque la Demandada pueda no estar de acuerdo con el razonamiento. Se desestima la solicitud.

Décimo

521. La República asevera que el Tribunal omitió expresar las razones de por qué la promulgación de la Ley 42, aparte del marco contractual, implicó una modificación unilateral y sustancial del “marco [...] legal que existía al momento en que las Demandantes negociaron y pactaron el Contrato de Participación [...]”⁴⁴¹. Además, el Tribunal no abordó las implicaciones de la declaración de legalidad de la Ley 42 por parte de la Corte Constitucional, la cual incluía una respuesta a los argumentos sobre la violación del contrato⁴⁴².

522. El argumento de la Demandada está fuera de lugar: el marco contractual fue modificado por la promulgación de una ley, y en consecuencia el marco legal aplicable también quedó afectado. Finalmente, cualesquiera que fueran los argumentos que utilizó la Corte Constitucional ecuatoriana, ello es irrelevante para este arbitraje: lo relevante son los argumentos realmente presentados por las partes al Tribunal en el transcurso del proceso. Se desestima la solicitud de anulación.

⁴³⁹ R I, párr. 757; las partes han discutido si la Demandante ha abandonado o no esta reclamación; parecería que, al menos explícitamente, en ningún momento las Demandantes abandonaron la reclamación; en todo caso, la discusión es irrelevante a los fines de la anulación.

⁴⁴⁰ Laudo, párr. 524.

⁴⁴¹ Laudo, párr. 525, R I, párr. 758.

⁴⁴² R II, párr. 741.

Undécimo

523. Finalmente, la Demandada argumenta que el Laudo omitió expresar las razones de su conclusión de que la Ley 42, además de un incumplimiento del Contrato de Participación, frustra las expectativas legítimas de las Demandantes, considerando que el estándar de trato justo y equitativo no es lo mismo que la estabilización del marco legal⁴⁴³.
524. El argumento de Ecuador debe ser desestimado.
525. En el párrafo 527 del Laudo el Tribunal concluyó que “la Ley 42 no cumple con el Contrato de Participación y frustra las expectativas legítimas de las Demandantes”. El Tribunal había explicado su decisión en el párrafo precedente⁴⁴⁴:

“526. [...] ...El inversor, OEPC, tenía motivos para esperar que este marco contractual se respetara y que no fuera modificado en forma unilateral por la Demandada”.

Las expectativas legítimas de un inversor son aquellas que han sido recogidas en un contrato. Todo inversor que suscribe un contrato con un Estado tiene una expectativa de que el Estado cumplirá con sus obligaciones y no modificará unilateralmente el acuerdo alcanzado.

* * *

526. En síntesis, el Comité concluye que las conclusiones del Tribunal de que era competente para fallar sobre la controversia acerca de la Ley 42 y de que la Participación del Estado dispuesta por la Ley 42 no debería ser deducida del flujo de ingresos incluidos en el modelo FCD no dan razón alguna para la anulación.

6. LA DECISIÓN DE IGNORAR LA LEY INTERPRETATIVA DEL IVA

527. En 2001 la autoridad tributaria ecuatoriana alteró su política de devolver el IVA a las compañías petroleras. A partir de entonces la autoridad tributaria se negó a otorgar dichas devoluciones, e intentó reclamar retrospectivamente el reembolso de las devoluciones ya pagadas. Las Demandantes alegaron que esta medida constituía una violación del Tratado y de la legislación ecuatoriana e iniciaron un primer arbitraje de inversión contra Ecuador, el denominado Arbitraje del IVA⁴⁴⁵.
528. En 2004 el tribunal emitió el Laudo del IVA, el cual concluyó que Ecuador estaba obligado a reembolsar el IVA a OEPC, que OEPC tenía una expectativa legítima de que el impuesto le sería reembolsado y que Ecuador había violado sus obligaciones contraídas en el Tratado⁴⁴⁶. El Tribunal ordenó a Ecuador a reembolsar sumas considerables —más de US\$ 75 millones.

⁴⁴³ R II, párr. 742.

⁴⁴⁴ Laudo, párr. 526.

⁴⁴⁵ Laudo, párr. 170.

⁴⁴⁶ Laudo, párr. 554.

529. Pocas semanas después de que el Laudo del IVA fue emitido, el Congreso ecuatoriano promulgó la Ley Interpretativa del IVA, un texto de un solo artículo que establecía:

“Art. 1.- Interpretase el artículo 69-A (72) de la Ley de Régimen Tributario Interno introducido por la Ley 99-24, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 181 del 30 de abril de 1999, en el sentido de que el reintegro del Impuesto al Valor Agregado, IVA, no es aplicable a la actividad petrolera en lo referente a la extracción, transporte y comercialización de petróleo crudo, puesto que el petróleo no se fabrica, sino que se lo extrae de los respectivos yacimientos”.

530. El Tribunal concluyó que era “obvio” que la Ley Interpretativa del IVA “fue una respuesta directa al Laudo del IVA”⁴⁴⁷.

531. La promulgación de la Ley Interpretativa del IVA dio lugar a una interrogante: si debía ser tenida en cuenta en la cuantificación de los daños de las Demandantes —una cuestión muy similar a la planteada por la Ley 42 con respecto a la Participación del Estado.

532. El Tribunal analizó la cuestión y decidió no reducir los daños de las Demandantes en razón de la Ley Interpretativa del IVA. Concluyó que ésta fue diseñada para lograr el mismo objetivo que las medidas administrativas que el Tribunal del IVA ya había concluido que eran violatorias de los derechos las Demandantes derivados del Tratado⁴⁴⁸:

“558. Si bien la Ley Interpretativa del IVA fue presentada como un intento de clarificar la confusión identificada por el Tribunal del IVA, el hecho real es que la Ley Interpretativa del IVA logra el mismo efecto que los Decretos del SRI que el Tribunal del IVA había considerado violatorios de ciertas disposiciones del Tratado”.

533. El Tribunal señaló entonces⁴⁴⁹:

“560. En opinión del Tribunal, la Ley Interpretativa del IVA frustró de manera injusta y arbitraria las expectativas legítimas de las Demandantes precisamente de la misma forma en que lo hicieron los Decretos del SRI y, por lo tanto, viola el Tratado. Así, en lo que respecta a las Demandantes y la Demandada, la Ley Interpretativa del IVA carece de todo efecto jurídico y no debería ser tenida en cuenta como un factor que afecte el valor justo de mercado de la inversión de las Demandantes”.

534. Y concluyó⁴⁵⁰:

“564. Tal como el Tribunal resaltó precedentemente, *nullus commodum capere de sua injuria propria*: no puede permitirse que un Estado saque provecho de su propio acto indebido. El resultado de la implementación de ese principio de derecho internacional ampliamente reconocido es que “los efectos de los actos realizados por el Estado que implementó la

⁴⁴⁷ Laudo, párr. 557.

⁴⁴⁸ Laudo, párr. 558.

⁴⁴⁹ Laudo, párr. 560.

⁴⁵⁰ Laudo, párr. 564, se omiten las notas al pie.

nacionalización con respecto a la compañía, actos que pueden haber depreciado su valor” (traducción del Tribunal) no deben ser considerados en la determinación de dicho valor. El Tribunal, aplicando dicho principio a los hechos del presente caso, concluye que no debe incluir a la Ley Interpretativa del IVA en su determinación del valor justo de mercado de la inversión de las Demandantes” [se omiten las notas al pie].

535. El Tribunal podría haberse detenido aquí. Pero no lo hizo. Añadió un argumento *alternativo* —que la Ley Interpretativa del IVA también debería ser dejada de lado porque activó la cláusula 8.6 (e) del Contrato de Participación, autorizando al hipotético “comprador dispuesto” a aplicar un factor de corrección para compensar la carga económica⁴⁵¹.

536. La cláusula 8.6 (e) del Contrato de Participación dice lo siguiente:

“8.6. Estabilidad económica: En caso de que por acción del Estado Ecuatoriano o PETROECUADOR, ocurriere cualquiera de los eventos que se describen a continuación, que tenga consecuencias en la economía de este Contrato de Participación:

[...]

e. Cobro del Impuesto al valor Agregado IVA conforme consta en el Oficio No. 01044 de 5 de octubre de 1998, que consta como Anexo No. XVI, mediante el cual la Dirección de Servicio de Rentas Internas manifiesta que las Importaciones que realice la Contratista para la[s] operaciones del Bloque 15 bajo el esquema del Contrato de Participación, están gravadas con dicho tributo.

En los casos señalados en los literales [...] e) se incluirá un factor de corrección en los porcentajes de participación, que absorba el incremento o disminución de la carga económica, conforme al Anex[o] No. XIV” [énfasis añadido].

537. El razonamiento alternativo del Tribunal está contenido en los párrafos 567, 568 y 569 del Laudo:

“567. Es claro que, para que el factor de corrección se aplique, debe entenderse que la Ley Interpretativa del IVA tiene consecuencias en la economía del Contrato de Participación. El Tribunal observa que las partes en el Contrato de Participación no especificaron, de manera alguna, como debían medirse tales consecuencias. Corresponden, por tanto, al Tribunal determinarlo, en el ejercicio de su discreción”.

“568. El Tribunal recuerda que el Laudo del IVA establecía que OEPC tenía “derecho al reembolso (del IVA) en virtud de la ley” y que “dicho reembolso no estaba incluido en el Contrato de OEPC” (traducción del Tribunal). El derecho de las Demandantes al reembolso del IVA ha sido eliminado por medio de la legislación. No hay duda, en opinión del Tribunal, que como consecuencia la Ley Interpretativa del IVA ha incrementado la carga económica de las Demandantes y, por tanto, ha tenido consecuencias en la economía del Contrato de Participación”.

⁴⁵¹ Laudo, párr. 763-769.

“569. En consecuencia, todo comprador hipotético dispuesto a comprar los derechos de OEPC contemplados en el Contrato de Participación, con base en las observaciones y conclusiones del Tribunal del IVA, tendría derecho a aplicar un factor de corrección en los porcentajes de participación para absorber el aumento en su carga económica de conformidad con las Cláusulas 8.6 y el Anexo No. XIV del Contrato de Participación” [se omiten las notas al pie].

538. Ecuador asevera ahora que el Tribunal no ofreció ningún razonamiento satisfactorio en apoyo de su conclusión *alternativa* y que la omisión de la expresión de las razones amerita la anulación del Laudo.

A. Posiciones de las partes

539. La Demandada está en desacuerdo con el razonamiento del Tribunal. El Laudo simplemente identificó los términos “economía del contrato” (primer párrafo de la cláusula 8.6 (e)) y “carga económica” (último párrafo de esa cláusula), implicando que toda recaudación del IVA tenía *ipso facto* un impacto sobre la economía del Contrato de Participación. Considerando las posturas divergentes de las partes en este respecto, esa conclusión ameritaba alguna clase de explicación, como señaló el Árbitro Stern en su opinión disidente⁴⁵².

540. De acuerdo con la Demandada, el razonamiento del Laudo cabe dentro de una oración sumaria, que no expresa ninguna razón de por qué los conceptos de “carga económica” y “economía del contrato” deben entenderse como equivalentes⁴⁵³:

“568. [...] No hay duda, en opinión del Tribunal, que como consecuencia la Ley Interpretativa del IVA ha incrementado la carga económica de las Demandantes y, por tanto, ha tenido consecuencias en la economía del Contrato de Participación”⁴⁵⁴.

541. Las Demandantes están en desacuerdo.

542. La impugnación de Ecuador del razonamiento *obiter* del Laudo con respecto al argumento alternativo de las Demandantes no puede socavar la conclusión del Tribunal de que la Ley Interpretativa del IVA debía ser ignorada⁴⁵⁵. Como señala Ecuador mismo, “las Partes están de acuerdo en que la omisión en tratar un argumento particular que éstas han planteado no justifica la anulación a menos que éste haya sido ‘*decisivo*’, *i.e.*, esencial para la decisión del tribunal (no el *obiter dictum*)”⁴⁵⁶. Dado que el argumento sobre la cláusula 8.6 (e) no fue material para la decisión de la mayoría, el Comité no tiene necesidad de analizar los argumentos de Ecuador referidos a él⁴⁵⁷.

543. Las Demandantes añaden que el Tribunal en todo caso dio razones sustantivas para el argumento⁴⁵⁸ y que la queja de Ecuador se reduce a que el Tribunal debió haber

⁴⁵² Opinión Disidente, párr. 14.

⁴⁵³ R II, párr. 758.

⁴⁵⁴ Laudo, párr. 568, R I, párr. 767.

⁴⁵⁵ C II, párr. 327.

⁴⁵⁶ R II, párr. 114.

⁴⁵⁷ C II, párr. 330.

⁴⁵⁸ C II, párr. 326.

abordado una pregunta que no se le planteó —si “economía del contrato” y “carga económica” eran equivalentes. Al Tribunal se le pidió que decidiera “si la Cláusula 8.6(e) del Contrato es aplicable en vista de las circunstancias del presente caso”⁴⁵⁹ y eso es exactamente lo que el Tribunal hizo⁴⁶⁰.

B. La Decisión del Comité

544. La conclusión del Tribunal con respecto a la Ley Interpretativa del IVA es que esta no debería ser tenida en cuenta en el modelo FCD utilizado para valorar la inversión de las Demandantes (incrementando así la compensación en una suma que la Demandada estima en el rango de los US\$ 30 millones⁴⁶¹). La razón principal para esta conclusión es análoga a la invocada para excluir la Ley 42: la promulgación de la Ley Interpretativa del IVA fue violatoria de los derechos de las Demandantes derivados del Tratado y, por lo tanto, no se la podía utilizar para reducir las obligaciones de la Demandada⁴⁶².
545. Ecuador no solicita al Comité que anule esta conclusión. Ecuador tampoco impugna el razonamiento invocado por el Tribunal en apoyo de esta conclusión. Ecuador solo impugna un argumento adicional aducido por el Tribunal, y lo hace alegando que incurre en una omisión de la expresión de las razones.
546. Tras haber llegado a su conclusión con respecto a la Ley Interpretativa del IVA, el Tribunal podría haber detenido allí su razonamiento. No lo hizo. En cambio, el Tribunal agregó un argumento adicional para confirmar la conclusión a la que ya había llegado: aun si la Ley Interpretativa del IVA debiera ser aplicada (*quod non*), la cláusula 8.6 (e) del Contrato de Participación requeriría que se introdujera un factor de corrección, neutralizando los efectos de la Ley Interpretativa del IVA⁴⁶³.
547. Ecuador solicita al Comité que anule este argumento adicional por carecer de motivos.
548. La solicitud de Ecuador no puede prosperar. Los comités están facultados para anular decisiones, cuando el Tribunal omite expresar las razones en las que se basan esas decisiones (no los razonamientos mismos). En este caso no hay controversia alguna en cuanto a que la decisión de no aplicar la Ley Interpretativa del IVA está apropiadamente razonada. La existencia o inexistencia o la calidad de cualquier razonamiento adicional no puede nunca llevar a una anulación de la decisión.
549. En todo caso, el razonamiento subyacente al argumento adicional postulado por el Tribunal puede seguirse adecuadamente desde el punto A hasta el punto B hasta sus conclusiones, tal como las Demandantes han explicado convincentemente en su Segunda Presentación⁴⁶⁴.

⁴⁵⁹ Laudo, párr. 565.

⁴⁶⁰ C II, párr. 332.

⁴⁶¹ R I, párr. 765.

⁴⁶² Laudo, párr. 564.

⁴⁶³ Laudo, párr. 570.

⁴⁶⁴ C II, párr. 326.

7. LA DECISIÓN DE HACER CASO OMISO DE LAS ALTERNATIVAS A LA CADUCIDAD

550. Ecuador argumentó, en el transcurso del arbitraje, que la LHC autorizaba a la República a solamente dos acciones en respuesta a la transferencia no autorizada de derechos de las Demandantes: podía o bien declarar la caducidad o no hacer nada⁴⁶⁵. El Tribunal rechazó el argumento e identificó varias alternativas⁴⁶⁶:

“434. En resumen, el Tribunal considera que existían las siguientes opciones como alternativa a la caducidad, a saber:

i) Insistencia en el pago de una prima de transferencia que rondara los US\$ 11.8 millones; y/o

ii) mejoramiento de los términos económicos del contrato original; y/o

iii) un acuerdo negociado que podría haber abordado, por supuesto, todas las áreas que las partes desearan, incluido el pago de la prima de transferencia que no se había realizado, la renegociación del contrato y una compensación adicional” [se omite la nota al pie].

A. Posiciones de las partes

551. La Demandada argumenta primero que la conclusión del Tribunal, de que Ecuador sí tenía alternativas a la declaración de caducidad, fue una extralimitación manifiesta de facultades, “ya que una simple revisión del Contrato de Participación y de la LHC no muestran esta alternativa”⁴⁶⁷.

552. Ecuador presenta entonces un segundo argumento: la consecuencia de tener alternativas lícitas es que dichas alternativas debieron haber sido consideradas al evaluar los daños adeudados a las Demandantes. De no ser así, cualquier laudo sobre daños compensaría en exceso y enriquecería injustamente a las Demandantes⁴⁶⁸. Los daños debieron haber consistido en la diferencia entre el valor justo de mercado del Bloque 15 y la suma de cualquiera de esas sanciones alternativas. Al otorgar daños sin tener en cuenta esas alternativas, el Tribunal no aplicó o, alternativamente, aplicó groseramente mal, el derecho internacional sobre daños y, por lo tanto, se extralimitó manifiestamente en sus facultades⁴⁶⁹. El Tribunal también omitió expresar las razones de su decisión⁴⁷⁰.

553. Las Demandantes no están de acuerdo.

554. En lo que respecta a la primera razón para la anulación invocada por Ecuador, las Demandantes aseveran que la Demandada no ha elaborado ni citado ninguna extralimitación en las facultades del Tribunal⁴⁷¹.

⁴⁶⁵ R I, párr. 711.

⁴⁶⁶ Laudo, párr. 434.

⁴⁶⁷ R I, párr. 712.

⁴⁶⁸ R I, párr. 714-716.

⁴⁶⁹ R II, párr. 646.

⁴⁷⁰ R II, párr. 648.

⁴⁷¹ C I, párr. 516.

555. Al abordar la segunda razón, las Demandantes alegan que Ecuador pudo haber argumentado que los daños debieron reducirse en razón de los costos de las alternativas a la caducidad. Eligió no hacerlo.
556. Ecuador en efecto presentó una demanda reconvenicional contra las Demandantes por el no pago del cargo de cesión obligatorio y por omitir negociar un nuevo Contrato de Participación —lo cual correspondía a algunas de las alternativas a la caducidad⁴⁷². Pero luego Ecuador retiró la demanda reconvenicional⁴⁷³.
557. Ecuador no puede culpar ahora al Tribunal por no cuantificar estas alternativas, porque aparte del costo del cargo de cesión, Ecuador no presentó en ningún momento pruebas del impacto económico de dichas alternativas⁴⁷⁴. Un Tribunal no tiene la obligación de abordar todos los argumentos presentados por las partes, en particular un argumento que fue introducido como una demanda reconvenicional que fue retirada y que se tornó redundante dada la muy alta multa impuesta por el Tribunal para reflejar la culpa concurrente de las Demandantes⁴⁷⁵.

B. La Decisión del Comité

558. La Demandada presenta dos razones distintas para la anulación.
559. La primera se basa en el argumento de que una simple revisión del Contrato de Participación y de la LHC demuestra que no hay alternativa a la caducidad y que el Tribunal incurrió en una extralimitación manifiesta en sus facultades al sostener lo contrario. Esta causal no fue elaborada posteriormente, y no recibió atención ulterior en la Réplica de la Demandada⁴⁷⁶. En todo caso carece de mérito. El Tribunal llegó a la conclusión de que existían alternativas a la caducidad, y la Demandada no fue capaz de demostrar que ello constituya un error jurídico (y menos aún que se trate de un error jurídico flagrante que amerite la anulación).
560. La segunda razón es que el Tribunal debió haber considerado en su cálculo del *quantum* el impacto de una alternativa a la caducidad. La dificultad de este argumento es que en ningún momento fue alegado por la Demandada en el arbitraje, y que el Tribunal ya hizo en el cálculo de la compensación una reducción del 25% como sanción por la conducta de las Demandantes. Ello nunca puede llevar a la anulación del Laudo.
561. Se desestima esta causa de anulación.

8. EL CORREO ELECTRÓNICO DEL TRIBUNAL FECHADO EL 15 DE FEBRERO DE 2011

562. Durante el mes de noviembre de 2009 tuvo lugar en París una audiencia sobre el *quantum*. Pocos meses después, el 12 de febrero de 2010, las Demandantes,

⁴⁷² Laudo, párr. 854.

⁴⁷³ Laudo, párr. 869.

⁴⁷⁴ C I, párr. 250-251.

⁴⁷⁵ C I, párr. 255.

⁴⁷⁶ Ver R II, párr. 642-652.

actuando en nombre de ambas Partes, le hicieron la siguiente propuesta procesal al Tribunal⁴⁷⁷:

“557. Además, la solicitud del Tribunal estaba en consonancia con la propuesta de procedimiento *de las propias partes*, explicitada un año antes en la carta de las Demandantes del 12 de febrero de 2010:

‘Ambas partes le han manifestado al Tribunal que están dispuestas a ajustar sus modelos con los aportes que solicite el Tribunal si este lo considerara útil para la preparación de un laudo definitivo’ CEA-80, Carta de las Demandantes del 12 de febrero de 2010” [énfasis añadido].

563. Un año después, el Tribunal aceptó este ofrecimiento. El 15 de febrero de 2011 el Presidente envió a las partes el siguiente correo electrónico (el “**Correo electrónico de febrero**”) ⁴⁷⁸:

“El Tribunal ha llegado al punto en sus deliberaciones en que requiere la asistencia de los peritos de ambas partes, el Sr. Joseph Kalt y el Sr. Daniel Johnston, para que lo ayuden a determinar el cálculo adecuado de los daños y perjuicios.

Por lo tanto, de conformidad con la Regla 34(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Tribunal solicita a las partes que presenten a los Sres. Kalt y Johnston para realizar una consulta con el Tribunal en la sede del CIADI en Washington a las 10.30 a.m. el miércoles 27 de abril de 2011. Si las partes están de acuerdo, el Tribunal desearía realizar una consulta con los peritos de las partes a solas, sin la presencia de los abogados” [énfasis añadido].

564. La cooperación de los peritos llevó finalmente a un Informe Pericial Conjunto que presentó una valuación FCD consensuada, sobre la cual se basó el Tribunal para su cálculo de daños⁴⁷⁹.

A. Posiciones de las partes

565. La Demandada argumenta que el Tribunal cometió un quebrantamiento grave de normas fundamentales de procedimiento al enviar el Correo electrónico de febrero: este fue una “determinación de obligaciones” que omitió expresar las razones, y por lo tanto violó el artículo 48(3) del Convenio y la Regla de Arbitraje 47, que requiere que el laudo enuncie las razones sobre las que se basa⁴⁸⁰.
566. Ecuador no niega que el Tribunal tuviera la autoridad para convocar a las partes para que presentaran pruebas pertinentes sobre las cuestiones de la controversia. La impugnación de Ecuador es que, al hacerlo, el Tribunal comunicó a las partes su decisión definitiva sobre la responsabilidad, sin proporcionar razones o explicaciones de ningún tipo⁴⁸¹. Ecuador asevera que los tribunales del CIADI solo pueden emitir una decisión sobre responsabilidad por medio de un laudo. Pese a

⁴⁷⁷ C I, párr. 557.

⁴⁷⁸ Doc. EEA 175.

⁴⁷⁹ Laudo, párr. 692, 708-778.

⁴⁸⁰ R I, párr. 483-484.

⁴⁸¹ R II, párr. 363.

esto, el Tribunal no siguió este enfoque ortodoxo. Comunicó su decisión definitiva sobre las responsabilidades en el Correo electrónico de febrero⁴⁸².

567. Las Demandantes no están de acuerdo.
568. Según las Demandantes, la afirmación de Ecuador no logra sortear ni siquiera el primer obstáculo: no puede identificar apropiadamente la regla de procedimiento que plausiblemente pudo haberse violado⁴⁸³. El Tribunal actuó perfectamente dentro de sus facultades tal como está previsto en el artículo 43 del Convenio y en la Regla de Arbitraje 34 (2), que facultan a los tribunales a convocar a las partes para que presenten documentos, testigos y peritos⁴⁸⁴. Los artículos 48 y 49 del Convenio (y las Reglas de Arbitraje 47 y 48) solo se aplican a los laudos finales, y no a otras comunicaciones menos formales. El Correo electrónico de febrero no fue una decisión sobre responsabilidades —y ciertamente, no fue una decisión definitiva. El Tribunal no pretendió haber llegado a una decisión concluyente, y los árbitros eran libres de emitir cualquier laudo que consideraran adecuado, después del Correo electrónico de febrero⁴⁸⁵.

B. La Decisión del Comité

569. Esta causal de anulación es formulada según el artículo 52 (1) (d) del Convenio: que el Tribunal ha cometido un quebrantamiento grave de normas fundamentales de procedimiento —una causal que requiere de un alto estándar para su aceptación⁴⁸⁶.
570. La Demandada argumenta que el Correo electrónico de febrero enviado por el Tribunal cumple con estos requisitos, porque aunque no es un laudo, formaliza la decisión final y vinculante del Tribunal, aceptando la responsabilidad de la Demandada, sin proporcionar razonamiento alguno, con lo cual viola el artículo 48(3) del Convenio.
571. El argumento carece totalmente de mérito.
572. La audiencia sobre el *quantum* había tenido lugar en noviembre de 2009. Posteriormente ambas Partes habían ofrecido la participación de sus peritos para volver a hacer funcionar el modelo FCD con los datos aportados por el Tribunal. En el Correo electrónico de febrero el Tribunal sencillamente aceptó este ofrecimiento —una decisión que encajaba perfectamente dentro de sus facultades, de conformidad con el artículo 43 del Convenio y con la Regla de Arbitraje 34 (2).
573. El Correo electrónico de febrero no es una decisión final y vinculante sobre el *quantum*. Es simplemente una solicitud procesal para que los peritos de las partes se acercaran y ayudaran al Tribunal en la evaluación de los daños. No creó *res iudicata*. Todos los árbitros siguieron siendo libres para decidir sobre el fondo, de una u otra manera. El Correo electrónico de febrero no formalizó ninguna decisión

⁴⁸² R II, párr. 366.

⁴⁸³ C I, párr. 554.

⁴⁸⁴ C I, párr. 554-555.

⁴⁸⁵ C II, párr. 180-181.

⁴⁸⁶ Ver párr. 62 *supra*.

sobre el fondo. Dado que no lo hizo, no se podía exigir al Tribunal que expresara motivos.

574. Se desestima esta causal de anulación.

VIII. COSTAS Y HONORARIOS

575. Las Partes presentaron sus escritos sobre las costas en forma simultánea el 8 de junio de 2015. Ecuador informó al Comité que el total de sus costos en relación con el procedimiento de anulación asciende a US\$ 4.098.034,26 en gastos legales, y US\$ 973.440,50 en gastos del CIADI (gastos de registro y honorarios del Comité *ad hoc*)⁴⁸⁷.
576. Las Demandantes declararon que los honorarios y gastos en que incurrió en relación con este procedimiento de anulación ascienden a US\$ 3.932.575,79 y US\$ 508.209,06 en gastos administrativos⁴⁸⁸.
577. Ecuador solicitó que sus gastos legales y administrativos sean sufragados por las Demandantes⁴⁸⁹.
578. El artículo 61(2) del Convenio del CIADI establece lo siguiente:
- “[...] el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación y distribución formarán parte del laudo”.
579. El artículo 52(4) extiende la aplicación de esta disposición a los procedimientos de anulación.
580. Ni Ecuador ni las Demandantes han prevalecido completamente en el presente procedimiento de anulación. La República solicitó una decisión de anulación del Laudo en su totalidad —el Comité desestimó esta solicitud. Alternativamente, Ecuador presentó una petición para la anulación parcial, que el Comité ha aceptado. Las Demandantes defendieron la plena validez de la Decisión y del Laudo.
581. El Comité por lo tanto no ha fallado completamente en favor de ninguna de las partes. Las reclamaciones de Ecuador eran *prima facie* graves. Además, cada parte presentó argumentos válidos y razonables en apoyo de su respectivo caso, y ambas actuaron con ecuanimidad y profesionalidad.
582. En vista de estas circunstancias, el Tribunal decide que cada una de las partes se haga cargo de la mitad de en que incurrió con el CIADI con motivo de este proceso, y que cada parte se haga cargo de sus propios costos de litigación y honorarios. Debido a que la Demandada ya pagó US\$ 1.000.000 para cubrir los costos sufragados por el CIADI, las Demandantes deberán reembolsar a la Demandada la mitad de dicho monto, por compensación contra la indemnización debida en virtud del Laudo.

⁴⁸⁷ Presentación sobre las Costas de la Demandada, párr. 1.

⁴⁸⁸ Presentación sobre las Costas de las Demandantes, párr. 1.

⁴⁸⁹ RI, párr. 771 iii); R II, párr. 770 iii).

IX. Resumen

583. La Demandada solicitó en su Réplica sobre Anulación que el Comité:

- “i. anule el Laudo en su integralidad; o
- ii. alternativamente, anule parcialmente el Laudo según se describe en esta Réplica sobre Anulación en los párrafos 230, 285, 358, 391, 404, 494, 641, 652, 745 y 769; y
- iii. en cualquier caso, ordene a las Demandantes a sufragar la totalidad de las costas de este procedimiento de anulación, incluyendo las costas del CIADI y los gastos de representación, así como otros gastos de Ecuador”.

584. En lo que respecta a su primera petición, Ecuador alegó cuatro causales que tendrían como resultado la anulación de la Decisión sobre Competencia y, en consecuencia, del Laudo entero. El Comité rechazó todas estas causales. Ecuador presentó además varias causales adicionales para la anulación total del Laudo, que también fueron rechazadas por el Tribunal. Por lo tanto la primera petición de Ecuador ha sido desestimada por completo.

585. En lo que respecta a la petición de Ecuador de anulación parcial, dicha petición ha prosperado. El Comité ha concluido que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al asumir erróneamente competencia respecto de la inversión cuyo titular beneficiario es ahora el inversor chino Andes, con el resultado de que la compensación debida a las Demandantes debe reducirse del 100% al 60% del valor del Bloque 15.

586. El Tribunal estableció el valor del 100% del Bloque 15, es decir de la Propiedad Farmout, en US\$ 2.359.500.000. En consecuencia, el valor de una participación del 60% ascendería a la suma de US\$ 1.415.700.000. Al aplicar a dicho monto el factor de reducción del 25% que se explica en el párrafo 825 del Laudo, el valor resultante queda en US\$ 1.061.775.000. Esta cifra es la suma correcta que debería haberse insertado en el sub-párrafo (v) de la sección dispositiva del Laudo⁴⁹⁰, el cual deberá rezar como sigue:

“876. [...] Se otorga a las Demandantes una indemnización de US\$ 1.061.775.000 (Mil sesenta y un millones, setecientos setenta y cinco mil dólares estadounidenses), según el cálculo que se incluye en el párrafo 825 del presente Laudo, por los daños sufridos como resultado de los incumplimientos mencionados precedentemente en los subpárrafos (i), (ii) y (iii)”.

587. El resto de Laudo no se ve afectado.

588. La Demandada alegó varios motivos adicionales para la anulación parcial de la decisión del Tribunal de otorgar daños a las Demandantes basándose en una participación del 100% (y no del 60%) en la Propiedad Farmout, o concernientes a la cuestión del 60/40. Estos motivos se han tornado irrelevantes.


⁴⁹⁰ Al mismo resultado se podría arribar calculando directamente el 60% de la suma de US\$ 1.769.625.000.

589. Finalmente, con respecto a las costas, el Comité ha decidido que las Demandantes deben sufragar la mitad, y la Demandada la otra mitad los costos del CIADI a raíz del procedimiento, y que cada parte se haga cargo de sus propios costos de litigación y otros gastos.

X. DECISIÓN

590. Por las razones señaladas, el Comité unánimemente dicta la siguiente decisión:


1. El Comité anula parcialmente el Laudo basado en la causal de extralimitación manifiesta en las facultades [Convenio del CIADI, artículo 52(1)(b)], en la medida en que el Tribunal asumió competencia sobre la inversión cuyo titular beneficiario es ahora el inversor chino Andes (y antes la compañía bermudeña AEC), con el efecto de que la indemnización correcta adeudada por la Demandada a las Demandantes es el monto indicado en el párrafo 586 de esta Decisión.
2. El resto de Laudo no se ve afectado.
3. Se rechazan las demás solicitudes de anulación de la Demandada.
4. Cada parte se hará cargo de la mitad de los costos del CIADI y de sus propios costos de litigación y otros gastos ocasionados por este procedimiento de anulación.
5. Se declara automáticamente la terminación de la suspensión de ejecución del Laudo, de conformidad con la Regla 54(3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.



Juez Florentino P. Feliciano
Miembro del Comité *ad hoc*
OCT 12 2015



Sr. Rodrigo Oreamuno B.
Miembro del Comité *ad hoc*
OCT 19 2015



Prof. Juan Fernández-Armesto
Presidente del Comité *ad hoc*
OCT 29 2015