

# **Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones**

---

**Burlington Resources Inc.**

Demandante

**c.**

**República del Ecuador**

Demandada

**Caso CIADI N.º ARB/08/5**

---

## **DECISIÓN SOBRE RESPONSABILIDAD**

---

Emitida por el Tribunal Arbitral compuesto por

Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Presidente  
Prof. Brigitte Stern, Árbitro  
Prof. Francisco Orrego Vicuña, Árbitro

Secretario del Tribunal  
Marco Tulio Montañés-Rumayor

Asistente del Tribunal  
Gustavo Laborde

Fecha: 14 de diciembre de 2012

## ÍNDICE

<b>I.</b>	<b>HECHOS.....</b>	<b>7</b>
	<b>A. Las Partes.....</b>	<b>7</b>
	1. La Demandante.....	7
	2. La Demandada.....	7
	<b>B. la Industria petrolera del Ecuador: el modelo de contrato de participación.....</b>	<b>7</b>
	<b>C. Participación de Burlington en los CP de los Bloques 7 y 21.....</b>	<b>10</b>
	<b>D. Origen de la controversia: incrementos en el precio del petróleo y la respuesta de Ecuador.....</b>	<b>13</b>
	<b>E. Juicio de coactivas, intervención en los bloques y decretos de caducidad.....</b>	<b>27</b>
<b>II.</b>	<b>HISTORIA PROCESAL.....</b>	<b>33</b>
	<b>A. Fase inicial.....</b>	<b>33</b>
	<b>B. Fase sobre jurisdicción.....</b>	<b>38</b>
	<b>C. Fase sobre responsabilidad y reconvencción.....</b>	<b>39</b>
<b>III.</b>	<b>POSICIONES DE LAS PARTES Y PETICIONES.....</b>	<b>44</b>
	<b>A. Posición de Burlington.....</b>	<b>44</b>
	1. Reclamo de Burlington bajo la cláusula paraguas.....	44
	1.1. Jurisdicción sobre los reclamos bajo la cláusula paraguas.....	44
	1.2. Ecuador ha incumplido sus obligaciones con respecto a las inversiones de Burlington.....	46
	2. Reclamo de Burlington por expropiación.....	47
	2.1. Ecuador expropió la inversión de Burlington.....	47
	2.1.1. Ley 42.....	48
	2.1.2. Juicio de coactivas, incautaciones y remates.....	51
	2.1.3. La toma física de los Bloques 7 y 21.....	52
	2.1.4. El proceso de caducidad.....	54
	2.2. La expropiación de la inversión de Burlington por parte de Ecuador fue ilegítima.....	54
	<b>B. Petitorio de Burlington.....</b>	<b>55</b>

<b>C. Posición de Ecuador .....</b>	<b>55</b>
1. Burlington persigue reclamos sobre los cuales el Tribunal no tiene jurisdicción.....	56
1.1. El Tribunal no tiene jurisdicción sobre los restantes reclamos de Burlington formulados bajo la cláusula paraguas .....	56
1.2. El Tribunal no tiene jurisdicción sobre los reclamos de caducidad de Burlington (de haberlos) ni sobre los reclamos relativos al trato justo y equitativo y al trato arbitrario .....	57
2. Ecuador no incumplió sus obligaciones bajo los CP frente a Burlington.....	58
2.1. La Ley 42 fue necesaria y adecuada dadas las circunstancias .....	58
2.2. La Ley 42 no modificó ni constituyó incumplimiento de los CP y, en todo caso, cualquier presunto incumplimiento contractual no constituiría un incumplimiento del Tratado .....	60
3. Ecuador no expropió la inversión de Burlington .....	62
3.1. La Ley 42 no expropió la inversión de Burlington en los Bloques 7 y 21 .....	62
3.2. La aplicación de la Ley 42 por parte de Ecuador a través del juicio de coactivas no fue una medida expropiatoria bajo el Artículo III del Tratado.....	65
3.3. La intervención de Ecuador tras el abandono de Burlington de los Bloques 7 y 21 en julio de 2009 ni completó la supuesta expropiación ni constituyó una expropiación directa.....	66
3.4. En cualquier caso, Ecuador no expropió ilegítimamente la inversión de Burlington en los Bloques 7 y 21 .....	68
<b>D. Petitorio de Ecuador .....</b>	<b>69</b>
<b>IV. ANÁLISIS .....</b>	<b>72</b>
<b>A. Cuestiones preliminares .....</b>	<b>72</b>
1. Derecho aplicable al fondo de la cuestión.....	72
2. La solicitud de Ecuador para que la Sección III(B)(2) del Memorial Complementario de Burlington sobre Responsabilidad sea eliminada el expediente .....	73
3. Cuestiones no controvertidas .....	74
4. Relevancia de decisiones de otros tribunales y cortes internacionales.....	75
<b>B. Objeciones a la jurisdicción y de admisibilidad.....</b>	<b>76</b>
1. ¿Tiene el Tribunal jurisdicción sobre los reclamos de Burlington bajo la cláusula paraguas en virtud del Artículo II(3)(c) del Tratado?.....	76
1.1. ¿Carece la cláusula paraguas de “objeto” como producto de la retirada de los Reclamos Contractuales con efecto de cosa juzgada?.....	76
1.1.1. Posiciones de las Partes.....	76

1.1.2. Análisis.....	77
1.2. ¿Puede Burlington basarse en la cláusula paraguas del Tratado para lograr el ejercicio de sus presuntos derechos bajo el Marco Legal de los Hidrocarburos? .....	80
1.2.1. Posiciones de las Partes.....	80
1.2.2. Análisis.....	80
1.3. ¿Puede Burlington basarse en la cláusula paraguas del Tratado para hacer cumplir los derechos de sus subsidiarias bajo los CP a pesar de la presunta ausencia de un vínculo contractual directo entre Burlington y Ecuador? .....	82
1.3.1. Posiciones de las Partes.....	82
1.3.2. Análisis.....	83
(i) La interpretación de la cláusula paraguas del Tratado.....	84
(ii) Jurisprudencia del CIADI .....	87
2. ¿Son los decretos de caducidad parte del caso Burlington?.....	92
2.1. ¿Ha impugnado Burlington los decretos de caducidad?.....	92
2.2. ¿Tiene el Tribunal jurisdicción sobre los decretos de caducidad?.....	94
2.3. ¿Son admisibles las alegaciones basadas en los decretos de caducidad? .....	97
<b>C. Expropiación.....</b>	<b>98</b>
1. La inversión de Burlington en Ecuador .....	100
2. Los derechos bajo los CP.....	101
2.1. Posición de Burlington .....	102
2.2. Posición de Ecuador.....	103
2.3. Análisis.....	105
2.3.1. La economía de los CP.....	105
a. <i>El texto de los CP</i> .....	106
b. <i>El anexo V del CP del Bloque 7</i> .....	107
c. <i>El Contrato de Tarapoa</i> .....	111
d. <i>La conducta de Ecuador</i> .....	113
e. <i>La Ley de Hidrocarburos de Ecuador</i> .....	115
f. <i>El propósito del cambio a contratos de participación</i> .....	116
2.3.2. Las cláusulas de modificación tributaria .....	118
a. <i>La cláusula de modificación tributaria del CP del Bloque 7</i> .....	118
b. <i>La cláusula de modificación tributaria del CP del Bloque 21</i> .....	122
3. ¿Ha expropiado Ecuador la inversión de Burlington? .....	124
3.1. ¿Cuál es el enfoque más adecuado para analizar el reclamo por expropiación de Burlington? .....	124
3.1.1. Posiciones de las Partes.....	124
3.1.2. Análisis.....	126

3.2. ¿Fueron la aplicación de la Ley 42 y la falta de absorción de sus efectos medidas equivalentes a la expropiación?.....	129
3.2.1. Posición de Burlington .....	129
3.2.2. Posición de Ecuador .....	138
3.2.3. Análisis.....	146
a. <i>El estándar aplicable a la tributación expropiatoria</i> .....	146
b. <i>¿Violaron la Ley 42 y la omisión de Ecuador de absorber sus efectos las cláusulas de absorción de impuestos de los CP?</i> .....	151
c. <i>Los efectos y el propósito de la Ley 42 con una alícuota del 50%</i> .....	156
d. <i>Los efectos y el propósito de la Ley 42 con una alícuota del 99%</i> .....	161
3.3. ¿Expropió Ecuador la inversión de Burlington al ejecutar la Ley 42 por medio del juicio de coactivas, las incautaciones y los remates? .....	170
3.3.1. Posición de Burlington .....	170
3.3.2. Posición de Ecuador .....	172
3.3.3. Análisis.....	174
a. <i>El estándar de expropiación</i> .....	174
b. <i>¿Las medidas de coactivas en ejecución de la Ley 42 expropiaron la inversión de Burlington?</i> .....	175
3.4. ¿Expropió Ecuador la inversión de Burlington al tomar posesión de los Bloques 7 y 21? .....	180
3.4.1. Posición de Burlington .....	180
3.4.2. Posición de Ecuador .....	184
3.4.3. Análisis.....	188
a. <i>Estándar de expropiación</i> .....	188
b. <i>¿Expropió Ecuador la inversión de Burlington al tomar posesión de los Bloques 7 y 21?</i> .....	188
(i) <i>Las condiciones en virtud de las cuales Ecuador podía intervenir en los Bloques 7 y 21</i> .....	189
(ii) <i>Riesgos resultantes de la suspensión de las operaciones</i> .....	192
(iii) <i>Efectos de la intervención de Ecuador en los Bloques</i> .....	196
4. ¿Fue ilegítima la expropiación de Ecuador? .....	199
4.1. Posiciones de las Partes .....	199
4.2. Análisis.....	200
<b>V. DECISIÓN.....</b>	<b>202</b>

## TABLA DE ABREVIATURAS

Anexo C-	Anexos de la Demandante [Burlington]
Anexo CL-	Anexos legales de la Demandante [Burlington]
Anexo E-	Anexos de la Demandada [Ecuador]
Anexo EL-	Anexos legales de la Demandada [Ecuador]
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CME	Contra-Memorial de Ecuador sobre Responsabilidad del 17 de enero de 2011
Convenio CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados
CP	Contrato de Participación
DBAA	Diapositivas de la Demandante [Burlington] durante sus argumentos de apertura en la audiencia sobre responsabilidad
DEAA	Diapositivas de la Demandante [Ecuador] durante sus argumentos de apertura en la audiencia sobre responsabilidad
DJ	Decisión sobre Jurisdicción del 2 de junio de 2010
DT	Declaración Testimonial
EPAE	Escrito Post Audiencia de Ecuador del 6 de mayo de 2011
EPAB	Escrito Post Audiencia de Burlington del 6 de mayo de 2011
IP	Informe Pericial
LET	Ley de Equidad Tributaria
MCB	Memorial Complementario de Burlington sobre Responsabilidad del 29 de septiembre 2010
Mem.	Memorial Inicial de las Demandantes del 20 de abril de 2009
Reglas de Arbitraje	Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI
RP1	Resolución Procesal No. 1
RP2	Resolución Procesal No. 2
SA o Solicitud	Solicitud de Arbitraje de Burlington del 21 de abril de 2008
TBI o Tratado	Tratado Bilateral de Inversión; específicamente, el “Tratado entre los Estados Unidos de América y la República del Ecuador sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones” del 11 de mayo de 1997
Tr. [página:línea]	Transcripción de la audiencia sobre Responsabilidad del 8 al 11 de marzo de 2011

## **I. HECHOS**

### **A. LAS PARTES**

#### 1. La Demandante

1. La Demandante, Burlington Resources Inc. ("Burlington" o la "Demandante"), es una sociedad incorporada conforme a las leyes del estado de Delaware, Estados Unidos de América, fundada en 1988 y dedicada a la explotación de recursos naturales. El 31 de marzo de 2006, Burlington fue adquirida por ConocoPhillips, una compañía de energía multinacional con sede en el estado de Texas, Estados Unidos de América.
2. La Demandante está representada en este arbitraje por los señores Jan Paulsson, Nigel Blackaby, Alexander Yanos, Noiana Marigo, Jessica Bannon Vanto, Viren Mascarenhas, Sam Prevatt y Ruth Teitelbaum de FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER US LLP; por el Prof. James Crawford de Matrix Chambers, Gray's Inn, Londres; y por el señor Javier Robalino-Orellana de PAZ HOROWITZ, Quito.

#### 2. La Demandada

3. La Demandada es la República del Ecuador ("Ecuador" o la "Demandada").
4. La Demandada está representada en este arbitraje por los doctores Diego García Carrión, Álvaro Galindo Cardona (hasta marzo del 2011), Francisco Larrea y Christel Gaibor de la PROCURADURÍA GENERAL DEL ECUADOR; y Eduardo Silva Romero, Pierre Mayer, José Manuel García Represa, María Claudia Procopiak, Philip Dunham, Ella Rosenberg, George Foster y Ana Carolina Simoes e Silva de DECHERT (Paris) LLP. El Dr. Galindo se unió a DECHERT en marzo del 2011.

### **B. LA INDUSTRIA PETROLERA DEL ECUADOR: EL MODELO DE CONTRATO DE PARTICIPACIÓN**

5. Esta sección resume los hechos de esta controversia en tanto y en cuanto tienen relevancia para decidir sobre la presunta responsabilidad de la Demandada según el Tratado entre Estados Unidos y Ecuador sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (el "Tratado" o el "TBI").
6. Esta controversia se originó en las postrimerías del pronunciado incremento en el precio del petróleo que comenzó en 2002 y que, aunque con cierta intermitencia, persiste hasta la fecha. Las Partes se encuentran en desacuerdo respecto de cómo deben distribuirse entre ellas los beneficios económicos de este incremento

en el precio del petróleo. En el centro de esta controversia se encuentran los contratos de participación (“CP”) de los Bloques 7 y 21, celebrados entre una subsidiaria controlada íntegramente por Burlington y Ecuador. Antes de entrar en los detalles específicos de la controversia propiamente dicha, cabe repasar la historia reciente de la industria ecuatoriana de hidrocarburos para contextualizar debidamente la controversia.

7. A lo largo de toda su historia, Ecuador ha adoptado diferentes contratos modelo para la exploración y la explotación de sus recursos hidrocarburíferos. En la década del 80, el contrato modelo prevaleciente para la explotación de hidrocarburos en Ecuador era el llamado contrato de servicios. Bajo el contrato de servicios, el gobierno continuaba siendo el único propietario de todo el petróleo que se produjera en el área de explotación (el “Bloque”) adjudicada al contratista privado. Si el contratista descubría reservas de petróleo, tenía el derecho a que se le reembolsasen los costos y a que se le pagase una tarifa. Si no encontraba tales reservas en un periodo de cuatro años, el contratista perdía su inversión de exploración y el contrato finalizaba<sup>1</sup>.
8. El contrato de servicios modelo no parecía adecuado para satisfacer los intereses del Estado ni los de los inversores. El Estado a menudo incurría en pérdidas en los bloques productores de petróleo que operaban según contratos de servicios modelo, en parte porque muchas veces los costos del contratista se iban fuera de control y el Estado estaba obligado contractualmente a reembolsar íntegramente tales costos<sup>2</sup>. El modelo, por lo tanto, era incapaz de controlar las ineficiencias de costos<sup>3</sup>. Por otro lado, los inversores mostraban poco interés en el contrato de servicios modelo, en parte porque los márgenes de ganancia de este modelo, si bien eran constantes, también eran fijos. Aparentemente, los inversores preferían asumir parte del riesgo de exploración y explotación a cambio de una participación del petróleo producido. Resulta revelador que no se haya ejecutado ningún contrato de servicios en los cinco años transcurridos entre 1989 y 1993. En pocas palabras, con el contrato de servicios modelo, la industria hidrocarburífera de Ecuador permaneció estancada.
9. A partir de 1992, el recién electo Presidente ecuatoriano Durán Ballén decidió reactivar la aplacada industria petrolera nacional. Para lograr tal objetivo, se

---

<sup>1</sup> Mem., ¶ 41 n. 42.

<sup>2</sup> Mem., ¶¶ 50, 62.

<sup>3</sup> Tr. 592:17-593:15.

reestructuró el régimen legal aplicable a los hidrocarburos. En octubre de 1993, en el marco de un programa general de reformas económicas diseñadas para incrementar el rol del sector privado, el Presidente Durán Ballén presentó un proyecto de ley al Congreso que preveía la adopción de un nuevo contrato modelo para la exploración y la explotación de hidrocarburos: el llamado contrato de participación (o “CP”). Según este contrato modelo, el contratista asumiría todo el riesgo de la exploración y la explotación, y a cambio recibiría una participación del petróleo producido de acuerdo con las fórmulas de asignación previstas en cada contrato.

10. Se esperaba que el nuevo CP modelo resolviera los problemas originados bajo el contrato de servicios modelo. Los riesgos de exploración y de explotación se traspasarían del Estado al contratista y se pondría así fin al problema de costos excesivos e ineficientes incurridos a expensas del Estado. En la carta al Congreso Nacional Ecuatoriano (el “Congreso Ecuatoriano”) que acompañaba el proyecto del ley, el Presidente Durán Ballén observó que:

“[L]os escasos recursos financieros con los que cuenta el país [...] no justifican que PetroEcuador asuma la totalidad del riesgo involucrado en la actividad exploratoria, debiendo compartir dicho riesgo con empresas petroleras internacionales. [...] [L]a estipulación de reembolsos obligatorios de las inversiones costos y gastos a la contratista, ha reducido significativamente la participación del Estado en los beneficios económicos de la exploración y producción de petróleo en campos medianos y pequeños”<sup>4</sup>.

11. Asimismo, el nuevo CP ayudaría a atraer inversiones extranjeras. En la carta al Congreso Ecuatoriano, el Presidente Durán Ballén advirtió que “en la actualidad [el contrato de servicios modelo] ha agotado sus posibilidades de atracción al capital extranjero”<sup>5</sup>. Uno de los motivos por los cuales el contrato de servicios modelo no logró atraer inversiones extranjeras fue que no permitió que los contratistas recibieran una participación de la producción de petróleo. El Presidente Durán Ballén expresó textualmente:

“[E]l contrato de Prestación de Servicios no permite que la empresa contratista pueda disponer de un flujo de producción de su propiedad. Esta característica desnaturaliza el interés y la razón de ser de las empresas petroleras internacionales, para la mayoría de las cuales la disponibilidad de la producción para comercializarla en los mercados internacionales es un aspecto esencial. El nuevo contrato [...] permitirá al Ecuador situarse a un

---

<sup>4</sup> Anexo C-78, pp. 2-4; Mem., ¶ 63.

<sup>5</sup> Anexo C-78, p. 3; DBAA, # 3; Tr. 16:8-10..

nivel competitivo internacional respecto a la atracción al capital de riesgo [...]”<sup>6</sup>.

12. El propósito general del traspaso propuesto de contratos de servicio a CP fue, en síntesis, incrementar la competitividad de Ecuador en la industria petrolera global. El 29 de noviembre de 1993, el Congreso Ecuatoriano aprobó el proyecto de ley y autorizó al Estado a celebrar CP con empresas privadas. Al aprobar esta enmienda a la Ley de Hidrocarburos, el Congreso Ecuatoriano destacó que era “indispensable introducir en la legislación ecuatoriana modalidades contractuales, que hagan competitiva la exploración y explotación de hidrocarburos”<sup>7</sup>. Junto con esta enmienda, Ecuador emitió el Decreto 1417 que regulaba detalladamente varios aspectos de la Ley de Hidrocarburos (en conjunto, la Ley y el Decreto se denominarán en la presente decisión “Marco Legal de los Hidrocarburos”).
13. Posteriormente, Ecuador lanzó una ronda de licitaciones dirigida a celebrar CP con empresas privadas. El propósito de este proceso de licitación fue “estimular la inversión extranjera en el País y, ampliar las reservas de hidrocarburos”<sup>8</sup>. El 20 de marzo de 1995, Ecuador adjudicó el contrato de participación para la exploración y la explotación del Bloque 21 a inversores extranjeros<sup>9</sup>. Asimismo, el 23 de marzo de 2000, Ecuador convirtió el contrato de servicios vigente para la exploración y la explotación del Bloque 7 en un contrato de participación<sup>10</sup>.

### **C. PARTICIPACIÓN DE BURLINGTON EN LOS CP DE LOS BLOQUES 7 Y 21**

14. A partir de mediados de 2001, Burlington adquirió participaciones en los CP celebrados por el Estado ecuatoriano para la exploración y la explotación de los Bloques 7 y 21. Burlington realizó estas adquisiciones a través de su subsidiaria Burlington Oriente (o la “subsidiaria de Burlington”) de la cual detentaba la totalidad de las acciones. Burlington también adquirió participaciones en los CP para los Bloques 23 y 24. Si bien Burlington formuló reclamos contra Ecuador en relación con los Bloques 23 y 24, que aún no estaban produciendo, las Partes posteriormente resolvieron tales reclamos. Por lo tanto, esta decisión se limita a los reclamos pendientes de Burlington en relación con los Bloques 7 y 21, los cuales estaban produciendo cuando surgió esta controversia.

---

<sup>6</sup> Anexo C-78, p. 4; Mem., ¶ 64.

<sup>7</sup> Anexo C-15, Considerando.

<sup>8</sup> Anexo C-90, Considerando (4º párrafo). Mem., ¶ 74.

<sup>9</sup> Anexo C-2.

<sup>10</sup> Anexo C-1.

15. Burlington es el socio minoritario de los Bloques 7 y 21. Los Bloques se encuentran en la región amazónica ecuatoriana, y cada uno posee una superficie de 200,000 hectáreas. Burlington posee una participación del 42,5% en el CP para el Bloque 7<sup>11</sup> y una participación del 46,25% en el CP para el Bloque 21<sup>12</sup>. El socio mayoritario y operador de los Bloques, la compañía petrolera francesa Perenco, posee las restantes participaciones en los Bloques. En virtud de una disposición tributaria ecuatoriana emitida el 23 de septiembre de 2005, los socios en un CP para la exploración y la explotación de hidrocarburos deben formar un consorcio para el pago conjunto de impuestos. De conformidad con esta disposición, Burlington Oriente y Perenco crearon un consorcio a fines de 2005, el cual entró en vigencia el 1 de enero de 2006 (el “Consortio Fiscal” o simplemente el “Consortio”).
16. Los CP de los Bloques 7 y 21 regularon exhaustivamente los derechos y las obligaciones de las partes en relación con la exploración y la explotación de hidrocarburos en los Bloques. Estaba previsto que el CP del Bloque 7 expirara en 2010; y el CP del Bloque 21, en 2021. En particular, los CP (i) contenían fórmulas participativas que distribuían el petróleo producido entre el Estado y los contratistas, (ii) incluían cláusulas de derecho aplicable que favorecían el derecho ecuatoriano y, (iii) de radical importancia para este caso, incorporaban ciertas cláusulas impositivas cuyo significado resulta significativamente controvertido para las Partes.
17. En primer lugar, los CP contenían fórmulas participativas que distribuían el petróleo producido entre Ecuador, por un lado, y los contratistas (Burlington y Perenco), por el otro. Los CP asignaban la producción de petróleo en función de los volúmenes de petróleo producido, con un posible ajuste hacia arriba o hacia abajo según la calidad del petróleo<sup>13</sup>. Existe un total desacuerdo entre las Partes respecto de si estas fórmulas participativas estaban también vinculadas al precio del petróleo al momento de celebración de los CP. Burlington sostiene que las fórmulas participativas se basaban únicamente en el volumen y la calidad del petróleo producido. Ecuador, por otro lado, afirma que tales fórmulas también se

---

<sup>11</sup> Con respecto al Bloque 7, Burlington Oriente adquirió una participación del 25% el 25 de septiembre de 2001, una participación del 5% el 13 de diciembre de 2001 y una participación del 12,5% en septiembre de 2006. Cada una de estas transacciones estuvo seguida de las aprobaciones e inscripciones exigidas por el gobierno.

<sup>12</sup> Con respecto al Bloque 21, Burlington Oriente adquirió una participación del 32,5% en septiembre de 2001, una participación del 5% el 7 de diciembre de 2011 y una participación del 8,75% el 7 de septiembre de 2005. Cada una de estas transacciones estuvo seguida de las aprobaciones e inscripciones exigidas por el gobierno.

<sup>13</sup> Anexos C-1 y C-2, cláusula 8.1.

basaban en el precio del petróleo al momento de los CP, lo que arrojaría una tasa interna de retorno (“TIR”) para el contratista.

18. El CP para el Bloque 7 establecía la siguiente fórmula participativa:

<b>Bloque 7<sup>14</sup></b>	
<b>Producción promedio diaria por año (barriles)</b>	<b>Participación del Contratista</b>
< 5000	76,2%
5.000 – 10.000	74,2%
> 10.000	65%

19. El CP para el Bloque 21 estipulaba la siguiente fórmula participativa:

<b>Bloque 21<sup>15</sup></b>	
<b>Producción promedio diaria por año (barriles)</b>	<b>Participación del Contratista</b>
< 30.000	67,5%
30.000 – 60.000	60%
> 60.000	60%

20. En segundo lugar, los CP incluían cláusulas de derecho aplicable en favor del derecho ecuatoriano. Las Partes se encuentran en desacuerdo respecto de si tales disposiciones constituyen cláusulas de estabilización legal, es decir, cláusulas mediante las cuales el contrato se rige por las leyes vigentes al momento de su celebración, en contraposición a las leyes con sus posteriores modificaciones. La cláusula 22.1 del CP para los Bloques 7 y 21 estipula que:

“Legislación aplicable: Este Contrato se rige exclusivamente por la legislación ecuatoriana y en él se *entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración*” (énfasis agregado)<sup>16</sup>.

21. En tercer lugar, los CP incorporaron cláusulas impositivas que regulaban el tratamiento impositivo que recibiría el contratista. Así, los CP estipularon una participación laboral del 15% y un impuesto a la renta del 25%<sup>17</sup>, y eximían al contratista del pago de regalías u otras tasas adicionales. De igual modo, los CP

<sup>14</sup> Anexo C-1, cláusula 8.1; Mem., ¶ 103.

<sup>15</sup> Anexo C-2, cláusula 8.1; Mem., ¶ 103.

<sup>16</sup> Anexos C-1 y C-2, cláusula 22.1.

<sup>17</sup> La carga tributaria combinada de la participación laboral (15%) y del impuesto a la renta (25%) es del 36,25%, no del 40% (anexo C-1, 11.2.4; anexo C-2, 11.2.2). Esto se debe a que la participación laboral se aplica a la ganancia bruta, pero el impuesto a la renta se aplica solamente al menor monto obtenido tras aplicar la participación laboral.

contenían cláusulas de modificación tributaria, es decir, cláusulas que preveían la aplicación de un “factor de corrección” cuando ocurrieran cambios tributarios (ya sea un incremento o una disminución de la carga tributaria) que afectaran la economía del contrato. Existe un total desacuerdo entre las Partes respecto del significado de estas cláusulas: para Burlington, se trata de cláusulas de estabilización impositiva; para Ecuador, son meras cláusulas de renegociación. Hasta que llegue a una conclusión acerca de su naturaleza, el Tribunal se referirá a estas cláusulas como “cláusulas de modificación tributaria”, ya que existe consenso respecto de que regulan el comportamiento de las partes en caso de modificación del régimen tributario. La cláusula de modificación tributaria del CP para el Bloque 7 estipula:

“Modificación del régimen tributario: En caso de modificación del régimen tributario o de creación o eliminación de nuevos tributos no previstos en este Contrato o de la participación laboral, vigentes a la fecha de suscripción de este Contrato y según están descritos en esta Cláusula, o de su interpretación, que tengan consecuencias en la economía de este Contrato, se incluirá un factor de corrección en los porcentajes de participación, que absorba el incremento o disminución de la carga tributaria o de la participación laboral. Este factor de corrección será calculado entre las Partes y se observará el procedimiento establecido en el artículo treinta y uno (31) del Reglamento para la Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos”<sup>18</sup>.

22. Por su parte, la cláusula de modificación tributaria del CP para el Bloque 21 establece:

“Modificación del régimen tributario y participación laboral: En caso de modificación del régimen tributario, la participación laboral o de su interpretación, que tengan consecuencias en la economía de este Contrato, en los porcentajes de participación se incluirá un factor de corrección que absorba el incremento o disminución de la carga tributaria. Estos ajustes serán aprobados por el Consejo de Administración a base del estudio que para el efecto presentará la Contratista”<sup>19</sup>.

#### **D. ORIGEN DE LA CONTROVERSIA: INCREMENTOS EN EL PRECIO DEL PETRÓLEO Y LA RESPUESTA DE ECUADOR**

23. Como se mencionó anteriormente, Burlington adquirió inicialmente participaciones en los CP para los Bloques 7 y 21 en septiembre de 2001<sup>20</sup>. El petróleo crudo producido en el Bloque 7 se denomina crudo Oriente y es petróleo crudo de alta

---

<sup>18</sup> Anexo C-1, cláusula 11.12.

<sup>19</sup> Anexo C-2, cláusula 11.7.

<sup>20</sup> Véase las notas 11 y 12 anteriores.

calidad, con una gravedad que oscila entre 26° y 29° API<sup>21</sup>; el petróleo crudo producido en el Bloque 21 se denomina crudo Napo y es de cierta manera de menor calidad, con una gravedad que oscila entre 17° y 19° API. Por lo tanto, el precio de mercado del crudo Oriente es más alto que el precio de mercado del crudo Napo. En septiembre de 2001, cuando Burlington adquirió participaciones iniciales en los CP para los Bloques, el precio del crudo Oriente era de USD 20,15 por barril<sup>22</sup>. El Bloque 21 no estaba produciendo en ese entonces, y no lo haría hasta fines de 2003<sup>23</sup>.

24. A partir de 2002, el precio del petróleo comenzó a aumentar. En 2005, el precio del barril de petróleo había aumentado más del doble, y superaba los USD 50/bbl de crudo Oriente entre agosto y octubre de 2005. En 2006, el precio de crudo Oriente llegó a más de USD 60/bbl y el crudo Napo superó los USD 50/bbl. Hacia fines de 2007, el crudo Oriente cotizaba a alrededor de USD 80/bbl y el crudo Napo a aproximadamente USD 74/bbl. En 2008, el precio del petróleo superaba el precio de referencia USD 100/bbl tanto para crudo Oriente como para crudo Napo entre mayo y julio, y alcanzó los USD 121,66/bbl para crudo Oriente en junio de 2008<sup>24</sup> (es decir, más de USD 100/bbl por encima del precio de septiembre de 2001). Después, el precio del petróleo cayó drásticamente a menos de USD 30/bbl a fines de 2008 y comienzos de 2009, y aumentó nuevamente y se estabilizó en entre apenas USD 60 y 70/bbl durante la mayor parte de 2009 y 2010<sup>25</sup>.
25. Las Partes se encuentran en desacuerdo respecto de si el incremento en el precio del petróleo fue o no previsible. Burlington sostiene que las partes previeron la posibilidad de que aumentara el precio del petróleo. Asimismo, como muestra el siguiente gráfico<sup>26</sup>, a fines de la década del 70 el precio del petróleo había experimentado el mismo tipo de incremento que en 2008.

---

<sup>21</sup> API es una escala desarrollada por el Instituto Americano del Petróleo (API): cuanto mayor es el API, “más ligero (y, en consecuencia, más valioso) se vuelve el crudo” (Mem., ¶ 42 n.44).

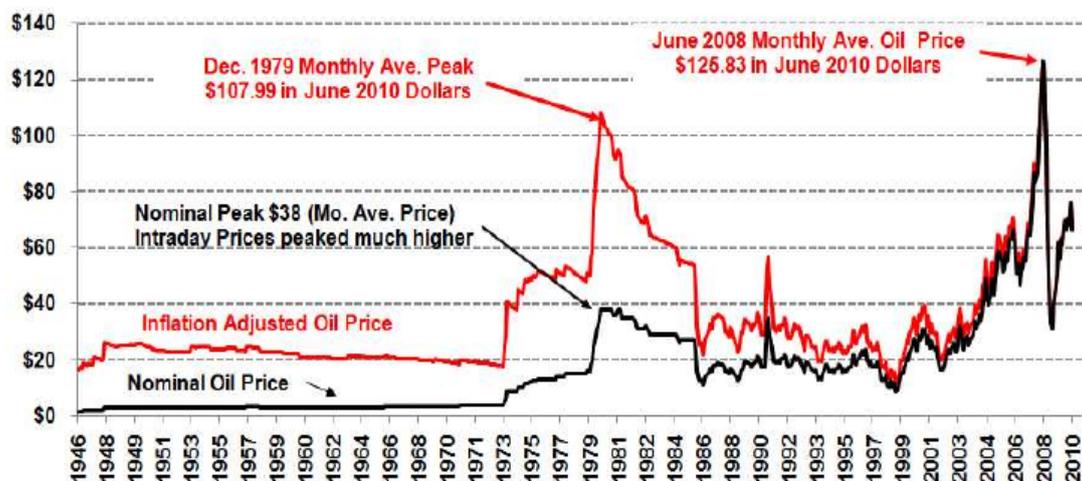
<sup>22</sup> Carpeta del interrogatorio directo a Martínez, separador precios del petróleo.

<sup>23</sup> *Id.*; también, Mem., ¶ 161 (“La producción en el Bloque 21 comenzó en 2003”).

<sup>24</sup> El crudo Napo alcanzó un pico de USD 114,67/bbl en junio de 2008.

<sup>25</sup> Véase la nota 22 anterior.

<sup>26</sup> Ecuador ha señalado que el gráfico no especifica a qué tipo de petróleo se hace referencia: “hay varios crudos con varios precios. El crudo ecuatoriano tiene un precio, el crudo WTI tiene otro precio, el crudo Brent tiene otro precio” (Tr. 625:2-5; también EPAE, ¶ 39). WTI significa West Texan Intermediate (documentación del interrogatorio directo a Martínez, separador precios del petróleo). El WTI es un referente internacional del precio del petróleo. Los precios del petróleo crudo ecuatoriano son más bajos que los precios del WTI (CME, ¶ 176 n.113), pero aun así “sigue la evolución de WTI” (Dávalos, Tr. 625:21-22). Los



26. Ecuador, por otro lado, sostiene que el incremento en el precio del petróleo fue “completamente imprevisto e imprevisible”<sup>27</sup>. El precio del petróleo se mantuvo estable desde mediados de la década del 80 hasta principios de la década del 2000. Ecuador manifiesta que los incrementos en el precio del petróleo de la década del 70 fueron ocasionados por acontecimientos específicos, a saber, (i) “la restricción de producción de petróleo en el mundo árabe”<sup>28</sup> posterior a la Guerra de Yom Kippur, y (ii) la revolución iraní junto con la guerra entre Irán e Iraq<sup>29</sup>. El siguiente gráfico muestra cómo evolucionaron los pronósticos del precio del petróleo de 2002 a 2005<sup>30</sup>.

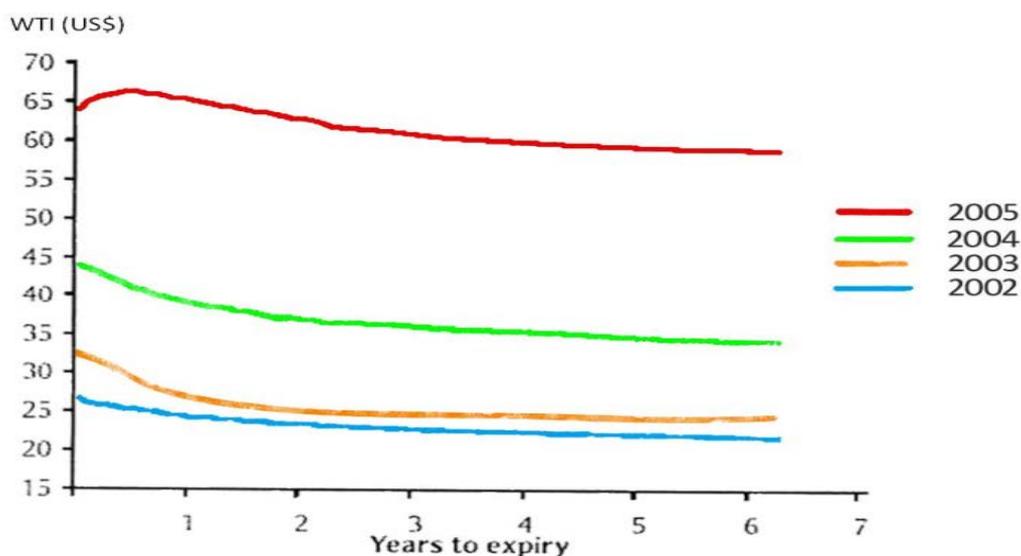
abogados de Burlington asumieron que el gráfico se refería a los precios del WTI (Tr. 626:5-13).

<sup>27</sup> CME, ¶ 179.

<sup>28</sup> CME, ¶ 178.

<sup>29</sup> CME, ¶¶ 176-181.

<sup>30</sup> Informe pericial de Fair Links, enero 2011 (en adelante “IP Fair links”), ¶ 65, figura 6; EPAE, ¶ 59.



27. Según Ecuador, este incremento del precio “destruyó la estabilidad económica” de los CP, incluidos los CP para los Bloques 7 y 21<sup>31</sup>. En términos más generales, Ecuador consideraba que la asignación de la producción de petróleo según los CP ya no resultaba justa en vista del notable incremento en el precio del petróleo. Consideraba que, debido a que el Estado es el propietario del petróleo, debía beneficiarse del incremento en el precio del petróleo en mayor medida que el contratista; sin embargo, según los términos de los CP, los cuales asignaban la mayor parte de la producción de petróleo al contratista, éste se beneficiaría del incremento del precio en mayor medida que el Estado<sup>32</sup>.
28. En noviembre de 2005, en el momento en que los precios del crudo Oriente y Napo rondaban los USD 40/bbl, Ecuador invitó a Burlington a renegociar los términos de los CP. Ecuador deseaba incrementar su participación de aproximadamente un 22% a un 50%<sup>33</sup>. Burlington, sin embargo, rechazó esta propuesta<sup>34</sup>. Según Burlington, la asignación de la producción de petróleo era independiente del precio del petróleo. Asimismo, si bien los CP podrían enmendarse bajo ciertas circunstancias, ellas no “incluían un cambio en los precios del petróleo o una sensación de inequidad de las participaciones de la producción que las partes acordaron”<sup>35</sup>. Como consecuencia, las renegociaciones propuestas por Ecuador fracasaron.

<sup>31</sup> CME, ¶ 172.

<sup>32</sup> CME, ¶ 188; EPAE, ¶ 246.

<sup>33</sup> Mem., ¶ 207; primera DT suplementaria de Martínez, ¶ 14.

<sup>34</sup> *Id.*

<sup>35</sup> Mem., ¶ 104 n. 141.

29. El 1 de marzo de 2006, luego del cese de las renegociaciones, el Presidente ecuatoriano Palacio presentó un proyecto de ley al Congreso donde proponía una participación adicional para el Estado de “al menos el 50%”<sup>36</sup> de los llamados ingresos extraordinarios, es decir, ingresos derivados del precio del petróleo que superen el precio del petróleo vigente al celebrar los CP. En la carta donde expuso los objetivos del proyecto de ley, el Presidente Palacio manifestó que los CP “romp[en] el principio de equidad” en la medida en que no existe una cláusula que permita una modificación de la participación petrolera a favor del Estado en caso de que ocurra un incremento en el precio del petróleo<sup>37</sup>. El propósito general del proyecto de ley era el de “recuperar la equidad” a favor del Estado<sup>38</sup>. Mientras tanto, ConocoPhillips adquirió Burlington el 31 de marzo de 2006<sup>39</sup>.
30. El 19 de abril de 2006, el Congreso aprobó el proyecto de ley del Presidente Palacio y promulgó la Ley 42, la cual modificó la Ley de Hidrocarburos de la siguiente manera:

**“Participación del Estado en los excedentes de los precios de venta de petróleo no pactados o no previstos.- 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 [...]**<sup>40</sup>” (énfasis agregado).

31. Como concluyó previamente el Tribunal, la Ley 42 es una medida impositiva a los fines de esta controversia sobre el Tratado<sup>41</sup>. Si bien Ecuador ha argumentado que la Ley 42 constituye un “gravamen” más que un “impuesto” según su legislación

<sup>36</sup> CME, ¶ 215; anexo E-130.

<sup>37</sup> Anexo C-174, exposición de motivos adjunta con la carta del 1 de marzo de 2006, p.2, primer punto.

<sup>38</sup> *Id.*, segundo punto.

<sup>39</sup> Según Ecuador, esto fue un hecho muy importante porque ConocoPhillips “sabí[a] sobre la renegociación del contrato, sabí[a] que querían hacerlo [renegociar los CP], compr[ó] Burlington, sabí[a] que podían sancionarse impuestos sobre las ganancias extraordinarias, tení[a] ya experiencia en China y sabí[a] que podía sancionarse la Ley 42. ¿Por qué? Porque el presidente Palacios [...] ya había presentado el anteproyecto de ley al Congreso el 1º de marzo de 2006” (Tr. 1395;10-18).

<sup>40</sup> Anexo C-7, Artículo 2.

<sup>41</sup> DJ, ¶ 167.

nacional, ha admitido que “a los fines del presente caso, cualquier controversia en cuanto a la naturaleza jurídica de la Ley 42 bajo el derecho ecuatoriano es irrelevante”<sup>42</sup>. Cualquier controversia de este tipo resultaría irrelevante porque las Partes coinciden en que, sea un impuesto o un gravamen, la Ley 42 forma parte del “sistema tributario” de Ecuador en el sentido de los CP y sus cláusulas de modificación tributaria<sup>43</sup>. Por lo tanto, a los fines de la presente decisión, el Tribunal considera que la Ley 42 creó un impuesto.

32. Bajo el impuesto de la Ley 42, las compañías petroleras debían pagar el 50% del excedente, si lo hubiere, del precio de mercado del petróleo respecto del precio del petróleo al momento de celebración de los CP<sup>44</sup>. Para poder calcular el impuesto, es necesario determinar:

- (i) en primer lugar, el precio de mercado actual del petróleo, entendido como el precio corriente promedio mensual real del petróleo (el “precio de mercado”);
- (ii) en segundo lugar, el precio de mercado del petróleo al momento de celebración de los CP ajustado por inflación (el “precio de referencia legal”);
- (iii) en tercer lugar, el impuesto es equivalente al 50% de la diferencia, si la hubiera, entre el precio de mercado y el precio de referencia legal.

33. El precio de referencia legal era de aproximadamente USD 25/bbl<sup>45</sup> para el Bloque 7 y USD 15/bbl<sup>46</sup> para el Bloque 21. Este precio de referencia legal se ajustaba por inflación y por calidad del crudo<sup>47</sup>. En julio de 2006, por ejemplo, el precio de mercado del crudo Oriente del Bloque 7 era de USD 66,56/bbl y el precio de referencia legal ajustado era de USD 30,01/bbl. Por lo tanto, el impuesto de la Ley 42 era de USD 18,28 por barril de petróleo producido en el Bloque 7 (el 50% de la diferencia entre USD 66,56/bbl y USD 30,01/bbl)<sup>48</sup>. El precio de mercado del crudo

---

<sup>42</sup> CME, ¶ 287.

<sup>43</sup> Mem., ¶¶ 369-370; CME, ¶ 287.

<sup>44</sup> El impuesto de la Ley 42 se aplica a los ingresos brutos de la compañía petrolera. Una vez que los impuestos y otros gravámenes previstos en los CP se deducen de los ingresos brutos, se obtiene el ingreso base. Luego, la participación laboral y el impuesto a la renta se fijan en función de este ingreso base para determinar el ingreso neto o ganancia de la compañía petrolera (CME, ¶ 219).

<sup>45</sup> El precio de referencia legal inicial exacto para el Bloque 7 era USD 25,111383 (Mem., ¶ 219; anexo C-178).

<sup>46</sup> El precio de referencia legal inicial exacto para el Bloque 21 era USD 15,358274 (Mem., ¶ 219; anexo C-178).

<sup>47</sup> CME, ¶¶ 218, 342, 500, 502.

<sup>48</sup> EPAE, ¶ 299; DEAA, # 118.

Napo del Bloque 21 en ese entonces era de USD 57,43/bbl<sup>49</sup> y el precio de referencia legal era de aproximadamente USD 18/bbl<sup>50</sup>. Por consiguiente, el impuesto de la Ley 42 rondaba los USD 19,72 por barril de petróleo producido en el Bloque 21 (el 50% de la diferencia entre USD 57,43/bbl y USD 18/bbl).

34. El 6 de septiembre de 2006, la Corte Constitucional del Ecuador declaró que la Ley 42 era inconstitucional<sup>51</sup>. Burlington pagó el impuesto de la Ley 42 bajo protesto<sup>52</sup>. A través de las cartas de fecha 18 de diciembre de 2006, el Consorcio Fiscal solicitó a PetroEcuador que aplicara un factor de corrección que absorbiera los efectos de la Ley 42, supuestamente de conformidad con las cláusulas de modificación tributaria previstas en los CP. Ecuador no respondió a estas solicitudes, presuntamente porque Burlington no habría demostrado que la Ley 42 tuviera consecuencias en la economía de los CP (condición previa esencial para la aplicación de las cláusulas de modificación tributaria)<sup>53</sup>.
35. En noviembre de 2006, Rafael Correa ganó las elecciones presidenciales y asumió su cargo en enero de 2007, reemplazando al Presidente Palacio. El 18 de octubre de 2007, Ecuador emitió el Decreto 662, el cual incrementaba la alícuota impositiva de la Ley 42 del 50% al 99% (“Decreto 662” o “Ley 42 al 99%”). En noviembre de 2007, por ejemplo, el precio de mercado del crudo Oriente del Bloque 7 era de USD 83,20/bbl y el precio de referencia legal era de USD 30,85/bbl. Por lo tanto, el impuesto de la Ley 42 al 99% era de USD 51,83/bbl (99% de la diferencia entre USD 83,20/bbl y USD 30,85/bbl)<sup>54</sup>. Ese mes, el precio de mercado del crudo Napo fue de USD 79,09/bbl<sup>55</sup> y el precio de referencia legal fue de aproximadamente USD 18/bbl<sup>56</sup>. En consecuencia, el impuesto de la Ley 42 al 99% rondó los USD 60,48/bbl (99% de la diferencia entre USD 79,09/bbl y USD 18/bbl).

---

<sup>49</sup> Carpeta del interrogatorio directo a Martínez, separador precios del petróleo (“Martínez, separador precios del petróleo”).

<sup>50</sup> Como parece no haber evidencia del precio de referencia legal ajustado para el Bloque 21 en julio de 2006, el Tribunal ha aplicado al precio de referencia legal del Bloque 21 el mismo ajuste que se aplicó al precio de referencia legal del Bloque 7, es decir, un 20%. Por lo tanto, este cómputo es aproximado y no exacto.

<sup>51</sup> CME, ¶ 217; anexo CL-62.

<sup>52</sup> Mem., ¶ 220; anexo C-9.

<sup>53</sup> El testigo Galo Chiriboga, entonces Presidente Ejecutivo de PetroEcuador, testificó que las solicitudes del Consorcio se trataron a destiempo en vista del inminente cambio de administración (Tr. 804:19-805:7).

<sup>54</sup> EPAE, ¶ 299; DEAA, # 118.

<sup>55</sup> Martínez, separador precios del petróleo.

<sup>56</sup> Véase la nota 50 anterior.

36. Burlington pagó el impuesto de la Ley 42 al 99% bajo protesta<sup>57</sup>. A través de las cartas de fecha 28 de noviembre de 2007, el Consorcio Fiscal solicitó nuevamente a PetroEcuador que aplicara un factor de corrección a su participación del petróleo que absorbiera los efectos de la Ley 42 al 99%, supuestamente de conformidad con las cláusulas de modificación tributaria de los CP. Como ocurrió con la Ley 42 al 50%, Ecuador no respondió a estas solicitudes, presuntamente porque Burlington no habría demostrado que la Ley 42 al 99% hubiera afectado la economía de los CP y, por lo tanto, que se hubieran verificado los requisitos para la aplicación de las cláusulas de modificación tributaria.
37. En diciembre de 2007, Ecuador sancionó la Ley de Equidad Tributaria (“LET”), cuyo objetivo era abrir “una nueva vía para las negociaciones con las compañías petroleras”<sup>58</sup> lo que les permitiría “evitar la aplicación de la Ley 42”<sup>59</sup> al 99%. Según Ecuador, la LET permitía al Estado y a las compañías petroleras acordar “términos más justos”<sup>60</sup> para la asignación de ingresos del petróleo. La LET presentaba las siguientes tres diferencias con respecto a la Ley 42 al 99%: (i) su alícuota impositiva era del 70%; (ii) el precio de referencia legal no lo fijaba Ecuador pero estaba sujeto a negociación en cada caso en particular y (iii) se aplicaría solamente a aquellas compañías petroleras que acordaran celebrar los llamados “acuerdos transitorios” (en ausencia de tales acuerdos, se continuaría aplicando la Ley 42)<sup>61</sup>.
38. El 26 de enero de 2008, como consecuencia de la promulgación de la Ley 42 al 99% y la LET, el Presidente Rafael Correa declaró en un discurso público radial que las compañías petroleras tenían las siguientes tres opciones:

“Estamos renegociando los contratos petroleros. Las empresas petroleras tienen tres opciones:

[1] O se acogen al decreto 99-1, es decir, de ganancias extraordinarias, extraordinarias! [...] De las ganancias extraordinarias: 99 por ciento para el Estado, 1 por ciento para la empresa porque el recurso es nuestro. Si no están de acuerdo, esa es la prim[er]a opción, perfecto.

[2] Podemos renegociar el contrato e ir a un contrato de prestación de servicios que siempre debió ser la figura preponderante en el ámbito petrolero. Por que? Si el petróleo es nuestro, nosotros contratamos a alguien para que saque nuestro

---

<sup>57</sup> Mem., ¶ 225; anexo C-42.

<sup>58</sup> CME, ¶ 221.

<sup>59</sup> *Id.*

<sup>60</sup> *Id.*, ¶ 223.

<sup>61</sup> *Id.*, ¶¶ 222-224.

petróleo, verdad? Le pagamos por el trabajo, 10 dólares por cada barril extraído, pero el resto es para nosotros. Entonces ese es el contrato al que queremos ir, que había a inicio de los 90 [...]. Qué significa el contrato de participación? Explotan 100 barriles, sacan 100 barriles de nuestro petróleo, las petroleras privadas y trasnacionales, y nos dan una partecita y el resto se llevan ellos [...]. Y hay gente que defiende eso, qué vergüenza no? Quieren volvernos a ese pasado oprobioso, que se llevaban en peso los recursos de nuestros países. Este gobierno revolucionario, patriota, ciudadano, esta renegociando contratos petroleros y queremos ir a esos contratos de servicios, especiales, de prestación de servicio se llaman donde, le pagamos 10 dólares por cada barril lo que ellos consideren, negociando obviamente, pero el resto es para nosotros el dueño del recurso. Entonces segunda opción.

[3] Y la tercera opción, si no están contentos no hay problema. Aquí no queremos estafar a nadie. Cuánto han gastado en inversiones? 200 millones? Tengan sus 200 millones que les vaya bonito y PetroEcuador explotará ese campo. Pero no permitiremos! Compatriotas, que se nos sigan llevando en peso nuestro petróleo. [...] Tenemos que ponerle un límite 45 días, y si no tendrán que seguir cumpliendo con el 99-1”<sup>62</sup>.

39. Impulsados por la LET y la política del nuevo gobierno, PetroEcuador, en representación de Ecuador, y Perenco, en representación del Consorcio, comenzaron las renegociaciones para reasignar los ingresos del petróleo luego del incremento del precio del petróleo, aunque esta vez con el antecedente de la Ley 42 al 99%. En marzo de 2008, PetroEcuador y Perenco lograron un acuerdo preliminar para reasignar los ingresos del petróleo de los Bloques 7 y 21. El Acuerdo Transitorio de marzo de 2008 estipulaba que: (a) los Bloques serían operados según el CP modelo por un periodo de cinco años y luego migrarían a otro contrato modelo (presuntamente, contratos de servicio); (b) el contrato, cualquiera fuera su modalidad, se extendería hasta 2018; (c) la participación del Estado en la producción aumentaría para el periodo 2008-2010, y luego se vincularía al precio del petróleo para el periodo 2010-2018; (d) finalmente, el precio de referencia legal de la Ley 42 aumentaría a USD 42,5/bbl<sup>63</sup>.
40. Burlington alega haber sido excluida de estas negociaciones porque Ecuador solicitó negociar exclusivamente con Perenco. En la audiencia, Alex Martínez, Gerente de Operaciones en Latinoamérica de ConocoPhillips y Miembro de la Junta Directiva de Burlington Oriente<sup>64</sup>, testificó que “el equipo de negociación [de PetroEcuador] quiere que solamente el operador esté presente en la mesa, y que haya una sola voz en la mesa. No quiere que esté Burlington en la mesa, y no

<sup>62</sup> Anexo C-183; Mem., ¶¶ 20, 231, 416; EPAB, ¶¶ 53, 83.

<sup>63</sup> EPAB, ¶ 228; CME, ¶ 228; anexo E-133.

<sup>64</sup> DT1 y DT2 de Martínez; ¶1.

quieren que Burlington hable”<sup>65</sup>. Burlington argumenta, sin embargo, que si bien Perenco era el operador del Bloque, no podía renegociar por sí solo los derechos de Burlington según los CP<sup>66</sup>.

41. Según Ecuador, por otro lado, Burlington intentó equivocadamente dar la impresión de que había sido dejada fuera de la mesa de negociación y que Perenco no le había notificado acerca del estado de las negociaciones. Ecuador sostiene que, en virtud del Acuerdo de Operaciones Conjuntas, a Perenco, como operador del Bloque, le corresponde "llevar a cabo las negociaciones con el Estado en nombre del Consorcio"<sup>67</sup>. Asimismo, que Perenco haya o no notificado a Burlington acerca del progreso de las renegociaciones del contrato era una cuestión interna de los socios del Bloque, ajena a Ecuador<sup>68</sup>.
42. De cualquier modo, en abril de 2008, cuando Burlington aún estaba “en el medio de este proceso de evaluación”<sup>69</sup> de los términos del Acuerdo Transitorio de marzo de 2008, Ecuador adoptó una nueva política de “modelo único”<sup>70</sup> con respecto a la renegociación de los contratos de petróleo. Bajo esta nueva política, todos los acuerdos transitorios, incluidos el Acuerdo Transitorio de marzo de 2008, tendrían una vigencia de un año, después del cual las partes deberían migrar a un contrato de servicios. En un discurso público radial pronunciado a mediados de abril, el Presidente Correa explicó los fundamentos de esta nueva política y, haciendo referencia a su discurso público de enero, manifestó:

“Di 45 días, me parece en enero, para la renegociación de los contratos [de petróleo]... estuvo casi lista, pero yo mismo la he parado porque, pese a que hemos logrado grandes ventajas, creo que lo podemos hacer mejor.

[...]

[C]reo que una de las mejores alternativas es llegar a un convenio transitorio, quitando una serie de cláusulas absurdas de los contratos actuales, donde prácticamente claudicábamos en nuestra soberanía nacional. [...] [N]o era que los negocios se sometían a la soberanía del país, sino que la soberanía del país se sometía a los negocios, [y eso] no podemos admitirlo. [...]

Entonces [...] parece que la mejor alternativa es firmar un convenio transitorio hasta cuando esté la nueva Constitución, e ir a un modelo único de contratos para todas las empresas

---

<sup>65</sup> Tr. 390:1-4; EPAB, ¶ 225.

<sup>66</sup> EPAB, ¶ 226.

<sup>67</sup> EPAE, ¶ 202.

<sup>68</sup> *Id.*, ¶¶ 202-203.

<sup>69</sup> Tr. 390:1-4; EPAB, ¶ 229.

<sup>70</sup> Anexo C-184; EPAB, ¶ 229.

[petroleras]. [...] Básicamente, lo que se estaba haciendo era modificar los contratos ya existentes, y los hemos mejorado mucho, pero pensamos que es mejor ir a esa solución definitiva de “modelo único”<sup>71</sup>.

43. Como Ecuador mismo reconoció, la decisión de migrar a contratos de servicio en el plazo de un año “suspendió las negociaciones con todas las empresas petroleras, incluidas Perenco y Burlington, por unas semanas”<sup>72</sup>. Esta decisión tendría consecuencias todavía más amplias en el caso de Burlington, quien presentó una Solicitud de Arbitraje días después del anuncio del Presidente Correa de la nueva política de “modelo único”<sup>73</sup>. Según Burlington, la decisión de migrar a contratos de servicio “significaba que Ecuador recogería los frutos de la considerable inversión de Burlington en los Bloques y su explotación, y al mismo tiempo sería el único beneficiario de los elevados precios del petróleo entonces vigentes y de sus futuros incrementos”<sup>74</sup>.
44. Las negociaciones se reanudaron en mayo de 2008. De acuerdo con el anuncio del Presidente Correa, Ecuador presentó a Burlington un nuevo Acuerdo Transitorio preliminar en virtud del cual (a) las Partes realizarían “los mejores esfuerzos” para migrar a un contrato de servicios en el plazo de 120 días<sup>75</sup>, (b) Burlington mantendría los niveles de inversión propuestos inicialmente para 2008<sup>76</sup> y (c) se suspendería el proceso ante el CIADI contra Ecuador<sup>77</sup>. Burlington no estuvo de acuerdo con los términos de este Acuerdo Transitorio de mayo de 2008<sup>78</sup>.
45. El 10 de julio de 2008, Ecuador propuso otro Acuerdo Transitorio preliminar más, según el cual Perenco y Burlington se comprometerían a migrar a un contrato de servicios en el plazo de un año de su celebración<sup>79</sup>. En una carta conjunta de fecha 16 de julio de 2008, Burlington y Perenco respondieron que los términos de ese nuevo Acuerdo Transitorio preliminar, el cual era “muy similar”<sup>80</sup> a los del

---

<sup>71</sup> Anexo C-184.

<sup>72</sup> CME, ¶ 229.

<sup>73</sup> Mem., ¶ 233; CME, ¶ 230.

<sup>74</sup> Mem., ¶ 233.

<sup>75</sup> Anexo C-448, §§ 4.2, 4.3.

<sup>76</sup> *Id.*, § 4.1.

<sup>77</sup> *Id.*, § 4.3. Mientras Ecuador alega que ninguno de los acuerdos transitorios contenía una obligación de “suspender” el arbitraje ante el CIADI (EPAE, ¶ 208), el Acuerdo Transitorio de mayo de 2008 parece contener justamente tal obligación en § 4.3.

<sup>78</sup> EPAB, ¶ 231; Tr. 394:14-398:1.

<sup>79</sup> Anexo E-135, § 8.

<sup>80</sup> Anexo E-136.

Acuerdo Transitorio de mayo de 2008, “no [eran] aceptables”<sup>81</sup>. El 20 de agosto de 2008, Roy Lyons, Vicepresidente de Burlington, le escribió a Galo Chiriboga, Ministro de Minas y Petróleos, con el fin de informarle que Burlington “preferiría proceder con la disposición de sus activos en el Ecuador en vez de cambiar su posición actual en los contratos de participación al modelo de un contrato de servicios”<sup>82</sup>.

46. Según Ecuador, desde allí en adelante, Burlington frustró cada intento de renegociación de los términos de los CP. Debido a que el consentimiento de Burlington era indispensable para renegociar los CP para los Bloques 7 y 21, ello impidió efectivamente que Ecuador y Perenco logaran un acuerdo<sup>83</sup>. En octubre de 2008, Ecuador y Perenco reiniciaron las renegociaciones y llegaron a un acuerdo preliminar con respecto tanto al Bloque 7 como al 21. Perenco “aceptó el principio de migración a un contrato de servicios”<sup>84</sup>, un precio de referencia legal más elevado (USD 42,5/bbl para el Bloque 7 y USD 48/bbl para el Bloque 21) y la aplicación de la alícuota impositiva de la LET (70%) en vez de la de la Ley 42 al 99%. El acuerdo exigía, además, que el inversor se comprometiera a realizar una inversión de USD 110 millones y a respaldar este compromiso con una garantía de la casa matriz<sup>85</sup>.
47. Perenco estaba “interesado”<sup>86</sup> en que su socio minoritario en los Bloques firmara estos acuerdos preliminares (los “Acuerdos Transitorios de Noviembre de 2008”). Por consiguiente, a principios de noviembre, Perenco proporcionó a Burlington copias de los Acuerdos Transitorios de Noviembre de 2008<sup>87</sup> y, el 27 de noviembre de 2008, Perenco le escribió a Burlington:

“Nuevamente con la intención de mantenerlo informado acerca de las novedades entre Perenco y el Gobierno del Ecuador, me dirijo a Ud. con el fin de informarle que, tras exhaustivas negociaciones, hemos llegado a un acuerdo transitorio preliminar que es aceptable tanto para Perenco por un lado, como para el Gobierno del Ecuador y PetroEcuador por el otro. [...] Perenco considera que el acuerdo adjunto es la mejor alternativa actual con respecto a los Bloques 7 y 21.

---

<sup>81</sup>

*Id.*

<sup>82</sup>

Anexo E-138.

<sup>83</sup>

CME, ¶ 236.

<sup>84</sup>

CME, ¶ 242.

<sup>85</sup>

EPAB, ¶ 232; anexo C-422; cláusulas 3.3 y 5.

<sup>86</sup>

Tr. 492:10-12.

<sup>87</sup>

Anexo C-422.

El acuerdo transitorio no puede tener efectos para el consorcio sin la participación en él de Burlington. Lo invitamos a que evalúe la posibilidad de unirse a este acuerdo. Si Burlington se niega a hacerlo, ello podrá tener consecuencias negativas para nuestras empresas y Perenco se verá obligado a analizar todas los medios posibles para preservar el valor de sus inversiones”<sup>88</sup>.

48. Burlington, sin embargo, expresó que no “suscribir[ía] los acuerdos transitorios preliminares” porque no tenía “interés en reemplazar los CP por contratos de servicio”<sup>89</sup>. En la carta de fecha 22 de diciembre de 2008, Burlington respondió a Perenco lo siguiente:

“Nuestra clara posición ha sido y continúa siendo que la Ley 42 es ilegítima y que nos corresponde el reembolso de todos los pagos efectuados a Ecuador en relación con la Ley 42 [...]. De modo similar, en lo que respecta al futuro, esperamos gozar de los beneficios de la economía que nos fue prometida bajo los CP y los TBI [...]. En consecuencia, consideramos que no tiene sentido comparar la economía del Acuerdo Transitorio con la economía vigente después de la primera implementación de la Ley 42. La evaluación que hemos realizado, para nuestros fines, es cómo este acuerdo se compara con los contratos, según su redacción actual. En nuestra opinión, no supera la prueba”<sup>90</sup>.

49. El 23 de diciembre de 2008, Derlis Palacios, Ministro de Minas y Petróleos, invitó a Perenco, el operador de los Bloques, a que designara un equipo negociador para comenzar el proceso de reversión del Bloque 7 (cuyo CP concluiría en agosto de 2010) para la “terminación anticipada de mutuo acuerdo”<sup>91</sup> del CP para el Bloque 21, ya que no fue posible alcanzar un acuerdo final debido a la “posición invariable de su socia Burlington Resources”<sup>92</sup>. El 7 de enero de 2009, Burlington escribió al ministro Palacios solicitando una compensación en concepto de lo que consideraba la cancelación deliberada de los CP para los Bloques 7 y 21<sup>93</sup>. El 21 de enero de 2009, el ministro Palacios habría manifestado que las negociaciones

---

<sup>88</sup> Anexo C-423, p. 1.

<sup>89</sup> Anexo C-46; anexo C-425.

<sup>90</sup> Anexo C-425. En la audiencia, el Sr. Martínez testificó que bajo los Acuerdos Transitorios de Noviembre de 2008 “básicamente estoy sacrificando el contrato [el CP]” (Tr. 401:19-20). El Sr. Martínez manifestó que “a no ser que firme un Contrato de Servicios, y a propósito no sé cómo es, [...] le liquidan sobre la base de sus inversiones no amortizadas[...]. [C]ómo puedo firmar esto. Ningún empresario va a firmar algo que no conoce” (Tr. 401:16-402:1-2).

<sup>91</sup> Anexo C-49.

<sup>92</sup> *Id.*; Mem., ¶ 234; MCB, ¶ 34;

<sup>93</sup> Anexo C-47; Mem., ¶ 235; MCB, ¶ 35; CME, ¶ 245.

con Burlington y Perenco “son prácticamente imposibles”<sup>94</sup> y que los CP van “por el camino de la terminación”<sup>95</sup>.

50. En síntesis, el proceso de renegociación fracasó nuevamente. Según Ecuador, la negativa de Burlington a aceptar los términos de los Acuerdos Transitorios de Noviembre de 2008 “no muestran sino una absoluta mala fe y falta de una verdadera intención de llegar a una solución amigable, aceptable para ambas partes”<sup>96</sup>. Burlington, por otro lado, sostiene que “[u]na renegociación de buena fe no implica la obligación de aceptar *cualquier* propuesta presentada por Ecuador”<sup>97</sup> (énfasis en el original), y que tenía motivos válidos para no aceptar las ofertas de Ecuador<sup>98</sup>; mientras tanto, deberían haberse respetado los términos de los CP bajo el principio *pacta sunt servanda*<sup>99</sup>.
51. Las Partes se encuentran en desacuerdo respecto de la cantidad de compañías petroleras que acordaron celebrar acuerdos transitorios para migrar de CP a contratos de servicio. Según Ecuador, casi todos los principales productores de petróleo que habían sido invitados a negociar celebraron acuerdos transitorios con Ecuador. De un total de veintitrés contratos, quince migraron a contratos de servicio<sup>100</sup>. Burlington, por el contrario, sostiene que la mayoría de las compañías petroleras no aceptaron el nuevo contrato de servicios propuesto por Ecuador. De los catorce CP que se encontraban vigentes cuando se promulgó la Ley 42 al 50% en abril de 2006, solo cuatro se convirtieron satisfactoriamente en contratos de servicio; las restantes compañías petroleras resolvieron sus reclamos antes de suscribir acuerdos transitorios o, bien, suscribieron acuerdos transitorios pero no contratos de servicio<sup>101</sup>.

---

<sup>94</sup> Anexo C-50.

<sup>95</sup> *Id.*

<sup>96</sup> CME, ¶ 242.

<sup>97</sup> EPAB, ¶ 236.

<sup>98</sup> Burlington argumentó *inter alia* que no se conocían los términos de los contratos de servicio a los que los CP habrían migrado (EPABA, ¶ 227; Martínez, Tr. 399:20-400:4; 401:20-402:2).

<sup>99</sup> EPAB, ¶ 236.

<sup>100</sup> EPAE, ¶¶ 227-230. El acta presenta leves inconsistencias aquí, en parte debido a inconvenientes técnicos con el interrogatorio por video en la audiencia. En la transcripción en inglés, el Sr. Pastor Morris parece testificar que 14 de 24 contratos migraron a contratos de servicio (Tr. 986:21-987:3). En la transcripción en español, el Sr. Pastor Morris parece testificar que 15 de 23 contratos migraron a contratos de servicio (Tr. 940:4-8), aunque luego manifestó que solo 14 de 23 lo hicieron (Tr. 986:21-987:3). Las variaciones, no obstante, son poco relevantes.

<sup>101</sup> EPAB, ¶¶ 237-244.

## E. JUICIO DE COACTIVAS, INTERVENCIÓN EN LOS BLOQUES Y DECRETOS DE CADUCIDAD

52. Mientras se llevaban a cabo las renegociaciones de los contratos, Burlington continuó pagando el impuesto de la Ley 42. Burlington pagó el impuesto de la Ley 42 a Ecuador durante dos años consecutivos, de abril de 2006 a mayo de 2008. En junio de 2008, sin embargo, Burlington dejó de pagar el impuesto de la Ley 42 a Ecuador. Para entonces, el Consorcio Fiscal, que había pagado alrededor de USD 400 millones en impuestos de la Ley 42, estaba “preocupado por el incremento exponencial de los montos discutidos y la ausencia de una perspectiva clara de alcanzar una solución negociada”<sup>102</sup>. Por lo tanto, el 19 de junio de 2008, el Consorcio Fiscal escribió a Ecuador para proponer que los futuros pagos de la Ley 42 se realicen “a una cuenta de depósito en garantía (“*escrow account*”) mantenida por un agente depositario en un lugar neutral hasta que se resuelva nuestra disputa, ya sea mediante transacción o laudo”<sup>103</sup>.
53. En ese momento, Ecuador no respondió a la solicitud del Consorcio Fiscal<sup>104</sup>. En la audiencia, Germánico Pinto, quien se transformaría simultáneamente en Ministro de Recursos No Renovables y Presidente de la Junta Directiva de PetroEcuador y PetroAmazonas por un periodo de diez meses<sup>105</sup>, testificó que ningún país del mundo aceptaría la propuesta del Consorcio Fiscal<sup>106</sup>. En el mismo sentido, el ex Ministro de Minas y Petróleos Galo Chiriboga manifestó que “las normas tributarias en Ecuador, y creo que en buena parte del mundo, son de obligatorio cumplimiento”, por lo cual aceptar la propuesta del Consorcio Fiscal no sería “posible en ningún país”<sup>107</sup>.
54. Habiendo iniciado el presente procedimiento de arbitraje y sin haber recibido ninguna respuesta de Ecuador respecto de su propuesta de una cuenta de depósito en garantía, el Consorcio Fiscal decidió realizar los futuros pagos de la Ley 42 en una cuenta separada. Desde junio de 2008 a abril de 2009, Burlington pagó alrededor de USD 150 millones en esta cuenta separada ubicada en Estados Unidos. Ecuador se refirió a esta decisión como “un manifiesto e ilegítimo acto de rebeldía por parte del Consorcio”<sup>108</sup>. En la audiencia, el ministro Pinto testificó que

---

<sup>102</sup> Mem., ¶ 229 (se omitieron las comillas); anexo C-48.

<sup>103</sup> Anexo C-48.

<sup>104</sup> Mem., ¶ 229.

<sup>105</sup> DT de Pinto, ¶¶ 11-12.

<sup>106</sup> Tr. 742:4-6.

<sup>107</sup> Tr. 826:1-10.

<sup>108</sup> CME, ¶ 13.

la decisión del Consorcio de dejar de pagar el impuesto de la Ley 42 a Ecuador era “conside[rada] una dificultad”<sup>109</sup>. Igualmente, el ministro Chiriboga testificó:

“Los ciudadanos [...] no estamos en la capacidad de decidir si pagamos o no pagamos un impuesto. Lo que estamos en posibilidad es discutir pagándolo, discutir en las Cortes si ese pago es legal o no. Pero no se puede aceptar de que mañana un contribuyente le diga a una autoridad: no voy a pagar en el Estado. Voy a depositar en una cuenta y cuando la Corte o el juez que está conociendo el tema, veremos qué hago”<sup>110</sup>.

55. El 14 de febrero de 2009, luego del cese de las renegociaciones, el Presidente Correa expresó en una conferencia de prensa que:

[D]os compañías, Perenco y Repsol, de la cual forma parte también Burlington, [] nos han hecho perder el tiempo porque se llegaba a un acuerdo y se retrocedía. Creo, temo que ellos creían que seguían con los gobiernos de antes, así que, señores, nosotros no vamos a permitir esto.

[...]

[C]omo no han pagado sus impuestos sobre las ganancias extraordinarias, he ordenado que ya se efectúen las coactivas en Repsol y Perenco y estas compañías pueden ir donde quieran. Este país no hará caso a instancias extrarregionales que nos quieren decir qué hacer o qué no hacer.<sup>111</sup>

56. El 19 de febrero de 2009, Ecuador inició un juicio de coactivas contra el Consorcio para ejecutar el cobro impuestos pendientes por un monto de USD 327,3 millones. De conformidad con este procedimiento, el Juzgado de Coactivas de PetroEcuador (el “Juzgado de Coactivas”) envió tres notificaciones del juicio de coactivas a Perenco, el operador de los Bloques, donde se ordenaba el pago del impuesto adeudado en el término de tres días, bajo pena de embargo de sus activos. El 3 de marzo de 2009, el Juzgado de Coactivas ordenó la incautación de la producción y cargamentos de crudo de los Bloques 7 y 21, y designó un custodio judicial del crudo. Esta decisión fue confirmada el 9 de marzo de 2009 por un juzgado ecuatoriano<sup>112</sup>.
57. El 6 de marzo de 2009, ante la solicitud de Burlington Oriente<sup>113</sup>, este Tribunal recomendó “que las Demandadas [Ecuador y PetroEcuador]<sup>114</sup> se abst[uvieran] de

---

<sup>109</sup> Tr. 762:5-22.

<sup>110</sup> Tr. 826:16-827:3.

<sup>111</sup> Anexo C-51, pp. 2-3; Mem., ¶ 237; MCB ¶ 37. ¶

<sup>112</sup> Anexo C-60.

<sup>113</sup> Una de las demandantes iniciales en este arbitraje, Burlington Oriente, dejó de ser parte en este proceso después de que se retiraran los reclamos contractuales (DJ, ¶¶ 53, 78-80).

realizar todo acto que agrav[ara] la controversia entre las Partes y/o afect[ara] el *status quo* hasta que se pronunci[ara] sobre la solicitud de medidas provisionales presentada por las Demandantes o reconsider[ara] la presente recomendación, si esto último fuera primero”<sup>115</sup>. A pesar de esta recomendación, Ecuador llevó a cabo el primer remate del crudo incautado el 15 de mayo de 2009, pero no se presentaron posturas y el petróleo incautado no fue vendido<sup>116</sup>.

58. El 29 de junio de 2009, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N.º 1 sobre medidas provisionales, en la cual recomendó en general a las Partes que “se absten[gan] de todo acto que pueda agravar la controversia”<sup>117</sup>. Con el fin de alcanzar este objetivo, el Tribunal recomendó específicamente que las Partes “ha[gan] todo lo posible”<sup>118</sup> para abrir una cuenta conjunta de depósito en custodia donde se depositarían los pagos previstos en la Ley 42, y que las Demandadas “suspend[an]”<sup>119</sup> los procedimientos de coactivas pendientes contra Burlington Oriente. No obstante la Resolución Procesal N.º 1, se llevó a cabo un segundo remate a principios de julio de 2009: PetroEcuador, el único postor en esta ocasión, adquirió el crudo incautado al 50% de su valor de mercado (según lo previsto por la ley ecuatoriana)<sup>120</sup>.
59. En los remates posteriores, PetroEcuador, quien seguía siendo el único postor, adquirió el petróleo incautado en la primera ronda a aproximadamente dos tercios de su valor (nuevamente de conformidad con la ley ecuatoriana). Las Partes presentan versiones diferentes respecto de por qué PetroEcuador fue el único postor en los remates. Burlington conjetura que “los potenciales postores sabían que la propiedad de los cargamentos era objeto de controversia y que estos se encontraban sujetos a las resoluciones sobre medidas provisionales de los tribunales de *Burlington* y *Perenco*”<sup>121</sup> (énfasis en el original). Ecuador sostiene que tal explicación es falsa, y que el verdadero motivo por el cual no hubo otros

---

<sup>114</sup> PetroEcuador era inicialmente una de las dos demandadas en este caso, junto con Ecuador (DJ, ¶ 53).

<sup>115</sup> Recomendación del Tribunal del 6 de marzo de 2009, ¶ 13; Mem., ¶ 246; MCB, ¶ 43.

<sup>116</sup> MCB, ¶ 47.

<sup>117</sup> RP1, Resolución 8.

<sup>118</sup> *Id.*, 1-6.

<sup>119</sup> *Id.*, 7.

<sup>120</sup> MCB, ¶ 53. De conformidad con el Código de Procedimiento Civil de Ecuador, las posturas del primer remate no pueden ser inferiores a las dos terceras partes del avalúo del bien rematado; si no hubiera postores en la primera ronda, se organizará una segunda ronda y la oferta mínima esta vez no podrá ser inferior al 50% del avalúo del bien rematado (CME, ¶ 539).

<sup>121</sup> MCB ¶ 53.

postores además de PetroEcuador es que el Consorcio amenazó con iniciar acciones legales contra cualquier empresa que adquiriera el crudo incautado<sup>122</sup>.

60. Si bien Burlington dejó de pagar el impuesto de la Ley 42 en junio de 2008, fue recién en febrero de 2009 cuando inició coactivas. Las Partes se encuentran en desacuerdo respecto de los motivos de tal demora. Burlington argumenta que la tardía aplicación de la ley muestra que el juicio de coactivas no es sino una represalia por la negativa a ceder sus derechos bajo los CP durante el proceso de renegociación, el cual finalizó básicamente en diciembre de 2008<sup>123</sup>. Por su parte, Ecuador lo niega y manifiesta que ello constituye una descripción totalmente falsa de los hechos. Ecuador argumenta que no inició coactivas antes porque el impuesto de la Ley 42 se liquidaba de manera anual y además para evitar un ambiente “pesado”<sup>124</sup> que podría perjudicar las negociaciones<sup>125</sup>.
61. Las incautaciones del crudo del Consorcio duraron desde marzo hasta julio de 2009. En total, para cuando se llevó a cabo el último remate registrado en abril de 2010, Ecuador había rematado 3.960.000 barriles de crudo Oriente del Bloque 7 y 3.640.000 barriles de crudo Napo del Bloque 21<sup>126</sup>. El siguiente cuadro<sup>127</sup> resume el resultado de las ocho rondas de remate del crudo del Consorcio, que cubre la mayor parte del crudo incautado al Consorcio y adquirido por PetroEcuador.

	Block 7 Crude Oriente				Block 21 Crude Napo				Discount
	Amount (Barrels)	Bidding Price (US\$)	Valuation (US\$)	Benefit to the State (US\$)	Amount (Barrels)	Bidding Price (US\$)	Valuation or Nominal Price (US\$)	Benefit to the State (US\$)	
1	720,000	20,962,441	41,924,880	20,962,439	720,000	20,052,361	40,104,720	20,052,359	50%
2	720,000	27,980,642	41,970,960	13,990,318	360,000	13,382,641	20,073,960	6,691,319	33%
3	360,000	14,455,201	21,682,800	7,227,559	360,000	13,975,201	20,962,800	6,987,599	33%
4	360,000	16,044,001	24,066,000	8,021,999	360,000	16,044,001	21,546,000	5,501,999	33%
5	360,000	16,620,001	24,930,000	8,309,999	400,000	14,737,601	22,106,400	7,368,799	33%
6	360,000	16,140,001	24,210,000	8,069,999	360,000	14,472,001	21,708,000	7,235,999	33%
7	360,000	18,300,001	27,450,000	9,149,999	360,000	17,712,001	26,568,000	8,855,999	33%
8	360,000	18,369,601	27,554,400	9,184,799	360,000	17,827,201	26,740,800	8,913,599	33%
Total per Block	3,600,000	148,871,899	233,789,040	84,917,151	3,280,000	128,203,008	199,810,680	71,607,672	

<sup>122</sup> CME, ¶ 548.

<sup>123</sup> MCB, ¶¶ 87, 90; EPAB, ¶¶ 88-106.

<sup>124</sup> Tr. 869:3-8.

<sup>125</sup> EPAE, ¶¶ 365-375.

<sup>126</sup> MCB, ¶ 76.

<sup>127</sup> EPAB, ¶ 104.

62. A causa de las incautaciones y los remates realizados en el marco del juicio de coactivas, el Consorcio decidió detener las operaciones en el Bloque. Mediante carta de 13 de julio de 2009, el Consorcio informó al Ministerio de Minas y Petróleos (el “Ministerio”) que “[b]ajo estas circunstancias, [...] no tenemos más opción que suspender” las operaciones en los Bloques 7 y 21<sup>128</sup>. El Consorcio observó que planeaba “comenzar la suspensión de actividades al mediodía del 16 de Julio de 2009” a menos que Ecuador y PetroEcuador “repara[ran] las violaciones en las que se encuentran actualmente y devuelv[an] al Consorcio la totalidad de los volúmenes de crudo embargados, o pag[aran] en efectivo un valor de mercado equivalente”<sup>129</sup>.
63. El 15 de julio de 2009, el Consorcio envió una nueva carta al Ministerio donde detallaba el cronograma de la suspensión prevista<sup>130</sup>. Ese mismo día, el Ministro respondió al Consorcio que esta decisión era “ilegal”<sup>131</sup> y que “causaría serios perjuicios técnicos y económicos al Estado ecuatoriano”<sup>132</sup>. El 16 de julio de 2009, después de la fecha prevista para la suspensión, Ecuador entró a los Bloques, sin utilizar la fuerza, para asegurarse de que continuaran operando<sup>133</sup>. Ese mismo día, PetroEcuador emitió una resolución donde declaraba el estado de emergencia de los Bloques, y autorizaba a PetroAmazonas a adoptar las medidas necesarias para garantizar la continuidad de las operaciones<sup>134</sup>. Desde entonces, Ecuador ha estado en posesión de los Bloques<sup>135</sup>.
64. Las Partes difieren con respecto a cómo debe caracterizarse la decisión del Consorcio de discontinuar las operaciones en los Bloques. Burlington se refiere a esta decisión como una “suspensión” de las operaciones, porque el Consorcio podría haber “reanud[ado] normalmente las operaciones en un plazo relativamente corto si Ecuador [hubiera] ces[ado] sus acciones ilegítimas”<sup>136</sup>. En la audiencia, el Sr. Martínez testificó, en el interrogatorio directo formulado, que el Consorcio no había contemplado suspender las operaciones antes de las confiscaciones<sup>137</sup>. Ecuador, por otro lado, describe la decisión del Consorcio como un “abandono” de

---

<sup>128</sup> Anexo C-208, p. 3.

<sup>129</sup> *Id.*; MCB, ¶¶ 59-60; CME, ¶ 571.

<sup>130</sup> Anexo C-213; MCB, ¶ 62; CME, ¶ 572.

<sup>131</sup> Anexo C-214.

<sup>132</sup> *Id.*

<sup>133</sup> MCB, ¶ 65; CME, ¶¶ 578-579.

<sup>134</sup> MCB, ¶ 65; CME, ¶ 580.

<sup>135</sup> MCB, ¶¶ 66-67;

<sup>136</sup> MCB, ¶ 62.

<sup>137</sup> Tr. 550:13-16.

los Bloques<sup>138</sup>. En la audiencia, el Sr. Martínez admitió que la suspensión podría haber durado hasta la conclusión de los arbitrajes de *Perenco y Burlington*<sup>139</sup>.

65. En septiembre de 2009, a solicitud de PetroEcuador, el Ministro de Recursos Naturales No Renovables inició el llamado proceso de caducidad para poner fin a los CP para los Bloques 7 y 21. Perenco, en nombre del Consorcio, objetó el inicio del proceso, aunque sin efecto: el Ministro no aceptó las objeciones del Consorcio<sup>140</sup>. En consecuencia, el 20 de julio de 2010, un año después de la entrada de Ecuador en los Bloques, el Ministro de Recursos Naturales No Renovables declaró la caducidad de los CP para los Bloques 7 y 21<sup>141</sup>.
66. El 27 de julio de 2010, una semana después de la declaración de caducidad de los CP para los Bloques 7 y 21, el Congreso Ecuatoriano sancionó una enmienda a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley Tributaria. En virtud de esta enmienda, todos los CP debían migrar a un contrato de servicios en un plazo de 120 días; es decir, al término del mes de noviembre de 2010; si los CP no migraban dentro de tal plazo, se los daría por terminados unilateralmente (aunque mediante un proceso distinto del de caducidad) y el Ministerio de Hidrocarburos entonces “fijar[ía] el valor de liquidación de cada contrato y su forma de pago”<sup>142</sup>.

---

<sup>138</sup> CME, ¶¶ 572, 578, 588.

<sup>139</sup> Tr. 524:9-15.

<sup>140</sup> Anexos C-244 y C-245.

<sup>141</sup> MCB, ¶¶ 77-78.

<sup>142</sup> Anexo C-246; MCB, ¶ 79; EPAB, ¶¶ 120, 142; EPAE, ¶ 167.

## II. HISTORIA PROCESAL

### A. FASE INICIAL

67. El 21 de abril de 2008, Burlington y las Subsidiarias de Burlington (en conjunto, las “Demandantes Iniciales”) registraron una Solicitud de Arbitraje (la “Solicitud”) ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI” o el “Centro”) contra Ecuador y PetroEcuador (las “Demandadas Iniciales”), adjuntando cuarenta y cinco anexos<sup>143</sup>. En la Solicitud las Demandantes Iniciales presentaron las peticiones siguientes:

“(a) DECLARAR que Ecuador violó:

(i) El Artículo III del Tratado al expropiar ilegalmente y/o adoptar medidas equivalentes a la expropiación con respecto a las inversiones de Burlington en Ecuador;

(ii) El Artículo II del Tratado al no acordar a las inversiones de Burlington en Ecuador un trato que no sea menos favorable que el acordado [a] nacionales; al no acordar a las inversiones de Burlington un trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas y un trato que no sea inferior al previsto por el derecho internacional; al implementar medidas arbitrarias y discriminatorias contra las inversiones de Burlington; y al no observar sus obligaciones con respecto a las inversiones de Burlington; y;

(iii) Cada uno de los CP;

(b) ORDENAR a Ecuador: (i) que pague daños y perjuicios a Burlington por sus violaciones del Tratado por el monto que se determine en una etapa posterior del procedimiento, incluyendo el pago de intereses compuestos a la tasa y por el periodo que el Tribunal considere justo y apropiado hasta el efectivo y completo pago de los daños otorgados por incumplimiento del Tratado; y/o (ii) el cumplimiento específico de sus obligaciones bajo los CP y que pague daños y perjuicios por su incumplimiento de los CP por el monto que se determine en una etapa posterior del procedimiento, incluyendo el pago de intereses a la tasa que el Tribunal considere justo y apropiado hasta el completo pago de todos los daños y perjuicios por incumplimiento de los CP.

(c) CONCEDER toda otra reparación que el Tribunal considere apropiada; y

(d) ORDENAR a Ecuador y PetroEcuador que paguen todos los gastos y costas procesales de este arbitraje, incluidos los honorarios legales y periciales de Burlington, los honorarios y gastos de cualquier experto designado por el Tribunal, los honorarios y gastos del Tribunal y otros costos del CIADI<sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup> Anexos C-1 a C-45.

<sup>144</sup> Solicitud, ¶ 136.

68. El 25 de abril de 2008, el Centro transmitió una copia de la Solicitud a Ecuador y a PetroEcuador de conformidad con la Regla 5 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI (las “Reglas de Iniciación”). El 2 de junio de 2008, el Secretario General Adjunto del Centro registró la Solicitud de conformidad con el Artículo 36(3) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el “Convenio CIADI” o el “Convenio”) y remitió la notificación del acto de registro a las Partes y las invitó a proceder a constituir el Tribunal de Arbitraje.
69. Debido a que las Partes no acordaron otro procedimiento en el sentido de la Regla 2(3) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (las “Reglas de Arbitraje”), las Demandantes Iniciales optaron por constituir el tribunal de arbitraje según la fórmula establecida en el Artículo 37(2)(b) del Convenio CIADI. Según esta fórmula, “el Tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo”.
70. El 4 de agosto de 2008, las Demandantes Iniciales designaron como árbitro al Prof. Francisco Orrego Vicuña, de nacionalidad chilena. El 22 de septiembre de 2008, la Demandada designó como árbitro a la Prof. Brigitte Stern, de nacionalidad francesa. El 27 de octubre de 2008, las Partes acordaron designar a la Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, de nacionalidad suiza, como Presidenta del Tribunal de Arbitraje. Los tres árbitros aceptaron sus nombramientos. Asimismo, el Centro seleccionó al Sr. Marco Tulio Montañés-Rumayor para que desempeñara la labor de Secretario del Tribunal. El 18 de noviembre de 2008, se dio por constituido el Tribunal de Arbitraje (el “Tribunal”) y por iniciado el procedimiento.
71. El 20 de enero de 2009, el Tribunal celebró la primera sesión del procedimiento en las oficinas del Banco Mundial en París. En la primera sesión, las Partes acordaron que el Tribunal había sido adecuadamente constituido y no formularon objeciones con respecto al nombramiento de ninguno de los miembros del Tribunal. Asimismo, las Partes y el Tribunal acordaron diversas cuestiones procesales. La primera sesión fue grabada en audio y transcrita tanto en inglés como en español. Se redactó un acta de la primera sesión, la cual fue firmada por la Presidenta y el Secretario del Tribunal y transmitida a las Partes el 18 de febrero de 2009. Días después, en ese mismo mes, las Partes también expresaron su consentimiento respecto del calendario procesal propuesto por el Tribunal.

72. El 20 de febrero de 2009, Burlington Oriente, la subsidiaria que detenta las participaciones de la Demandante en los Bloques 7 y 21, presentó una solicitud de medidas provisionales (la "SMP"), junto con una solicitud de una orden de restricción temporal (la "Solicitud de ORT"), solicitando que las Demandadas Iniciales se abstengan de (i) ejecutar importes supuestamente adeudados de acuerdo a la Ley 42; (ii) afectar la situación jurídica o terminar los CP de los Bloques 7 y 21; e (iii) incurrir en cualquier conducta susceptible de agravar la disputa entre las Partes. La SMP se acompañó de doce anexos<sup>145</sup>, trece anexos legales<sup>146</sup> y la declaración testimonial del Sr. Alex Martínez. El 4 de marzo de 2009, Ecuador presentó su Respuesta Preliminar a la SMP de Burlington Oriente, adjuntando tres anexos<sup>147</sup> y diecinueve anexos legales<sup>148</sup>.
73. El 6 de marzo de 2009, el Tribunal recomendó "que las Demandadas [Iniciales] se abst[uvieran] de realizar todo acto que agrav[ara] la controversia entre las partes y/o afect[ara] el *status quo* hasta que se pronunc[ara] sobre la solicitud de medidas provisionales presentada por las Demandantes o reconsider[ara] la presente recomendación, si esto último fuera primero"<sup>149</sup>. El 17 de marzo de 2009, Ecuador presentó su Respuesta a la SMP de Burlington Oriente y una solicitud de reconsideración de la recomendación del Tribunal del 6 de marzo de 2009, junto con cinco anexos<sup>150</sup> y siete anexos legales<sup>151</sup>. Ocho días después, Burlington Oriente objetó la solicitud de reconsideración de la recomendación del Tribunal del 6 de marzo de 2009 efectuada por Ecuador. El 27 de marzo de 2009, Burlington Oriente presentó su Réplica a la Respuesta de la SMP de Ecuador, acompañada de once anexos<sup>152</sup> y ocho anexos legales<sup>153</sup>.
74. El 3 de abril de 2009, el Tribunal denegó la solicitud de Ecuador de reconsideración de su recomendación del 6 de marzo de 2009 con la doble fundamentación de que no había un cambio de circunstancias que justificase tal reconsideración, y de que la audiencia de medidas provisionales tendría lugar en breve. El 6 de abril de 2006, Ecuador presentó su Dúplica a la SMP de Burlington

---

<sup>145</sup> Anexos C-46 a C-57.

<sup>146</sup> Anexos CL-1 a CL-13.

<sup>147</sup> Anexos E-3 a E-5.

<sup>148</sup> Anexos EL-1 a EL-19.

<sup>149</sup> Recomendación del Tribunal del 6 de marzo de 2009, ¶13 (énfasis agregado).

<sup>150</sup> Anexos E-6 a E-10.

<sup>151</sup> Anexos EL-20 a EL-26.

<sup>152</sup> Anexos C-58 a C-68.

<sup>153</sup> Anexos CL-14 a CL-21.

Oriente, adjuntando seis anexos<sup>154</sup> y quince anexos legales<sup>155</sup>. El 17 de abril de 2009, el Tribunal celebró una audiencia de medidas provisionales en Washington D.C., en la cual los abogados de las Partes presentaron los argumentos orales y respondieron preguntas del Tribunal. Se realizaron transcripciones de la audiencia en inglés y en español, cuyas copias se distribuyeron a las Partes.

75. El 29 de junio de 2009, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N.º 1 sobre medidas provisionales. En ella, se ordenó a las Partes que se “absten[gan] de todo acto que pueda agravar la controversia”<sup>156</sup>. Con el fin de alcanzar este objetivo general, ordenó específicamente a las Partes que “ha[gan] todo lo posible”<sup>157</sup> para abrir una cuenta conjunta de depósito en custodia donde se depositarían los pagos previstos en la Ley 42, y que la Demandada “pon[ga] término”<sup>158</sup> a los juicios de coactivas pendientes contra Burlington Oriente<sup>159</sup>. Esta resolución reemplazó la recomendación del Tribunal del 6 de marzo de 2009.

76. El 18 de septiembre de 2009, las Demandantes Iniciales retiraron sus reclamos contractuales (los “Reclamos Contractuales”) supuestamente en razón de que Ecuador había ocupado físicamente los Bloques, “perfeccionando la expropiación que comenzó con la promulgación de la Ley 42”<sup>160</sup>. Burlington continuaría instando sus reclamos bajo el Tratado (los “Reclamos bajo el Tratado”). Las Demandantes Iniciales escribieron:

“En este contexto, y como se anunció en la Primera Sesión, las Demandantes respetuosamente informan al Tribunal que las Demandantes Contractuales [las Subsidiarias de Burlington] por medio de la presente retiran sus reclamos contractuales, incluidos los relativos a los Bloques 23 y 24, con efecto de cosa juzgada, y confirman que Burlington mantiene sus reclamos bajo el Tratado [los “Reclamos bajo el Tratado”]<sup>161</sup>.

77. El 22 de septiembre de 2009, las Demandadas Iniciales negaron haber expropiado los Bloques 7 y 21, pero aceptaron retirar los Reclamos Contractuales siempre que

---

<sup>154</sup> Anexos E-11 a E-16.

<sup>155</sup> Anexos EL-27 a EL-41.

<sup>156</sup> RP1, *Decisión*, 8.

<sup>157</sup> *Id.*, 1-6.

<sup>158</sup> *Id.*, 7.

<sup>159</sup> No obstante la resolución del Tribunal, se llevó a cabo un segundo remate a principios de julio de 2009: PetroEcuador, el único postor en esta oportunidad, adquirió el crudo incautado al 50% de su valor de mercado (según lo previsto por la ley ecuatoriana). (MCB, ¶ 53).

<sup>160</sup> Carta de las Demandantes Iniciales del 18 de septiembre de 2009, anexo C-189, p. 2.

<sup>161</sup> *Id.*

el retiro fuera “con efecto de cosa juzgada”<sup>162</sup>. Las Demandadas Iniciales solicitaron, asimismo, que el Tribunal dejara sin efecto la Resolución Procesal N.º 1 porque Burlington Oriente había abandonado sus operaciones en los Bloques 7 y 21.<sup>163</sup>

78. El 10 de octubre de 2009, las Demandantes Iniciales “acept[aron] que el retiro de los reclamos contractuales debería ser con efecto de cosa juzgada” porque no veían “ningún motivo para preservar [el] derecho de volver a presentar los reclamos contractuales en el futuro”<sup>164</sup>. Del mismo modo, asintieron en que se retirase la Resolución Procesal N.º 1 ya que “[m]antener la Resolución no tendría sentido”<sup>165</sup>. Posteriormente, el 20 de octubre de 2009, las Demandantes Iniciales confirmaron que “PetroEcuador ya no es parte en este procedimiento” tras el retiro de los Reclamos Contractuales<sup>166</sup>.
79. El 29 de octubre de 2009, el Tribunal expidió la Resolución Procesal N.º 2, cuyas partes pertinentes se detallan a continuación:

- “1. Si el 6 de noviembre de 2009 las Demandadas [Iniciales] no han formulado objeciones, se entenderá que a esa fecha se ha desistido de los Reclamos Contractuales, con carácter de cosa juzgada entre las partes. En consecuencia, al 6 de noviembre de 2009, PetroEcuador y, a condición de que las Demandantes [Iniciales] lo confirmen a más tardar el 2 de noviembre de 2009, [las Subsidiarias de Burlington] dejarán de ser partes en esta diferencia. Por lo tanto, este arbitraje versará exclusivamente sobre las reclamaciones de Burlington contra Ecuador basadas en el Tratado.
2. Por la presente, se revoca la Resolución Procesal N.º 1. En consecuencia, se liberan a favor de las Demandantes [Iniciales] los fondos que estén depositados en la cuenta de depósito en custodia. [Sin embargo, el Tribunal “especificó que subsiste para las Partes la obligación de no agravar esta diferencia”]<sup>167</sup>.

80. De acuerdo con tal resolución, las Demandantes Iniciales confirmaron el 2 de noviembre de 2009 que las Subsidiarias de Burlington habían dejado de ser parte de estos procedimientos y el desistimiento respecto a los Reclamos Contractuales. Por su parte, las Demandadas Iniciales no objetaron al desistimiento respecto a los Reclamos Contractuales con efecto de cosa juzgada para la fecha especificada.

---

<sup>162</sup> Anexo E-118, p. 2.

<sup>163</sup> Anexo C-189, p. 3.

<sup>164</sup> Carta de las Demandantes Iniciales del 10 de octubre de 2009, anexo C-190, pp. 1 y 2.

<sup>165</sup> *Id.*, 2.

<sup>166</sup> Carta de las Demandantes Iniciales del 20 de octubre de 2009, anexo E-121, p. 1.

<sup>167</sup> RP2, *Orden*, 1-2 y ¶ 29.

Por consiguiente, a partir del 6 de noviembre de 2009, se retiraron los Reclamos Contractuales con efecto de cosa juzgada y PetroEcuador y las Subsidiarias de Burlington dejaron de ser parte de este procedimiento. Desde ese momento, este arbitraje se encuentra circunscrito a los Reclamos de Burlington bajo el Tratado contra Ecuador.

## **B. FASE SOBRE JURISDICCIÓN**

81. El 20 de abril de 2009, las Demandantes Iniciales presentaron su Memorial, acompañado de ciento veinte anexos<sup>168</sup>, ciento seis anexos legales<sup>169</sup>, las declaraciones testimoniales de los señores Taylor Reid y Herb Vickers y la primera declaración testimonial suplementaria del señor Alex Martínez. Asimismo, las Demandantes Iniciales presentaron versiones completas de los CP para los Bloques 7, 21, 23 y 24<sup>170</sup>, con autorizaciones, apéndices y traducciones al inglés.
82. El 20 de mayo de 2009, Ecuador y PetroEcuador anunciaron en cartas separadas que presentarían objeciones a la jurisdicción del Tribunal. El 20 de julio de 2009, Ecuador y PetroEcuador presentaron, por separado, Objeciones a la Jurisdicción. Ecuador presentó sus Objeciones a la Jurisdicción junto con noventa y nueve anexos<sup>171</sup>, catorce anexos legales<sup>172</sup>, la declaración testimonial del Dr. Christian Dávalos y los informes periciales del Prof. Juan Pablo Aguilar y del Prof. Luis Parraguez Ruiz.
83. El 20 de octubre de 2009, Burlington presentó su Contra-Memorial sobre Jurisdicción, acompañado de diez anexos<sup>173</sup> y veintiún anexos legales<sup>174</sup>. Burlington no adjuntó declaraciones testimoniales de peritos a su presentación. Debido a que las Subsidiarias de Burlington pronto dejarían de ser parte de este arbitraje, únicamente Burlington presentó el Contra-Memorial sobre Jurisdicción<sup>175</sup>.
84. El 30 de octubre de 2009, el Tribunal y las Partes mantuvieron una conferencia telefónica para organizar la audiencia sobre jurisdicción. Poco después, el Tribunal expidió la Resolución Procesal N.º 3 donde se abordaban una serie de cuestiones procesales relativas a la inminente audiencia. La audiencia sobre jurisdicción tuvo

---

<sup>168</sup> Anexos C-69 a C-188.

<sup>169</sup> Anexos CL-22 a CL-127.

<sup>170</sup> Anexos C-1 a C-4.

<sup>171</sup> Anexos E-17 a E-115.

<sup>172</sup> Anexos EL-41 a EL-55.

<sup>173</sup> Anexos C-189 a C-198.

<sup>174</sup> Anexos CL-128 a CL-148.

<sup>175</sup> Véanse ¶¶ 80-81 anteriores.

lugar el 22 de enero de 2010 en las oficinas del Banco Mundial en París. El 2 de junio de 2010, el Tribunal remitió la Decisión sobre Jurisdicción a las Partes.

85. En la Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal declaró que: (i) tenía jurisdicción sobre el reclamo por expropiación; (ii) no tenía jurisdicción sobre el reclamo por falta de trato justo y equitativo, el reclamo por trato arbitrario ni el reclamo por falta de protección y seguridad plenas; (iii) resolvería junto con el fondo de la controversia la cuestión acerca de si tiene jurisdicción sobre el primer reclamo de Burlington de la Ley 42 bajo la cláusula paraguas y sobre la primera parte del tercer reclamo bajo la cláusula paraguas; (iv) el segundo reclamo de Burlington bajo la cláusula paraguas y la segunda parte del tercer reclamo bajo la cláusula paraguas habían expirado de acuerdo con sus propios términos y (v) los reclamos de Burlington por falta de protección y seguridad plenas en los Bloques 23 y 24 eran inadmisibles<sup>176</sup>.

### **C. FASE SOBRE RESPONSABILIDAD Y RECONVENCIÓN**

86. Desde el momento en que Burlington comenzó este arbitraje en abril de 2008, ocurrieron nuevos y significativos eventos (principalmente: el juicio de coactivas, la intervención de Ecuador en los Bloques y la caducidad de los CP de los Bloques 7 y 21. Por este motivo, las Partes acordaron que Burlington tendría la oportunidad de presentar un memorial complementario. Así, el 29 de septiembre de 2010, Burlington presentó un Memorial Complementario sobre Responsabilidad, junto con cincuenta y dos anexos<sup>177</sup>, dieciocho anexos legales<sup>178</sup> y la segunda declaración testimonial suplementaria del señor Alex Martínez.
87. El 17 de enero de 2011, Ecuador presentó su Contra-Memorial sobre Responsabilidad (el “Contra-Memorial”), acompañado de setenta anexos<sup>179</sup>, noventa y siete anexos legales<sup>180</sup> y las declaraciones testimoniales de los señores Wilson Pastor, Germánico Pinto, Derlis Palacios, Galo Chiriboga, Celio Vega, Pablo Luna, la segunda declaración testimonial del señor Christian Dávalos, los informes periciales de Fair Links, RPS, IEMS y el segundo informe pericial del señor Juan Pablo Aguilar. En el Contra-Memorial, Ecuador formuló reconvencciones

---

<sup>176</sup> DJ, ¶ 342, A-E.

<sup>177</sup> Anexos C-199 a C-250.

<sup>178</sup> Anexos CL-149 a CL-166.

<sup>179</sup> Anexos E-117 a EC-186.

<sup>180</sup> Anexos EL-64 a EL-162 (con dos anexos que se dejaron intencionalmente en blanco).

contra Burlington por daños al medioambiente y a la infraestructura en los Bloques 7 y 21<sup>181</sup>.

88. El 20 de enero de 2011, el Tribunal y las Partes mantuvieron una conferencia telefónica para discutir diversas cuestiones procesales en relación con la próxima audiencia sobre responsabilidad. El 28 de enero de 2011, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N.º 4, donde se decidió que, si bien la audiencia sobre responsabilidad versaría únicamente sobre los reclamos de Burlington, el Tribunal y las Partes llevarían a cabo un debate procesal al finalizar la audiencia para abordar las reconvenções de Ecuador. El Tribunal también emitió directivas con respecto a diversas cuestiones relativas a la organización de la audiencia, y propuso el nombramiento del Sr. Gustavo Laborde como asistente del Tribunal.
89. El 7 de febrero de 2011, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N.º 5, donde se concedía parcialmente la solicitud de Ecuador de revelación de documentación. El 21 de febrero de 2011, Burlington objetó el conainterrogatorio que realizaría Ecuador al señor Herb Vickers fundándose en que tal interrogatorio excedería el alcance de la declaración testimonial del Sr. Vickers. El 2 de marzo de 2011, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N.º 6, autorizando a Ecuador a someter a un conainterrogatorio al Sr. Vickers sobre temas delimitados y específicos. Asimismo, habiendo recibido el consentimiento de ambas Partes, el Tribunal confirmó el nombramiento del Sr. Gustavo Laborde como asistente del Tribunal.
90. La audiencia sobre responsabilidad se celebró del 8 al 11 de marzo de 2011 en las oficinas del Banco Mundial en París. En la audiencia, ambas Partes presentaron nuevos anexos en el expediente. Burlington presentó doscientos cinco nuevos anexos<sup>182</sup> y sesenta y ocho anexos legales<sup>183</sup>. Ecuador presentó cincuenta y siete nuevos anexos<sup>184</sup> y diez anexos legales<sup>185</sup>.
91. Además de los miembros del Tribunal, el secretario del CIADI y el asistente del Tribunal, las siguientes personas estuvieron presentes en la audiencia:

(i) En representación de Burlington:

- Sra. Janet Kelly, CONOCOPHILLIPS

---

<sup>181</sup> CME, § 9.

<sup>182</sup> Anexos C-251 a C-455.

<sup>183</sup> Anexos CL-167 a CL-234.

<sup>184</sup> Anexos E-187 a E-243. Con autorización del Tribunal, Ecuador presentó seis anexos más el 21 de marzo de 2011, con posterioridad a la audiencia (E-245 a E-250).

<sup>185</sup> Anexos EL-163 a EL-172.

- Sr. Clyde Lea, CONOCOPHILLIPS
- Sr. Jason Doughty, CONOCOPHILLIPS
- Sra. Laura Robertson, CONOCOPHILLIPS
- Sra. Kelli Jones, CONOCOPHILLIPS
- Sr. Fernando Avila, CONOCOPHILLIPS
- Sra. Ann Morgan, CONOCOPHILLIPS
- Prof. James Crawford, MATRIX CHAMBERS
- Sr. Jan Paulsson, FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER LLP  
("FRESHFIELDS")
- Sr. Nigel Blackaby, FRESHFIELDS
- Sr. Alex Yanos, FRESHFIELDS
- Sra. Noiana Marigo, FRESHFIELDS
- Sra. Jessica Bannon Vanto, FRESHFIELDS
- Sr. Viren Mascarenhas, FRESHFIELDS
- Sra. Ruth Teitelbaum, FRESHFIELDS
- Sr. Sam Prevatt, FRESHFIELDS
- Sr. Javier Robalino-Orellana, PEREZ BUSTAMANTE & PONCE
- Sr. Rodrigo Jijón, PEREZ BUSTAMANTE & PONCE
- Sr. Juan González, PEREZ BUSTAMANTE & PONCE

(ii) En representación de Ecuador:

- Dr. Diego García Carrión, PROCURADOR GENERAL DE ECUADOR
- Dr. Álvaro Galindo Cardona, RESPONSABLE DE ASUNTOS INTERNACIONALES
- Sra. Gianina Osejo, PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
- Sr. Francisco Paredes-Balladares, PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
- Sr. Agustín Acosta, PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
- Sra. Cristina Viteri, PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
- Prof. Pierre Mayer, DECHERT (PARIS) LLP ("DECHERT")

- Sr. Eduardo Silva Romero, DECHERT
- Sr. Philip Dunham, DECHERT
- Sr. José Manuel García Represa, DECHERT
- Sra. Maria Claudia De Assis Procopiak, DECHERT
- Sra. Ella Rosenberg, DECHERT
- Sra. Ana Carolina Simoes e Silva, DECHERT
- Sr. Eliot Walker, DECHERT

92. La audiencia sobre responsabilidad se interpretó del inglés al español y del español al inglés. Además, fue grabada en audio y se realizó su transcripción textual, en tiempo real, tanto en inglés como en español. Se entregaron copias de las grabaciones de audio y de las transcripciones a las Partes. Al finalizar la audiencia, el Tribunal y las Partes mantuvieron un debate procesal en relación con los escritos post audiencia y el tratamiento procesal de las reconveniones de Ecuador.
93. El 15 de marzo de 2011, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N.º 7, en la cual (i) tomó nota de la discontinuación del procedimiento en relación con los reclamos pendientes de Burlington por los Bloques 23 y 24 tras la celebración de acuerdos transaccionales; (ii) fijó la fecha para la presentación simultánea de escritos post audiencia; y (iii) estableció un plazo para que Burlington informase si tenía la intención de formular objeciones jurisdiccionales respecto de las reconveniones de Ecuador. El 6 de mayo de 2011, las Partes presentaron simultáneamente sus escritos post audiencia. El 27 de mayo de 2011, Burlington comunicó al Tribunal que no formularía objeciones jurisdiccionales con respecto a las reconveniones de Ecuador, de conformidad con el acuerdo celebrado el día anterior<sup>186</sup>.
94. El 21 de julio de 2011, después de consultar con las Partes, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N.º 8, en la cual fijó un calendario procesal para las reconveniones de Ecuador y estableció las reglas procesales aplicables a tales reclamos. De conformidad con este calendario procesal, el 30 de septiembre de 2011, Ecuador presentó un Memorial Complementario sobre las Reconveniones, al cual adjuntó cincuenta y un anexos<sup>187</sup>, nueve anexos legales<sup>188</sup>, las

---

<sup>186</sup> Este acuerdo fue celebrado por Burlington Resources, Burlington Oriente y Burlington Resources International, por un lado, y Ecuador, por el otro (véase anexo E-251).

<sup>187</sup> Anexos E-251 a E-301.

<sup>188</sup> Anexos EL-173 a EL-181.

declaraciones testimoniales de los señores Diego Montenegro, Marco Puente, Manuel Solis, y la segunda declaración testimonial del señor Pablo Luna, el informe pericial del Prof. Ricardo Crespo Plaza, y el segundo informe pericial de IEMS.

95. El 13 de febrero de 2012, la Demandante escribió al Centro para informarle que las Partes habían llegado a un acuerdo para enmendar el calendario procesal de las reconveniones de Ecuador, sujeto a la aprobación del Tribunal. El 15 de febrero, el Tribunal aprobó la enmienda de las Partes al calendario procesal, sujeto a la aprobación de Ecuador.

### III. POSICIONES DE LAS PARTES Y PETICIONES

#### A. POSICIÓN DE BURLINGTON

96. Tras la Decisión sobre Jurisdicción, la posición de Burlington puede resumirse, en términos generales, de la siguiente manera:

- (i) El Tribunal tiene jurisdicción sobre los reclamos de Burlington bajo la cláusula paraguas; con respecto al fondo, Ecuador no ha cumplido con sus obligaciones, previstas tanto en las leyes y disposiciones como en los CP, con respecto a las inversiones de Burlington (el “reclamo bajo la cláusula paraguas”);
- (ii) Ecuador expropió ilegítimamente la inversión de Burlington; específicamente, las medidas de Ecuador, a saber, (i) la Ley 42, (ii) el juicio de coactivas y las incautaciones, (iii) la ocupación física de los Bloques 7 y 21, y (iv) la extinción de los CP en el proceso de caducidad generaron, tanto de manera individual como conjunta, una expropiación ilegítima de la inversión de Burlington (el “reclamo por expropiación”);
- (iii) Como producto de estas violaciones al Tratado, Ecuador debe pagar daños y perjuicios a Burlington por el monto que se determine en la fase de Cuantificación de este procedimiento.

#### 1. Reclamo de Burlington bajo la cláusula paraguas

97. Burlington reclama en virtud de la cláusula de cumplimiento de las obligaciones del Artículo II(3)(c) de Tratado, es decir, la llamada cláusula paraguas. Burlington alega que el Tribunal tiene jurisdicción sobre estos reclamos (1.1) y que Ecuador infringió la cláusula paraguas al no cumplir con sus obligaciones con respecto a la inversión de Burlington (1.2).

#### 1.1. Jurisdicción sobre los reclamos bajo la cláusula paraguas

98. Burlington sostiene que (i) las obligaciones de Ecuador frente a Burlington surgen no sólo de los CP, sino también de sus leyes y disposiciones relativas a hidrocarburos; (ii) el desistimiento respecto a los reclamos contractuales bajo los CP no constituye un impedimento para llevar adelante reclamos bajo el Tratado en virtud de la cláusula paraguas; y (iii) a los fines de los reclamos bajo la cláusula paraguas basados en los CP, el Tratado no exige que exista una relación contractual directa entre Burlington y Ecuador.

99. En primer lugar, las obligaciones de Ecuador frente a Burlington no están circunscriptas a las obligaciones contractuales bajo los CP, sino que también comprenden el Marco Legal de los Hidrocarburos. Los compromisos unilaterales asumidos con respecto a una clase de inversores razonablemente específica se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la cláusula paraguas. Esta amplia interpretación de las cláusulas paraguas encuentra sustento en *Noble Energy*, *Continental Casualty*, *Revere Copper* y *Noble Ventures*. Inversores como Burlington se basan en estos compromisos unilaterales para planificar y realizar sus inversiones<sup>189</sup>.
100. En segundo lugar, el argumento de Ecuador de que no existe una obligación contractual que pueda elevarse al nivel del Tratado debido al desistimiento respecto a los reclamos contractuales es falso. De hecho, los reclamos contractuales y los reclamos efectuados bajo el Tratado tienen “vidas separadas”<sup>190</sup>. Cuando Ecuador incumplió los CP, surgieron dos series de reclamos independientes: una derivada de los contratos y otra derivada del Tratado. Estos reclamos involucran partes diferentes y fuentes legales diferentes. Burlington puede ejercer un conjunto de derechos y no el otro. La Decisión sobre Jurisdicción del Tribunal ya confirmó que estos dos grupos de reclamos son independientes; sin embargo, un impertérito Ecuador reitera sus objeciones en la fase sobre el fondo de la cuestión<sup>191</sup>.
101. En tercer lugar, la cláusula paraguas del Tratado no requiere que exista una relación directa entre Burlington y Ecuador. Esto se desprende directamente del texto del Tratado. La cláusula paraguas se aplica a (i) “los compromisos” (ii) que Ecuador “haya contraído con respecto a” (iii) las “inversiones” de Burlington. Los tres elementos se verifican en este caso. Los CP contienen obligaciones legales. Ecuador ha asumido indiscutiblemente las obligaciones previstas en los CP, es decir, ha “contraído” estas obligaciones. Tales obligaciones fueron contraídas “con respecto a las inversiones [de Burlington]”. Esto es todo lo que requiere el Tratado.
102. La cláusula paraguas se refiere a las obligaciones contraídas respecto a las “inversiones”, no respecto a los “inversores”. Esta combinación de palabras es

---

<sup>189</sup> EPAB, ¶¶ 266-278; Tr. 1345:10-1346:17.

<sup>190</sup> EPAB, ¶ 262.

<sup>191</sup> Tr. 161:15-164:12, 1315:8-1284:5. Los abogados de Burlington manifestaron, asimismo, que “Burlington [...] tiene una reclamación que estuvo allí desde el comienzo en virtud del tratado y que visiblemente no se estaba retirando. De alguna manera se evaporó por implicación” como resultado del desistimiento por parte de la subsidiaria de los reclamos contractuales (Tr. 1326:5-8).

significativa. Las Partes Contratantes del Tratado (Ecuador y Estados Unidos) podrían haber utilizado una formulación menos amplia que incorpore el elemento del vínculo contractual, pero, en cambio, “escogieron deliberadamente el término más amplio”<sup>192</sup>. Asimismo, el alegato de Ecuador de que existen una “serie de casos congruentes”<sup>193</sup> que requieren un vínculo contractual a los fines de la cláusula paraguas se contradice con la decisión emitida en *Continental Casualty*. Asimismo, el componente del vínculo contractual sería contrario al espíritu del Tratado, el cual, según su Artículo I, es también proteger las inversiones indirectas<sup>194</sup>.

#### 1.2. Ecuador ha incumplido sus obligaciones con respecto a las inversiones de Burlington

103. Según Burlington, Ecuador violó la cláusula paraguas al no cumplir con sus obligaciones con respecto a la inversión de Burlington. En primer lugar, Ecuador no absorbió los efectos que la Ley 42 tuvo sobre Burlington. Si bien Ecuador niega encontrarse sujeto a tal obligación, Burlington argumenta que su participación en la producción de petróleo era independiente del precio del petróleo (la razón tras la Ley 42) y que Ecuador debía indemnizar a Burlington por los impuestos que afectarían la economía de los CP. En segundo lugar, Ecuador no entregó a Burlington su participación en la producción de petróleo según las fórmulas establecidas en los CP<sup>195</sup>. Estos incumplimientos no están justificados por el principio *rebus sic stantibus*<sup>196</sup>, sobre el cual Ecuador niega basarse a pesar de hacer referencia a los requisitos para su aplicación<sup>197</sup>.
104. Burlington tenía derecho a recibir el beneficio de cualquier aumento de precio en el petróleo<sup>198</sup>. Bajo los CP, su participación en la producción de petróleo no dependía del precio del petróleo. De ello se desprende que Burlington tenía derecho a recibir la totalidad del valor de mercado de su participación en la producción de petróleo, sujeto únicamente al pago de los impuestos y las participaciones laborales

---

<sup>192</sup> Tr. 158:18-20.

<sup>193</sup> Tr. 199:2-3.

<sup>194</sup> MCB, ¶¶ 125-131, 135.

<sup>195</sup> Mem., ¶ 369; MCB, ¶ 123.

<sup>196</sup> La parte que invoca el principio *rebus sic stantibus* debe demostrar (i) que un evento extraordinario e impredecible o imprevisto causó un desequilibrio en la obligación de las partes; (ii) que el desequilibrio es tal que el cumplimiento del contrato se tornaría excesivamente oneroso para una de las partes y (iii) que el evento que ocasionó el desequilibrio no sea consecuencia de los actos o las omisiones de la parte que invoca el principio (EPAB, ¶ 203).

<sup>197</sup> Burlington reclama que Ecuador se refiere a los requisitos que se desprenden del principio *rebus sic stantibus* en sus alegatos e informes periciales (EPAB, ¶ 201).

<sup>198</sup> Mem., ¶ 354; MCB, ¶ 19; Tr. 28:7-29:11; EPAB, ¶ 323.

estipuladas en los CP. Asimismo, en el caso de que algún impuesto tuviera un impacto en la economía del contrato, debería aplicarse un factor de corrección con el fin de absorber el efecto de tal impuesto. En este caso, la Ley 42 tuvo un impacto sobre la economía de los CP, y Ecuador se encontraba, por lo tanto, bajo la obligación de absorber sus efectos<sup>199</sup>.

105. El principio *rebus sic stantibus* no es aplicable a este caso<sup>200</sup>. Por un lado, tanto el aumento del precio del petróleo como la magnitud del incremento fueron previsibles. El historial de negociaciones muestra que las partes originales al CP contemplaron expresamente la posibilidad de que el precio del petróleo aumentase, pero decidieron finalmente no incluir un factor de ajuste del precio<sup>201</sup>. Asimismo, la magnitud del aumento del precio del petróleo tenía precedentes, pero fue en realidad similar al de la década del 70<sup>202</sup>. Por otro lado, el aumento del precio del petróleo no tornó más oneroso el cumplimiento de los CP por parte de Ecuador<sup>203</sup>. Por lo tanto, Ecuador no cumple con los requisitos del principio de *rebus sic stantibus*<sup>204</sup>.

## 2. Reclamo de Burlington por expropiación

106. Burlington sostiene que Ecuador ha expropiado su inversión (2.1) en contravención de los requisitos de expropiación previstos en el Tratado, es decir, ilegítimamente (2.2).

### 2.1. Ecuador expropió la inversión de Burlington

107. Según Burlington, Ecuador ha impedido a Burlington el uso y goce de sus inversiones al adoptar las siguientes medidas, las cuales, tanto individual como colectivamente, son contrarias al Artículo III del Tratado:

- (i) la promulgación de la Ley 42 (con una alícuota del 50% a partir de abril de 2006, y con una alícuota del 99% a partir de octubre de 2007);
- (ii) la incautación y el remate (por debajo del precio de mercado) de la participación del Consorcio en la producción de petróleo crudo a través del juicio de coactivas;

---

<sup>199</sup> Tr. 35:18-36:2.

<sup>200</sup> Mem., ¶¶ 386-391; EPAB, ¶ 204.

<sup>201</sup> EPAB, ¶¶ 209-210.

<sup>202</sup> *Id.*, ¶ 213.

<sup>203</sup> *Id.*, ¶ 216.

<sup>204</sup> *Id.*, ¶ 219.

(iii) toma física de los Bloques 7 y 21;

(iv) terminación de los CP para los Bloques 7 y 21 a través de un proceso de caducidad.

#### 2.1.1. Ley 42

108. Burlington sostiene que la aplicación de la Ley 42 a la inversión fue una medida expropiatoria. Si bien Burlington acepta que la potestad de gravar con impuestos forma parte de las facultades regulatorias de un Estado, observa que el poder soberano de aplicar impuestos puede también acarrear el poder de destruir. Como explicó el Prof. Brownlie, un impuesto es ilícito cuando tiene “el objeto preciso y el efecto de la confiscación”<sup>205</sup>. El Tratado mismo acepta la posibilidad de que un impuesto sea expropiatorio; por lo tanto, contrario a lo que Ecuador alega, no corresponde respetar excepcionalmente las medidas impositivas<sup>206</sup>. Por consiguiente, un impuesto que priva sustancialmente a un inversor del valor de su inversión es expropiatorio<sup>207</sup>. Determinar si un impuesto da lugar a una privación sustancial y si constituye en consecuencia una expropiación es en última instancia una cuestión del caso concreto.<sup>208</sup>

109. La Ley 42 fue “una medida equivalente a la expropiación”<sup>209</sup>. Su efecto fue transferir prácticamente todos los ingresos de Burlington a Ecuador, y privar a Burlington de casi todas las ganancias que le correspondían en virtud de los CP. Con una alícuota del 50%, la Ley 42 tuvo un efecto devastador sobre la inversión de Burlington: Burlington no podía recuperar sus inversiones anteriores y se vio obligada a reajustar nuevamente sus planes de desarrollo, y las operaciones en el Bloque 21 se volvieron poco redituables<sup>210</sup>. Con la alícuota del 99%, la Ley 42 tuvo un impacto destructivo sobre la inversión de Burlington: Burlington operaba a pérdida en 2008 y dejó de realizar nuevas inversiones en los Bloques (incluso en el yacimiento Oso donde sí realizó inversiones adicionales con la Ley 42 al 50%)<sup>211</sup>.

110. Según las palabras de los abogados de Burlington, la Ley 42 al 99% transformó las operaciones de los Bloques “en una operación de un día al otro sin gastos de

---

<sup>205</sup> EPAB, ¶ 187.

<sup>206</sup> *Id.*, ¶ 188.

<sup>207</sup> Mem., ¶ 441; MCB, ¶ 82.

<sup>208</sup> EPAB, ¶ 189.

<sup>209</sup> MCB, ¶ 82.

<sup>210</sup> EPAB, ¶¶ 162-163, 165-168.

<sup>211</sup> *Id.*, ¶¶ 173, 175-176.

capital"<sup>212</sup>. La Ley 42 al 99% redujo la participación del Consorcio en los ingresos totales de un 38,3% a un 9,9% en el Bloque 7, y de un 48,6% a un 8,3% en el Bloque 21<sup>213</sup>. En julio de 2008, por ejemplo, el crudo Napo tenía un precio de mercado de USD 122 por barril. Bajo la Ley 42 al 99%, Burlington debía pagar un impuesto de la Ley 42 de más de USD 107 por barril<sup>214</sup>. Por lo tanto, según Burlington, las pruebas muestran que la Ley 42 fue una medida equivalente a la expropiación tanto con la alícuota del 50% como con la del 99%.

111. Ecuador sostiene que bajo el derecho internacional un impuesto es expropiatorio solo si (i) el Estado actúa con la intención de expropiar y (ii) el impuesto es discriminatorio. Sin embargo, Burlington refuta que no existe fundamento en el Tratado para tales requisitos. En cualquier caso, Burlington cumple con los requisitos de la expropiación incluso bajo el propio estándar de Ecuador. De hecho, como se explica a continuación, la intención subyacente tras la Ley 42 era privar a Burlington de sus derechos económicos bajo los CP. Hubo, además, una aplicación discriminatoria de las alícuotas impositivas, porque se aplicó una alícuota menor del 70% a aquellas compañías petroleras que firmaron acuerdos transitorios con Ecuador.
112. Contrario a lo que sostiene Ecuador, el propósito de la Ley 42 *no* fue restablecer el equilibrio económico de los CP<sup>215</sup>. Si esa hubiera sido la verdadera intención de Ecuador, habría realizado un análisis individual de cada CP con el fin de determinar cuál era el punto de equilibrio. Pero no realizó ningún análisis de este tipo. Por el contrario, Ecuador impuso alícuotas impositivas universales que se aplicaban de manera general y, por lo tanto, no podían ajustarse a las características específicas de cada uno de los CP<sup>216</sup>. Asimismo, Ecuador impuso tres alícuotas impositivas distintas en momentos diferentes (50, 99 y 70), demostrando así que su intención no era restaurar el equilibrio económico de los CP<sup>217</sup>.
113. En realidad, el propósito de la Ley 42 era obligar a Burlington a ceder sus derechos bajo los CP. El Presidente Correa mismo describió la Ley 42 como una

---

<sup>212</sup> Tr. 51:12-16.

<sup>213</sup> DBAA, ## 37 y 40 ("Descripción y Marco Legal"); EPAB, ¶ 312, pp. 180-181.

<sup>214</sup> Mem., ¶ 432.

<sup>215</sup> EPAB, ¶ 201.

<sup>216</sup> EPAB, ¶ 221.

<sup>217</sup> *Id.*, ¶ 222-223.

“medida de presión”<sup>218</sup> que haría que las compañías petroleras negociasen con Ecuador<sup>219</sup>. De modo similar, el Presidente Correa declaró que las compañías petroleras tenían tres opciones: pagar el impuesto de la Ley 42 (en ese entonces, a una alícuota del 99%), renegociar el CP para convertirlo en un contrato de servicios o, bien, recibir los costos hundidos de su inversión y abandonar el país<sup>220</sup>. Las demás pruebas presentadas llevan a una conclusión similar. Por consiguiente, el propósito de la Ley 42 fue obligar a Burlington a renunciar a sus derechos bajo los CP, no restaurar el equilibrio económico de los CP.

114. Después de la promulgación de la Ley 42, Ecuador tenía el deber contractual de aplicar cláusulas de estabilización impositiva de conformidad con los CP. En virtud de tales cláusulas, Ecuador debía reajustar la participación petrolera de Burlington con el fin de absorber el impacto de tal incremento impositivo. Sin embargo, Ecuador ignoró las solicitudes de Burlington de que se reajustase su participación petrolera. Ello es congruente con el objetivo de Ecuador de modificar unilateralmente los términos económicos de los CP<sup>221</sup>. Al ignorar la solicitud de Burlington de un reajuste, Ecuador extinguió los derechos de Burlington a su participación según los términos de los CP<sup>222</sup>. En consecuencia, la promulgación de la Ley 42 por parte de Ecuador y su posterior negativa a absorber los efectos de tal impuesto equivalieron a la privación de los derechos contractuales de Burlington<sup>223</sup>.
115. Finalmente, Ecuador busca dar la falsa impresión de que Burlington fue un socio irrazonable. No es cierto que Burlington no haya renegociado los CP de buena fe tras el aumento en el precio del petróleo. En realidad, Burlington no pudo aceptar las propuestas de renegociación de Ecuador simplemente porque no eran razonables. Según estas, Burlington debía renunciar a sus derechos bajo los CP sin saber siquiera qué recibiría a cambio<sup>224</sup>. Asimismo, la alegación de Ecuador de que todas las demás compañías petroleras aceptaron renegociar sus contratos es falso<sup>225</sup>. De hecho, la mayoría de los procedimientos de arbitraje contra Ecuador se iniciaron después de la promulgación de la Ley 42, y sólo cuatro de los catorce

---

<sup>218</sup> Anexo C-182.

<sup>219</sup> MCB, ¶ 28.

<sup>220</sup> Mem., ¶¶ 231, 416.

<sup>221</sup> EPAB, ¶ 82.

<sup>222</sup> *Id.*, ¶¶ 128-130.

<sup>223</sup> *Id.*, ¶ 127.

<sup>224</sup> *Id.*, ¶ 227.

<sup>225</sup> *Id.*, ¶ 237.

CP en vigencia cuando se promulgó la Ley 42 fueron convertidos satisfactoriamente en contratos de servicio<sup>226</sup>.

#### 2.1.2. Juicio de coactivas, incautaciones y remates

116. Burlington sostiene que el juicio de coactivas, las incautaciones y los remates constituyeron una privación total y directa porque tuvieron el efecto de destruir el valor de su inversión<sup>227</sup>. Ecuador llevó a cabo el juicio de coactivas en contravención tanto de los CP como de la resolución de medidas provisionales dictada por este Tribunal. Bajo los CP, una parte de la producción de petróleo debía asignarse a Burlington. Según la resolución sobre medidas provisionales del Tribunal, Ecuador debía discontinuar el juicio de coactivas. No obstante los CP y la resolución sobre medidas provisionales, Ecuador procedió a incautar y subastar la participación de Burlington en la producción de petróleo<sup>228</sup>.
117. El juicio de coactivas se inició en represalia por la negativa de Burlington de aceptar las propuestas de renegociación de Ecuador<sup>229</sup>. En junio de 2008, el Consorcio comenzó a realizar los pagos de la Ley 42 bajo protesto en una cuenta separada. Ecuador no formuló objeciones respecto de tal accionar durante los ocho meses posteriores<sup>230</sup>. Fue recién cuando se suspendió el proceso de renegociación en diciembre de 2008 que Ecuador comenzó el juicio de coactivas<sup>231</sup>. Ecuador tenía discreción para decidir si iniciaría o no el juicio, y cuándo lo haría. Por lo tanto, tanto la naturaleza discrecional como el momento elegido para iniciar el juicio de coactivas muestran que éste se inició en represalia frente a la negativa de Burlington de ceder sus derechos bajo los CP<sup>232</sup>.
118. Según Burlington, el juicio de coactivas fue una medida expropiatoria<sup>233</sup>. Como apunte inicial, Burlington advierte que el proceso de subasta fue defectuoso porque no hubo otros postores además de PetroEcuador. Esto permitió a PetroEcuador adquirir el petróleo incautado con descuentos del 33% al 50% respecto del precio de mercado, lo cual perjudicó a Burlington, ya que los remates dieron lugar a una compensación menor de los montos presuntamente adeudados

---

<sup>226</sup> *Id.*, ¶¶ 239-240, 244.

<sup>227</sup> MCB, ¶ 88.

<sup>228</sup> *Id.*

<sup>229</sup> MCB, ¶ 87.

<sup>230</sup> EPAB, ¶ 247.

<sup>231</sup> *Id.*, ¶ 93.

<sup>232</sup> *Id.*, ¶¶ 90, 93.

<sup>233</sup> MCB, ¶¶ 88, 90-91.

bajo la Ley 42<sup>234</sup>. Asimismo, mediante el juicio de coactivas, Burlington perdió el derecho a percibir ingresos y, en consecuencia, los beneficios económicos de su inversión<sup>235</sup>. En síntesis, el juicio de coactivas constituyó una “privación total” porque destruyó el valor de la inversión de Burlington<sup>236</sup>.

### 2.1.3. La toma física de los Bloques 7 y 21

119. Burlington sostiene que la toma física de los Bloques 7 y 21 por parte de Ecuador constituyó una expropiación total de su inversión<sup>237</sup>. Esta ocupación física fue la culminación de una cadena de medidas expropiatorias tomadas por Ecuador. Como consecuencia del juicio de coactivas, la inversión de Burlington se tornó poco redituable, al punto que la única opción racional con que contaba el Consorcio fue suspender las operaciones en los Bloques<sup>238</sup>. Utilizando como pretexto los supuestos riesgos que acarrearía tal suspensión, Ecuador tomó físicamente los Bloques. Por consiguiente, la arbitraria toma de los Bloques por parte de Ecuador constituyó una expropiación total y directa de la inversión de Burlington.
120. La decisión de Burlington de suspender las operaciones en los Bloques 7 y 21 estuvo justificada desde el punto de vista tanto económico como legal. Desde una perspectiva económica, no era razonable esperar que Burlington continuara financiando una inversión que ya no le generaba ningún ingreso<sup>239</sup>. Con el juicio de coactivas, Burlington quedó en una posición en la que corría con la totalidad de los costos y riesgos de la producción de petróleo, pero no recibía ningún ingreso a cambio<sup>240</sup>. En tales circunstancias, el único accionar lógico posible para Burlington era suspender las operaciones y reducir los costos al mínimo<sup>241</sup>.
121. Desde el punto de vista legal, la suspensión de Burlington estuvo justificada a partir del principio *exceptio non adimpleti contractus*, según el cual una de las partes en un contrato puede suspender el cumplimiento en caso de que la otra parte se encuentre en mora<sup>242</sup>. Burlington pudo basarse en este principio tanto

---

<sup>234</sup> *Id.*, ¶¶ 53-54, 74; EPAB, ¶¶ 103-104.

<sup>235</sup> MCB, ¶ 90-92.

<sup>236</sup> *Id.*, ¶ 88.

<sup>237</sup> MCB, ¶ 93.

<sup>238</sup> MCB, ¶¶ 96; EPAB, ¶¶ 71-73.

<sup>239</sup> MCB, ¶ 89.

<sup>240</sup> EPAB, ¶ 10.

<sup>241</sup> Tr. 59:19-22.

<sup>242</sup> Tr. 72:4-9.

bajo el derecho ecuatoriano como bajo el derecho internacional. Según el derecho ecuatoriano, Burlington podía invocar este principio porque, contrario a lo que manifiesta Ecuador, la producción de hidrocarburos no constituye un servicio público y, por lo tanto, no es necesario garantizar la continuidad de sus operaciones<sup>243</sup>. Según el derecho internacional, los tribunales del CIADI han manifestado que un inversor puede suspender las operaciones cuando no fuera razonable que las continúe en vista de medidas adoptadas por el Estado<sup>244</sup>.

122. Asimismo, la toma de los Bloques por parte de Ecuador no estuvo justificada ya que los Bloques no se encontraban expuestos a un riesgo real de daño<sup>245</sup>. El riesgo de daño en el que se ha centrado Ecuador es insustancial y especulativo. Insustancial porque el estudio de RPS en el que se fundan las alegaciones de Ecuador se basa en información abiertamente incompleta y parcial<sup>246</sup>. Es especulativo porque el estudio de RPS no llega a conclusiones significativas en cuanto a la probabilidad de que este riesgo llegue a concretarse<sup>247</sup>. De hecho, el plan de suspensión de Burlington hubiera seguido un protocolo debidamente desarrollado, basado en la experiencia de suspensiones anteriores, lo que hubiera mitigado los riesgos identificados en el informe de RPS<sup>248</sup>.
123. Ya que esta medida no estuvo debidamente justificada, la toma física de los Bloques 7 y 21 por parte de Ecuador constituyó una expropiación total y directa de la inversión de Burlington. La toma física de los Bloques fue la última de una serie de medidas expropiatorias adoptadas en respuesta a la negativa de Burlington de renunciar a sus derechos bajo los CP<sup>249</sup>. Fue el cierre de la campaña de Ecuador para migrar a un modelo de contrato más beneficioso para el Estado en una época de precios elevados del petróleo<sup>250</sup>. Con esta medida, Ecuador tomó posesión de toda la inversión de Burlington<sup>251</sup>.
124. Por los motivos expuestos, las medidas de Ecuador (a saber, la Ley 42, el juicio de coactivas y la toma física de los Bloques) constituyeron, tanto individual como colectivamente, una expropiación de la inversión de Burlington.

---

<sup>243</sup> Tr. 1322:18-20.

<sup>244</sup> Tr. 71:15-22; DEAA, # 61 y 64 (“Descripción general y marco legal”).

<sup>245</sup> EPAB, ¶ 107.

<sup>246</sup> *Id.*, ¶¶ 25, 28.

<sup>247</sup> *Id.*, ¶ 107.

<sup>248</sup> *Id.*, ¶¶ 108-109.

<sup>249</sup> *Id.*, 120.

<sup>250</sup> *Id.*, ¶ 94.

<sup>251</sup> *Id.*, ¶¶ 81 y 93.

#### 2.1.4. El proceso de caducidad

125. Según Burlington, la extinción de los CP para los Bloques 7 y 21 en el contexto del proceso de caducidad fue meramente “simbólico” porque su inversión ya había sido totalmente expropiada con la ocupación física de los Bloques<sup>252</sup>. Con esta medida, Ecuador “extinguió cualquier posibilidad de que Burlington regresara al régimen legal y fiscal que le había sido garantizado antes de la expropiación por parte de Ecuador”<sup>253</sup>. Por su parte, Ecuador primero alegó que “la caducidad simplemente no forma parte de esta causa”<sup>254</sup>, y luego formuló las objeciones de jurisdicción y admisibilidad contra el Tribunal que entendía sobre los reclamos de caducidad. Si bien Burlington no ha respondido específicamente a estos alegatos, se desprende de esta argumentación que se opone a ellas.

#### 2.2. La expropiación de la inversión de Burlington por parte de Ecuador fue ilegítima

126. La expropiación de la inversión de Burlington por parte de Ecuador fue ilegítima porque no cumplió con los requisitos previstos en el Artículo III(1) del TBI. En primer lugar, bajo el TBI, la indemnización es un requisito absoluto de toda expropiación legítima. Una expropiación no puede ser legítima salvo que sea mediante pago de una “indemnización pronta, adecuada y efectiva”<sup>255</sup>. Por lo tanto, el hecho de que Ecuador no haya ofrecido a Burlington ningún tipo de indemnización por la expropiación la torna ilegítima. En segundo lugar, Ecuador llevó a cabo la expropiación en contravención de los principios generales de trato articulados en el Artículo II(3) del Tratado: trato justo y equitativo, ausencia de medidas arbitrarias y cumplimiento de las obligaciones<sup>256</sup>. El Tribunal tiene jurisdicción sobre estos principios, los cuales son mencionados expresamente en el Artículo III(1)<sup>257</sup>, y por lo tanto forman parte del reclamo de expropiación de Burlington<sup>258</sup>.

---

<sup>252</sup> MCB, ¶ 80.

<sup>253</sup> *Id.*

<sup>254</sup> Tr. 301:20-21.

<sup>255</sup> Anexo C-6, Artículo III(1); MCB; ¶¶ 99-101.

<sup>256</sup> MCB, ¶¶ 108-122.

<sup>257</sup> *Id.*, ¶¶ 102-103.

<sup>258</sup> *Id.*, ¶¶ 104-107, 121. Burlington declaró específicamente: “Determinar que la expropiación fue llevada a cabo en contravención de los principios articulados en el Artículo II(3) no depende de una violación aislada al Artículo II(3) y, por lo tanto, no contraviene la decisión de este Tribunal de que carece de jurisdicción bajo el Artículo X para determinar si las medidas impositivas constituyeron una contravención del Artículo II(3) del Tratado” (*Id.*, ¶ 106).

## B. PETITORIO DE BURLINGTON

127. Sobre la base de esta postura, Burlington solicita que el Tribunal:

- “(a) DECLARE que este Tribunal tiene competencia sobre las demandas de Burlington en virtud del Artículo II(3)(c) del Tratado.
- (b) DECLARE que Ecuador ha violado:
  - (i) el Artículo II(3)(c) del Tratado al incumplir con sus obligaciones con respecto a las inversiones de Burlington; y
  - (ii) el Artículo III del Tratado al expropiar de manera ilícita las inversiones de Burlington en Ecuador;
- (c) ORDENE a Ecuador el pago de una indemnización por daños y perjuicios a causa de su incumplimiento del Tratado, cuya suma se determinará durante la fase de Cuantificación del presente procedimiento [...] que incluye el pago de interés compuesto, a una tasa y durante un período que el Tribunal considere justos y adecuados, hasta tanto se haya efectuado el pago efectivo y completo de la indemnización por daños y perjuicios;
- (c) [sic] OTORGUE toda otra reparación que el Tribunal considere adecuada; y
- (d) ORDENE a Ecuador el pago de todos los costos y gastos del presente arbitraje, que incluyen todos los costos legales y honorarios periciales [de Burlington], honorarios y gastos de todos los peritos designados por el Tribunal, y demás costos del CIADI<sup>259</sup>.

## C. POSICIÓN DE ECUADOR

128. Tras la Decisión sobre Jurisdicción, la posición de Ecuador puede resumirse, en términos generales, de la siguiente manera:

- (i) El Tribunal no tiene jurisdicción sobre el (a) reclamo formulado bajo la cláusula paraguas, (b) los reclamos por falta de trato justo y equitativo y por trato arbitrario que Burlington busca reintroducir por la puerta de atrás ni (c) ningún reclamo relativo a los decretos de caducidad. Asimismo, cualquier reclamo de caducidad es inadmisibile;
- (ii) La Ley 42 fue necesaria y adecuada dadas las circunstancias. En particular, la Ley 42 no modificó ni constituyó incumplimiento de los CP y, en todo caso, cualquier presunto incumplimiento contractual no importaría un incumplimiento del Tratado;
- (iii) Ecuador no expropió la inversión de Burlington en los Bloques 7 y 21, ni (a) a través de la Ley 42, (b) ni con el juicio de coactivas, ni (c) con la necesaria intervención

---

<sup>259</sup> *Id.*, ¶ 137; EPAB, ¶ 339.

de Ecuador luego del abandono de los Bloques por parte de Burlington. Cualquiera sea el caso, Ecuador no expropió ilegítimamente la inversión de Burlington en los Bloques 7 y 21.

1. Burlington persigue reclamos sobre los cuales el Tribunal no tiene jurisdicción
129. Ecuador objeta la jurisdicción del Tribunal sobre el restante reclamo de Burlington formulado bajo la cláusula paraguas, sobre los reclamos de Burlington por falta de trato justo y equitativo y por trato arbitrario, los cuales Burlington busca reintroducir “por la puerta de atrás”<sup>260</sup>, y sobre los decretos de caducidad. Agrega que los reclamos de caducidad son inadmisibles.
  - 1.1. El Tribunal no tiene jurisdicción sobre los restantes reclamos de Burlington formulados bajo la cláusula paraguas
130. Ecuador objeta la jurisdicción del Tribunal sobre los restantes reclamos de Burlington formulados bajo la cláusula paraguas porque (i) no existe un “compromiso” que pueda elevarse al nivel del Tratado y (ii) si existiera tal obligación, lo cual es imposible, Burlington no tiene un vínculo contractual con la misma. El sentido corriente de “compromiso” implica un elemento *ratione personae*, una relación entre un obligado y un beneficiario, entre un acreedor y un deudor<sup>261</sup>.
131. En este caso no existe una obligación que pueda elevarse al nivel de tratado ni en los CP ni bajo la Ley Ecuatoriana de Hidrocarburos (“LEH”). La misma no existe en los CP porque las Subsidiarias de Burlington retiraron sus Reclamos Contractuales con efecto de cosa juzgada. Por lo tanto, Burlington ha renunciado a los derechos subyacentes tras estos reclamos y, en consecuencia, no existe la obligación correspondiente<sup>262</sup>. Asimismo, Burlington no puede invocar la LEH para elevar un “compromiso” al nivel de tratado porque (i) Ecuador no ha “contraído” ningún compromiso al promulgar la LEH, (ii) la LEH es de naturaleza general, y no está relacionada específicamente con ninguna inversión en particular, y (iii) cualquiera sea el caso, la LEH no impone obligación alguna a Ecuador<sup>263</sup>.
132. Asimismo, si no obstante hubiera algún “compromiso” que pudiera elevarse al nivel de tratado, Burlington no podría basarse en él por ausencia de un vínculo contractual. El principio del vínculo contractual es “esencial para la existencia de

---

<sup>260</sup> CME, ¶¶ 26, 141; § 2.2.

<sup>261</sup> *Id.*, ¶¶ 43-45.

<sup>262</sup> *Id.*, ¶¶ 48-97.

<sup>263</sup> *Id.*, ¶¶ 99-112.

compromisos contractuales”<sup>264</sup>. Un compromiso implica un obligado y un beneficiario, un acreedor y un deudor. En pocas palabras, el vínculo contractual forma parte del sentido corriente del término “compromiso”. La decisión de anulación del CMS, otras decisiones del CIADI y la doctrina confirman este análisis. Burlington simplemente hace caso omiso del significado corriente de “compromiso” y se concentra en la expresión “con respecto a las inversiones”. Sin embargo, esta expresión busca acotar el alcance de la cláusula paraguas, no ampliarlo<sup>265</sup>.

1.2. El Tribunal no tiene jurisdicción sobre los reclamos de caducidad de Burlington (de haberlos) ni sobre los reclamos relativos al trato justo y equitativo y al trato arbitrario

133. Ecuador también objeta la jurisdicción sobre los reclamos de caducidad y su admisibilidad. Como cuestión preliminar, Ecuador entiende que Burlington no refuta la validez de los decretos de caducidad. De hecho, Burlington alega que tales decretos tienen valor “simbólico” y que la expropiación en todo caso habría ocurrido “mucho antes” de la emisión los decretos. Sin embargo, si Burlington no refuta la validez de los decretos de caducidad o del procedimiento que dio origen a ellos, entonces Ecuador objeta la jurisdicción de tales reclamos y su admisibilidad.
134. Los reclamos de caducidad no entran dentro de la jurisdicción del Tribunal por varios motivos. En primer lugar, porque, según los CP para los Bloques 7 y 21, la *caducidad* queda fuera del alcance de sus cláusulas de arbitraje. Además, los CP excluyen los reclamos bajo el Tratado también quedan fuera del alcance *ratione materiae* de la jurisdicción del Tribunal: esa fue la intención de las partes a los CP, y los CP fueron suscritos después de que el Tratado entrara en vigencia<sup>266</sup>. Por último, los reclamos de caducidad son inadmisibles porque Burlington no ha realizado ningún intento razonable de obtener una compensación en relación con tales medidas ante los juzgados administrativos ecuatorianos<sup>267</sup>.
135. Finalmente, Ecuador objeta también la jurisdicción del Tribunal sobre los ya desestimados reclamos de Burlington por falta de trato justo y equitativo y por trato arbitrario. Si bien el Artículo III(1) del Tratado remite al Artículo II(3), Burlington abusa de esta referencia para disimuladamente traer ante el Tribunal, una vez más, sus reclamos por falta de trato justo y equitativo y por trato arbitrario, sobre

---

<sup>264</sup> *Id.*, ¶ 123.

<sup>265</sup> *Id.*, ¶¶ 101, 113-137.

<sup>266</sup> *Id.*, ¶¶ 155-162.

<sup>267</sup> *Id.*, ¶¶ 163-168.

los cuales el Tribunal ya se había declarado incompetente. Por lo tanto, Ecuador solicita que la Sección III(B)(2) del Memorial Complementario de Burlington sobre Responsabilidad (¶¶ 102-122) sea eliminada del expediente<sup>268</sup>.

2. Ecuador no incumplió sus obligaciones bajo los CP frente a Burlington

2.1. La Ley 42 fue necesaria y adecuada dadas las circunstancias

136. Contrario a lo que Burlington alega, la Ley 42 no se promulgó simplemente para tomar una mayor porción de los ingresos generados por el aumento en el precio del petróleo. Se promulgó en un contexto marcado por un aumento imprevisto y sin precedentes en el precio del petróleo ocurrido entre 2002 y 2008. Ni Burlington ni Ecuador previeron o pudieron prever esta serie de acontecimientos. Tal incremento de precios sin precedentes afectó el equilibrio económico de los CP, los cuales se basan en las expectativas razonablemente previsibles que las partes tuvieron al momento de las negociaciones contractuales<sup>269</sup>.
137. Cuando un incremento de precios imprevisto afecta la economía del contrato, éste se debe reajustar, tomando en cuenta la presunción ampliamente aceptada de que el Estado, como propietario del recurso no renovable, debe ser el principal beneficiario de los ingresos extras originados por el precio elevado del petróleo<sup>270</sup>. Muchos otros países han procedido igual que Ecuador en circunstancias similares. En 1980, Estados Unidos aprobó un impuesto a los beneficios extraordinarios por la venta de petróleo (Oil Windfall Profit Tax) en respuesta al pronunciado aumento que experimentó el precio del petróleo en la década del 70. Y desde 2002, al menos 16 países, incluidos países desarrollados como Estados Unidos, Reino Unido y Canadá, han adoptado medidas similares. Resulta revelador que ConocoPhillips, la casa matriz de Burlington, haya estado sujeta a ajustes impositivos en Reino Unido y Noruega. Por lo tanto, Burlington se equivoca al describir a Ecuador como “Estado renegado”<sup>271</sup>.
138. Los CP se elaboraron sobre la base de modelos económicos preparados por el ingeniero Celio Vega, Miembro del Consejo Directivo de PetroEcuador y Director Financiero de la Administración de Contratos Petroleros<sup>272</sup>. Estos modelos consisten en fórmulas matemáticas que toman en cuenta las variables económicas del contrato al momento de la contratación, como por ejemplo el riesgo asumido

---

<sup>268</sup> *Id.*, ¶¶ 142-147.

<sup>269</sup> *Id.*, ¶¶ 171-183.

<sup>270</sup> *Id.*, ¶ 188.

<sup>271</sup> *Id.*, ¶¶ 190-194, 7.

<sup>272</sup> DT Vega, ¶ 9.

por el inversor y el ingreso razonable que éste recibiría. Una de las principales variables de estas fórmulas fue el precio de mercado del petróleo. Para los Bloques 7 y 21, el precio de mercado que se tomó en cuenta al momento de la contratación fue de US\$ 15/bbl, y las proyecciones de los beneficios recíprocos para el inversor y el Estado durante toda la vigencia del contrato se basaron en ese precio. A un precio de mercado de US\$ 15/bbl, el inversor podía cubrir sus gastos y obtener un retorno razonable sobre su inversión<sup>273</sup>.

139. El aumento sin precedentes en el precio del petróleo afectó el equilibrio económico sobre el que se basaba el contrato. Si bien Ecuador intentó inicialmente subsanar este desequilibrio económico a través de negociaciones, lo hizo sin éxito. En realidad, Burlington rechazó abiertamente la solicitud de Ecuador de distribuir de manera más justa la producción de petróleo<sup>274</sup>.
140. En consecuencia, Ecuador buscó restaurar el equilibrio económico de los CP a través de la promulgación de la Ley 42. Las propuestas originales que se analizaron fueron que el Estado tuviera una participación del 80% en los ingresos extraordinarios. Finalmente, el Congreso aprobó el proyecto de ley con una participación del Estado del 60%. Sin embargo, el Presidente Palacio vetó el proyecto y recomendó que se utilizara la fórmula “de al menos el 50%”. Con esta modificación, se promulgó la Ley 42 el 19 de abril de 2006. El 6 de septiembre de 2006, la Corte Constitucional del Ecuador declaró la inconstitucionalidad de la Ley 42<sup>275</sup>.
141. Sin embargo, se demostró que la Ley 42 era insuficiente para lograr alcanzar un punto de equilibrio. Por lo tanto, en octubre de 2007, un año y medio después de la promulgación de la Ley 42, el Decreto 662 incrementó la participación del Estado en los ingresos extraordinarios de un 50% a un 99%<sup>276</sup>.
142. Dos meses después, Ecuador aprobó la Ley de Equidad Tributaria (“LET”), dirigida a abrir una nueva vía de negociación con las compañías petroleras. Bajo la LET, la participación del Estado en los ingresos extraordinarios sería del 70%, y el precio de referencia aumentaría en función de cada caso particular. Salvo Burlington y Perenco, todas las principales compañías que operaban en Ecuador aprovecharon la LET. En abril de 2008, Ecuador anunció que estos acuerdos transitorios estarían

---

<sup>273</sup> CME, ¶¶ 195-200.

<sup>274</sup> *Id.*, ¶¶ 201-208.

<sup>275</sup> *Id.*, ¶¶ 209-217.

<sup>276</sup> *Id.*, ¶ 220.

en vigencia por un periodo máximo de un año antes de que pudieran migrar a contratos de servicio. Ese mismo mes, el 21 de abril de 2008, Burlington inició el procedimiento de arbitraje contra Ecuador<sup>277</sup>.

143. En agosto de 2008, Burlington dio a conocer su plan de abandonar Ecuador. Desde ese momento, Burlington bloqueó todos los intentos de Ecuador de llegar a un acuerdo en relación con los CP. De hecho, Perenco y PetroEcuador lograron un acuerdo en términos justos y razonables. Sin embargo, Burlington, haciendo muestra tanto de su mala fe como de su falta de una verdadera intención de alcanzar una solución negociada, se negó a aceptar este acuerdo. Ello contrastó notablemente con la actitud de Ecuador, quien estuvo siempre abierto al diálogo y dispuesto a llegar a una solución amigable<sup>278</sup>.

2.2. La Ley 42 no modificó ni constituyó incumplimiento de los CP y, en todo caso, cualquier presunto incumplimiento contractual no constituiría un incumplimiento del Tratado

144. Ecuador sostiene las siguientes seis proposiciones. En primer lugar, la Ley 42 no modificó los CP. En segundo lugar, la Ley 42 no constituyó un incumplimiento de la cláusula de los CP que garantizaba a Burlington una participación fija en la producción de petróleo. En tercer lugar, la Ley 42 no es una “regalía” y, por lo tanto, Burlington no tiene derecho a estar exento de su aplicación. En cuarto lugar, las cláusulas de renegociación no se han desencadenado ni incumplido. En quinto lugar, las cláusulas 3.1 y 22.1 de los CP no son de utilidad a Burlington. En sexto lugar y de manera alternativa, si el Tribunal decidiera que Ecuador de alguna manera incumplió los CP, esos incumplimientos contractuales no podrían constituir un incumplimiento del Tratado<sup>279</sup>.

145. En primer lugar, la Ley 42 no modificó los CP. La Ley 42 trata únicamente sobre los precios del petróleo. Los CP, a su vez, tratan solamente sobre los volúmenes de petróleo y no contienen disposiciones sobre el precio del petróleo. Por ello, la Ley 42 simplemente no puede haber modificado los CP. Esa es la misma conclusión a la que llegó la Corte Constitucional del Ecuador. Según el fallo de la Corte Constitucional, la Ley 42 no modificó los CP<sup>280</sup>.

146. En segundo lugar, la Ley 42 no constituyó un incumplimiento de la cláusula de los CP que le garantizaba a Burlington una participación fija en la producción de

---

<sup>277</sup> *Id.*, ¶¶ 221-230.

<sup>278</sup> *Id.*, ¶¶ 235-250.

<sup>279</sup> *Id.*, ¶¶ 255-260.

<sup>280</sup> *Id.*, ¶¶ 268-272.

petróleo. Existe consenso respecto de que la Ley 42 no obstaculizó el derecho de Burlington de disponer de su participación en la producción de crudo. Sin embargo, Burlington, haciendo una lectura interesada de esta cláusula, interpreta que no se encuentra sujeta a ninguna medida que tenga como efecto reducir sus ingresos. Pero si Burlington tuviera tal derecho (que no es el caso), carecerían de objeto las cláusulas de renegociación, las cuales se aplican precisamente cuando existe una modificación del régimen tributario.

147. En tercer lugar, y aunque parezca que Burlington ha abandonado este argumento después de la Decisión sobre Jurisdicción, la Ley 42 no es una “regalía” y, por lo tanto, Burlington no tiene derecho a estar exenta de su aplicación. La Ley 42 no es una regalía porque forma parte del Artículo 55 de la LEH, no del Artículo 54, donde se mencionan las regalías, y porque, si lo fuera, no habría necesidad de enmendar el Artículo 44 de la LEH, que ya incluía el término regalías. Más aún, la Ley 42 no tiene las características de una regalía. Es un gravamen y, como tal, se rige por las cláusulas de renegociación<sup>281</sup>.
148. En cuarto lugar, la aplicación de la Ley 42 no desencadena ni constituye un incumplimiento de las cláusulas de renegociación. De hecho, la Ley 42 no tuvo “consecuencias en la economía” de los CP, lo cual constituye un requisito indispensable para la aplicación de estas cláusulas. La “economía” de un CP, bajo la ley ecuatoriana, se determina “a la fecha de celebración”<sup>282</sup> (énfasis en el original). En ese momento, las Partes acordaron utilizar el modelo económico elaborado por el ing. Celio Vega (el “Modelo Vega”). Entre otras variables, el Modelo Vega incluía un precio de petróleo constante de US\$ 15/bbl para toda la vigencia de los CP. Sin embargo, resulta crucial que la Ley 42 se haya aplicado únicamente a los precios de petróleo superiores a la marca de US\$ 15/bbl sobre la cual se elaboró el Modelo Vega. Por lo tanto, la Ley 42 no tuvo consecuencias en la economía de los CP<sup>283</sup>.
149. Por otro lado, si el Tribunal decidiera que la Ley 42 sí afectó la economía de los CP, Ecuador no ha incumplido las cláusulas de renegociación porque “la obligación de renegociar no implica la obligación de llegar a un acuerdo”<sup>284</sup>. Ecuador estuvo siempre disponible para negociar con Burlington; si no se llegó a un acuerdo, fue a causa de Burlington. Además, este Tribunal no tiene la facultad

---

<sup>281</sup> *Id.*, ¶¶ 304-315.

<sup>282</sup> *Id.*, ¶ 329.

<sup>283</sup> *Id.*, ¶¶ 320-343.

<sup>284</sup> *Id.*, ¶349; anexo EL-102, 116.

de redactar nuevamente los términos de los CP en caso de que las Partes no renegocien o no lleguen a un acuerdo. Ni siquiera tendría jurisdicción para hacerlo, porque ésta no sería una controversia “legal” bajo el Artículo 25 del Convenio CIADI<sup>285</sup>.

150. En quinto lugar, las cláusulas 3.1 y 22.1 de los CP no son de utilidad a Burlington. No se trata de cláusulas de estabilización. La cláusula 3.1 simplemente incorpora el principio *pacta sunt servanda*. La Ley 42 no afecta este principio porque aborda una cuestión (los ingresos extraordinarios) que no estaba regulada en los CP. Tampoco es la cláusula 22.1 una cláusula de estabilización porque (i) no excluye expresamente la aplicación de leyes y disposiciones futuras; (ii) es una simple regla de interpretación de contratos que no impide la aplicación de leyes y disposiciones posteriores; (iii) funciona como una cláusula de derecho aplicable; (iv) otras cláusulas de los CP no distinguen entre leyes sancionadas antes y después de la entrada en vigencia de los CP; (v) de lo contrario las cláusulas de renegociación no tendrían sentido<sup>286</sup>.

151. En sexto lugar y de manera alternativa, si el Tribunal decidiera que Ecuador de alguna manera incumplió los CP, esos presuntos incumplimientos contractuales no podrían constituir un incumplimiento del tratado. Como explicó el Comité de anulación *ad hoc* en *Vivendi*, no todo incumplimiento contractual constituye un incumplimiento del tratado.<sup>287</sup> Un incumplimiento contractual constituye un incumplimiento del tratado si existe un “repudio efectivo del derecho [...] que tiene el efecto de impedir su ejercicio de completamente o en gran medida”<sup>288</sup>.

### 3. Ecuador no expropió la inversión de Burlington

#### 3.1. La Ley 42 no expropió la inversión de Burlington en los Bloques 7 y 21

152. El reclamo de expropiación de Burlington es inválido. De entrada, Burlington tiene una elevada carga probatoria. Debido a que Burlington desafía una medida impositiva, debe probar, de conformidad con *EnCana*, que la Ley 42 fue “extraordinaria, si su cuantía es punitiva o su incidencia arbitraria”<sup>289</sup>, y que sus

---

<sup>285</sup> *Id.*, ¶¶ 344-363.

<sup>286</sup> *Id.*, ¶¶ 365-376.

<sup>287</sup> *Id.*, ¶¶ 386-388.

<sup>288</sup> *Id.*, ¶ 388.

<sup>289</sup> *Id.*, ¶ 397.

efectos constituyen una expropiación de su inversión. Burlington no ha demostrado que se dan estos elementos<sup>290</sup>.

153. En cualquier caso, la Ley 42 (i) constituyó un ejercicio legítimo y de buena fe de su facultad soberana de aplicar impuestos, y (ii) no fue una expropiación de la inversión de Burlington<sup>291</sup>.
154. En primer lugar, la Ley 42 constituyó un ejercicio legítimo y de buena fe de la facultad de aplicar impuestos de Ecuador. Según el derecho internacional, las medidas regulatorias adoptadas por un Estado que sean legítimas y de buena fe, como la Ley 42, no constituyen expropiación y, en consecuencia, no son indemnizables. Específicamente, debe presumirse que la Ley 42 es una medida válida que no confiere a Burlington el derecho a ser indemnizado salvo que se demuestre lo contrario. Para refutar esta presunción, Burlington debe demostrar con pruebas claras y convincentes que el ejercicio por parte de Ecuador de su facultad soberana fue ilegítimo o abusivo. Sin embargo, Burlington no lo ha probado<sup>292</sup>.
155. La Ley 42 constituyó un ejercicio legítimo y de buena fe de la facultad de Ecuador de aplicar impuestos porque su objetivo fue restaurar el desequilibrio ocasionado por el incremento masivo e imprevisto del precio del petróleo. Como producto de este desequilibrio, Burlington se vio en la obligación de renegociar los CP de buena fe y Ecuador tenía el deber de legislar para obtener una distribución justa de los ingresos del petróleo. Sin embargo, Burlington “se negó obstinadamente” a renegociar los CP<sup>293</sup>. Ante el fracaso de las renegociaciones, Ecuador debía, en virtud del mandato constitucional, lograr una distribución justa de los ingresos derivados de sus hidrocarburos. La Ley 42 fue el medio adecuado para llevar adelante este mandato<sup>294</sup>.
156. En segundo lugar, incluso si el Tribunal decidiera que la Ley 42 es una medida regulatoria ilegítima, la Ley 42 no expropió la inversión de Burlington, ni directa ni indirectamente. La Ley 42 no expropió la inversión de Burlington directamente porque no tomó físicamente la inversión de Burlington, ni tampoco revocó, canceló ni desconoció los derechos de Burlington bajo los CP<sup>295</sup>. De modo similar, la Ley

---

<sup>290</sup> *Id.*, ¶¶ 394-398.

<sup>291</sup> *Id.*, ¶ 399.

<sup>292</sup> *Id.*, ¶¶ 400-437.

<sup>293</sup> *Id.*, ¶ 449.

<sup>294</sup> *Id.*, ¶¶ 440-460.

<sup>295</sup> *Id.*, ¶¶ 464-469.

42 no expropió la inversión de Burlington indirectamente. Para que haya una expropiación indirecta, los efectos de la medida controvertida deben ser equivalentes a los de una privación. En particular, el inversor debe demostrar que la medida controvertida causó la pérdida total y permanente del valor o control de la inversión. Burlington no ha demostrado ninguna de estas dos cosas<sup>296</sup>.

157. Burlington no ha demostrado que la Ley 42 al 50% haya expropiado su inversión. Las siguientes pruebas de hecho muestran que no hubo tal expropiación: (i) los informes impositivos del Consorcio muestran que, incluso con los pagos de la Ley 42, los años 2006 y 2007 fueron más redituables que el 2005; (ii) el informe pericial de Fair Links llega a la conclusión de que las operaciones de Burlington no fueron “poco redituables” como sostuvo Burlington; (iii) el Consorcio presentó un plan enmendado de desarrollos adicionales en el Bloque 7, con lo cual demostró que, incluso con los pagos de la Ley 42, tenía sentido desde el punto de vista económico invertir más capital (el “Plan de Desarrollo Oso”); (iv) los informes anuales de ConocoPhillip para los años 2006 y 2008 no arrojan pérdidas en Ecuador.
158. Asimismo, como se demostró previamente, la Ley 42 no constituyó un incumplimiento de los CP. Por lo tanto, no puede haber expropiación, ya que Burlington reclama precisamente el valor de sus derechos bajo los CP. Por último, la Ley 42 no puede constituir una expropiación porque no causa una privación *permanente* de la inversión de Burlington: se aplica solamente si el precio de mercado del crudo ecuatoriano excede el precio de referencia. De hecho, contrario a la impresión que buscar dar Burlington, el precio de mercado del petróleo no siempre han estado por encima del precio de referencia, por ejemplo, en enero y febrero de 2009. En síntesis, la Ley 42 con la alícuota del 50% no expropió la inversión de Burlington<sup>297</sup>.
159. Del mismo modo, la Ley 42 con la alícuota del 99% tampoco expropió la inversión de Burlington. La Ley 42 con la alícuota del 50% no fue suficiente para inducir a las compañías petroleras que operaban en Ecuador a negociar un nuevo marco contractual. El Decreto 662, que aumentó la alícuota a un 99%, dio lugar a que las compañías firmaran nuevos contratos de servicio, con la excepción de Burlington y Perenco<sup>298</sup>. Burlington no ha presentado pruebas de que la Ley 42 al 99% haya privado de valor a su inversión. En realidad, la Ley 42 al 99% no tuvo efectos

---

<sup>296</sup> *Id.*, ¶¶ 464-477.

<sup>297</sup> *Id.*, ¶¶ 478-507.

<sup>298</sup> *Id.*, ¶¶ 511-512.

equivalentes a una expropiación, como muestran los mismos hechos que se mencionaron en relación con la Ley 42 al 50%<sup>299</sup>. En particular, Fair Links concluyó que el Decreto 662 “no alteró la tendencia global de los flujos de caja positivos”<sup>300</sup>.

3.2. La aplicación de la Ley 42 por parte de Ecuador a través del juicio de coactivas no fue una medida expropiatoria bajo el Artículo III del Tratado

160. Contrario a lo que alega Burlington, el juicio de coactivas no constituyó una expropiación. Ecuador recurrió al juicio de coactivas para hacer cumplir sus leyes y, al hacerlo, no expropió la inversión de Burlington.
161. PetroEcuador es una entidad autorizada a utilizar la coactiva, un proceso mediante el cual una entidad administrativa puede hacer cumplir obligaciones sin necesidad de contar con una orden o autorización de los juzgados del Estado. En particular, PetroEcuador tenía derecho a cobrar los pagos de la Ley 42. En el juicio de coactivas, si el deudor no paga su deuda después de haber sido notificado en dos ocasiones, se incautan sus bienes y, finalmente, se subastan. En la primera ronda del remate, las ofertas no pueden ser inferiores a dos tercios del avalúo del bien. Si no se presentan posturas durante la primera ronda, se lleva a cabo una segunda ronda, en la cual las ofertas no pueden ser inferiores al 50% del avalúo del bien rematado<sup>301</sup>.
162. El juicio de coactivas no expropió la inversión de Burlington. Burlington intenta crear la apariencia de que PetroEcuador se benefició del proceso de remate al adquirir el petróleo del Consorcio con un “pronunciado descuento”. Sin embargo, PetroEcuador no hizo más que comprar la producción adquirida con los descuentos autorizados por la ley ecuatoriana. Es más, PetroEcuador sólo esperó en el primer remate a presentar su oferta en la segunda etapa. Después del primer remate, PetroEcuador siempre presentó sus posturas durante la primera ronda, y ofreció un precio ligeramente superior al mínimo autorizado por ley. Otras compañías fueron disuadidas de participar en estos remates porque el Consorcio amenazó con iniciar acciones legales contra los posibles compradores del crudo incautado<sup>302</sup>.
163. Asimismo, el juicio de coactivas no constituyó una expropiación directa de la inversión de Burlington porque Ecuador no intentó privar a Burlington de su

---

<sup>299</sup> *Id.*, ¶¶ 508-529.

<sup>300</sup> IP Fair Links, ¶ 94; CME, ¶ 517.

<sup>301</sup> CME, ¶¶ 532-540.

<sup>302</sup> *Id.*, ¶¶ 541-552.

inversión, sino simplemente ejecutar un crédito legítimo. Cualquiera sea el caso, el efecto de este proceso fue neutral ya que, como reconoció el Tribunal en la Resolución Procesal N.º 1, cada vez que se incautó petróleo, se extinguieron los pagos anteriores de la Ley 42. Finalmente, Burlington no explica cómo el incumplimiento por parte de Ecuador de la recomendación del Tribunal en la Resolución Provisional N.º 1 puede considerarse como una expropiación<sup>303</sup>.

3.3. La intervención de Ecuador tras el abandono de Burlington de los Bloques 7 y 21 en julio de 2009 ni completó la supuesta expropiación ni constituyó una expropiación directa

164. La intervención de Ecuador en los Bloques 7 y 21 no constituyó una expropiación de la inversión de Burlington. Ésta fue provocada por la decisión unilateral de Burlington de suspender las operaciones y tenía como fin impedir que los Bloques experimentaran un daño significativo. Por ello, la intervención de Ecuador fue necesaria, adecuada y proporcionada dadas las circunstancias, y la intención era que fuera temporaria<sup>304</sup>. Finalmente, la decisión de Burlington de suspender las operaciones fue una “medida calculada” que buscaba forzar a Ecuador a actuar para evitar que se dañasen los Bloques<sup>305</sup>.
165. Burlington adoptó cinco medidas activas para suspender las operaciones en los Bloques aunque (i) la suspensión no estaba justificada desde el punto de vista económico, ya que Burlington contaba con los recursos financieros para continuar operando los Bloques, como por ejemplo los pagos de la Ley 42 depositados en la cuenta bancaria separada; (ii) la suspensión habría dado lugar al incumplimiento tanto de los CP como de la ley ecuatoriana; y (iii) habría ocasionado una pérdida económica significativa y un daño grave a los Bloques. Como parte de su estrategia de autoexpropiación, Burlington sabía que esto haría que Ecuador actuara para evitar el daño de los Bloques<sup>306</sup>.
166. Burlington anunció que la suspensión tendría lugar al mediodía del 16 de julio de 2009. Ecuador, a su vez, indicó que, si el Consorcio suspendía las operaciones, tomaría las medidas pertinentes para impedir la suspensión. El 16 de julio de 2009, funcionarios del gobierno ecuatoriano ingresaron a los Bloques a las 2:00 p.m. Contrario a lo que ha alegado Burlington, la entrada fue amigable, no violenta. De hecho, los Bloques aún estaban en operación en ese momento porque los

---

<sup>303</sup> *Id.*, ¶¶ 553-559.

<sup>304</sup> *Id.*, ¶¶ 560-561.

<sup>305</sup> *Id.*, ¶ 565.

<sup>306</sup> *Id.*, ¶¶ 562-565.

empleados del Consorcio había decidido ignorar las instrucciones de Perenco. Ese mismo día, PetroEcuador emitió una resolución donde declaraba el estado de emergencia de los Bloques y autorizaba a PetroAmazonas (subsidiaria de PetroEcuador) a adoptar las medidas necesarias para garantizar la continuidad de las operaciones<sup>307</sup>.

167. La decisión unilateral de Burlington de suspender las operaciones en los Bloques no tenía un justificativo económico. Burlington contaba con los fondos necesarios para continuar operando los Bloques, como muestran los pagos de la Ley 42 que depositó en una cuenta separada extranjera. Después de la promulgación de la Ley 42 y el Decreto 662, también realizó inversiones mínimas en los Bloques y, si el petróleo incautado se remató a precios de mercado bajos, ello se debió a la activa hostilidad del Consorcio hacia los potenciales postores<sup>308</sup>.
168. La suspensión unilateral de las operaciones por parte de Burlington constituyó un incumplimiento de la ley ecuatoriana y los CP. Bajo la Constitución del Ecuador, la suspensión de los servicios públicos, los cuales incluyen expresamente “la producción de hidrocarburos”, se encuentra prohibida. Asimismo, Burlington no tenía justificación para suspender las operaciones porque el principio *exceptio non adimpleti contractus* no encuentra prácticamente aplicación bajo el derecho administrativo ecuatoriano. Por consiguiente, Burlington debía cumplir con sus obligaciones a pesar de cualquier supuesto incumplimiento por parte de Ecuador<sup>309</sup>.
169. Ecuador intervino en los Bloques para hacer cumplir sus leyes en el marco de sus poderes policiales y para evitar que los Bloques experimentasen la pérdida económica y los daños significativos que la suspensión unilateral de las operaciones por parte del Consorcio habrían causado. Si no hubiera sido por la intervención, el abandono de los Bloques por parte del Consorcio habría causado daños de reserva, mecánicos y medioambientales en los Bloques, y una pérdida económica significativa al Estado. Burlington suspendió las operaciones solamente para inducir a Ecuador a intervenir los Bloques, como parte de su estrategia de autoexpropiación<sup>310</sup>.

---

<sup>307</sup> *Id.*, ¶¶ 566-580.

<sup>308</sup> *Id.*, ¶¶ 589-595.

<sup>309</sup> *Id.*, ¶¶ 596-606.

<sup>310</sup> *Id.*, ¶ 620.

170. La intervención de Ecuador en los Bloques fue adecuada. Burlington estaba debidamente informada acerca de las consecuencias que traería aparejada la suspensión de las operaciones, mientras que Ecuador entró amigablemente en los Bloques y garantizó expresamente a Burlington que sus derechos bajo los CP no se verían afectados<sup>311</sup>. La intervención de Ecuador fue un medio proporcionado respecto del objetivo de evitar el daño de los Bloques<sup>312</sup>. Finalmente, la expropiación requiere una privación permanente. Este requisito no se cumple en este caso porque la intervención de Ecuador fue una medida temporaria que cesaría una vez que el Consorcio reanudase las operaciones<sup>313</sup>.

3.4. En cualquier caso, Ecuador no expropió ilegítimamente la inversión de Burlington en los Bloques 7 y 21

171. En el caso de que el Tribunal no obstante concluyera que las medidas analizadas en las secciones anteriores constituyeron una expropiación de la inversión de Burlington, tal expropiación sería legítima. Ecuador argumenta que la falta de pago de la indemnización prevista en el Artículo III(1) del Tratado no torna la expropiación ilegítima si ésta se encuentra controvertida. Además, la expropiación no fue injusta e inequitativa, ni arbitraria, ni contravino las obligaciones de Ecuador frente a Burlington<sup>314</sup>.

172. En primer lugar, la falta de indemnización de Ecuador hacia Burlington no torna la expropiación ilegítima, porque la expropiación se encuentra controvertida. La expropiación debe ocurrir *antes* de que se ofrezca la indemnización. En este caso se trata principalmente de si *existe expropiación* en primer lugar. La indemnización se torna una cuestión relevante solo después de determinar que existe una expropiación. De no ser así, cada uno de los casos de expropiación indirecta pasaría a ser, casi invariablemente, un caso de expropiación ilegítima<sup>315</sup>.

173. En segundo lugar, si hubiera habido una expropiación, ésta no fue injusta e inequitativa porque la Ley 42 buscaba restaurar la “economía” de los CP. Ecuador promulgó la Ley 42 en ejercicio legítimo y de buena fe de su facultad soberana de aplicar impuestos, y ello no hizo que Burlington renunciara a ninguno de sus derechos bajo los CP. Asimismo, la supuesta expropiación no hubiera sido arbitraria porque Ecuador se ha sometido a la jurisdicción de este Tribunal, sin

---

<sup>311</sup> *Id.*, ¶¶ 654-657.

<sup>312</sup> *Id.*, ¶¶ 658-661.

<sup>313</sup> *Id.*, ¶¶ 662-665.

<sup>314</sup> *Id.*, ¶¶ 667-675.

<sup>315</sup> *Id.*, ¶¶ 676-697.

interferir nunca con su autoridad; ni tampoco fueron las medidas de coactivas arbitrarias ya que simplemente buscaron la ejecución del impuesto de la Ley 42 de Ecuador. Por último, la expropiación no hubiera constituido un incumplimiento de las obligaciones de Ecuador, ya que ni se modificaron ni se incumplieron los CP<sup>316</sup>.

#### D. PETITORIO DE ECUADOR

174. Sobre la base de esta postura, Ecuador solicita al Tribunal que:

**“10.1 Declare**

**10.1.1 Con respecto a la jurisdicción**

793. que carece de jurisdicción sobre (i) el primer reclamo de Burlington de la Ley 42 bajo la cláusula paraguas y (ii) la primera parte del tercer reclamo de Burlington bajo la cláusula paraguas en virtud del Artículo II(3)(c), del Tratado según se define en la Decisión sobre Jurisdicción del Tribunal;
794. que, en la medida en que Burlington intente reintroducir su reclamo bajo la Ley 42 por falta de trato justo y equitativo y por tratamiento arbitrario del reclamo de inversión, la Sección III(B)(2), párrafos 102 a 122, páginas 56 a 68 del Memorial Complementario de Burlington, sean eliminados del expediente;
795. que carece de jurisdicción sobre los reclamos de Burlington sobre los decretos de caducidad y todas las cuestiones relacionadas;

**10.1.2 Con respecto a la admisibilidad**

796. de manera alternativa, que los reclamos de Burlington sobre los decretos de caducidad y todas las cuestiones relacionadas son inadmisibles;

**10.1.3 Con respecto a la responsabilidad**

797. que la Ley 42 no modificó los Contratos de Participación y que, por lo tanto, se desestiman todos los reclamos de Burlington relacionados;
798. que la promulgación por parte de Ecuador de la Ley 42 no constituyó un incumplimiento de los Contratos de Participación y que, por lo tanto, se desestiman todos los reclamos de Burlington relacionados;
799. que la promulgación de la Ley 42 no ha sido un desencadenante de las Cláusulas de Renegociación ni han constituido un incumplimiento de ellas, y que, por lo tanto, se desestiman todos los reclamos de Burlington relacionados;
800. que, debido a que no ha habido un incumplimiento de los Contratos de Participación, tampoco ha habido

---

<sup>316</sup> *Id.*, ¶¶ 698-721.

incumplimiento del Tratado y por lo tanto se desestiman todos los reclamos relacionados de Burlington bajo el Tratado;

801. de manera alternativa al fallo sobre jurisdicción solicitado anteriormente, que Ecuador no ha incumplido la Cláusula Paraguas prevista en el Artículo II (3)(c) del Tratado y que, por lo tanto, se desestiman todos los reclamos relacionados de Burlington;
802. que la Ley 42 constituyó un ejercicio legítimo y de buena fe por parte de Ecuador de sus facultades soberanas de aplicar impuestos;
803. que la promulgación por parte de Ecuador de la Ley 42 no constituye una expropiación bajo el Artículo III del Tratado y que, por lo tanto, se desestiman todos los reclamos relacionados de Burlington;
804. que el inicio por parte de Ecuador del juicio de coactivas no constituye una expropiación bajo el Artículo III del Tratado y que, por lo tanto, se desestiman todos los reclamos relacionados de Burlington;
805. que la asunción por parte de Ecuador de los Bloques 7 y 21 no constituye una expropiación bajo el Artículo III del Tratado y que, por lo tanto, se desestiman todos los reclamos relacionados de Burlington;
806. que, en cualquier caso, las medidas controvertidas no constituyen una expropiación ilegítima bajo el Artículo III del Tratado;
807. que Burlington es responsable frente a Ecuador por los costos de subsanación de los daños medioambientales causados dentro de los Bloques 7 y 21 de la región amazónica ecuatoriana; y
808. que Burlington es responsable frente a Ecuador por los costos necesarios para dejar nuevamente la infraestructura de los Bloques 7 y 21 en correcto estado de funcionamiento, de conformidad con los mejores estándares y prácticas generalmente aceptados en la industria internacional de hidrocarburos.

## **10.2 Ordene**

809. a Burlington que pague todos los costos de los restantes estudios medioambientales para los Bloques 7 y 21;
810. a Burlington que subsane todos los daños medioambientales experimentados en los Bloques 7 y 21 o que pague todos los costos de subsanación del daño medioambiental, por el importe que se determine en la fase de Cuantificación de este arbitraje;
811. a Burlington que pague los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de los Contratos de Participación de los Bloques 7 y 21 y la ley ecuatoriana por el importe que se determine en la fase de Cuantificación de este arbitraje;

812. a Burlington que pague todos los gastos y costas procesales de este arbitraje, incluidos los honorarios legales y periciales de Ecuador y otros costos del CIADI; y
813. a Burlington que pague los intereses compuestos a la tasa comercial pertinente sobre los montos establecidos en los dos párrafos anteriores a partir de la fecha de desembolso de estos y hasta la fecha de pago total.

### **10.3 Otorque**

814. Toda otra reparación que el Tribunal considere adecuada<sup>317</sup>.

---

<sup>317</sup> *Id.*, ¶¶ 793-814. En EPAE, ¶ 589, la Demandada incorporó este petitorio.

#### **IV. ANÁLISIS**

175. El Tribunal ha deliberado y analizado los escritos y presentaciones orales de las Partes. En la medida en que tales argumentos no hayan sido mencionados expresamente, se los debe reputar incorporados al análisis. El presente análisis aborda las defensas sobre jurisdicción y admisibilidad pendientes y los reclamos de Burlington formulados bajo el Tratado sobre el fondo de la controversia<sup>318</sup>. Si se decide que Ecuador es responsable frente a Burlington, se llevará a cabo posteriormente una fase de cuantificación del procedimiento. De forma paralela a los reclamos de Burlington, también se abordarán las reconvenções de Ecuador.
176. Para iniciar el análisis, el Tribunal analizará algunas cuestiones preliminares, incluido el derecho aplicable al fondo de la cuestión y la relevancia de anteriores decisiones de tribunales y cortes internacionales (A); posteriormente, analizará las objeciones sobre jurisdicción y admisibilidad formuladas por Ecuador pendientes (B) y los reclamos de Burlington sobre el fondo de la cuestión (C). Por último, el Tribunal emitirá su decisión (Sección V).

##### **A. CUESTIONES PRELIMINARES**

###### 1. Derecho aplicable al fondo de la cuestión

177. Los reclamos de Burlington se basan en el TBI entre Estados Unidos y Ecuador, el cual constituye por lo tanto la fuente de derecho primaria para este Tribunal. Con respecto a las cuestiones que no están previstas en el TBI, este último no contiene disposiciones sobre derecho aplicable. Por lo tanto, el Tribunal debe recurrir al Artículo 42 (1) del Convenio CIADI, el cual establece lo siguiente:

“(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.

178. Las partes en esta controversia no han acordado cuáles son las normas de derecho que rigen el fondo de la cuestión más allá del TBI en el sentido de la primera oración del Artículo 42(1). Por lo tanto, de acuerdo con la segunda oración del Artículo 42(1) el Tribunal “aplicará la legislación del Estado que sea parte en la

---

<sup>318</sup> El Tribunal ya ha declarado que tiene jurisdicción sobre los reclamos de Burlington por expropiación, pero aún debe determinar si tiene jurisdicción sobre los reclamos bajo la cláusula paraguas (DJ, ¶ 342).

diferencia [...] y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”. De hecho, las Partes han realizado sus alegatos bajo la correcta presunción de que tanto el derecho ecuatoriano como el derecho internacional rigen el fondo de la controversia.

179. En consecuencia, el Tribunal aplicará (i) en primer lugar el TBI y, de ser necesario, (ii) el derecho ecuatoriano y las normas de derecho internacional “que pudieren ser aplicables”. En este último sentido, el Tribunal considera que la segunda oración del Artículo 42(1) del Convenio CIADI no establece que las controversias deban asignarse a uno u otro ordenamiento. Por lo tanto, es tarea de los árbitros determinar si una cuestión se encuentra sujeta al derecho nacional o internacional. En tal contexto, cabe mencionar que los CP incluyen una disposición sobre aplicación del derecho ecuatoriano<sup>319</sup>. Cabe mencionar, asimismo, que una parte no puede basarse en su derecho interno para escapar a una obligación bajo el derecho internacional.

2. La solicitud de Ecuador para que la Sección III(B)(2) del Memorial Complementario de Burlington sobre Responsabilidad sea eliminada el expediente

180. Ecuador solicita que la Sección III(B)(2) del Memorial Complementario de Burlington sobre Responsabilidad sea eliminada del expediente debido a que reintroduce, ocultos detrás de su restante reclamo por expropiación, los reclamos por falta de trato justo y equitativo y por trato arbitrario respecto de los cuales el Tribunal ya se ha declarado incompetente. Ecuador sostiene que, si bien es indiscutible que el Artículo III(1) del Tratado se remite a los principios de trato bajo el Artículo II(3), Burlington se basa indebidamente en esta remisión para concluir que hubo expropiación. Sin embargo, los principios de trato del Artículo II(3) del Tratado sólo se tornan relevantes una vez se ha establecido que hubo expropiación en primer lugar<sup>320</sup>.

181. El Artículo III(1) del Tratado prevé que “[l]as inversiones no se expropiarán [...] salvo [...] de conformidad con [...] los principios generales de trato dispuestos en el

---

<sup>319</sup> La Cláusula 22.1 del CP para el Bloque 7 establece que “[e]ste contrato se rige exclusivamente por la legislación ecuatoriana, y en él se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración” (anexo C-1). De modo similar, la Cláusula 22.1 del CP para el Bloque 21 prevé que “[e]ste contrato se rige exclusivamente por la legislación ecuatoriana, y en él se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración” (anexo C-2).

<sup>320</sup> Tr. 226:10-229:21. En particular, la afirmación de Ecuador de que “reconocemos que no es fácil para [Burlington] caracterizar la Ley 42 como expropiatoria. Dependen del artículo número 2 [del Tratado] para presentarla como expropiatoria. Y esto es imposible; no está permitido en el Tratado” (Tr. 229:17-21).

párrafo 3 del Artículo II”. El Tribunal acepta que esta disposición se aplica únicamente si se determina que existe expropiación. Si existe expropiación, deberá llevarse a cabo de conformidad con los principios de trato previstos en el Artículo II(3) del Tratado. Si no existe expropiación, esta disposición no resulta pertinente.

182. Los alegatos de Burlington no sugieren una interpretación diferente de esta disposición. Según el entender del Tribunal, Burlington se basa en los principios de trato del Artículo II(3) del Tratado simplemente para determinar que la supuesta expropiación de su inversión se llevó a cabo de manera ilegítima:

“El Artículo X del Tratado y la decisión de este Tribunal en su Decisión sobre Jurisdicción no afectan la aplicabilidad de los principios del Artículo II(3) para determinar la legitimidad de las medidas de Ecuador como una expropiación bajo el Artículo III. Este Tribunal tiene jurisdicción en virtud del Artículo X del Tratado sobre el reclamo por expropiación formulado por Burlington bajo el Artículo III. En consecuencia, una vez que se determina que ha ocurrido una expropiación, tiene jurisdicción para determinar la legitimidad de la expropiación estableciendo si, como exige el Artículo III(1), la expropiación fue congruente con los principios de trato enunciados en el Artículo II(3). Determinar que la expropiación fue llevada a cabo en contravención de los principios articulados en el Artículo II(3) no depende de una violación aislada al Artículo II(3) y, por lo tanto, no contraviene la decisión de este Tribunal de que carece de jurisdicción bajo el Artículo X para determinar si las medidas impositivas constituyeron una contravención del Artículo II(3) del Tratado.

[...]

En síntesis, Ecuador ha expropiado las inversiones de Burlington por medios contrarios a los principios de trato justo y equitativo, la obligación de no afectar la inversión mediante un trato arbitrario y el deber de cumplir con las obligaciones. Ecuador no ha ofrecido indemnización alguna por su expropiación ilegítima. Ecuador es por tanto responsable bajo la norma establecida en Chorzow de haber llevado a cabo una expropiación ilegítima en contravención del Tratado y en contravención de los principios generales del derecho internacional (énfasis agregado).<sup>321,</sup>

183. En función de ello, el Tribunal no encuentra motivo para eliminar del expediente la Sección III(B)(2) del Memorial Complementario de Burlington sobre Responsabilidad.

### 3. Cuestiones no controvertidas

184. La mayoría de los hechos de la presente causa no se encuentran controvertidos. En la audiencia, los abogados de la Demandante advirtieron que esta “causa [...] en cuanto a los hechos es bastante simple porque los hechos no son objeto de la

---

<sup>321</sup> MCB, ¶¶ 106, 122.

controversia<sup>322</sup>. Si bien hay algunas cuestiones de hecho controvertidas, la Demandante y la Demandada están de acuerdo respecto de la mayoría de los hechos que dan origen a la controversia; su desacuerdo central consiste en cómo debe distribuirse entre ellas la renta del petróleo.

185. En particular, las Partes no niegan que (i) a principios de 2002, el precio del petróleo aumentó muy por encima del precio de petróleo vigente al momento de celebración de los CP para los Bloques 7 y 21; (ii) en noviembre de 2005, Ecuador intentó renegociar los CP con Burlington (y su socia Perenco) por primera vez; (iii) tras el fracaso de las renegociaciones, Ecuador promulgó de manera consecutiva la Ley 42 en abril de 2006, el Decreto 662 en octubre de 2007 y la LET en diciembre de 2007; (iv) Burlington efectuó los pagos previstos en la Ley 42 a Ecuador bajo protesto desde el momento en que fueron impuestos por primera vez a mediados de 2006 hasta mayo de 2008; (v) en junio de 2008, Burlington dejó de efectuar los pagos previstos en la Ley 42 a Ecuador, y, en su lugar, comenzó a depositarlos en una cuenta separada ubicada en Estados Unidos.
186. También existe acuerdo respecto de que, tras una nueva ronda de renegociaciones frustradas en 2008, (vi) Ecuador inició un juicio de coactivas contra Burlington en febrero de 2009 y comenzó a incautar la participación de Burlington en la producción de petróleo al mes siguiente; (vii) a partir de marzo de 2009 y hasta aproximadamente mediados de 2010, PetroEcuador remató y, como único postor, adquirió la participación de Burlington en la producción de petróleo a precios de mercado inferiores en el marco del juicio de coactivas; (viii) el 16 de julio de 2009, Burlington y Perenco dejaron de operar los Bloques 7 y 21; (ix) ese mismo día, Ecuador tomó posesión de los Bloques 7 y 21; (x) en julio de 2010, Ecuador extinguió los CP para los Bloques 7 y 21 en virtud del llamado proceso de caducidad.

#### 4. Relevancia de decisiones de otros tribunales y cortes internacionales

187. Como se expresó en la Decisión sobre Jurisdicción, la mayoría del Tribunal considera que no está obligado a seguir decisiones anteriores. Sin embargo, considera que debe prestarse la debida atención a las decisiones anteriores de tribunales y cortes internacionales. La mayoría cree que, sujeto a motivos convincentes en contrario, tiene el deber de adoptar soluciones establecidas en una serie de casos consistentes. Considera asimismo que, sujeto a las particularidades de un tratado determinado y de las circunstancias del caso, tiene

---

<sup>322</sup> Tr. 17:10-12.

el deber de intentar contribuir al desarrollo armonioso del derecho de inversión, satisfaciendo de este modo las expectativas legítimas de la comunidad de Estados e inversores hacia la seguridad jurídica que emana del estado de derecho. El árbitro Stern no percibe el rol de los árbitros de la misma manera, ya que considera que es su deber decidir cada caso de acuerdo a sus propios méritos, con independencia de cualquier tendencia jurisprudencial aparente.

## **B. OBJECIONES A LA JURISDICCIÓN Y DE ADMISIBILIDAD**

1. ¿Tiene el Tribunal jurisdicción sobre los reclamos de Burlington bajo la cláusula paraguas en virtud del Artículo II(3)(c) del Tratado?
188. En la Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal resolvió junto con el fondo de la controversia “si tiene jurisdicción sobre el primer reclamo de Burlington de la Ley 42 bajo la cláusula paraguas, y sobre la primera parte del tercer reclamo bajo la cláusula paraguas del Artículo II(3)(c) del Tratado”<sup>323</sup> (los “reclamos bajo la cláusula paraguas”). Lo hizo fundándose en que las Partes no habían debatido lo suficiente la objeción de Ecuador por falta de un vínculo contractual directo, la cual había sido formulada por primera vez en la audiencia sobre jurisdicción<sup>324</sup>. Como las Partes ya han debatido exhaustivamente este punto, la cuestión está en condiciones de ser decidida por el Tribunal.
189. Ecuador sostiene que el Tribunal no tiene jurisdicción sobre los reclamos de Burlington bajo la cláusula paraguas por los siguientes tres motivos: (i) al retirar los Reclamos Contractuales “con efecto de cosa juzgada”, Burlington renunció a sus derechos bajo los CP y, en consecuencia, la cláusula paraguas carece de objeto; (ii) Burlington no tiene derechos independientes que deriven del llamado Marco Legal de los Hidrocarburos; y (iii) contrario a lo que requiere el Tratado, no existe un vínculo contractual directo entre Burlington y Ecuador. El Tribunal abordará las objeciones de Ecuador de manera secuencial.
- 1.1. ¿Carece la cláusula paraguas de “objeto” como producto de la retirada de los Reclamos Contractuales con efecto de cosa juzgada?
  - 1.1.1. Posiciones de las Partes
190. Ecuador alega que Burlington no puede valerse de la cláusula paraguas del Tratado porque no ha subsistido ninguna obligación contractual que pueda elevarse al nivel del Tratado a través de la cláusula paraguas. En realidad, las Subsidiarias de Burlington retiraron sus reclamos contractuales contra Ecuador

---

<sup>323</sup> DJ, ¶ 342 (B).

<sup>324</sup> *Id.*, 197.

“con efecto de cosa juzgada”<sup>325</sup>. Esto equivale a una renuncia de todos los derechos y obligaciones subyacentes bajo los CP. Esta conclusión encuentra sustento en las decisiones de los tribunales del CIADI en *Cementownia c. República de Turquía (Cementownia)*<sup>326</sup> y en *Waste Management c. Estados Unidos Mexicanos (Waste Management II)*<sup>327</sup>. Por lo tanto, Burlington no puede elevar obligaciones contractuales extinguidas al nivel del Tratado a través de la cláusula paraguas<sup>328</sup>. Este argumento se presenta como una objeción a la jurisdicción o, de manera alternativa, como una defensa sobre el fondo. Asimismo, Ecuador no asumió obligaciones independientes frente a Burlington bajo la Ley de Hidrocarburos<sup>329</sup>. Por tales motivos, la cláusula paraguas del Tratado carece de “objeto”<sup>330</sup>.

191. Burlington sostiene que el Tribunal ya había desestimado esta objeción en su Decisión sobre Jurisdicción<sup>331</sup>. En cualquier caso, la objeción de Ecuador es defectuosa en tanto los Reclamos Contractuales y Reclamos bajo el Tratado tienen “vidas separadas”<sup>332</sup>. Ante el incumplimiento de los CP, surgieron dos series de reclamos: una serie de Reclamos Contractuales y una serie de Reclamos bajo el Tratado. Es absolutamente posible proceder con una serie de reclamos y no con la otra. Estas series de reclamos independientes involucran Partes diferentes (Burlington Resources en una y Burlington Oriente en la otra) y fuentes de derechos diferentes (el Tratado en una y los CP en la otra)<sup>333</sup>. Ecuador asumió además obligaciones frente a Burlington a través del régimen regulatorio incorporado en el Marco Legal de los Hidrocarburos<sup>334</sup>.

#### 1.1.2. Análisis

192. En sus alegatos sobre el fondo de la controversia, Ecuador formuló el argumento de la renuncia a los derechos contractuales. En la medida en que versa sobre la jurisdicción, esta objeción no podría proceder porque la fase jurisdiccional estaba concluida, excepto por la cuestión del vínculo contractual. De hecho, en la

---

<sup>325</sup> Carta de Burlington y las Subsidiarias de Burlington al Tribunal del 10 de octubre de 2009; Anexo C-190.

<sup>326</sup> Anexo EL-66.

<sup>327</sup> Anexo EL-67.

<sup>328</sup> CME, ¶¶ 30-98.

<sup>329</sup> *Id.*, ¶¶ 99-112.

<sup>330</sup> Tr. 191:20 y 1326:8.

<sup>331</sup> Tr. 161:16-21.

<sup>332</sup> EPAB, ¶ 262.

<sup>333</sup> *Id.*, ¶¶ 260-262; Tr. 162:10-17.

<sup>334</sup> Tr. 1325:11-1327:4.

Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal expresó que “con respecto a los reclamos pendientes de Burlington bajo la cláusula paraguas, las Partes no pueden reargumentar o presentar nuevos argumentos sobre ninguna cuestión jurisdiccional excepto la referente a la objeción de falta de vínculo legal directo”<sup>335</sup>.

193. Sea cual fuere el caso, Ecuador también ha presentado este argumento como argumento sobre el fondo. En la audiencia sobre responsabilidad, los abogados de Ecuador manifestaron: “[S]i el Tribunal fuera a decidir que esta no es una objeción jurisdiccional admisible a estas alturas, nosotros lo planteamos como defensa sobre el fondo”<sup>336</sup>. Como defensa sobre el fondo, el argumento de Ecuador no se ve obstaculizado por los términos de la Decisión del Tribunal sobre Jurisdicción. Plantea una cuestión que guarda una evidente relación con el fondo, a saber, si Burlington tiene algún derecho bajo la cláusula paraguas. Por lo tanto, el Tribunal entenderá el nuevo argumento de Ecuador como una defensa sobre el fondo.
194. La defensa de Ecuador se basa en la premisa de que el desistimiento respecto a reclamos con efecto de cosa juzgada da lugar a una renuncia de los derechos subyacentes tras esos reclamos. De esta manera, el desistimiento por parte de las Subsidiarias de Burlington de sus reclamos contractuales con efecto de cosa juzgada constituyó una renuncia de los derechos contractuales subyacentes. Ecuador basa este argumento en dos decisiones del CIADI: *Cementownia* y *Waste Management II*. En *Cementownia*, el tribunal citó el siguiente pasaje de la decisión en *Waste Management II*:

“En los litigios internacionales, el retiro de una reclamación no importa, *a menos que se acuerde otra cosa*, una renuncia de ninguno de los derechos subyacentes de la parte que ha retirado la reclamación”<sup>337</sup> (énfasis agregado).

195. Sobre la base de *Cementownia* y *Waste Management II*, Ecuador argumenta que el retiro con efecto de cosa juzgada equivale a un acuerdo de renuncia de los derechos que subyacen tras tales reclamos. Aplicado a este caso, el desistimiento respecto a los Reclamos Contractuales con efecto de cosa juzgada sería equivalente a una renuncia de los derechos subyacentes. El Tribunal no puede seguir este argumento por los siguientes motivos.

---

<sup>335</sup> DJ, ¶ 199.

<sup>336</sup> Tr. 203:2-8. Los abogados de Ecuador también señalaron: “¿Y dónde se ubica la cláusula paraguas en este contexto [de cláusulas sustanciales y jurisdiccionales]? [Las cláusulas paraguas] [p]ueden lograr dos objetivos: esto queda reflejado en el comentario del Sr. Vandeveldé que Jan Paulsson y yo mencionamos en nuestro argumento de apertura” (Tr. 1369:4-8).

<sup>337</sup> Anexo EL-141, ¶ 36; laudo *Cementownia* ¶ 109 (anexo EL-66).

196. En primer lugar, surge de los dos casos mencionados por Ecuador que la regla es que el desistimiento respecto a un reclamo no importa una renuncia de derechos. También surge que, como excepción a la regla, las partes pueden acordar lo contrario, en cuyo caso el retiro de los reclamos opera como una renuncia de derechos sustanciales. Si bien no es directamente aplicable al retiro de reclamos en este arbitraje, el derecho procesal ecuatoriano parece aplicar la misma regla. Específicamente, el Artículo 377 del Código de Procedimiento Civil de Ecuador prevé que la parte que retira un reclamo “no puede proponerl[o] otra vez” contra la misma persona ni contra su representante legal.
197. Por lo tanto, la cuestión aquí es si el Tribunal debe aplicar la excepción en vez de la regla, es decir, si la intención de las Partes fue que el retiro de los Reclamos de las Subsidiarias operara como una renuncia de los derechos sustanciales subyacentes. Las pruebas presentadas sugieren lo contrario. En la carta del 10 de octubre de 2009, los abogados de las Demandantes Iniciales confirmaron que las Subsidiarias de Burlington retirarían sus reclamos contractuales “con efecto de cosa juzgada” porque no veían “ningún motivo para preservar [su] derecho de volver a presentar los reclamos contractuales en el futuro”<sup>338</sup>. En otras palabras, el fin declarado del desistimiento con efecto de cosa juzgada fue renunciar a la posibilidad de “volver a presentar los reclamos contractuales en el futuro”<sup>339</sup>; no renunciar a derechos contractuales a los fines de este procedimiento. Por lo tanto, no puede inferirse que haya habido intención alguna de renunciar a los derechos contractuales a partir de la carta del 10 de octubre de 2009 que confirmó el desistimiento con efecto de cosa juzgada.
198. En términos más generales, que Burlington continúe instando el reclamo bajo la cláusula paraguas del Tratado se contrapone a la intención de sus Subsidiarias de renunciar a sus derechos bajo los CP. Como enfatizaron los abogados de la Demandante en la audiencia, los reclamos de Burlington bajo la cláusula paraguas estuvieron “presentes desde el comienzo mismo de este arbitraje y nunca fueron eximidas”<sup>340</sup>. La cláusula paraguas del Tratado solo puede volverse operativa si existen derechos subyacentes que surjan de otra fuente. Si se tiene en cuenta que el reclamo bajo la cláusula paraguas estaba pendiente al momento del desistimiento respecto a los Reclamos de las Subsidiarias, no puede interpretarse que las Subsidiarias de Burlington hayan tenido la intención de renunciar a los

---

<sup>338</sup> Anexo C-190.

<sup>339</sup> *Id.*

<sup>340</sup> Tr. 1325:8-14.

derechos mismos sobre los que se basada el reclamo de Burlington bajo la cláusula paraguas.

199. En síntesis, las Subsidiarias de Burlington han renunciado a la posibilidad de volver a presentar sus reclamos bajo los CP en cualquier forma en el futuro. No han renunciado a los derechos subyacentes y Burlington puede, por tanto, basarse en estos derechos subyacentes para llevar adelante sus reclamos bajo el Tratado en este arbitraje.

1.2. ¿Puede Burlington basarse en la cláusula paraguas del Tratado para lograr el ejercicio de sus presuntos derechos bajo el Marco Legal de los Hidrocarburos?

1.2.1. Posiciones de las Partes

200. Según Ecuador, Burlington no puede basarse en la cláusula paraguas del Tratado para lograr el ejercicio de sus presuntos derechos bajo el Marco Legal de los Hidrocarburos porque (i) Ecuador no ha “contraído” ninguna obligación al promulgar el Marco Legal de los Hidrocarburos, (ii) el Marco Legal de los Hidrocarburos es de naturaleza general y no está relacionado con ninguna inversión específica, y (iii) en cualquier caso, el Marco Legal de los Hidrocarburos no impone ninguna obligación a Ecuador. Por otro lado, Burlington argumenta que la cláusula paraguas del Tratado cubre los compromisos unilaterales específicos que Ecuador realizó a las compañías petroleras bajo el Marco Legal de los Hidrocarburos. En particular, Ecuador se comprometió a indemnizar a las compañías petroleras por los incrementos en la carga tributaria y a ajustar las fórmulas de participación en el petróleo.

1.2.2. Análisis

201. El Artículo II(3)(c) del Tratado, la llamada cláusula paraguas, establece lo siguiente:

“Cada Parte cumplirá los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones”.

202. La cláusula paraguas solo se vuelve operativa en la medida en que un Estado parte del TBI haya contraído un “compromiso”. Burlington sostiene que, con la promulgación del Marco Legal de los Hidrocarburos, Ecuador contrajo (i) un compromiso de absorber los efectos de cualquier aumento de impuestos en virtud del Artículo 16 del Decreto N.º 1417 y (ii) un compromiso de garantizar que Burlington recibiría su participación fija en la producción mensual de crudo de acuerdo con el Artículo 4 de la Ley N.º 1993-44.

203. El Artículo 16 del Decreto No. 1417 (“Artículo 16”) establece lo siguiente:

“Estabilidad económica: Los porcentajes de las partes en la producción del área de contrato serán ajustados cuando el sistema tributario aplicable al contrato haya sido modificado, para restablecer la economía del contrato, vigente hasta antes de la modificación tributaria”<sup>341</sup> (énfasis agregado).

204. El Artículo 4 de la Ley N.º 1993-44 (“Artículo 4”) en su parte relevante establece lo siguiente:

“La contratista, una vez iniciada la producción tendrá derecho a una participación en la producción del área del contrato, la cual se calculará a base de los porcentajes ofertados y convenidos en el mismo, en función del volumen de hidrocarburos producidos” (énfasis agregado)<sup>342</sup>.

205. Ambas disposiciones legales presuponen la existencia de un “contrato”. Sin un contrato, estas disposiciones no son operativas. Por lo tanto, el Artículo 16 hace referencia a la “los porcentajes en la producción *del [...] contrato*”<sup>343</sup> y al “sistema tributario aplicable *al contrato*”<sup>344</sup>. Por su parte, el Artículo 4 establece que “[l]a *contratista [...] tendrá derecho a una participación en la producción del área del contrato*”<sup>345</sup>. Este “contrato” con carácter de condición previa que daría lugar a la aplicación de tales disposiciones se celebraría lógicamente en el futuro. Esto explica por qué el Artículo 4 establece que la contratista “tendrá derecho”; es decir, la contratista no tiene un derecho adquirido en ese momento, pero “tendrá derecho” una vez se celebre el CP que contenga tal “derecho”.

206. Bajo estas disposiciones legales, Ecuador se comprometió a incluir ciertos derechos en los CP a ser celebrados en el futuro. Por tanto, el propósito de estas disposiciones era garantizar ciertos derechos contractuales a los futuros contratistas. Pero una vez que tales derechos se incluyeron efectivamente en los CP, la finalidad de estas disposiciones legales se agotaría. En ese momento, no subsistiría ningún compromiso. En este caso el objetivo parece haberse cumplido: Ecuador celebró los CP con las Subsidiarias de Burlington, y estos CP reprodujeron los términos del Artículo 16 y del Artículo 4. Como señalaron los abogados de Ecuador en la audiencia sobre responsabilidad:

---

<sup>341</sup> Anexo C-89, p. 23 en la paginación original.

<sup>342</sup> Anexo C-15, p. 3 en la paginación original.

<sup>343</sup> Véase la nota 341 anterior (énfasis agregado).

<sup>344</sup> *Id.* (énfasis agregado).

<sup>345</sup> Véase la nota 342 anterior (énfasis agregado).

“Supongamos que no había contrato [de participación] o [que nos] colo[camos] antes del momento en que se celebró el contrato. ¿Qué promete este artículo [16] y a quién se lo promete? Uno podría decir, bueno, es una promesa de ofrecer eso a un inversor extranjero. Aceptar un contrato que contiene una cláusula que más o menos reproduce esto. Muy bien, admitamos eso y después veremos. Y vemos que la promesa fue cumplida. Los contratos de participación incluían este compromiso. Desde el momento en que se firman los contratos de participación hay un compromiso, pero es un compromiso de carácter contractual” (énfasis agregado)<sup>346</sup>.

207. De hecho, el propósito de estas disposiciones legales se agotaba cuando las promesas realizadas bajo la ley se convertían en obligaciones contractuales. En consecuencia, estas disposiciones ya no contienen un “compromiso” en el sentido de la cláusula paraguas de Tratado<sup>347</sup>. Por estos motivos, Burlington no puede invocar la cláusula paraguas para formular reclamos solamente sobre la base del Marco Legal de los Hidrocarburos. En función de ello, el Tribunal no precisa analizar las demás objeciones de Ecuador respecto del reclamo de Burlington bajo la cláusula paraguas sobre la base de las leyes y disposiciones de Ecuador.

1.3. ¿Puede Burlington basarse en la cláusula paraguas del Tratado para hacer cumplir los derechos de sus subsidiarias bajo los CP a pesar de la presunta ausencia de un vínculo contractual directo entre Burlington y Ecuador?

1.3.1. Posiciones de las Partes

208. Ecuador alega que Burlington no puede invocar la cláusula paraguas para lograr el ejercicio de los derechos de sus subsidiarias en virtud de los CP porque, contrariamente al requisito de la cláusula paraguas, no existe relación contractual directa alguna entre Burlington y Ecuador. La relación contractual directa entre un acreedor y un deudor forma parte del sentido corriente del término “compromisos” de la cláusula paraguas. La expresión “con respecto a las inversiones” limita el alcance de los “compromisos” y, por ende, de la cláusula paraguas. “Burlington Resources no es acreedor en virtud del Contrato de Participación y no puede ser acreedor en virtud de la cláusula paraguas porque el Estado solamente está obligado dentro de los límites que están definidos en el Contrato subyacente”<sup>348</sup>. Para respaldar esta opinión, Ecuador se basa principalmente la jurisprudencia del

---

<sup>346</sup> Tr. 224:16-225:6.

<sup>347</sup> Esto no quiere decir, sin embargo, que las disposiciones de la Ley de Hidrocarburos en las que se basa Burlington no tengan ningún sentido. Debido a que los CP reproducirían estas disposiciones (y así lo hicieron, según admitió Ecuador), pueden ayudar a interpretar las disposiciones que fueron incorporadas a los CP en virtud de las promesas realizadas en el Marco Legal de los Hidrocarburos.

<sup>348</sup> Tr. 209:1-5.

CIADI de los casos *Azurix y Siemens* y el procedimiento de anulación *CMS*. También cita el caso *Gustav Hamester c. Ghana*. Por lo tanto, existe "una serie de casos congruentes en este sentido" que interpretan que la cláusula paraguas exige una relación contractual directa<sup>349</sup>. Finalmente, Ecuador establece que la jurisprudencia citada por Burlington, a saber, los casos *Continental Casualty* y *Duke Energy*, no proveen información relevante para esta cuestión.

209. Por otra parte, Burlington afirma que la cláusula paraguas del Tratado no requiere una relación contractual directa. La cláusula paraguas se aplica a "los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones"<sup>350</sup>. La referencia a "los compromisos", sin especificación alguna, muestra que la cláusula debe ser amplia y cubrir todo tipo de compromisos. La elección de la palabra "inversiones" denota que el Tratado solo requiere que los compromisos se contraigan "con respecto a las inversiones de [Burlington]" y no con respecto al inversor, es decir, Burlington. De conformidad con el Artículo I del Tratado, el término "inversión" contempla tanto las inversiones directas como las indirectas. Por lo tanto, la terminología básica del Tratado no requiere una relación contractual directa. Se podría haber utilizado un término más limitado con respecto a la relación contractual directa, pero "Ecuador y los Estados Unidos escogieron deliberadamente el término más amplio en la cláusula paraguas"<sup>351</sup>. Asimismo, la interpretación de Ecuador de la cláusula paraguas no se corresponde con el propósito del Tratado, el cual protege tanto las inversiones directas como las indirectas. Burlington rechaza la existencia de "una serie de casos congruentes" que requieran una relación contractual directa y destaca la decisión del caso *Continental Casualty*.

### 1.3.2. Análisis

210. En primer lugar, el Tribunal analizará la cláusula paraguas del Tratado y su interpretación en virtud del derecho internacional (i) y, en segundo lugar, abordará la jurisprudencia del CIADI que contempla la cuestión del alcance de la cláusula paraguas (ii).

---

<sup>349</sup> Tr. 214:8-9.

<sup>350</sup> Véase el ¶ 201 anterior.

<sup>351</sup> Tr. 158:18-20.

(i) *La interpretación de la cláusula paraguas del Tratado*

211. La cláusula paraguas del Tratado establece lo siguiente:

"Cada Parte cumplirá los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones".

212. En virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el Tribunal interpretará la cláusula paraguas de conformidad con el sentido corriente de los términos en su contexto y del objeto y propósito del Tratado. Para evitar cualquier ambigüedad en torno a la discusión sobre la importancia de las cláusulas paraguas, el Tribunal resalta que la cuestión de la interpretación a la que se enfrenta no implica determinar si el término "compromiso" contempla obligaciones que emanan no solo de contratos, sino también de leyes y reglamentos, como concluyeron algunos tribunales<sup>352</sup>. En este punto, no existe duda alguna de que los compromisos en cuestión emanan de un contrato. Tampoco es cuestión de determinar si los compromisos resultantes de un contrato comercial deben estar protegidos por la cláusula paraguas o, en otras palabras, si se debe distinguir entre el papel del Estado como comerciante y el papel del Estado como soberano<sup>353</sup>. En este punto, si se supera el obstáculo de la contratista, no existe duda de que Ecuador suscribió los CP como soberano<sup>354</sup>. La cuestión en juego es exclusivamente si la protección de la cláusula paraguas se aplica a los compromisos contraídos entre el Estado y una subsidiaria del inversor, en lugar de los compromisos entre el Estado y el inversor y la Demandante.

213. Con estas delimitaciones en mente, el Tribunal señala, en primer lugar, que la cláusula paraguas del Tratado impone un compromiso sobre los Estados Contratantes ("cumplirá"). Tal compromiso consiste en cumplir todos "los compromisos"; y estos términos se aclaran aún más gracias a las palabras "contraído" y "con respecto a las inversiones".

---

<sup>352</sup> *Noble Energy Inc. y MachalaPower Cia. Ltda. c. la República del Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad*, decisión sobre jurisdicción del 5 de marzo de 2008, ¶ 157 (anexo CL-32); *Continental Casualty Company c. la República Argentina*, laudo del 5 de septiembre de 2008, ¶ 297 (anexo EL-74).

<sup>353</sup> *El Paso Energy International Company c. La República Argentina*, decisión sobre jurisdicción del 27 de abril de 2007, ¶ 79 (anexo CL-40); *Joy Mining Mach. Ltd. c. República Árabe de Egipto*, laudo sobre jurisdicción del 6 de agosto de 2004, ¶ 72 (anexo CL-73).

<sup>354</sup> Si bien la Decisión sobre Jurisdicción sostiene que los CP no constituyen "acuerdos de inversión" en virtud del Artículo VI(1)(a) y X(2)(c) del TBI, esta conclusión se basó en el hecho de que no existía relación contractual directa alguna entre la Demandante y la Demandada, y no en el hecho de que los CP no constituían contratos comerciales (DJ, ¶ 235).

214. Por lo tanto, la palabra "compromiso" es el término operativo de la cláusula paraguas. El Tratado no define "compromiso". Las Partes concuerdan, de manera correcta, que la cláusula se refiere a obligaciones legales. No obstante, esto no permite resolver la cuestión de la relación contractual directa. Para resolver esta cuestión, el Tribunal invoca principalmente dos elementos que considera que determinan el sentido corriente de "compromiso". Primero, en virtud de su sentido corriente, el compromiso de una persona generalmente se refleja en el derecho de otra. O, en otras palabras, el incumplimiento de un compromiso acarrea la violación del derecho de otro<sup>355</sup>. Un compromiso implica una parte obligada por éste y otra que se beneficia de éste, en otras palabras, un obligado y un beneficiario. En segundo lugar, un compromiso no existe en el vacío. Está sujeto a un derecho aplicable. Si bien la noción de compromiso se utiliza en un tratado internacional, la corte o el tribunal que interprete el tratado tal vez deba tener en cuenta el derecho municipal para llenarla de contenido. Esto no se aplica específicamente a un "compromiso", sino a todas las nociones de los tratados de inversiones, por ejemplo, la nacionalidad, la propiedad, el agotamiento de los recursos locales, por nombrar algunos<sup>356</sup>. En el presente procedimiento arbitral, los CP están regulados por el derecho ecuatoriano. Este derecho define el contenido del compromiso, incluido su alcance y las partes involucradas en el mismo, es decir, el obligado y el beneficiario.
215. Al aplicar estos dos elementos en el presente procedimiento arbitral, se llega a la conclusión de que la cláusula paraguas no protege los compromisos resultantes de los CP. ¿Los derechos de quién tienen relación con el compromiso? La respuesta se encuentra en la legislación que regula el compromiso, en este caso, en el derecho ecuatoriano. Burlington no ha alegado, ni mucho menos ha establecido, que, en virtud del derecho ecuatoriano, la casa matriz no signataria de una parte contratante podrá lograr de manera directa el ejercicio los derechos de su subsidiaria.

---

<sup>355</sup> Por ejemplo, con respecto a la noción de compromiso en el derecho internacional, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001*, texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones, en 2001, y presentado ante la Asamblea General como parte del informe de la Comisión sobre el trabajo de esa sesión (A/56/10); *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II, parte dos (anexo CL-127).

<sup>356</sup> Por ejemplo, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas*, ¶ 126 (anexo EL-73); *Caso Nottebohm (segunda fase)*, resolución del 6 de abril de 1955: Informes del CIJ de 1955, p. 4 y un caso sobre Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca (Fondo), resolución del 25 de mayo de 1926, CPJI, serie A, n.º 27. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*. Oxford University Press, Seventh Edition (2008), p. 36; y WEERAMANTRY, J. Romesh. *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, Oxford University Press (2012), ¶ 6.36, p. 167.

216. El contexto del término "compromiso" confirma esta conclusión. Aunque la palabra "contraído" no es en sí misma concluyente, puede considerarse que fortalece la idea de relación contractual directa. En cuanto a los términos "con respecto a las inversiones", también empleados en la disposición del tratado, denotan el "vínculo entre la obligación y la inversión", como señaló Burlington en la audiencia. Esto corresponde con el objeto y el propósito del Tratado: promover y proteger las inversiones. No obstante, Ecuador alegó que este vínculo no reemplaza, sino que califica la noción de compromiso.
217. Si, en primer lugar, no existe compromiso alguno, no hay nada que calificar. Tampoco estas calificaciones pueden originar un "compromiso" cuando no existe nada en lo que basarse. Burlington alega que, dado que la definición de inversión del Artículo I del Tratado contempla tanto las inversiones directas como las indirectas, es co-beneficiario de los compromisos de Ecuador en virtud de los CP. Si bien la definición de inversión en el Tratado es amplia, ésta no puede compensar la ausencia de un "compromiso".
218. El objeto y el propósito del Tratado no conducen a una conclusión diferente. Burlington afirma que incluir un componente de relación contractual directa en la cláusula paraguas sería "contrario al espíritu del Tratado"<sup>357</sup>, el cual, en virtud de la definición de inversión del Artículo I, pretende proteger tanto las inversiones directas como las indirectas. El Tribunal no puede coincidir en este punto. La cláusula paraguas es solo una de las diferentes protecciones sustanciales que el Tratado otorga a los inversores, con sus correspondientes alcances en virtud de los términos de cada disposición específica. Otras disposiciones de los Tratados indudablemente protegen tanto las inversiones directas como las indirectas, como por ejemplo la cláusula de expropiación. Ni el objeto ni el propósito del Tratado impone que todas las normas de protección tengan el mismo alcance.
219. Burlington también resalta la ironía reflejada en su imposibilidad de invocar la cláusula paraguas en función de que no firmó los CP, cuando Ecuador ha ratificado las reconvenciones precisamente sobre la base de los CP<sup>358</sup>. En este punto, el Tribunal tampoco puede seguir este argumento, dado que su jurisdicción sobre las reconvenciones está fundada en un acuerdo específico de sometimiento al arbitraje.

---

<sup>357</sup> MCB, ¶ 135.

<sup>358</sup> EPAB, ¶ 307.

220. Como resultado, el Tribunal sostiene que Burlington no puede invocar la cláusula paraguas del Tratado para ejercer contra Ecuador los derechos contractuales de su subsidiaria en virtud de los CP de los Bloques 7 y 21. Esta conclusión está respaldada por la jurisprudencia del CIADI, cuya importancia e interpretación han sido ampliamente discutidas por las Partes. El Árbitro Orrego Vicuña no está de acuerdo con estas conclusiones por los motivos expuestos en la opinión disidente adjunta.

(ii) *Jurisprudencia del CIADI*

221. Antes de examinar los casos específicos que invocan las Partes, el Tribunal debe abordar una cuestión inicial con respecto al valor de los casos del CIADI como precedentes. Burlington ha intentado disminuir la importancia de algunos casos invocados por Ecuador sobre la base de que las citas efectuadas por Ecuador son *obiter dicta*. Ecuador, por su parte, ha afirmado que en el contexto de los arbitrajes de inversiones "todo cuenta"<sup>359</sup>. El Tribunal tiende a coincidir con Ecuador. Es correcto que no existe una regla formal de *stare decisis* en el arbitraje internacional de inversiones. Al mismo tiempo, el Tribunal considera que debe "contribuir al desarrollo armonioso del derecho de inversión, satisfaciendo de este modo las expectativas legítimas" y promoviendo un orden legal predecible<sup>360</sup>. Bajo esta perspectiva, no hay razón alguna para distinguir entre *obiter dicta* y *ratio decidendi*. Sea fundamental o no para la decisión, las conclusiones de un tribunal internacional de inversiones pueden orientar a los inversores y a los Estados receptores y pueden utilizarse para predecir las decisiones de tribunales futuros.

222. Las decisiones abordadas en *Azurix*, *Siemens* y el procedimiento de anulación CMS aparentemente requieren una relación contractual directa entre el inversor y el Estado receptor en virtud de la cláusula paraguas. En un laudo emitido en julio de 2006, el tribunal del caso *Azurix* abordó la cláusula paraguas del TBI Estados Unidos-Argentina, cuya redacción coincide con la cláusula paraguas analizada en el presente caso. El tribunal del caso *Azurix* sostuvo lo siguiente:

"Como ya había declarado al afirmar su competencia dentro de los límites permitidos por el Convenio y el TBI, el Tribunal considera que ninguna de las reclamaciones contractuales propiamente dichas se refieren a un contrato entre las partes en este procedimiento, pues ni la Provincia [de Buenos Aires] ni ABA son partes en él. Si bien *Azurix* puede presentar una demanda con arreglo al TBI por incumplimientos cometidos por Argentina, no hay ningún compromiso con *Azurix* que Argentina deba

---

<sup>359</sup> Tr. 213:15-16.

<sup>360</sup> DJ, ¶ 100.

respetar, salvo las obligaciones contraídas en virtud del TBI. Aún si se aceptara la argumentación de que, en virtud del Artículo II(2)(c), Argentina fuese responsable de las supuestas violaciones del Contrato de Concesión por parte de la Provincia, la parte en este Contrato no era Azurix, sino ABA<sup>361</sup> (énfasis agregado).

223. Las implicaciones de esta interpretación son evidentes. Las partes del contrato subyacente fueron la Provincia de Buenos Aires y ABA, la subsidiaria de Azurix. Azurix no era parte del contrato. Por este motivo, incluso si se asumiera *arguendo* que Argentina estaba obligada por el contrato, Azurix no podría haber invocado la cláusula paraguas para iniciar reclamos contra Argentina sobre la base de ese contrato. La premisa tácita pero, sin embargo, evidente es que la cláusula paraguas requiere una relación contractual directa entre el inversor y Argentina<sup>362</sup>.
224. Más adelante, el tribunal del caso *Siemens*<sup>363</sup> abordó la cláusula paraguas incluida en el TBI Alemania-Argentina. Esta cláusula paraguas establecía que cada Parte Contratante deberá cumplir con todo compromiso asumido con respecto a las inversiones efectuadas por los nacionales o las compañías de otras Partes Contratantes en su territorio. En su laudo de febrero de 2007, el tribunal del caso *Siemens* estableció lo siguiente:

"El Tribunal considera que el Artículo 7(2) tiene el significado que expresan sus términos, en particular, que el incumplimiento de las obligaciones asumidas por una de las partes del Tratado en relación con cualquier inversión particular se convierte, en virtud de esta cláusula, en una violación del Tratado. Este Tribunal no necesita entrar en cuestiones tales como si un tribunal arbitral tribunal es el tribunal que tiene jurisdicción para considerar tal violación o si debe ser considerada por los tribunales del Estado anfitrión. El Demandante no es una de las partes del Contrato y SITS no es una de las partes de los presentes procedimientos"<sup>364</sup> (énfasis agregado).

225. Al igual que en *Azurix*, las implicaciones son claras. Las partes del contrato subyacente eran Argentina y SITS, la subsidiaria de Siemens<sup>365</sup>. Siemens mismo no era parte del contrato. Por lo tanto, Siemens no podía invocar la cláusula

<sup>361</sup> *Azurix Corp. c. la República Argentina* (en adelante, "*Azurix*"), laudo del 14 de julio de 2006, ¶ 384 (anexo CL-121)..

<sup>362</sup> El contrato entre ABA y la Provincia de Buenos Aires estaba regulado por el derecho argentino. El tribunal del caso *Azurix* sostuvo que, mientras que su consulta sobre el fondo se regía por el Convenio CIADI, por el TBI y por el derecho internacional aplicable, el derecho argentino debería ayudar a llevar adelante la investigación "sobre las presuntas violaciones del Contrato de Concesión al que tal derecho se aplica" (anexo CL-121, ¶ 67).

<sup>363</sup> Tanto el tribunal del caso *Azurix* como el de *Siemens* estuvieron presididos por el mismo árbitro, Andrés Rigo Sureda.

<sup>364</sup> *Siemens A.G. c. la República Argentina*, laudo y opinión separada de 6 de febrero de 2007, ¶ 204 (anexo CL-79)..

<sup>365</sup> Nuevamente el derecho argentino reguló el Contrato, es decir, la obligación subyacente que Siemens pretendía invocar por medio de la cláusula paraguas.

paraguas del tratado para iniciar reclamos contra Argentina. Una vez más, la premisa implícita es que la cláusula paraguas requiere una relación contractual directa.

226. En septiembre de 2007, el Comité *ad hoc* del caso CMS emitió su decisión. Si bien este Tribunal estableció en su Decisión sobre Jurisdicción que "no se puede extrapolar una regla general"<sup>366</sup> sobre la relación contractual directa de la decisión del procedimiento de anulación CMS, se sumó a las cuestiones sobre el fondo porque las partes no habían debatido suficientemente la cuestión en la fase jurisdiccional<sup>367</sup>. Ahora, gracias a las presentaciones y las autoridades legales presentadas por las Partes, el Tribunal tiene material suficiente para pronunciarse sobre el alcance de la cláusula paraguas del Tratado.
227. En el procedimiento de anulación CMS, Argentina alegó que el tribunal manifiestamente se extralimitó en sus facultades al autorizar a CMS, "que no era parte de ninguno de los instrumentos pertinentes", a accionar contra Argentina conforme a la cláusula paraguas<sup>368</sup>. Como en el caso *Azurix*, la cláusula paraguas aplicable del TBI Estados Unidos-Argentina es idéntica a la aplicable al presente procedimiento. Aunque el Comité *ad hoc* anuló el laudo por omisión en la expresión de los motivos y no por extralimitación manifiesta de facultades, realizó las siguientes observaciones al analizar la cláusula paraguas:

"El efecto de la cláusula paraguas no es transformar la obligación en que se basa en algo distinto; el contenido de la obligación se mantiene inalterado, tal como su derecho aplicable. Si esto es así, pareciera que las partes de la obligación (es decir, las personas vinculadas por ella y facultadas para basarse en ella) tampoco son afectadas en razón de la cláusula paraguas"<sup>369</sup> (énfasis en el original).

228. El Comité *ad hoc* del caso CMS expresó la premisa que el tribunal del caso *Azurix* y el del caso *Siemens* no habían fijado. En primer lugar, siguiendo el análisis de este Tribunal, el Comité *ad hoc* estableció que un compromiso tiene un obligado (la persona "vinculad[a] por ella") y un beneficiario (la persona "facultad[a] para basarse en ella"). En segundo lugar, también en línea con la interpretación del

---

<sup>366</sup> DJ, ¶ 195. La causa de que el Comité *ad hoc* anulara el laudo del tribunal fue la omisión en la expresión de los motivos, y no la extralimitación manifiesta de facultades CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina (en adelante, "CMS"), procedimiento de anulación, decisión del comité *ad hoc* sobre la solicitud de anulación de la República Argentina de 25 de septiembre de 2007 (anexo CL-72, ¶¶ 97-98).

<sup>367</sup> DJ, ¶¶ 197-198.

<sup>368</sup> *Id.*, ¶ 46.

<sup>369</sup> Decisión sobre anulación CMS, ¶ 95(c) (anexo CL-72).

Tribunal, el Comité *ad hoc* afirmó que el contenido de la obligación permanece regida por su derecho aplicable y que las partes de la obligación no son afectadas en razón de la cláusula paraguas. Por lo tanto, la cláusula paraguas no amplía la cantidad de beneficiarios que pueden invocar el compromiso subyacente.

229. Burlington ha tratado de distinguir la decisión sobre anulación de *CMS* alegando que *CMS* era un accionista minoritario, mientras que, en el presente procedimiento arbitral, Burlington posee el control total del vehículo de inversión especial que es parte de los CP: Burlington Oriente. El Tribunal no ve la relevancia de este hecho. Tanto el Comité de anulación del caso *CMS*, como el presente Tribunal sostienen que la noción de "compromiso" presupone una persona facultada para basarse en ella o un beneficiario. Al no ser parte de los CP, Burlington no es un beneficiario y no puede convertirse en tal por ser titular de la totalidad de las acciones de un signatario.
230. Burlington también señala que el tribunal del caso *CMS*, en oposición al Comité *ad hoc*, indicó que "no existe ningún impedimento en el derecho internacional actual que prohíba la presentación de demandas por parte de accionistas independientemente de las de la corporación involucrada"<sup>370</sup> y determinó que "[y si] el inversor protegido es, además, una parte de un acuerdo de concesión o un acuerdo de licencia con el Estado receptor es impertinente a los fines de hallar una jurisdicción en virtud de esas disposiciones del tratado, dado que existe un derecho de acción directo de los accionistas"<sup>371</sup>. Si bien los abogados de la Demandante alegaron que "los Comité [a]d [h]oc no son inherentemente superiores a los Tribunales Arbitrales ya sea en su composición o en su derecho a crear jurisprudencia"<sup>372</sup>, no se puede ignorar que el Convenio CIADI faculta a los comités *ad hoc* para que anule laudos y que este Comité *ad hoc* anuló el laudo en ese mismo punto<sup>373</sup>.
231. En respaldo del requisito de la relación contractual directa, Ecuador también invoca el caso *Gustav Hamester c. Ghana*<sup>374</sup>. Los hechos de ese caso fueron diferentes, porque el contrato en cuestión se suscribió entre un inversor y una entidad del Estado, en oposición a un contrato entre una subsidiaria del inversor y

---

<sup>370</sup> Decisión sobre jurisdicción *CMS*, ¶ 48 (anexo CL-180); EPAB, ¶ 300.

<sup>371</sup> Decisión sobre jurisdicción *CMS*, ¶ 65 (anexo CL-180); EPAB, ¶ 301.

<sup>372</sup> Tr. 1334:17-20.

<sup>373</sup> Decisión sobre anulación *CMS*, ¶ 97 (anexo CL-72).

<sup>374</sup> *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. la República de Ghana* (en adelante "*Gustav Hamester*"), laudo de 18 de junio de 2010 (anexo EL-150); EPAE, ¶ 580.

el Estado. A pesar de esta diferencia, este caso igualmente confirma la necesidad de una relación contractual directa. El tribunal en *Gustav Hamester* observó que la decisión sobre anulación en el caso *CMS* "dejó en claro que [...] una obligación contractual entre una entidad pública distinta del Estado y un inversionista extranjero no puede ser transformada como por arte de magia de la llamada 'cláusula paraguas' en una obligación del Estado basada en un tratado, con respecto a un inversionista protegido"<sup>375</sup>. Del mismo modo, la cláusula paraguas no puede transformar una obligación contractual del Estado con la subsidiaria del inversor, en un compromiso con el inversor mismo.

232. Finalmente, Burlington invoca el caso *Continental Casualty*, una decisión de septiembre de 2008<sup>376</sup>. Al interpretar la cláusula paraguas del TBI Estados Unidos-Argentina, invocado en los casos *Azurix* y *CMS*, el tribunal del caso *Continental Casualty* afirmó que la interpretación de la cláusula paraguas permanece controvertida y carece de consistencia con respecto a su alcance<sup>377</sup>. Este tribunal eventualmente desestimó todos los reclamos bajo la cláusula paraguas porque los compromisos subyacentes eran o bien muy generales o bien estaban cubiertos por el estado de necesidad<sup>378</sup>. También mencionó que los compromisos bajo la cláusula paraguas "pueden haberse contraído con personas o entidades, que no fueron inversores extranjeros"<sup>379</sup>.
233. Es discutible que los casos *Azurix*, *Siemens* y el procedimiento de anulación *CMS* constituyan "una serie de casos congruentes" en el sentido de que la cláusula paraguas requiere una relación contractual directa. En efecto, las opiniones expresadas en esos casos están respaldadas por escasos motivos, si es que existieron, y en el caso *Continental Casualty* se adoptó una opinión diferente<sup>380</sup>.

---

<sup>375</sup> *Gustav Hamester*, ¶ 346.

<sup>376</sup> Burlington también invocó el caso *Duke Energy c. la República de Ecuador, laudo de 18 de agosto de 2008* (anexo CL-41). Sin embargo, tal y como señaló Ecuador, no hubo ninguna cuestión relacionada con la relación contractual directa que haya estado en juego en el caso *Duke Energy*, porque se permitió que la subsidiaria del inversor, Electroquil, fuera una demandante sujeta a la jurisdicción del tribunal debido a la redacción del convenio arbitral y el tratado de inversión aplicable. (*Id.* ¶¶ 119, 170). ¶

<sup>377</sup> Anexo EL-74, ¶ 296.

<sup>378</sup> *Id.*, ¶¶ 302-303.

<sup>379</sup> *Id.*, ¶ 297.

<sup>380</sup> Burlington también ha citado la guía para el lector del Tratado de la Carta de Energía para reforzar su argumento de que la cláusula paraguas en el Tratado debe cubrir tanto las inversiones directas como las indirectas (MCB, ¶ 132). En primer lugar, como señaló el Demandante, la fórmula de la cláusula paraguas en el Tratado de la Carta de Energía es "más amplia" que en el Tratado en cuestión (*Id.*). En segundo lugar, no existe una orientación similar en el Tratado que demuestre que los Estados Unidos y Ecuador pretendieron que la cláusula paraguas abarcara tanto las inversiones directas como las indirectas.

Sea como fuere, es cierto que la mayor parte de la jurisprudencia del CIADI respalda la conclusión del Tribunal de que la protección otorgada por la cláusula paraguas requiere una relación contractual directa entre el inversor y el Estado receptor.

234. Por los motivos antes mencionados, la mayoría concluye que el Tribunal no tiene jurisdicción sobre los reclamos bajo la cláusula paraguas formulados por Burlington, en virtud de la cual Ecuador habría omitido ajustar la participación en la producción de petróleo de la contratista y garantizar tal participación.

2. ¿Son los decretos de caducidad parte del caso Burlington?

235. El Tribunal emitió su Decisión sobre Jurisdicción el 2 de junio de 2010. Tan sólo unas semanas más tarde, el 20 de julio de 2010, el Ministro de Recursos Naturales No Renovables de Ecuador declaró la caducidad de los CP de los Bloques 7 y 21 mediante la emisión de los llamados decretos de caducidad. Por lo tanto, los decretos de caducidad postdataron la Decisión del Tribunal sobre jurisdicción, por lo que ninguna de las Partes tuvo la posibilidad de referirse a los decretos de caducidad en sus escritos sobre jurisdicción. En esta Sección, el Tribunal examinará (i) si Burlington ha impugnado los decretos de caducidad y, de ser así, (ii) si el Tribunal tiene jurisdicción sobre los decretos de caducidad y (iii) si las alegaciones basadas en los decretos de caducidad son admisibles.

2.1. ¿Ha impugnado Burlington los decretos de caducidad?

236. Ecuador alega que “la caducidad [no] es parte de este caso”<sup>381</sup>. Sostiene que Burlington no impugnó ni los decretos de caducidad ni los procesos que condujeron a su declaración<sup>382</sup>. Burlington ha descrito los decretos de caducidad como meramente “simbólicos” puesto que la supuesta expropiación de su inversión ya se había consumado cuando se emitieron esos decretos. Burlington no ha respondido específicamente a las alegaciones de Ecuador acerca de que Burlington no ha impugnado los decretos de caducidad y que, como resultado, los decretos de caducidad no son parte del presente procedimiento arbitral. Por lo tanto, el Tribunal deberá determinar si Burlington ha impugnado los decretos de caducidad sobre la base de todo el expediente.

---

<sup>381</sup> Tr. 324:16-17.

<sup>382</sup> CME, ¶ 153.

237. Como parte del escenario fáctico del caso, Burlington alegó que Ecuador terminó los CP de los Bloques 7 y 21 por medio del procedimiento de caducidad<sup>383</sup>. Con posterioridad, al comienzo mismo de esta discusión jurídica en el mismo memorial, Burlington argumentó que "las *medidas* de Ecuador lo han privado del uso y goce de sus inversiones" (énfasis agregado)<sup>384</sup>. Luego Burlington enumeró seis medidas que "tanto de manera individual como conjunta"<sup>385</sup>, presuntamente expropiaron su inversión: la última medida incluye la terminación de los CP por medio de los decretos de caducidad. Si bien Burlington destacó que esta terminación fue "simbólica"<sup>386</sup> porque su "inversión ya había sido expropiada"<sup>387</sup>, también señaló que "con esta medida, Ecuador extinguió cualquier posibilidad de que Burlington regresara al régimen legal y fiscal que le había sido garantizado antes de la expropiación"<sup>388</sup>.
238. En otras palabras, en el Memorial Complementario, Burlington (i) caracterizó a los decretos de caducidad como una de las medidas que, tanto de manera individual como junto con otras medidas, presuntamente expropiaron su inversión y (ii) argumentó que los decretos de caducidad hicieron imposible revertir el *status quo* que poseía antes de que se adoptaran las medidas que impugna en el presente arbitraje. Según el Tribunal, estas alegaciones muestran que Burlington impugna los decretos de caducidad.
239. De manera similar, Burlington mencionó los decretos de caducidad en la audiencia. En primer lugar, los abogados de Burlington sometieron a un extenso conainterrogatorio al Ministro Wilson Pástor Morris sobre los decretos de caducidad<sup>389</sup>. En segundo lugar, los abogados de Burlington mencionaron los decretos de caducidad durante las alegaciones de cierre de las Partes de la siguiente manera:

"Luego comenzaron los procedimientos en el caso de caducidad, un método de rescisión de contrato con el cual se buscaba excusar Ecuador. Y el alegato fue el incumplimiento del artículo 74.4 de la Ley de Hidrocarburos, según la cual presuntamente no se permite la suspensión de las operaciones sin una '*justa causa*', es decir una justa causa.

---

<sup>383</sup> MCB, § II(C)(4), ¶¶ 77-78.

<sup>384</sup> MCB, ¶ 80.

<sup>385</sup> *Id.*

<sup>386</sup> *Id.*, último inciso.

<sup>387</sup> *Id.*

<sup>388</sup> *Id.*

<sup>389</sup> Tr. 903:7-934:3.

[...]

Por supuesto que la decisión de caducidad fue revertida -- fue pensada al revés. De manera que Ecuador buscara escaparse de sus contratos con la demandante. La idea de que podría haber cualquier consideración justa de la posición de la demandante en un proceso por el cual el ministro tiene que juzgar los actos del Gobierno que lo nominó, no tiene lógica, en especial porque estaba siendo asesorado por los abogados del Gobierno que por descripción de esta orden del Tribunal utilizaron el verbo "recomiendo" a pesar de que no aparece en ninguna otra orden. Él era un juez en su propia causa" (énfasis agregado)<sup>390</sup>.

240. Según Burlington, el objetivo de Ecuador al emitir los decretos de caducidad, era "escaparse de sus contratos con la [D]emandante" y el procedimiento de caducidad no podía ser "justo" porque el Ministro que emitió los decretos era "un juez en su propia causa"<sup>391</sup>. Estas afirmaciones muestran una vez más que Burlington impugnó tanto el proceso que condujo a los decretos de caducidad, como el fondo de los decretos de caducidad.
241. En definitiva, el Tribunal concluye que Burlington ha impugnado los decretos de caducidad, que son parte de este procedimiento. En virtud de esta conclusión, el Tribunal debe abordar las objeciones a la jurisdicción y de admisibilidad de los decretos de caducidad por parte de Ecuador.

## 2.2. ¿Tiene el Tribunal jurisdicción sobre los decretos de caducidad?

242. Ecuador alega que el Tribunal no tiene jurisdicción *ratione materiae* sobre los decretos de caducidad para los Bloques 7 y 21. Si bien Burlington no ha tratado específicamente estas objeciones a la jurisdicción, se deduce claramente de sus argumentos sobre el fondo que considera que existe jurisdicción sobre los decretos de caducidad. Por lo tanto, el Tribunal abordará estas objeciones sobre la base de los argumentos de Ecuador y los elementos relevantes del expediente.
243. Ecuador argumenta que el Tribunal no tiene jurisdicción ni bajo el contrato ni bajo el Tratado, sobre el decreto de caducidad para el Bloque 7. El Tribunal no tiene jurisdicción contractual sobre los decretos de caducidad porque las Cláusulas 21.2.3<sup>392</sup> y 21.2.4<sup>393</sup> del CP del Bloque 7 excluyen esta forma de terminación del

<sup>390</sup> Tr. 1319:17-22-1320:1-2 y 1322:17-22-1323:1-7.

<sup>391</sup> Tr. 1322:21-1323:6-7.

<sup>392</sup> La Cláusula 21.2.3 del CP del Bloque 7 establece que "[e]n los casos de terminación que no sean de caducidad, se seguirán los procedimientos convenidos por las Partes en la Cláusula Vigésima" (CME, ¶ 156); (anexo C-1).

<sup>393</sup> La Cláusula 21.2.4 del CP del Bloque 7 establece que "[p]ara los efectos de caducidad y sanciones se aplicará lo dispuesto en el Capítulo IX de la Ley de Hidrocarburos" (anexo C-1); (CME, ¶ 156).

contrato de la jurisdicción contractual del Tribunal. Asimismo, el Tribunal no tiene jurisdicción conforme al Tratado sobre los decretos de caducidad para el Bloque 7 en virtud de estas cláusulas porque (i) el CP del Bloque 7 se firmó con posterioridad a la suscripción del Tratado y (ii) eso es lo que pretendieron las Partes del contrato por medio de la redacción de la Cláusula 20.4.

244. Del mismo modo, Ecuador sostiene que el Tribunal no tiene jurisdicción contractual o conforme al Tratado sobre los decretos de caducidad para el Bloque 21. El Tribunal no tiene jurisdicción contractual sobre los decretos de caducidad porque este es un "asunt[o] lega[l]" excluido del alcance del convenio arbitral conforme a la Cláusula 20.2 del contrato. Asimismo, el Tribunal no tiene jurisdicción conforme al Tratado sobre los decretos de caducidad porque (i) el CP del Bloque 21 se firmó dos años después de la suscripción del Tratado y (ii) eso es lo que pretendieron las Partes del contrato por medio de la redacción de la Cláusula 20.2.20.

245. En otras palabras, Ecuador alega que las partes originales de los CP de los Bloques 7 y 21 buscaron excluir la caducidad no solo del alcance de los PC, sino también del alcance del Tratado. Dado que la jurisdicción del Tribunal está exclusivamente sujeta al Tratado, el Tribunal no precisa abordar *per se* la cuestión de si las partes originales pretendieron excluir la caducidad del alcance de los CP. No obstante, se deben abordar las objeciones fundadas en el Tratado.

246. Ecuador alega que las partes originales del CP del Bloque 7 pretendieron excluir la caducidad del alcance del Tratado y, así, del alcance de la jurisdicción conforme al Tratado. Lo hicieron mediante la Cláusula 20.4 del CP que establece lo siguiente:

"Adicionalmente y sin perjuicio de lo estipulado en las Cláusulas [20.2]<sup>394</sup> y [20.3]<sup>395</sup> de este Contrato de Participación, las Partes acuerdan también someter cualquier diferencia en materia de inversión a los Tratados, Convenios, Protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador conforme a la Ley"<sup>396</sup>.

---

<sup>394</sup> La Cláusula 20.2 del CP del Bloque 7 provee que "todas las controversias derivadas de este Contrato de Participación se resolverán mediante arbitraje en derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 reformado de la Ley de Hidrocarburos, la Ley de Arbitraje [...] y según las reglas y procedimientos establecidos en esta cláusula". No se hace mención de la caducidad en la cláusula 20.2 del CP del Bloque 7 (anexo C-1).

<sup>395</sup> La Cláusula 20.3 del CP del Bloque 7 provee que "[n]o obstante lo dispuesto anteriormente, desde la fecha en que el [Convenio del CIADI] (el "Convenio"), suscrito por la República del Ecuador, [...] sea aprobado por el Congreso Ecuatoriano, las Partes se obligan a someter las controversias o divergencias que tengan relación o surjan de la ejecución de este Contrato de Participación, a la jurisdicción y competencia del [CIADI] para que sean arregladas y resueltas de conformidad con lo dispuesto en dicho Convenio [...]". No se hace mención de la caducidad en la cláusula 20.3 del CP del Bloque 7 (anexo C-1).

<sup>396</sup> Anexo C-1.

247. Esta cláusula no parece reflejar la intención de las partes originales del CP del Bloque 7 de excluir la caducidad del alcance del Tratado. Esta cláusula no menciona específicamente el procedimiento de caducidad. Lejos de determinar la intención de excluir la caducidad del alcance del Tratado, esta cláusula señala la voluntad de las partes originales del contrato de someter "cualquier diferencia en materia de inversión" a los tratados internacionales, dentro los cuales indudablemente se encuentra el TBI Estados Unidos-Ecuador. Esta cláusula parece reforzar, no socavar, la jurisdicción conforme del Tribunal al Tratado. Incluso si se asumiera que las partes originales del CP del Bloque 7 pretendieron excluir la caducidad del alcance del convenio arbitral conforme al contrato, no existe prueba alguna de que tenían la intención de excluir la caducidad del alcance del Tratado. Por lo tanto, el Tribunal considera que tiene jurisdicción sobre los decretos de caducidad para el Bloque 7.

248. De manera similar, Ecuador alega que las partes originales del CP del Bloque 21 pretendieron excluir la caducidad del alcance del Tratado. Según Ecuador, esto se desprende de la Cláusula 20.2.20 del CP, que establece lo siguiente:

"En el caso de que el Estado Ecuatoriano o PETROECUADOR celebraren o hayan celebrado un convenio internacional que, conforme a derecho, estipula la resolución de controversias de carácter técnico o económico por medio de otro sistema de arbitraje, o si la ley ecuatoriana lo permite, las Partes acuerdan que podrán someter el asunto en controversia a tal arbitraje"<sup>397</sup>.

249. Esta cláusula no sugiere que las partes originales del CP del Bloque 21 pretendieron excluir la caducidad del alcance del Tratado, ni muestra su intención de reducir el alcance de la jurisdicción conforme al Tratado. En lugar de ello, muestra la intención de "someter"<sup>398</sup> a arbitraje las "controversias de carácter técnico o económico"<sup>399</sup>. No existe razón alguna para inferir que los términos "controversias de carácter técnico o económico"<sup>400</sup> pretenden excluir las controversias en virtud de la caducidad del alcance del arbitraje conforme al Tratado, especialmente porque la terminación del CP acarrea consecuencias económicas evidentes. Por el contrario, esta cláusula pretende reforzar, no socavar, el arbitraje conforme al Tratado. Incluso si se asumiera que las partes originales del CP del Bloque 21 pretendieron excluir la caducidad del alcance del convenio arbitral conforme al contrato, no existe prueba alguna de que tenían la

---

<sup>397</sup> Anexo C-2.

<sup>398</sup> *Id.*

<sup>399</sup> *Id.*

<sup>400</sup> *Id.*

intención de excluir la caducidad del alcance del Tratado<sup>401</sup>. Por lo tanto, el Tribunal considera que tiene jurisdicción sobre los decretos de caducidad para el Bloque 21.

250. Por los motivos antes mencionados, el Tribunal concluye que tiene jurisdicción *ratione materiae* bajo del Tratado sobre los decretos de caducidad vinculados a los CP de los Bloques 7 y 21.

2.3. ¿Son admisibles las alegaciones basadas en los decretos de caducidad?

251. Ecuador argumenta que las alegaciones de Burlington con respecto a la caducidad son prematuras porque Burlington no ha impugnado los decretos de caducidad ante los juzgados administrativos ecuatorianos. Ecuador señala que, si bien no se le exigió a Burlington que agotara los recursos locales antes de someter la controversia a arbitraje, se le requirió que efectuara un intento razonable para obtener un resarcimiento ante los tribunales locales. Por lo tanto, la alegación de Burlington sobre los decretos de caducidad es inadmisibles. Si bien Burlington no ha respondido específicamente a esta objeción, su argumentación muestra que no está de acuerdo con ella. Por lo tanto, el Tribunal la abordará conforme a los argumentos de Ecuador y los otros elementos relevantes del expediente.

252. En el Memorial Complementario de Burlington sobre Responsabilidad se incluyeron las siguientes alegaciones sobre los decretos de caducidad:

"El 28 de septiembre de 2009, PetroEcuador solicitó al Ministro de Recursos Naturales No Renovables que declare la terminación de los CP de los Bloques 7 y 21. PetroEcuador declaró que el Consorcio había suspendido las operaciones en los Bloques 7 y 21 y que esto constituía una causa suficiente para terminar los CP en virtud del Marco Legal de los Hidrocarburos. Perenco, en representación del Consorcio, inmediatamente se opuso al impulso del procedimiento de caducidad, porque la determinación de la legalidad de las cuotas según la Ley 42 y de la ocupación física de los Bloques 7 y 21 estaban pendientes ante los tribunales de *Burlington* y *Perenco*" (énfasis agregado)<sup>402</sup>.

---

<sup>401</sup> Ecuador también alega que las partes originales del CP del Bloque 21 pretendieron excluir la caducidad del alcance del TBI Estados Unidos-Ecuador porque el contrato se suscribió con posterioridad a la firma del Tratado. En efecto, mientras que el Tratado se firmó el 27 de agosto de 1993, el CP del Bloque 21 se firmó el 20 de marzo de 1995, pero entró en vigencia el 11 de mayo de 1997, con posterioridad a la suscripción del CP. En todo caso, la conclusión de que la Cláusula 20.2.20 del CP del Bloque 21 no excluye la caducidad del alcance del Tratado no resulta afectada por esta cronología.

<sup>402</sup> MCB, ¶ 77.

253. Ecuador no ha disputado estas alegaciones. Por lo tanto, parece que Perenco "inmediatamente se opuso al impulso del procedimiento de caducidad" y que lo hizo "en representación del Consorcio". De hecho, Ecuador ha admitido expresamente que, como operador del Bloque, Perenco estaba contractualmente obligado a "tratar con el gobierno" en representación del Consorcio<sup>403</sup>. Por lo tanto, la objeción al procedimiento de caducidad presentada por Perenco fue impuesta en nombre de ambos socios del Consorcio, incluido Burlington Oriente. De conformidad con los hechos del presente procedimiento, esto constituyó un intento lo suficientemente razonable para obtener un resarcimiento a nivel local. Por lo tanto, el Tribunal no encuentra razón alguna para declarar inadmisibles las alegaciones de Burlington con respecto a los decretos de caducidad.

### C. EXPROPIACIÓN

254. En esta sección, el Tribunal abordará el fondo del reclamo sobre el que tiene jurisdicción: el reclamo por expropiación. El quid de la causa de Burlington es que cada una de las medidas de Ecuador<sup>404</sup> (a saber, el impuesto de la Ley 42, las incautaciones coactivas y la toma de los Bloques), tanto de manera individual como conjunta, constituyeron una expropiación ilegítima de su inversión. Ecuador niega que cualquiera de estas medidas haya resultado en la expropiación de la inversión de Burlington, sean consideradas de manera individual o conjunta. Por el contrario, Ecuador argumenta que, si ha existido una expropiación, esta fue legítima bajo a las circunstancias.

255. El Tratado incluye la siguiente disposición con respecto a la expropiación:

#### "Artículo III

1. Las inversiones no se expropiarán ni nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización ("expropiación"), salvo que ello se efectúe con fines de interés público, de manera equitativa y mediante pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 3 del Artículo II [transcripto

<sup>403</sup> "[A]llí hay una disposición específica que dice claramente que solamente las operadoras van a tratar con el Gobierno. Así que la operadora de este consorcio, como ustedes saben bien, era Perenco. Se trata de una simple aplicación de una disposición contractual". Tr. 1383:1-7; véase también EPAE, ¶ 202.

<sup>404</sup> En concreto, la causa de Burlington por las medidas, de manera individual, es que el impuesto de la Ley 42 (con una alícuota del 50% y del 99%) constituyó una expropiación indirecta de su inversión ("una medida equivalente a la expropiación"; (MCB, ¶ 82)); y que las incautaciones coactivas y la toma física de los Bloques constituyeron una expropiación directa de su inversión ("una confiscación directa", "una toma directa" y "una expropiación directa"; MCB, ¶¶ 90, 91 y 94).

más adelante] La indemnización equivaldrá el valor justo en el mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que se tome la acción expropiatoria o de que esta se llegue a conocer, si ello ocurre con anterioridad; se calculará en una moneda autorizable libremente, al tipo de cambio vigente en el mercado en ese momento; se pagará sin dilación; incluirá los intereses devengados a un tipo de interés comercialmente razonable desde la fecha de la expropiación; será enteramente realizable, y será transferible libremente"<sup>405</sup>.

El párrafo 3 del Artículo II al que se refiere el Artículo III establece lo siguiente:

“Artículo II

3. a) Las inversiones, a las que se concederá siempre un trato justo y equitativo, gozarán de protección y seguridad plenas y, en ningún caso, se le concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional.

b) Ninguna de las Partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el mantenimiento, la utilización, el usufructo, la adquisición, la expansión o la enajenación de las inversiones. Para los fines de la solución de diferencias, de conformidad con los Artículos VI y VII, una medida podrá tenerse por arbitraria o discriminatoria aun cuando una parte haya tenido o ejercido la oportunidad de que dicha medida se examine en los tribunales o en los tribunales administrativos de una de las Partes.

c) Cada Parte cumplirá los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones"<sup>406</sup>.

256. Por lo tanto, el Tratado establece una prohibición general contra la expropiación de inversiones, a menos que se cumplan ciertos requisitos específicos, en cuyo caso la expropiación será legítima. Para resolver el reclamo por expropiación de Burlington, el Tribunal debe primero determinar cuál fue la inversión de Burlington (Sección 1) y, en particular, los derechos de los que Burlington era titular en virtud de los CP (Sección 2). Al hacer esto, el Tribunal no actúa como un juez conforme a un contrato, sino exclusivamente como un juez conforme a un tratado, que aborda cuestiones contractuales de carácter preliminar en la medida en que sea necesario para resolver el reclamo en virtud del Tratado. Posteriormente, la tarea del Tribunal será decidir si Ecuador llevó a cabo la expropiación de la inversión de Burlington (Sección 3) y, de haber habido expropiación, si esta fue ilegítima (Sección 4).

---

<sup>405</sup> El Tratado, Artículo III (anexo C-6).

<sup>406</sup> El Tratado, Artículo II (anexo C-6).

## 1. La inversión de Burlington en Ecuador

257. El Tratado establece que "[l]as inversiones no se expropiarán". El Tribunal extrae de esta afirmación que el foco del análisis sobre la expropiación debe ser sobre la inversión como un todo, y no sobre sus partes individuales. Otros tribunales internacionales han adoptado el mismo enfoque. El tribunal del caso *Telenor c. Hungría*, por ejemplo, estableció que, en el contexto de un reclamo por expropiación, "la inversión se debe considerar como un todo"<sup>407</sup>. Igualmente, el tribunal en el caso *Merrill c. Canadá* señaló que "el negocio del inversor se debe considerar como un todo"<sup>408</sup>. Del mismo modo, el tribunal del caso *Feldman c. México* señaló que las medidas del Estado que efectivamente extinguieron la totalidad de la línea de negocio del inversor, la exportación de cigarrillos, no constituyeron una expropiación de su inversión como un todo<sup>409</sup>.
258. No obstante, aparentemente las Partes han considerado una visión más limitada de la inversión. En su Memorial Inicial, por ejemplo, Burlington alegó que las medidas de Ecuador han dañado sus "inversiones" en Ecuador, y definió estas "inversiones" como los "derechos de los cuatro contratos [en ese momento los CP para los Bloques 23 y 24 aún eran parte de la controversia] para la exploración y explotación de hidrocarburos en Ecuador"<sup>410</sup>. Burlington alegó que era titular de esos derechos "a través de la titularidad de Burlington Oriente"<sup>411</sup>. Por lo tanto, según Burlington, los derechos en virtud de los CP constituyeron en sí mismos la inversión. En línea con esta afirmación, los abogados de Burlington expresaron lo siguiente en la audiencia:

"Claramente el nexo entre los contratos de participación y la inversión de Burlington es algo innegable. No sólo estos contratos de participación estaban vinculados con las inversiones de Burlington sino que eran las inversiones de Burlington" (énfasis agregado)<sup>412</sup>.

---

<sup>407</sup> *Telenor Mobile Communications A.S. c. la República de Hungría*, laudo del 13 de septiembre de 2006, ¶ 67 (anexo EL-112).

<sup>408</sup> *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canadá*, TLCAN/CNUDMI, laudo del 31 de marzo de 2010, ¶ 144 (anexo CL-155)

<sup>409</sup> *Marvin Roy Feldman Karpa c. los Estados Unidos Mexicanos*, laudo sobre el fondo del 16 de diciembre de 2002, ¶ 152 (anexo EL-80).

<sup>410</sup> Mem., ¶ 299.

<sup>411</sup> Mem., ¶ 303 (traducción del Tribunal).

<sup>412</sup> Tr. 156:4:8. Lo cierto es que Burlington también invocó los derechos conferidos en el Marco Legal de los Hidrocarburos. No obstante, el Tribunal previamente concluyó que el Marco Legal de los Hidrocarburos no incluía un "compromiso" existente (véase Sección IV(B)(1.2) anterior).

259. Ecuador no aceptó explícitamente la definición de inversión de Burlington ni la cuestionó por ser indebidamente limitada, sino que expuso sus argumentos dentro del marco de esa definición. Por ejemplo, en su Contra-Memorial sobre Responsabilidad, Ecuador señaló que el impuesto de la Ley 42 no expropió la inversión de Burlington porque no incumplió los CP y agregó al mismo tiempo que "la inversión que alega Burlington es precisamente el valor de tales derechos contractuales"<sup>413</sup>.
260. No obstante, de conformidad con los casos mencionados anteriormente, el Tribunal considera que se debe adoptar una visión más amplia de la inversión, de manera que incluya la inversión de Burlington "como un todo". La inversión de Burlington no está compuesta únicamente por los derechos de su subsidiaria en virtud de los CP, aunque tales derechos constituyeran la parte más vulnerable de la inversión de Burlington. La inversión de Burlington incluyó sus acciones en Burlington Oriente, la infraestructura y el equipo empleado para explotar las reservas de petróleo, cualquier otra propiedad tangible vinculada al proyecto, las contribuciones monetarias y los bienes aportados para ejecutar las operaciones y la posesión física de los Bloques<sup>414</sup>.

## 2. Los derechos bajo los CP

261. Sin ser inversiones *per se*, los derechos contractuales bajo los CP representaron un componente clave en la inversión de Burlington. En virtud de estos derechos contractuales Burlington, a través de su subsidiaria, tuvo acceso a una participación en el petróleo producido. Estos derechos contractuales tienen una incidencia directa en el valor económico de la inversión de Burlington. Por este motivo, las Partes han prestado una atención especial a la identificación de los derechos de Burlington en virtud de los CP. Por lo tanto, el Tribunal procederá a identificar los derechos que los CP otorgaron a la subsidiaria de Burlington.
262. El desacuerdo de las Partes con respecto al significado de los CP se reduce a dos cuestiones principales. Primero, las Partes discrepan acerca del significado del término "economía" del CP, un término de especial importancia para comprender el acuerdo económico central de los contratos. Segundo, bajo la suposición de que

---

<sup>413</sup> CME, ¶ 501 (traducción del Tribunal).

<sup>414</sup> El Tribunal considera que su interpretación está respaldada por otras decisiones, como la del caso *Saipem S.p.A. c. Bangladesh* (en adelante "*Saipem*"), decisión sobre jurisdicción del 21 de marzo de 2007, ¶ 31 (anexo CL-14) y la primera decisión sobre jurisdicción del CIADI del 12 de mayo de 1974 del caso *Holidays Inns c. Marruecos*, registrado en Pierre Lalive, *The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco)*, - *Some Legal Problems*, 1 ICSID Reports 645 (1993), p. 680 en la paginación original (anexo CL-137).

la economía del CP se encuentra afectada por una determinada medida del Estado, las Partes discrepan acerca de si la aplicación del llamado "factor de corrección" es obligatoria para restablecer la economía.

## 2.1. Posición de Burlington

263. Burlington reclama que (i) poseía el derecho contractual a percibir el valor económico total de su participación en la producción de petróleo, *a pesar* del precio del petróleo y (ii) si la economía de los CP resultaba afectada, las Partes debían aplicar un factor de corrección.
264. En primer lugar, Burlington reclama que en virtud de los CP tenía el derecho a recibir el beneficio de cualquier aumento de precio. En otras palabras, alega que Burlington tenía el derecho de obtener el valor económico total de su participación en la producción de petróleo, con independencia del precio del petróleo y únicamente sujeto a las participaciones laborales y el impuesto a la renta acordado en los CP<sup>415</sup>. En oposición a los argumentos de Ecuador, las fórmulas de participación en el petróleo *no* se basaron en el precio del petróleo. Las fórmulas de participación estuvieron únicamente sujetas al cambio sobre la base del incremento de la producción de petróleo, la calidad del petróleo y los cambios en el régimen tributario. Por el contrario, las fórmulas de participación no estuvieron sujetas al cambio derivado del incremento en el precio del petróleo. Los abogados de Burlington indicaron en la audiencia lo siguiente:

"Y estos porcentajes [de participación] cambiarán en lo que hace a la aplicación de nuevos impuestos o con respecto al volumen [o la calidad<sup>416</sup>], pero no se menciona en ninguna parte el precio como factor para determinar tal participación.

Y de manera congruente, Burlington y [el] Estado nunca estuvieron de acuerdo en que la participación del Estado cambiaría con el aumento del precio del crudo. Esto era simplemente parte del riesgo y de la recompensa del contrato inicial. [...] Esto era totalmente congruente con la práctica del sector. El precio normalmente no se incluye como factor para determinar la participación en la producción en los contratos de participación. Esencialmente el precio es uno de los elementos de riesgo y recompensa que según las petroleras no es parte de ningún tipo de limitación" (énfasis agregado)<sup>417</sup>.

265. En consecuencia, no se determinaron los ingresos de Burlington, sino que dependía del precio del petróleo. Si el precio del petróleo aumentaba, Burlington

---

<sup>415</sup> MCB, ¶ 19.

<sup>416</sup> "[Puede haber un] ajuste [en la participación en la producción de petróleo] por la calidad del crudo encontrado, este es otro de los aspectos" (Tr. 28:1-3).

<sup>417</sup> Tr. 28:16-22, 29:1-11.

tenía derecho a percibir las ganancias en proporción a ese incremento. No se incluyó una ecuación matemático-económica en los CP:

"[N]o existe el equilibrio acordado y fijado en los [CP], definido por una fórmula matemática. Estos eran contratos de riesgo, que no concuerdan con ningún concepto de equilibrio fijo, y mucho menos si se trata de una tasa de retorno fija (por lo tanto, garantizada)"<sup>418</sup>.

266. Las fórmulas de participación constituyeron el acuerdo completo entre las Partes, y cada una tenía derecho a obtener el valor económico total de su participación en la producción de petróleo a pesar del precio:

"Los CP establecieron un equilibrio particular entre Ecuador y los inversores privados, con aquellos inversores que soportaban el riesgo asociado a los proyectos en desarrollo, pero que también gozaban de los incrementos potenciales en virtud del precio (y, al mismo tiempo, soportaban todas las pérdidas)"<sup>419</sup>.

267. En conclusión, para Burlington la economía de los CP significó que tenía derecho a obtener el valor económico total de su participación en la producción de petróleo, con independencia del precio del petróleo y únicamente sujeto a esos ingresos y a los impuestos establecidos específicamente en los CP.

268. En segundo lugar, si una medida impositiva afectaba la economía de los CP, las Partes tenían el compromiso de aplicar un factor de corrección que absorbiera los efectos de los impuestos. Esto se extrae de la redacción de los CP. Los contratos establecen que "si hay un elemento desencadenante se incluirá un factor de corrección"<sup>420</sup>. Las palabras "se incluirá" implican que la aplicación del factor de corrección era obligatoria y no, como afirmó Ecuador, un factor sujeto a discusión. Por lo tanto, los CP incluyen cláusulas de estabilización tributaria.

## 2.2. Posición de Ecuador

269. Según Ecuador, (i) el término economía de los CP significaba que Burlington solo tenía derecho a las proyecciones de precios sobre las cuales las partes originales de los CP habían distribuido la producción de petróleo, sobre la base de un precio de USD 15 por barril y una TIR del 15% e (ii) incluso suponiendo que la economía de los CP fue afectada, los contratos meramente impusieron a las Partes el compromiso de renegociar los factores de corrección, sin un ajuste obligatorio de las participaciones de las partes ni cláusulas de estabilización impositiva.

---

<sup>418</sup> EPAB, ¶ 323.

<sup>419</sup> Mem., ¶ 354.

<sup>420</sup> Tr. 36:3-4.

270. En primer lugar, Burlington no tenía derecho a percibir ganancias extraordinarias en virtud de los CP y, por lo tanto, tampoco tenía derecho a percibir las ganancias extraordinarias resultantes de un incremento imprevisto de precios. Los CP meramente asignaban los volúmenes de producción de petróleo entre Ecuador y la contratista. Esta asignación de la producción de petróleo se basaba en el llamado "Modelo Vega", una ecuación matemático-económica sobre la que se calculó la economía de los CP. En otras palabras, los porcentajes de participación no eran más que un reflejo de los cálculos del Modelo Vega a la fecha de conclusión de los CP<sup>421</sup>.
271. En virtud de este Modelo, el ingreso de la contratista ("R") se calculó sobre la base de las siguientes tres variables: la producción del Bloque ("Q"), el porcentaje de participación de la contratista ("X") y las proyecciones del precio del petróleo estimadas durante la vigencia del contrato ("P"). En resumen:  $R = Q \cdot X \cdot P$ . Una vez que el ingreso de la contratista se calculó, fue posible determinar la tasa interna de retorno ("TIR") mediante la factorización de los costos, la participación laboral y el impuesto a la renta<sup>422</sup>.
272. Los CP se basaron en una proyección del precio del petróleo de USD 15 por barril y una TIR del 15%. La proyección del precio sobre la base del precio por barril de USD 15 forma parte de la fórmula del Modelo Vega. La aplicación de esta fórmula arrojaría la TIR del 15% correspondiente a la contratista. Por lo tanto, estas dos consideraciones clave (las proyecciones del precio del petróleo y la TIR de la contratista) fueron incorporadas al cálculo de la participación petrolera de la contratista. Asimismo, en el caso del Bloque 7, las proyecciones del precio del petróleo efectuadas por las Partes durante la vigencia del contrato se reflejaron en el anexo V para el CP. En la audiencia, los abogados de Ecuador manifestaron:

"La ecuación [del Modelo Vega] en el contrato, entre otras cosas, tiene cifras de reserva, el costo para la extracción de las reservas del suelo, ingresos, y esta es la parte importante, que es lo que les decíamos anteriormente, vamos a llegar a hablar sobre los ingresos, y aquí estamos, los ingresos que las partes consideraron para la negociación de estos contratos se basaron en una proyección de precio por barril de 15 dólares. Esta proyección junto con las otras proyecciones llevó a una tasa de rendimiento interna para la contratista de aproximadamente el 15 por ciento. Y digo aproximadamente el 15 por ciento porque según los contratos y el riesgo en cuestión, la cifra oscilaba en torno al 15 por ciento [...]

[...]

---

<sup>421</sup> CME, ¶¶ 335-337.

<sup>422</sup> CME, ¶¶ 338-340; véase también DT Celio Vega, ¶¶ 27-28.

Como ya lo sabemos, la presunción al momento del establecimiento de la contratación fue que mientras que el precio por barril permaneciese en aproximadamente 15 dólares, claramente ajustados según la inflación [...] la contratista podría recuperar los costos y tener una ganancia razonable sobre la tasa de una tasa de rendimiento interna de 15 por ciento durante el contrato"<sup>423</sup>.

273. En conclusión, Burlington *no* poseía derecho contractual alguno a percibir las ganancias resultantes del excedente del precio del petróleo, en comparación con las presunciones de precios de las Partes al momento de suscribir los CP, es decir, el excedente de los USD 15 por barril ajustados por la inflación. La economía de los CP significó que Burlington *únicamente* tenía derecho a los USD 15 por barril, que arrojaría una tasa interna de retorno del 15%; cualquier resultado por encima de este precio del petróleo fue una ganancia extraordinaria no prevista por las partes contratantes.
274. En segundo lugar, incluso bajo la suposición de que la economía de los CP estuviere afectada, los contratos meramente contemplaron la renegociación. El CP del Bloque 7 establece que "cualquier factor de corrección será calculado entre las Partes"<sup>424</sup>. El CP del Bloque 21, por su parte, establece que cualquier modificación de las fórmulas de participación "serán aprobad[a]s por el Consejo de Administración"<sup>425</sup>. De ello se sigue que estas son solo cláusulas de renegociación. El Tribunal no tiene jurisdicción para decidir lo que habrían acordado las Partes en virtud de tales cláusulas. En resumen, incluso si se afecta la economía de los CP, los contratos no imponen un compromiso de aplicar los factores de corrección, sino que meramente instan a renegociarlos<sup>426</sup>.

### 2.3. Análisis

275. En virtud de las posiciones de las Partes, el Tribunal debe determinar (a) qué era la economía de los CP y (b) si las cláusulas de modificación tributaria que requerían la aplicación de un factor de corrección son obligatorias o no, es decir, si son cláusulas de estabilización impositiva o de renegociación.

#### 2.3.1. La economía de los CP

276. Para determinar qué era la economía de los CP, el Tribunal analizará (a) la carta de los CP, (b) el anexo V del CP del Bloque 7, (c) el Contrato de Tarapoa, (d) la

---

<sup>423</sup> Tr. 287:15-22, 288:1-6, 288: 21-22, 289:1-12.

<sup>424</sup> Anexo C-1, Cláusula 11.12.

<sup>425</sup> Anexo C-2, Cláusula 11.7.

<sup>426</sup> CME, ¶¶ 345-364.

conducta de Ecuador, (e) la Ley de Hidrocarburos de Ecuador y (f) el propósito del traspaso de contratos de servicio a contratos de participación.

a. El texto de los CP

277. La Cláusula 8.1 del CP del Bloque 7 establece lo siguiente con respecto al cálculo de la participación de la contratista en la producción de petróleo:

"Cálculo de la Participación de la Contratista:

La Participación de la Contratista se calculará con la siguiente fórmula:

$$PC = \frac{X * Q^{427}}{100}$$

Donde:

PC = Participación de la Contratista

Q = Producción Fiscalizada

X = Factor promedio, en porcentaje redondeado al tercer decimal, correspondiente a la Participación de la Contratista [...]"<sup>428</sup> (énfasis agregado).

278. De manera similar, la Cláusula 8.1 del CP del Bloque 21 establece lo siguiente:

"Cálculo de la Participación de la Contratista:

La participación de la Contratista se calculará con los parámetros ofertados y convenidos en este Contrato, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$PC = X * Q^{429}$$

Donde:

PC = Participación de la Contratista

Q = producción anual fiscalizada en el Área del Contrato

X = factor promedio, en porcentaje, correspondiente a la participación de la Contratista [...]"<sup>430</sup> (énfasis agregado).

279. Para Ecuador, la participación de la contratista se debe calcular de conformidad con la siguiente fórmula:  $PC = X*Q*P$ , donde "X" (porcentaje participación de la contratista en la producción) y "Q" (producción fiscalizada total) coinciden con las definiciones de las Cláusulas 8.1 citadas anteriormente. Asimismo, Ecuador

---

<sup>427</sup> El punto indica multiplicación.

<sup>428</sup> Anexo C-1, Cláusula 8.1.

<sup>429</sup> El punto indica multiplicación.

<sup>430</sup> Anexo C-2, Cláusula 8.1.

argumenta que la participación de la contratista incluye el factor "P", es decir, las proyecciones del precio del petróleo estimadas durante la vigencia del contrato, que arrojarán una TIR del 15%. No obstante, no se menciona tal factor "P" en las Cláusulas 8.1 de los CP. De manera similar, estas cláusulas no mencionan ninguna conexión entre la fórmula para calcular la participación de la contratista y el presunto TIR.

280. De manera más general, la fórmula " $PC = X*Q*P$ ", o el Modelo Vega, no está incluida en los CP (sujeto al anexo V de los CP del Bloque 7 que se examinará individualmente), ni se menciona la presunta TIR de la contratista. Esto es revelador, especialmente al considerar lo detallados y extensos que son los CP. Sin contar las autorizaciones y los anexos, el CP del Bloque 7 contiene 120 páginas y el CP del Bloque 21 contiene 80 páginas. Si se incluyen las autorizaciones y los anexos, ambos contratos tienen una gran cantidad de páginas; el CP del Bloque 7 tiene más de 400 páginas y el CP del Bloque 21 tiene más de 600 páginas. Bajo estas circunstancias, es difícil concebir cómo las partes originales del contrato habrían omitido establecer un aspecto tan esencial de los CP, si hubiesen tenido la intención de incluirlo.
281. De manera similar, la carta de los CP sugiere que la economía de los CP no estaba ligada ni a la presunción del precio de USD 15 por barril ni a la TIR de 15%. Por el contrario, pretende demostrar que la contratista tenía derecho a percibir el valor económico de su participación petrolera, independientemente del precio del petróleo o su tasa interna de retorno, sujeta a las disposiciones impositivas del contrato que se analizan a continuación.

b. El anexo V del CP del Bloque 7

282. Ecuador argumenta que el anexo V para el CP del Bloque 7 contiene la ecuación económico-matemática sobre la cual las partes originales del contrato determinaron intencionalmente la participación en la producción de petróleo de la contratista, es decir, el llamado Modelo Vega. De conformidad con la Cláusula 24.2<sup>431</sup>, el anexo V es una parte integral del CP. Ecuador señala en especial las tablas 15, 22 y 27 A del anexo V<sup>432</sup>. En la audiencia, los abogados de Ecuador manifestaron lo siguiente:

"[L]a economía [de los CP] tiene que ver con [la] ecuación matemática y económica acordada al momento de la firma del

---

<sup>431</sup> EPAE, ¶ 110, n. 119.

<sup>432</sup> Anexo C-1, anexo V (pp. 005212, 005218-005224 en la paginación original).

contrato. Y en el apéndice 5 del Contrato de Participación para el Bloque 7 [...]. [C]reo que el contrato [del Bloque 7] es un texto que incluye anexos que también hay que analizar [...], con lo cual una vez más analicen el anexo número 5"<sup>433</sup>.

283. El Tribunal examinará el propósito del anexo V, si existen pruebas del Modelo Vega en el anexo V y si la noción de economía del CP que supuestamente resulta del anexo V es consistente con los otros elementos del expediente, especialmente con la Ley 42.
284. En primer lugar, el anexo V es un memorándum interno de la Comisión de Negociación de Ecuador para la modificación del CP del Bloque 7 (la "Comisión de Negociación") al Presidente y al Consejo Directivo de PetroEcuador, de fecha 3 de noviembre de 1999. El Bloque 7 estaba sujeto a un contrato de servicio y, por ende, a diferencia de otros bloques como el Bloque 21, no era parte de un proceso de licitación internacional. En la audiencia, los abogados de Burlington ofrecieron la siguiente explicación al respecto:

"[T]iene que haber algún tipo de revisión del Estado para determinar si es en interés del Estado realizar esa migración [al CP]. De manera que el artículo 10 [de la Ley de Hidrocarburos] afirmaba: 'Si conviniere a los intereses del Estado, los contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos podrán ser modificados por acuerdo de las partes contratantes'. El anexo 5 es un memorándum a la Junta Directiva de PetroEcuador [que] fundamenta la aprobación del nuevo contrato [CP]"<sup>434</sup> (énfasis agregado).

285. Esta explicación encuentra respaldo en la carta del anexo V y en el artículo 10 de la Ley de Hidrocarburos<sup>435</sup>. En efecto, la Comisión de Negociación concluyó que, en virtud del artículo 10 de la Ley de Hidrocarburos, que convierte el contrato de servicio del Bloque 7 en un CP "conviniere a los intereses del Estado"<sup>436</sup>. En este punto, la Comisión recomendó al Presidente y al Consejo Directivo de PetroEcuador, los destinatarios del memorándum interno, que, "de estimarlo pertinente", resuelvan sobre el cambio del contrato de servicio del Bloque 7 por un CP<sup>437</sup>. Por lo tanto, el anexo V no pretendía establecer los términos del futuro CP, sino meramente establecer si sería conforme a los intereses de Ecuador, desde un punto de vista económico, suscribir un CP en lugar de un contrato de servicio.

---

<sup>433</sup> Tr. 287:3-13.

<sup>434</sup> Tr. 180:3-10, 183:16.

<sup>435</sup> Anexo C-15, p. 4 en la paginación original, Artículo. 10.

<sup>436</sup> Anexo C-1, anexo V, p. 005155 en la paginación original.

<sup>437</sup> *Id.*

286. Para determinar si el CP era conforme a los intereses de Ecuador, la Comisión de Negociación pretendió determinar si el valor de los CP, en base al valor presente neto, era superior al del contrato de servicio. Para realizar este cálculo, se debía tener en cuenta el precio del petróleo durante la vigencia del contrato, proyectada del 2000 al 2010. Se aplicó la presunción de precio de USD 15 por barril, lo que explica el precio de USD 15 por barril en las tablas 15, 22 y 27 A, en las que se centró Ecuador. Bajo esta presunción de precio, concluyó que el valor presente neto del CP sería superior al del contrato de servicios para Ecuador, mientras que el valor presente neto sería igual para la contratista<sup>438</sup>. Por lo tanto, el precio de USD 15 por barril se utilizó para determinar si la modificación del contrato de servicio del Bloque 7 era conforme a los intereses de Ecuador, *no* para determinar la participación de la contratista o su TIR.
287. En segundo lugar, aparentemente no hay señales del Modelo Vega en el anexo V. Si bien la Comisión utilizó una presunción de precio de USD 15 por barril, no existe prueba alguna de que esta presunción se haya aplicado en relación con el Modelo Vega. Como se estableció anteriormente, en virtud del Modelo Vega, la participación de la contratista se basa en su porcentaje ("X") de la producción de petróleo total ("Q") bajo una específica presunción de precio ("P"). No obstante, el anexo V no contiene señal alguna de que el "P" esté vinculado al "Q" o a la participación de la contratista. Tampoco existe una fórmula similar a la de la cláusula 8.1 del contrato ( $PC = X * Q/100$ ), que sugiriera una conexión entre la participación de la contratista y la presunción de precio de USD 15 por barril de la Comisión.
288. Por el contrario, el anexo V incluye indicaciones de que la participación de la contratista *no* estaba vinculada al precio del petróleo. Como parte de la descripción de la negociación con la contratista, la Comisión de Negociación establece lo siguiente:
- "Como una forma alternativa se planteó que se planteó que se fije un promedio de USD 17 por barril, a partir del cual las partes compartirán el excedente en forma equitativa al 50% para cada una. Este planteamiento tampoco fue aceptado por [la contratista] [...]"<sup>439</sup>.
289. Se deduce del memorándum de la Comisión de Negociación que las partes originales del contrato discutieron específicamente la posibilidad de distribuir equitativamente las ganancias del petróleo en el caso de que se registrara un

---

<sup>438</sup> *Id.*, pp. 005176-005177 en la paginación original.

<sup>439</sup> *Id.*, p. 005153 en la paginación original; Mem., ¶ 102.

incremento en el precio del petróleo superior a USD 17 por barril. No obstante, el anexo V sugiere que la contratista rechazó esta propuesta. El hecho de que no haya un acuerdo al respecto en el CP del Bloque 7, que se concluyó aproximadamente cinco meses después que el anexo V, sugiere que las Partes no reconsideraron esta cuestión o que, si lo hicieron, no llegaron a un acuerdo sobre la distribución del superávit<sup>440</sup>. En conclusión, el anexo V no contiene señal alguna del Modelo Vega. Por el contrario, el anexo V incluye indicaciones de que la participación de la contratista *no* estaba vinculada al precio del petróleo.

290. En tercer lugar, la economía del CP del Bloque 7, como presuntamente se deduce del anexo V, parece inconsistente con las otras pruebas del expediente acerca de cómo se determinará la economía de los CP. En virtud del anexo V, la economía del CP del Bloque 7 estaría sujeta al precio de USD 15 por barril. Al mismo tiempo, Ecuador ha argumentado que la economía de los CP se determinó en la fecha de suscripción. Conforme a las palabras de los abogados de Ecuador:

"Ecuador sostiene que el punto inicial [...] en este caso es la economía del Contrato de Participación conforme se define en la fecha de su formalización<sup>441</sup>.

[...]

[Los testigos de Ecuador] establecieron muy claramente que la economía del Contrato de Participación, y no podría ser de otra manera, debe ser determinada en el día de la formalización del Contrato [...] de Participación" (énfasis agregado)<sup>442</sup>.

291. En la fecha de suscripción del CP del Bloque 7, es decir, el 23 de marzo de 2000, el precio del petróleo del Bloque 7 era USD 25,11 por barril. De acuerdo con el argumento de Ecuador, la Ley 42 también opera sobre la base de que el precio relevante es el de la fecha de suscripción. Por este motivo, la Ley 42 considera "extraordinario" solo las ganancias que se generan por la diferencia entre los precios del petróleo y el precio a la fecha de suscripción de los CP. Los abogados de Ecuador establecieron lo siguiente:

"[L]a Ley 42 toma el precio del petróleo del mercado en un momento en el que se ejecuta el Contrato de Participación, y los ingresos extraordinarios que vayan más allá de dicho precio con las correcciones relativas a la inflación y según las cifras estadounidenses eso se asigna entre el Estado y la contratista.

---

<sup>440</sup> La fecha del memorándum en el anexo V es el 3 de noviembre de 1999. El CP del Bloque 7 se suscribió el 23 de marzo de 2000, es decir, casi cinco meses después de la fecha del memorándum en el anexo V.

<sup>441</sup> Tr. 284:10-14.

<sup>442</sup> Tr. 1388:16-20.

[...]

[E]l precio de referencia [de la Ley 42] superaba siempre los 15 dólares que se habían acordado para definir los contratos de participación. [De hecho] [...] el precio de referencia para el Bloque 7 fue de 25,11 dólares a marzo de 2000, es decir la fecha de firma del contrato para el Bloque 7 [...]" (énfasis agregado)<sup>443</sup>.

292. Por lo tanto, existirían dos formas diferentes para determinar la economía del CP del Bloque 7: una sobre la base del anexo V, con un precio de USD 15 por barril, y la otra en virtud de la fecha de suscripción del CP, con un precio de USD 25 por barril. En otras palabras, la economía del contrato, resultante del anexo V, es inconsistente con la alegación de Ecuador acerca de que la economía de los CP se determina en la fecha de suscripción, fecha en virtud de la cual opera la Ley 42. Estas inconsistencias refuerzan la conclusión anterior de que el anexo V no incluye señal alguna del Modelo Vega.
293. En resumen, el anexo V no muestra que la economía del CP del Bloque 7 estaba compuesta por una función de ya sea la proyección del precio de USD 15/barril o la tasa interna de retorno de la contratista del 15%. Por lo tanto, el anexo V no parece establecer límite alguno sobre las ganancias que la contratista podría derivar de su participación petrolera.

c. El Contrato de Tarapoa

294. El 25 de julio de 1995, Ecuador y City Investing Company constituyeron un CP para la exploración y explotación del Bloque Tarapoa. En virtud de la Cláusula 8.1 del Contrato de Tarapoa, la participación de la Contratista es una función de su porcentaje de participación ("X") sobre la producción de petróleo total ("Q"). Por lo tanto, el Contrato de Tarapoa se basa en la fórmula de participación " $PC = X * Q$ ", como los CP de los Bloques 7 y 21. No obstante, el final de la cláusula 8.1 el Contrato de Tarapoa añade lo siguiente:

"Si el precio del Petróleo Crudo del Área del Contrato excede de diecisiete Dólares por Unidad de Producción, el excedente del beneficio que se produzca por la subida real del precio (calculado a valores constantes de [1995], se distribuirá entre las Parles, en proporciones iguales"<sup>444</sup>.

295. Esta redacción genera un vínculo entre los beneficios económicos que la contratista puede percibir del contrato y del precio del petróleo. Si el precio del petróleo excede los USD 17 por barril, las ganancias adicionales se dividirían en partes iguales entre la contratista y Ecuador. Esta distribución no afecta la

<sup>443</sup> Tr. 256:20-22, 257:1-4, 291:9-16.

<sup>444</sup> Anexo C-95, Cláusula 8.1 *in fine*.

participación de la contratista en términos de volumen de petróleo, pero afecta los beneficios económicos que la contratista puede percibir de la participación al conferir al Estado la mitad de las ganancias resultantes de un incremento del precio superior a los USD 17 por barril. No se incluyó una cláusula similar a la del Contrato de Tarapoa en los CP de los Bloques 7 y 21. Esto es especialmente revelador si se recuerda que el CP del Bloque 21 y el Contrato de Tarapoa se negociaron al mismo momento<sup>445</sup>.

296. Christian Dávalos representó a Ecuador en las negociaciones contemporáneas de los CP para el Bloque Tarapoa y el Bloque 21. Durante el contrainterrogatorio, el Sr. Dávalos confirmó que el Contrato de Tarapoa incluía una cláusula que ajustaba la distribución de las ganancias del petróleo cuando el precio del petróleo excedía el umbral de USD 17 por barril:

"[Señor Blackaby]: Y eso usted dijo también que [...] una cláusula [de ajuste de precio] había sido incluida en el Contrato Tarapoa. ¿Correcto?

[Señor Dávalos]: Mencioné que al mismo tiempo [que el Bloque 21] se estaba negociando el contrato de Tarapoa, que en el Contrato Tarapoa, a solicitud de la contratista, se estableció la posibilidad de que el precio suba por encima del precio que se estaba negociando dentro de la economía del contrato. [Las contratistas] no tenían ningún inconveniente [...] con los 17 dólares/[barril] que se habían acordado para fijar la economía del contrato. Es por ello que por encima de los [USD] 17/[barril] dijeron: pongan lo que quieran, ante lo cual se sugirió que la repartición sea de 50-50, tal y como consta acordado en el Contrato Tarapoa" (énfasis agregado)<sup>446</sup>.

297. Al mismo tiempo, el Sr. Dávalos reconoció en el contrainterrogatorio que, a pesar de su propia sugerencia durante las negociaciones del contrato, no se incluyó una cláusula de ajuste similar a la del Contrato de Tarapoa en el CP del Bloque 21:

"[Señor Blackaby]: Usted cuando estaba participando en la negociación del Bloque 21, usted propuso o sugirió la posibilidad de incluir en el contrato una cláusula para tener una participación para el Estado en caso de que el precio del crudo alcanzara 17 o 18 dólares el barril. ¿Correcto?

[Señor Dávalos]: Sí, señor.

[...]

"[Señor Blackaby]: En el Contrato del Bloque 21 el grupo negociador rechazó su idea de incluir esa cláusula en el Bloque 21.

[Señor Dávalos]: Así es, [...]del grupo negociador consorcio [...] [dijo]: no hablemos de hipótesis que no pasan de ser simple hipótesis" (énfasis agregado)<sup>447</sup>.

<sup>445</sup> Tr. 600:4-5.

<sup>446</sup> Tr. 619:4-22, 620:1-14.

<sup>447</sup> Tr. 618:19-22, 619:1-2, 620:16-22, 621:1-2.

298. Del mismo modo, el Sr. Vega, que negoció el CP del Bloque 7 en nombre de Ecuador, concluyó en el contrainterrogatorio que, a pesar de su sugerencia en el transcurso de las negociaciones del contrato, no se incluyó una cláusula similar a la del Contrato de Tarapoa en el CP para el Bloque 7:

"[Señor Blackaby]: ¿Usted sugirió que en el contexto del Bloque 7, que se incluyera una cláusula de corrección en función del precio? [...]

[Señor Vega]: Sí. Así es.

"[Señor Blackaby]: Pero finalmente no se logró, por ejemplo en el Bloque 7. Eso fue rechazado por la contratista.

[Señor Vega]: Así es" (énfasis agregado)<sup>448</sup>.

299. Estas discusiones apoyan las siguientes dos proposiciones. En primer lugar, si bien las partes del Contrato de Tarapoa aceptaron una cláusula que vinculaba la distribución de las ganancias del petróleo con el precio del petróleo, las partes contractuales de los Bloques 7 y 21 *no* aceptaron tal cláusula. En segundo lugar, la posibilidad de vincular la distribución de las ganancias del petróleo con los precios del petróleo se discutió específicamente durante las negociaciones de los CP de los Bloques 7 y 21. Sobre la base de estas premisas, se puede concluir que la falta de inclusión de una cláusula similar a la del Contrato de Tarapoa en los CP de los Bloques 7 y 21 no fue producto de la inadvertencia de las partes, sino una decisión deliberada.

300. Como consecuencia de esta decisión deliberada, la falta de inclusión de una cláusula de ajuste en los CP de los Bloques 7 y 21 sugiere que la economía de los contratos no era una función que contemplara las proyecciones del precio del petróleo o una TIR específica. Por el contrario, esta elección sugiere que la economía del contrato contemplaba que la contratista tenía derecho al valor económico de su participación petrolera a pesar del precio del petróleo o de la TIR.

d. La conducta de Ecuador

301. La conducta de Ecuador puede servir también para determinar el significado de la economía de los CP. El Tribunal se centrará en las solicitudes iniciales de Ecuador de renegociar los CP de los Bloques 7 y 21, las deliberaciones relacionadas con la promulgación de la Ley 42 y la reacción ante las solicitudes de Burlington de un ajuste del factor "X" posterior a la promulgación de la Ley 42 y el Decreto 662.

302. En primer lugar, Ecuador invitó a Burlington a renegociar los CP de los Bloques 7 y 21 en noviembre de 2005<sup>449</sup>. Alega que, por medio de estas renegociaciones, se

---

<sup>448</sup> Tr. 698:22, 699:1-7.

pretendió restaurar el equilibrio económico de los CP. No obstante, no existe indicación alguna de que Ecuador haya invocado los CP para efectuar estas renegociaciones o que haya invocado las Cláusulas 8.1 de los CP, que presuntamente reflejaron las proyecciones de precios en virtud de las cuales las Partes determinaron la distribución de la renta generada por el petróleo<sup>450</sup>. Esto sugiere que Ecuador en ese momento no contemplaba la noción de economía de los CP que expone ahora.

303. En segundo lugar, con posterioridad al fracaso de estas renegociaciones, el entonces Presidente de Ecuador, Palacio González, sometió a consideración del Congreso Ecuatoriano el proyecto de ley que llegaría a ser la Ley 42. En el curso de las deliberaciones legislativas con respecto a este proyecto de ley, un congresista ecuatoriano expresó lo siguiente:

"¿Qué establece esta cláusula [del CP de Tarapoa]? 'Si el precio del Petróleo Crudo del Área del Contrato excede de diecisiete Dólares por Unidad de Producción, el excedente del beneficio que se produzca por la subida real del precio (calculado a valores constantes de [1995], se distribuirá entre las Partes, en proporciones iguales'. Vea, como que parece copiado, esa es la difusión que está planteando el Gobierno, lo que ya está contemplado en un contrato [el Contrato de Tarapoa] trato y queremos que esto que está contemplado en un contrato, se incorpore en el resto de contratos" (énfasis agregado)<sup>451</sup>.

304. En una etapa posterior de las deliberaciones, otro congresista ecuatoriano agregó lo siguiente:

"En virtud de esta Ley [42] se renegociaron varios contratos [petroleros]. Uno de los contratos que fue renegociado, en primer lugar [el del] bloque Tarapoa, y esa renegociación fue tan bien hecha que se incluyó la [cláusula] que leyó el [primer congresista], por la cual, cuando el barril de petróleo supera los 17 dólares, [las ganancias] se comparte[n] entre el Estado y la contratista: 50% y 50%. Después vinieron otras renegociaciones, [...] y en esas renegociaciones, curiosamente, no se incluyó la cláusula que si existe en el contrato con [Tarapoa]. Ahora, frente al proyecto enviado por el Presidente de la República, hemos discutido si mediante ley podemos o no modificar,

---

<sup>449</sup> Anexo C-173.

<sup>450</sup> Ecuador ha alegado que las proyecciones del precio del petróleo que las Partes habrían considerado para determinar la distribución de la renta generada por el petróleo "se refleja en los porcentajes de participación en las cláusulas 8 de los Contratos de Participación" (EPAE, ¶ 43). Asimismo, Ecuador sostuvo que "la economía de los Contratos de Participación se refleja en los porcentajes de participación en la Cláusula 8" (omisión de citas internas) (*Id.*, ¶ 73). En la misma línea, Ecuador señaló que la economía de los CP "incluye la tasa interna de retorno para el contratista y se traduce en los porcentajes de participación" de la Cláusula 8 (*Id.*, ¶ 105).

<sup>451</sup> Anexo C-177, p. 73.

unilateralmente, contratos petroleros con efecto retroactivo. Esa y no otra es la discusión jurídica" (énfasis agregado)<sup>452</sup>.

305. Al llamar la atención sobre este debate legislativo, el Tribunal no pretende atribuir responsabilidad alguna a Ecuador por las afirmaciones de sus congresistas. No obstante, durante la determinación general de los hechos y la evaluación de las pruebas en el expediente, estas afirmaciones aclararon la interpretación de algunos miembros del Congreso acerca del contexto que condujo a la promulgación de la Ley 42. La interpretación de estos congresistas no era que la Ley 42 dio efecto a los términos de los CP. Por el contrario, estos congresistas estaban al tanto de que la Ley 42 modificaría los CP que no incluían una cláusula similar a la del Contrato de Tarapoa como las incluidas en los Bloques 7 y 21.
306. En tercer lugar, Burlington solicitó a Ecuador un ajuste de su participación, o el factor X, con posterioridad a la promulgación de la Ley 42 y del Decreto 662<sup>453</sup>. Ecuador no respondió a estas solicitudes, presuntamente porque Burlington no había presentado ninguna prueba de naturaleza económica a fin de determinar el porcentaje de participación que debe ajustarse<sup>454</sup>. En todo caso, si Ecuador consideraba que Burlington no tenía derecho a reclamar este ajuste, simplemente podría haber dado esta respuesta. La omisión de Ecuador de brindar una respuesta a Burlington muestra una vez más que el Estado no contempló, en ese momento, la noción de economía de los CP que sostiene ahora.
307. En conclusión, las acciones y omisiones de Ecuador revelan que no contemplaba la noción de economía de los CP que ha sostenido en el presente procedimiento arbitral. Esto determina que la economía de los CP no se basó ni en la presunción de precio de USD 15/barril ni en una TIR de 15% para la contratista.

e. La Ley de Hidrocarburos de Ecuador

308. Al igual que se concluyó en la discusión sobre los compromisos de la cláusula paraguas, la Ley de Hidrocarburos de Ecuador no mantiene compromiso alguno que Burlington pueda invocar directamente. No obstante, esto no significa que carezca totalmente de relevancia para determinar el alcance de las obligaciones contractuales. En efecto, como señaló Ecuador, los CP reprodujeron algunas de las disposiciones de la Ley de Hidrocarburos que invocó Burlington. Por lo tanto, estas disposiciones legales pueden aclarar el significado del contrato por la misma

---

<sup>452</sup> *Id.*, p. 103.

<sup>453</sup> Anexos C-11, C-12 y C-43; EPAB, ¶¶ 130, 311, 315-320.

<sup>454</sup> EPAE, ¶¶ 10, 174-179, 187-190 y 304.

razón por la que iban a ser reproducidos en los CP. Específicamente, la Ley de Hidrocarburos puede utilizarse para establecer el significado de la "economía" de los contratos en las cláusulas de modificación tributaria.

309. El artículo 4 de la Ley 44 de 1993, que según Ecuador contiene la "definición jurídica de los contratos de participación"<sup>455</sup>, establece lo siguiente:

"La contratista, una vez iniciada la producción tendrá derecho a una participación en la producción del área del contrato, la cual se calculará a base de los porcentajes ofertados y convenidos en el mismo, en función del volumen de hidrocarburos producidos. Esta participación, valorada al precio de venta de los hidrocarburos del área del contrato, que en ningún caso será menor al precio de referencia, constituirá el ingreso bruto de la contratista del cual efectuará las deducciones y pagará el impuesto a la renta, en conformidad con las reglas previstas en la Ley de Régimen Tributario" (énfasis agregado)<sup>456</sup>.

310. De conformidad con esta disposición, la participación de la contratista constituye su "ingreso bruto"<sup>457</sup>. Según Ecuador, la participación de la contratista en virtud de los CP resultaría de la función de las proyecciones del precio del petróleo y la tasa interna de retorno específica. No obstante, la disposición legal antes citada no incluye una indicación de que el ingreso bruto, equivalente a la participación petrolera, se calcularía sobre la base de las proyecciones del precio del petróleo o una tasa interna de retorno específica. Se podrían haber esperado estas indicaciones si se hubiesen replicado en los CP. Por lo tanto, esta disposición de la Ley de Hidrocarburos tiende a ratificar que la economía de los CP no era una función de los precios del petróleo o una tasa interna de retorno.

f. El propósito del cambio a contratos de participación

311. En 1982, Ecuador introdujo el llamado contrato de servicio modelo. Conforme a este modelo, Ecuador reembolsó a las compañías petroleras sus costos y gastos y abonó una tarifa de servicios. Sin embargo, en 1993, el entonces Presidente Durán Ballén presentó al Congreso un proyecto de ley en el que señaló que "en la actualidad [el contrato de servicio modelo] ha agotado sus posibilidades de

---

<sup>455</sup> CME, ¶ 111.

<sup>456</sup> Anexo C-15, p. 3 en la paginación original.

<sup>457</sup> *Id.* Ecuador ha argumentado también que los CP no "limitaron las deducciones, las participaciones o los impuestos que podrían aplicarse como la Ley 42" (traducción del tribunal de la versión en inglés de la transcripción, Tr. 254:1-3). Existe un acuerdo acerca de que la Ley 42 forma parte del "régimen tributario" de Ecuador dentro del significado de las cláusulas de modificación tributaria. Por consiguiente, el Tribunal abordará este argumento en el contexto de su análisis sobre las cláusulas de modificación tributaria (véase sección 2.4 más adelante).

atracción al capital extranjero"<sup>458</sup>. En respaldo de esta conclusión, el proyecto de ley afirmó que "[e]n los últimos cinco años no se ha celebrado ningún contrato para la exploración y explotación de hidrocarburos bajo la modalidad de Prestación de Servicios introducida por las reformas de 1982"<sup>459</sup>. El proyecto de ley explicó que el contrato de servicios modelo estaba en declive fundamentalmente por las siguientes razones:

"[1] La evolución de las condiciones internacionales de la industria petrolera, ha creado modalidades más competitivas de atracción a los cada vez más escasos capitales disponibles, como por ejemplo aquellas que se están implantando en los países del bloque del este europeo y de la antigua Unión Soviética. [...]

[2] El contrato de Prestación de Servicios [...] se ha convertido en un contrato extremadamente complicado en términos de administración y control. Por otra parte, la estipulación de reembolsos obligatorios de las inversiones costos y gastos a la contratista, ha reducido significativamente la participación del Estado en los beneficios económicos de la exploración y producción de petróleo en campos medianos y pequeños.

[3] Finalmente, el contrato de Prestación de Servicios no permite que la empresa contratista pueda disponer de un flujo de producción de su propiedad. Esta característica desnaturaliza el interés y la razón de ser de las Empresas petroleras, internacionales, para la mayoría de las cuales la disponibilidad de la producción para comercializarla en los mercados internacionales es un aspecto esencial" (énfasis agregado)<sup>460</sup>.

312. Con respecto a la participación de la contratista, el proyecto de ley, que se convertiría en ley y modificaría la Ley de Hidrocarburos<sup>461</sup>, también señaló lo siguiente:

"En cuanto a la disponibilidad de la producción, la contratista de participación dispondrá libremente del porcentaje de producción ofertado en la licitación, para que lo comercialice en el mercado interno o externos pero en ningún caso el precio de venta podrá ser inferior al precio Obtenido por PETROECUADOR en sus ventas externas" (énfasis agregado)<sup>462</sup>.

313. Si bien a este Tribunal no le corresponde juzgar qué tipo de contrato era preferible desde un punto de vista político o hubiera resultado en una asignación más justa de la renta generada por el petróleo, sí le corresponde determinar la intención de las partes de los CP en la medida en que tal intención juegue un papel importante

---

<sup>458</sup> Anexo C-78, p. 3.

<sup>459</sup> *Id.*, 2.

<sup>460</sup> *Id.*, 3-4.

<sup>461</sup> Anexo C-15.

<sup>462</sup> Anexo C-78, p. 4.

para la resolución de este reclamo en virtud de un Tratado. Uno de los elementos que puede contribuir a esta determinación tiene que ver con la razón por la cual Ecuador abandonó el contrato de servicio por el CP.

314. El propósito del cambio de un contrato de servicio modelo a un contrato de participación modelo, según el texto del proyecto de ley, "permitirá al Ecuador situarse a un nivel competitivo internacional respecto a la atracción al capital de riesgo"<sup>463</sup>. Es difícil ver cómo un CP podría ser más atractivo que un contrato de servicio, si ambos modelos establecen un presunto límite máximo similar sobre las ganancias (ganancias que son garantizadas por un contrato de servicio y no por un CP) teniendo en cuenta que el CP impone todos los costos y los riesgos de exploración y explotación sobre el inversor, mientras que el contrato de servicio no lo hace.
315. Por los motivos antes mencionados, el Tribunal considera que la economía de los CP no era una función de la proyección del precio del petróleo de USD 15/barril ni de la TIR de la contratista de 15%. Por el contrario, la economía de los CP le dio derecho a la contratista a percibir la participación petrolera, disponer de ella en el mercado independientemente del precio, y así recibir el valor de mercado de su participación en la producción de petróleo, sujeto a los impuestos correspondientes y a las disposiciones contractuales sobre los nuevos impuestos que se analizarán a continuación.

#### 2.3.2. Las cláusulas de modificación tributaria

316. Las Partes discrepan acerca de si las cláusulas de modificación tributaria, que requieren la aplicación de un factor de corrección cuando la economía de los contratos se encuentra afectada, son obligatorias o no. Burlington afirma que las cláusulas de modificación tributaria eran obligatorias y, por consiguiente, constituían cláusulas de estabilización impositiva. Ecuatoralega que las cláusulas de modificación tributaria no eran obligatorias y constituían meras cláusulas de renegociación. El Tribunal examinará ambos CP de forma separada para determinar si la aplicación de un factor de corrección era obligatoria o no.

##### a. La cláusula de modificación tributaria del CP del Bloque 7

317. La cláusula de modificación tributaria incluida en la Cláusula 11.12 del CP del Bloque 7 establece lo siguiente:

---

<sup>463</sup> Véase ¶11 anterior.

"Modificación del régimen tributario: En caso de modificación del régimen tributario o de creación o eliminación de nuevos tributos no previstos en este Contrato o de la participación laboral, vigentes a la fecha suscripción de este Contrato y según están descritos en esta Cláusula, o de su interpretación, que tengan consecuencias en la economía de este Contrato, se incluirá un factor de corrección en los porcentajes de participación, que absorba el incremento o disminución de la carga tributaria o de la participación laboral. Este factor de corrección será calculado entre las Partes y se observará el procedimiento establecido en el artículo treinta y uno (31) del Reglamento para la Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos" (énfasis agregado)<sup>464</sup>.

318. Esta cláusula debe interpretarse junto con la Cláusula 8.6 y la Cláusula 15.2 del Contrato. La Cláusula 8.6 establece lo siguiente:

"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, se incluirá un factor de corrección en los porcentajes de participación, que absorba el incremento o disminución de la carga económica: a) Modificación del régimen tributario según se describe en la cláusula [11.12] [...]" (énfasis agregado)<sup>465</sup>.

319. La Cláusula 15.2 por su parte establece lo siguiente:

"Contratos modificatorios: Habrà lugar a la negociación y suscripción de contratos modificatorios, previo acuerdo de las Partes, particularmente en los siguientes casos: [...] c) Cuando el régimen tributario [...] aplicabl[e] a este tipo de Contrato en el país haya sido modificado a fin de restablecer la economía de este Contrato, de conformidad con la cláusula [11.12<sup>466</sup>]" (énfasis agregado).<sup>467</sup>

320. Con el fin de determinar si la aplicación del factor de corrección es obligatoria o no, el Tribunal analizará la redacción de estas cláusulas, su propósito y las disposiciones relevantes del Marco Legal de los Hidrocarburos que estas cláusulas pretenden replicar, es decir, el Artículo 16 del Decreto N.º 1417.

321. En primer lugar, las tres disposiciones transcritas anteriormente incluyen términos que indican obligatoriedad, que encomiendan a las partes a aplicar un factor de corrección para absorber el impacto del incremento o la disminución de la carga

---

<sup>464</sup> Anexo C-1, Cláusula 11.12.

<sup>465</sup> *Id.*, Cláusula 8.6.

<sup>466</sup> La Cláusula 15.2(c) se refiere a la Cláusula 11.11, no a la Cláusula 11.12. Tal y como muestra la dependencia de Ecuador en esta cláusula, se trata de un error. La Cláusula 11.11 se refiere a la "amortización de inversiones" y no a la modificación del régimen tributario a la que se refiere la Cláusula 15.2(c). Por lo tanto, esto se debe interpretar como que la Cláusula 15.2(c) se debía referir a la Cláusula 11.12, en lugar de a la 11.11.

<sup>467</sup> Anexo C-1, Cláusula 15.2.

tributaria sobre la economía del Contrato. En virtud de la Cláusula 11.12, se incluirá factor de corrección en caso de una modificación del régimen tributario que tenga consecuencias en la economía de este Contrato. De conformidad con la Cláusula 8.6, se incluirá un factor de corrección en caso de una modificación del régimen tributario que tenga consecuencias en la economía del Contrato. En virtud de la Cláusula 15.2, si hubiera una modificación del régimen tributario, las Partes negociarían y suscribirían un contrato modificadorio, a fin de restablecer la economía del Contrato. Tales afirmaciones muestran que la aplicación de un factor de corrección no es opcional. En caso de una modificación del régimen tributario que impacte en la economía de este Contrato, debe aplicarse una corrección.

322. Al mismo tiempo, ambas partes del CP deben llegar a un acuerdo sobre la implementación de este factor de corrección. De conformidad con la Cláusula 11.12, "este factor de corrección será calculado entre las Partes". En virtud de la Cláusula 15.2(c), se negociará y suscribirá un contrato modificadorio para la implementación de tal factor de corrección, "previo acuerdo de las partes". El Tribunal interpreta que este requisito no hace optativa la aplicación del factor de corrección. De lo contrario, el contenido de la cláusula sería inherentemente contradictoria, dado que la redacción que denota obligatoriedad estaría inmediatamente seguida por una redacción que ofrece opciones.
323. La disposición que establece que las partes deben calcular en conjunto el reajuste no contempla la cuestión de *si se aplicará* un factor de corrección. El Contrato ya establece que "se incluirá" ese factor de corrección a fin de el impacto de la carga tributaria. Esta disposición ayuda más bien a determinar cómo se calculará el factor de corrección. El propósito patente de esta disposición es prevenir una situación en la que una parte imponga unilateralmente el cálculo de la participación en la producción de petróleo que necesita para compensar el efecto del incremento o la disminución de la carga tributaria, un cálculo realmente complejo<sup>468</sup>. Al margen de este cálculo conjunto, las partes tienen la obligación de aplicar el factor de corrección que compensará los efectos de los cambios tributarios que tengan consecuencias en la economía del Contrato.

---

<sup>468</sup> En la audiencia, los abogados de Ecuador afirmaron que "[s]i la economía del Contrato de Participación se vio afectada de alguna manera, las partes necesitan negociar, entre otras cosas, cómo los factores equis en esta cláusula [8.1] deben modificarse. Como ya les dije, estas negociaciones son complejas" (énfasis agregado) (Tr. 282:21-22, 283:1-5).

324. En segundo lugar, en virtud de las cláusulas relevantes, el propósito del factor de corrección es "que absorba el incremento o disminución de la carga tributaria"<sup>469</sup> "a fin de restablecer la economía de este Contrato"<sup>470</sup>. El propósito es evitar que el incremento o disminución de la carga tributaria altere la base económica en virtud de la cual las partes suscribieron el Contrato<sup>471</sup>. Este propósito se frustraría si una parte pudiera simplemente negarse a aplicar el factor de corrección en el caso de un incremento o disminución de la carga tributaria. Por lo tanto, el propósito de la cláusula de modificación tributaria sugiere que la intención de las partes fue que la aplicación del factor de corrección sea obligatoria.
325. Por último, el Marco Legal de los Hidrocarburos confirma esta interpretación. Tal y como reconoce Ecuador<sup>472</sup>, la cláusula de modificación tributaria de los CP reproduce el contenido del Artículo 16 del Decreto N.º 1417, que establece lo siguiente:
- "Estabilidad económica: Los porcentajes de las partes en la producción del área de contrato serán ajustados cuando el sistema tributario aplicable al contrato haya sido modificado, para restablecer la economía del contrato, vigente hasta antes de la modificación tributaria"<sup>473</sup> (énfasis agregado).
326. La redacción de esta disposición también indica obligatoriedad: los porcentajes de las partes en la producción "serán ajustados" cuando el régimen tributario haya sido modificado. Y el propósito de ese ajuste es "restablecer la economía del contrato, vigente hasta antes de la modificación tributaria". Por lo tanto, el Artículo 16 provee la inclusión de una cláusula de ajuste obligatoria en los contratos de participación.
327. En conclusión, el Tribunal considera que la disposición de modificación tributaria incluida en la Cláusula 11.12 del CP del Bloque 7 requiere la inclusión de un factor de corrección obligatorio que absorba cualquier impacto del incremento o disminución de la carga tributaria que tenga consecuencias en la economía del Contrato.

---

<sup>469</sup> Anexo C-1; Cláusulas 11.12 y 8.6.

<sup>470</sup> *Id.*, Cláusula 15.2.

<sup>471</sup> En la audiencia, los abogados de Burlington indicaron que el derecho a una participación en la producción de petróleo en sí mismo "podría no tener significado alguno, porque si el Estado no suministraba la protección a los cambios en el impuesto y en el régimen de regalías, el Estado simplemente podría neutralizar los ingresos viables de la participación en la producción a voluntad" (Tr. 33:3-8).

<sup>472</sup> Tr. 224:16-22, 225:1-3.

<sup>473</sup> Anexo C-89, p. 23 en la paginación original.

b. La cláusula de modificación tributaria del CP del Bloque 21

328. La cláusula de modificación tributaria del CP del Bloque 21 está contenida en la Cláusula 11.7, que establece lo siguiente:

"Modificación del régimen tributario y participación laboral: En caso de modificación del régimen tributario, la participación laboral o de su interpretación, que tengan consecuencias en la economía de este Contrato, en los porcentajes de participación se incluirá un factor de corrección que absorba el incremento o disminución de la carga tributaria. Estos ajustes serán aprobados por el Consejo de Administración a base del estudio que para el efecto presentará la Contratista" (énfasis agregado)<sup>474</sup>.

329. Además, la Cláusula 15.2 del CP del Bloque 21 establece lo siguiente:

"Contratos modificatorios: Habrá lugar a la negociación y suscripción de contratos modificatorios, previo acuerdo de las Partes, particularmente en los siguientes casos: [...] c) Cuando el régimen tributario [...] aplicabl[e] a este tipo de Contrato en el país haya sido modificado a fin de restablecer la economía de este Contrato [...]" (énfasis agregado)<sup>475</sup>.

330. Al igual que con el análisis de la cláusula de modificación tributaria en el CP del Bloque 7, el Tribunal se centrará en la redacción, el propósito y las disposiciones relevantes del Marco Legal de los Hidrocarburos.

331. En primer lugar, la Cláusula 11.7, en la primera oración, provee que en caso de modificación del régimen tributario "se incluirá" un factor de corrección. Además, la segunda oración de esta cláusula establece que estos ajustes "serán aprobados" por el Consejo de Administración (el "Consejo"). Este requisito de aprobación implica que el Consejo debe verificar y, eventualmente, sugerir modificaciones a los factores de corrección propuestos por la contratista. No obstante, el Consejo no tiene la libertad de rechazar la aplicación de un factor de corrección que "se incluirá". Por su parte, la Cláusula 15.2 estipula que "se dará" lugar a la negociación y suscripción de un contrato modificatorio a fin de restablecer la economía del Contrato, cuando el régimen tributario haya sido modificado. Al igual que el CP del Bloque 7, esta redacción sugiere que la aplicación de un factor de corrección es obligatoria.

332. En segundo lugar, el propósito de la aplicación de este factor de corrección es "absorb[er] el incremento o disminución de la carga tributaria"<sup>476</sup> "a fin de

---

<sup>474</sup> Anexo C-2, Cláusula 11.7.

<sup>475</sup> *Id.*, Cláusula 15.2.

<sup>476</sup> *Id.*, Cláusula 11.7.

restablecer la economía de este Contrato"<sup>477</sup>. Este propósito se frustraría si una parte pudiera simplemente negarse a aplicar el factor de corrección. Si bien los cálculos requeridos para la aplicación del factor de corrección están sujetos al "previo acuerdo de las Partes"<sup>478</sup>, esto no significa que la aplicación del factor de corrección sea opcional. Tal como reconoció el Sr. Dávalos, el negociador principal de Ecuador del CP del Bloque 21, ante las preguntas del Tribunal, "lo que eventualmente puede ser sometido a arbitraje es que las partes no se pongan de acuerdo en el factor de corrección", es decir, que sea resuelto por un tercero componedor<sup>479</sup>.

333. En conclusión, tanto la redacción como el propósito de esta disposición contractual muestran que la cláusula de modificación tributaria del CP del Bloque 21 es obligatoria. El Artículo 16 del Decreto N.º 1417 confirma esta conclusión, la cual se reproduce en la modificación tributaria del CP del Bloque 21 y cuya redacción denota la obligatoriedad del ajuste de la participación en la producción de petróleo de las partes "para restablecer la economía del contrato, vigente hasta antes de la modificación tributaria"<sup>480</sup>.
334. Por los motivos antes mencionados, el Tribunal considera que la aplicación del factor de corrección es obligatoria cuando una carga tributaria afecta la economía de los CP de los Bloques 7 o 21. Este factor de corrección debe tener tal magnitud que permita borrar el impacto de la carga tributaria sobre la economía de los CP. En otras palabras, el factor de corrección debe restaurar la economía de los CP a su nivel anterior a la modificación provocada por esa carga tributaria.
335. En conclusión, y con el fin de resolver el reclamo sometido al Tribunal, el Tribunal considera que los CP contemplan los siguientes derechos: (i) el derecho a percibir y vender la participación de la contratista en la producción de petróleo, independientemente del precio del petróleo y de su tasa interna de retorno, sujeto al pago de los impuestos y las participaciones laborales estipuladas en los CP y (ii) el derecho de aplicación de un mecanismo que absorba los efectos de cualquier

---

<sup>477</sup> *Id.*, Cláusula 15.2.

<sup>478</sup> *Id.*

<sup>479</sup> Tr. 650:7-11.

<sup>480</sup> Anexo C-89, p. 23 en la paginación original.

incremento de la carga tributaria que afecte a la economía de los CP, es decir, el derecho a la absorción de la carga tributaria bajo ciertas condiciones<sup>481</sup>.

3. ¿Ha expropiado Ecuador la inversión de Burlington?

3.1. ¿Cuál es el enfoque más adecuado para analizar el reclamo por expropiación de Burlington?

336. Las Partes discrepan acerca del enfoque que debería adoptar el Tribunal para analizar el reclamo por expropiación de Burlington. Si bien Burlington alega que las medidas son expropiatorias, sean tomadas de manera individual o conjunta, favorece el enfoque de expropiación progresiva. Por el contrario, Ecuador alega que el Tribunal debe determinar si la Ley 42 es expropiatoria o no. Por lo tanto, el Tribunal debe en primer lugar determinar bajo qué enfoque debe revisar el reclamo por expropiación de Burlington.

#### 3.1.1. Posiciones de las Partes

337. Burlington alega que Ecuador expropió su inversión por medio de una serie de medidas: (i) la promulgación de la Ley 42 (inicialmente con una alícuota del 50%, que luego fue aumentada al 99%), (ii) la iniciación de los juicios de coactivas, que llevaron a la confiscación y el remate de la participación de Burlington en la producción de petróleo, (iii) la toma física de los Bloques 7 y 21 y (iv) la terminación de los CP de los Bloques 7 y 21 a través del procedimiento de caducidad<sup>482</sup>. Burlington sostiene que estas medidas constituyeron una expropiación ilegítima de su inversión "tanto de manera individual como conjunta"<sup>483</sup>.

338. En la audiencia y en el Memorial Posterior a la Audiencia, Burlington resaltó que las medidas de Ecuador, tomadas de manera conjunta, constituyeron una expropiación indirecta o progresiva de su inversión<sup>484</sup>. Burlington invocó la definición de expropiación progresiva utilizada en el caso *Generation Ukraine Inc. c. Ucrania*:

"Una forma de expropiación [progresiva] con una calidad temporal distintiva en el sentido que encapsula [situaciones] en donde una serie de actos atribuibles al Estado en un período

---

<sup>481</sup> El término "cláusula de absorción tributaria" sustituirá en adelante las locuciones "cláusula de indemnización impositiva" (DJ, ¶ 18 n. 1) y "cláusulas de modificación tributaria" (véanse ¶¶ 21-22 anteriores) que se han utilizado para referirse a estas cláusulas.

<sup>482</sup> MCB, ¶ 80.

<sup>483</sup> MCB, ¶¶ 80, 86, 98.

<sup>484</sup> Tr. 77:3-8, 80:13-20, 88:15-22, 119:16-21.

determinado culminan en la expropiación de dichos bienes"  
(énfasis en el original)<sup>485</sup>.

339. Sin el enfoque de expropiación progresiva "Ecuador recibirá un descuento por haber destruido la mayor parte del valor de la inversión [de Burlington] antes de la toma de control física [de los Bloques]"<sup>486</sup>. Esto ocasionaría "incentivos perversos" que premiarían al Estado "por las medidas que toma para disminuir progresivamente el valor de los derechos subyacentes a un activo antes del paso final de la expropiación"<sup>487</sup>. Como resultado, "[e]n virtud del derecho internacional, el Tribunal debe considerar los actos de Ecuador en su totalidad y juzgar lo que ha sufrido la inversión de la demandante sobre la base de todas las medidas"<sup>488</sup>. En pocas palabras, Burlington favorece un enfoque de expropiación progresiva sobre un enfoque de expropiación paso a paso<sup>489</sup>.

340. Ecuador alega que el caso de Burlington ha evolucionado durante "la audiencia"<sup>490</sup>. Con anterioridad a la audiencia, el caso de Burlington era que la Ley 42 fue una medida equivalente a una expropiación indirecta y que las incautaciones coactivas y la toma de los Bloques constituyeron una expropiación directa. En resumen, el caso de Burlington comprendía una expropiación directa y una expropiación indirecta. Sin embargo, para Ecuador, Burlington "cambió radicalmente su caso en la Audiencia" y planteó una nueva teoría de expropiación progresiva, en reemplazo de las teorías de expropiación antes alegadas<sup>491</sup>. Por este motivo, "Ecuador se reserv[ó] [...] todos sus derechos al respecto"<sup>492</sup>. En todo caso, Ecuador alega que la teoría de expropiación progresiva de Burlington es incorrecta porque la Ley 42 fue la causa inicial de una cadena de eventos posteriores:

"No podemos analizar este caso como un caso de expropiación [progresiva]. Intellectualmente esto es incorrecto. Es incorrecto intelectualmente porque lo que tenemos aquí es una serie de hechos diferentes que están relacionados según una vinculación de causa-efecto<sup>493</sup>. [...] Los hechos de este caso se manifestaron de una manera en la cual la Ley 42 debe ser la causa del resto de los eventos. Toda teoría sobre eventos acumulados

---

<sup>485</sup> *Generation Ukraine Inc. c. Ucrania*, laudo del 15 de septiembre de 2003, ¶¶ 20-22 (anexo CL-145); Tr. 81:6-10.

<sup>486</sup> Tr. 82:12-15.

<sup>487</sup> Tr. 81:14-16 (la expresión "incentivos perversos" está traducida de la versión en inglés de la transcripción, Tr. 74:15-19).

<sup>488</sup> Tr. 1296:8-11.

<sup>489</sup> EPAB, ¶¶ 55-59.

<sup>490</sup> Tr. 234:4.

<sup>491</sup> EPAE, ¶ 5.

<sup>492</sup> *Id.*

<sup>493</sup> Tr. 1375:19-22, 1376: 1-2

acontecimientos acumulados que apunten hacia algo se opone a la lógica simple<sup>494</sup>.

[...]

Los argumentos de expropiación acumulativa indirecta planteados por Burlington son un sinsentido desde nuestro punto de vista. Es una cuestión de lógica: el Tribunal no puede dejar de lado la relación entre causa y efecto entre la Ley 42, la *coactiva*, el abandono de los pozos y la declaración de *caducidad*. El Tribunal debe tener en cuenta el primer hecho, que es la Ley 42, y los efectos de la Ley 42 respecto de la ecuación económica del Contrato celebrado entre la contratista y Ecuador<sup>495</sup>.

341. Ecuador también afirma que "la sanción de la Ley 42 no es un acto ilícito internacional"<sup>496</sup>. La Ley 42 no modificó ni violó los CP. Por lo tanto, "Burlington tenía que cumplir la [Ley 42]"<sup>497</sup>. La omisión de Burlington de cumplir con la Ley 42 dio lugar a los acontecimientos posteriores de este caso: "los acontecimientos posteriores de este caso, *coactiva*, el abandono de los yacimientos por parte del consorcio y la declaración de *caducidad* son consecuencias de [...] el incumplimiento por parte de [Burlington] de la Ley 42, así como de los [CP] para los [B]loques 7 y 21"<sup>498</sup>. En resumen, un análisis adecuado del reclamo por expropiación de Burlington debe comenzar por la Ley 42 y es pertinente un enfoque progresivo en virtud de los hechos del presente procedimiento arbitral.

### 3.1.2. Análisis

342. Como cuestión preliminar, el Tribunal desea abordar la alegación de Ecuador de que Burlington "cambió radicalmente"<sup>499</sup> su caso en la audiencia al invocar una teoría de expropiación progresiva. Según Ecuador, Burlington "planteó un caso radicalmente nuevo basado en la teoría de la 'expropiación progresiva'"<sup>500</sup>. Si bien Burlington puso mayor énfasis en la teoría de una expropiación progresiva a partir de la audiencia, el expediente no respalda la afirmación de Ecuador de que esta era una teoría "nueva". Ya en el Memorial Complementario sobre Responsabilidad, Burlington alegó que las medidas de Ecuador "tanto de manera individual *como conjunta*"<sup>501</sup> (énfasis agregado) constituyeron la expropiación de su inversión. Al mencionar las medidas de manera "conjunta", Burlington a, aunque con un término

---

<sup>494</sup> 234:12-17.

<sup>495</sup> Tr. 266:8-18.

<sup>496</sup> Tr. 234:21-22.

<sup>497</sup> Tr. 234:22, 235:1.

<sup>498</sup> Tr. 235:1-7.

<sup>499</sup> EPAE, ¶ 5 (traducción del Tribunal).

<sup>500</sup> *Id.*

<sup>501</sup> MCB, ¶ 80 (con alegaciones similares en ¶¶ 86, 98) (traducción del Tribunal).

diferente, la teoría de una expropiación progresiva invocada a partir de la audiencia.

343. En su Memorial Posterior a la Audiencia, Burlington volvió a alegar que las medidas de Ecuador analizadas de manera individual y conjunta, constituyeron una expropiación; y, al igual que en la audiencia, con un énfasis en el enfoque colectivo. Por lo tanto, si bien Burlington cambió el énfasis de su caso, no parece haber cambiado su caso en la audiencia<sup>502</sup>. Asimismo, Ecuador tuvo la oportunidad de desestimar la teoría de la expropiación progresiva de Burlington y, de hecho, se valió de esa oportunidad<sup>503</sup>.
344. El Tribunal procederá a continuación a analizar los dos enfoques analíticos enfrentados en virtud de los cuales es posible examinar el reclamo por expropiación de Burlington. Bajo el enfoque individual, las pruebas de expropiación se examinarán por medida de manera individual, mientras que en bajo el enfoque colectivo se considerarán todas las medidas de manera conjunta.
345. Según el Tribunal, cuando el inversor presenta tanto un caso de expropiación manera individual como un caso de expropiación conjunta, el análisis debe comenzar con el enfoque en función de cada medida individual, dado que un enfoque colectivo o progresivo normalmente se aplica en el caso de que ninguna medida sea en sí misma expropiatoria. Esta afirmación se justifica tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Michael Reisman y Robert Sloane, por ejemplo, se refieren de manera favorable a la visión del árbitro que establece que la "expropiación progresiva consta de cierto número de elementos, *ninguno de los cuales puede constituir, por separado, el ilícito internacional*" (énfasis agregado)<sup>504</sup>. Por el contrario, estos autores señalaron que "si uno o dos sucesos en una serie de medidas se puede identificar inmediatamente como aquellos que destruyeron el valor de la inversión, sería inadecuado hablar de una expropiación progresiva"<sup>505</sup>.
346. Varios laudos arbitrales confirman esta postura. En el caso *Vivendi II*, en el que se ha apoyado Burlington en gran medida, el tribunal afirmó que "[e]n el derecho internacional tiene arraigo la idea de *aunque* un solo acto u omisión de un gobierno

---

<sup>502</sup> Por ejemplo, DAAB, expropiación, # 45 ff.; Tr. 80:3-119:11.

<sup>503</sup> EPAE, ¶¶ 481-493.

<sup>504</sup> W. Michael Reisman y Robert D. Sloane, *Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation*, 74 THE BRITISH YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 115, 123 (2004), p.123 en la paginación original, citandola opinión disidente de Keith Highet en el caso *Waste Management, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, laudo del 2 de junio de 2000 (anexo CL-177).

<sup>505</sup> *Id.*

tal vez no constituya una violación de una obligación internacional, varios actos en conjunto pueden"<sup>506</sup> (énfasis agregado). La palabra "aunque" implica que el enfoque colectivo se debe aplicar únicamente después de que el análisis individual concluya que no hay expropiación. El tribunal en el caso *Santa Elena* se refirió aún más explícitamente a este asunto en el párrafo citado en el caso *Vivendi II* que establece que "una medida o varias medidas *pueden en definitiva equivaler a una incautación*, aunque los distintos pasos del proceso no [...]"<sup>507</sup> (énfasis agregado).

347. Finalmente, Burlington ha señalado que "[e]n el derecho internacional se encuentra ampliamente establecido que los tribunales deben evaluar si el efecto acumulativo de las medidas constituye una expropiación"<sup>508</sup>. Al mismo tiempo, Burlington ha admitido que, si bien se alega simultáneamente que "cada una de las medidas analizadas en forma individual constituyeron una expropiación"<sup>509</sup>, el análisis del efecto acumulado de las medidas no es sino una "posibilidad"<sup>510</sup>. En otras palabras, Burlington *no* ha alegado que, cuando se aplican ambos enfoques, tanto de manera individual como conjunta, el enfoque colectivo *debe* adoptarse primero<sup>511</sup>.

348. Por consiguiente, el Tribunal analizará primero cada una de las medidas impugnadas de manera individual. En particular, el Tribunal analizará de manera sucesiva (i) la Ley 42 (con una alícuota del 50% y del 99%), (ii) los juicios de coactivas, (iii) la ocupación física de los Bloques y (iv) los decretos de caducidad. En el caso de que se concluya que ninguna de estas medidas fue expropiatoria de individualmente, el Tribunal considerará su efecto acumulado.

---

<sup>506</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. la República Argentina*, laudo del 20 de agosto de 2007, ¶ 7.5.31 (anexo CL-123).

<sup>507</sup> *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. la República de Costa Rica*, laudo del 17 de febrero de 2000, ¶ 76 (anexo CL-175).

<sup>508</sup> EPAB, ¶ 57.

<sup>509</sup> *Id.*, ¶ 121.

<sup>510</sup> *Id.*

<sup>511</sup> Burlington ha argumentado que "el Estado no debe recibir premios por las medidas que toma para disminuir progresivamente el valor de los derechos subyacentes a un activo antes del paso final de la expropiación" (Tr. 81:13-16). Sin embargo, este argumento no facilita la determinación de si se debería adoptar inicialmente un enfoque de manera individual o uno progresivo. Por el contrario, podría ser de utilidad para la cuantificación en el caso de que finalmente se adopte un enfoque progresivo.

3.2. ¿Fueron la aplicación de la Ley 42 y la falta de absorción de sus efectos medidas equivalentes a la expropiación?

349. El Tribunal debe determinar si la Ley 42 y la subsecuente omisión de Ecuador de absorción de sus efectos fue una medida equivalente a la expropiación con una alícuota del 50% y del 99%.

3.2.1. Posición de Burlington

350. Burlington alega que la Ley 42, junto con la omisión de Ecuador de absorber sus efectos, fue "una medida equivalente a la expropiación"<sup>512</sup>. En otras palabras, la Ley 42 tuvo los efectos de una expropiación. La Ley 42 virtualmente transfirió todas las ganancias de Burlington a Ecuador<sup>513</sup>. Por lo tanto, la Ley 42 privó permanentemente a Burlington de prácticamente todas las ganancias a las que tenía derecho en virtud de los CP<sup>514</sup>. Por ejemplo, en julio de 2008, el precio del petróleo crudo Napo era USD 122 por barril. En virtud de la Ley 42 con una alícuota del 99% Burlington debía pagar a Ecuador más de USD 107 por barril. Para el 2008 Burlington estaba operando con pérdidas. Por lo tanto, la Ley 42 ha privado sustancialmente a Burlington de sus ingresos y le ha expropiado su inversión<sup>515</sup>.
351. Específicamente, la potestad del Estado de gravar con impuestos puede acarrear el poder de destruir. Como señaló el Profesor Ian Brownlie "[l]a tributación que tiene el objeto preciso y el efecto de la confiscación es ilícita"<sup>516</sup>. Si bien el Tratado no define el término expropiación, reconoce la posibilidad de que un impuesto sea expropiatorio. Cualquier medida del gobierno que resulte en la privación sustancial de la propiedad del inversor equivale a una toma<sup>517</sup>. Determinar si un impuesto da lugar a una privación sustancial y si constituye, en consecuencia, una expropiación se trata, en última instancia, de una cuestión fáctica<sup>518</sup>.
352. No existe fundamento alguno para alegar, como lo hace Ecuador, que bajo el Tratado un impuesto es expropiatorio solo si (i) es discriminatorio y (ii) tiene el propósito de confiscar derechos de propiedad – un análisis basado en el *Restatement* de la Ley (Tercera) de Relaciones Exteriores de los Estados

---

<sup>512</sup> MCB, ¶ 82.

<sup>513</sup> Mem., ¶ 432.

<sup>514</sup> MCB, ¶ 82.

<sup>515</sup> Mem., ¶ 432.

<sup>516</sup> EPAB, ¶ 187; anexo CL-105.

<sup>517</sup> MCB, ¶ 82; Mem., ¶ 441.

<sup>518</sup> EPAB, ¶ 189.

Unidos<sup>519</sup>. Al mismo tiempo, Burlington admitió en la audiencia que "no objeta esta norma" (el *Restatement*)<sup>520</sup>. Si se aplicara esta norma, se cumpliría en este caso<sup>521</sup>.

353. Además, un impuesto que es contrario a una cláusula de estabilización impositiva es expropiatorio: "[q]ueda claro que hay una medida expropiatoria cuando la medida de imposición tributaria viola los compromisos específicos [a favor del] inversor extranjero"<sup>522</sup>. Como respaldo de estas afirmaciones, Burlington invoca las decisiones de los casos *Revere Copper, Benvenuti* y *Methanex*, que sostuvieron que las medidas impositivas pueden constituir una expropiación si vulneran derechos contractuales.

354. En el presente procedimiento arbitral, el propósito de la Ley 42 era forzar a Burlington a renunciar a sus derechos en virtud de los CP. Existen abundantes pruebas que confirman este efecto. El presidente Correa mismo describió la Ley 42 como una "medida de presión"<sup>523</sup> que haría que las compañías petroleras "negocien con Ecuador"<sup>524</sup>. Asimismo, el presidente Correa declaró en un discurso público radial que las compañías petroleras tenían las siguientes "tres opciones"<sup>525</sup>: (i) continuar pagando el 99% del impuesto, (ii) renegociar el contrato e ir a un contrato de prestación de servicios o (iii) recibir los costos hundidos de su inversión y abandonar el país<sup>526</sup>. Que esto era el propósito de la Ley 42 fue también confirmado por el Sr. Vega en la audiencia:

"Pero cuando el Estado les llama a las compañías para renegociar [los CP], las compañías no hacen caso. No se sientan a negociar, porque querían obviamente seguir con esas ganancias, con esas altas ganancias. Entonces al Estado -- prácticamente el Estado se ve obligado a emitir la Ley 42, y las contratistas en ese momento recién se acuerdan que tienen que renegociar con el Estado [...] Algunos no se sentaron a negociar y, bueno, usted ya sabe mejor que yo lo que pasó" (Énfasis agregado por Burlington)<sup>527</sup>.

355. Al llevar a cabo este propósito, Ecuador se salió de su papel de simple socio comercial, utilizando su facultad soberana para contravenir los compromisos

---

<sup>519</sup> Tr. 1301:12.

<sup>520</sup> *Id.*

<sup>521</sup> EPAB, ¶¶ 190-195.

<sup>522</sup> Tr. 1297:20-22.

<sup>523</sup> Anexo C-182; MCB, ¶ 28.

<sup>524</sup> *Id.*

<sup>525</sup> Mem. ¶¶ 231, 416.

<sup>526</sup> *Id.*

<sup>527</sup> EPAB, ¶¶ 77; Tr. 710:2-14.

específicos con Burlington y, en particular, las cláusulas de estabilización impositiva incluidas en los CP. Estas cláusulas fueron "cruciales como estímulos para inversiones a largo plazo"<sup>528</sup>, porque garantizaron que el valor económico de la participación petrolera de la contratista "no fuese debilitad[a] por la acción de un futuro Gobierno"<sup>529</sup>. Se requirió que Ecuador ajustase la participación de la contratista en la producción del petróleo para absorber los efectos de los incrementos del impuesto que impactaban sobre la economía de los CP.

356. No obstante, cuando se promulgó la Ley 42 y Burlington solicitó un ajuste de su participación petrolera en virtud de los CP, Ecuador ignoró estas solicitudes. Esto no fue por casualidad, sino el cumplimiento del propósito de la Ley 42. Cumplir con las cláusulas de estabilización impositiva hubiera sido incompatible con el objetivo de Ecuador de cambiar de manera unilateral los términos económicos de los CP<sup>530</sup>. Por lo tanto, al promulgar la Ley 42 y luego ignorar las solicitudes de ajuste, Ecuador extinguió el derecho de Burlington a recibir la participación a la que tenía derecho conforme a los CP<sup>531</sup>. De esta manera, Ecuador llevó a cabo una toma de los derechos contractuales de Burlington, una conclusión que encuentra respaldo en la decisión de los tribunales de los casos *Revere Copper* y *Benvenuti* que determinaron que las medidas impositivas pueden constituir una expropiación si vulneran derechos contractuales<sup>532</sup>.

357. En oposición al reclamo de Ecuador, el objeto de la Ley 42 *no* era reparar el equilibrio económico de los CP<sup>533</sup>. En primer lugar, Ecuador no realizó un análisis individual de cada CP, a fin de determinar cuál era el punto de equilibrio, algo que era necesario porque los CP "se firmaron en diferentes momentos y tenían niveles de producción diferentes y precios de referencia diferentes"<sup>534</sup>. Bajo estas circunstancias, una medida de carácter general no podría haber servido a los efectos de restablecer un punto de equilibrio que no ha sido establecido en primer lugar. En segundo lugar, Ecuador impuso tres alícuotas diferentes: 50, 99 y 70. Esto es una prueba contundente de que el objetivo de este impuesto no era restablecer el equilibrio económico de los CP. Ante las preguntas del Tribunal en

---

<sup>528</sup> Mem., ¶ 69 (traducción del Tribunal).

<sup>529</sup> EPAB, ¶ 309.

<sup>530</sup> *Id.*, ¶ 82.

<sup>531</sup> *Id.*, ¶¶ 128-130.

<sup>532</sup> *Id.*, ¶ 127.

<sup>533</sup> *Id.*, ¶ 201, 220-223.

<sup>534</sup> *Id.*, ¶ 221.

este punto, el Sr. Vega admitió lo siguiente: "un porcentaje fijo podrá restablecer el [punto de] equilibrio para unos contratos y para otros no"<sup>535</sup>.

358. Si bien Ecuador niega haber recurrido al principio *rebus sic stantibus* (o *théorie de l'imprévision*), sus propias alegaciones y los informes periciales hacen referencia a los requisitos que subyacen al principio<sup>536</sup>. La parte que invoca el *principio rebus sic stantibus* debe demostrar (i) un desequilibrio en las obligaciones de las partes causado por un suceso extraordinario e impredecible o imprevisto; (ii) que el desequilibrio debe ser tan sustancial como para que sea demasiado gravoso el cumplimiento del contrato por una de las partes y (iii) que el suceso no debería ser consecuencia de acciones u omisiones de la parte que invoca el principio. No obstante, Ecuador no puede cumplir con los primeros dos requisitos del principio *rebus sic stantibus*<sup>537</sup>.
359. Incluso antes de la promulgación de la Ley 42, Ecuador recibía la mayor parte de los beneficios de la producción de petróleo. Ecuador afirma que promulgó la Ley 42 porque las compañías petroleras "obtenían *más* beneficios que Ecuador por el aumento de los precios del petróleo" (énfasis en el original)<sup>538</sup>. Esto de hecho no es correcto. Con respecto al Bloque 7, la cuota de la totalidad de las ganancias del petróleo de Ecuador era del 51,1%, mientras que los costos operativos del Consorcio representaban el 10,6% y su participación era del 38,3%<sup>539</sup>. Con respecto al Bloque 21, la cuota de la totalidad de las ganancias del petróleo de Ecuador era del 42,6%, mientras los costos operativos del Consorcio representaban el 8,8% y su participación era del 48,6%<sup>540</sup>.
360. Asimismo, el incremento de los precios del petróleo era previsible<sup>541</sup>. Las partes claramente previeron la posibilidad de que aumentasen los precios del petróleo y se discutió la posibilidad de incluir una cláusula de ajuste de precios. Tal cláusula se incluyó en el Contrato de Tarapoa, en el que las Partes acordaron compartir en partes iguales cualquier incremento en los ingresos por encima de los USD 17 por barril<sup>542</sup>. Ecuador obtuvo esta cláusula en las negociaciones del Contrato de Tarapoa porque a cambio "ofrecía una extensión del plazo del contrato en relación

---

<sup>535</sup> *Id.*, ¶ 223 (citando Tr. 715:10-12).

<sup>536</sup> *Id.*, ¶ 201.

<sup>537</sup> *Id.*, ¶ 204.

<sup>538</sup> *Id.*, ¶ 205 (citando CME, ¶ 440).

<sup>539</sup> *Id.*, ¶¶ 206-207.

<sup>540</sup> *Id.*, ¶ 208.

<sup>541</sup> *Id.*, ¶¶ 209-210.

<sup>542</sup> *Id.*, ¶ 210.

con un Bloque altamente rentable y productivo"<sup>543</sup>. Sin embargo, en el presente caso, esto fue discutido y rechazado, tal y como consta en el anexo V del CP del Bloque 7:

"Como una forma alternativa se planteó que se fije un promedio de USD 17 por barril, a partir del cual las partes compartirán el excedente en forma equitativa al 50% para cada una. Este planteamiento tampoco fue aceptado por [la contratista] [...]"<sup>544</sup>.

361. En oposición a las alegaciones de Ecuador, la magnitud del incremento de los precios del petróleo también era previsible. La visión de Ecuador se contradice con la evolución de los precios del petróleo en el período de 20 años anterior a la conclusión de los CP. Al proyectar los precios del petróleo para un CP de 20 años de duración, era lógico considerar los 20 años *anteriores* a la conclusión de los CP. Esta evolución muestra que los precios del petróleo crudo sufrieron el mismo tipo de incremento en la década de 1970 que en la de 2000, es decir, por encima de los USD 100 por barril en términos reales<sup>545</sup>.
362. Finalmente, el incremento del precio del petróleo no tornó el cumplimiento de los CP más gravoso para Ecuador. Por el contrario, Ecuador recibía más beneficios de los CP que los que se contemplaron al momento de su suscripción. La participación de Ecuador era más vulnerable de lo que se esperaba y estaba gravada por impuestos a la renta más altos que lo previsto. Como resultado, Ecuador no ha cumplido con los requisitos para invocar la doctrina *rebus sic stantibus*. Asimismo, resulta dudoso que los CP sean contratos de servicios públicos con derecho a la protección de esta doctrina en primer lugar. Pero incluso si lo fueran, Ecuador no ha cumplido los requisitos relevantes.
363. Además, no es verdad la alegación de Ecuador de que Burlington se negó a negociar de buena fe<sup>546</sup>. El motivo por el cual Burlington no pudo aceptar, en última instancia, las propuestas de renegociación de Ecuador fue que las propuestas de Ecuador eran irrazonables y obligaban a Burlington a renunciar a sus derechos conforme a los CP sin saber siquiera qué recibiría a cambio<sup>547</sup>. En marzo de 2008, dos meses después de la apertura de las renegociaciones, Burlington estaba evaluando el Acta de acuerdo parcial que contemplaba continuar la operación conforme a los CP durante un plazo de hasta cinco años, una

---

<sup>543</sup> *Id.*, ¶ 211.

<sup>544</sup> Anexo C-1, anexo V, p. 005153 en la paginación original; Mem., ¶ 102.

<sup>545</sup> EPAB, ¶ 213.

<sup>546</sup> *Id.*, ¶ 227.

<sup>547</sup> *Id.*

propuesta que era "particularmente interesante"<sup>548</sup> en relación con el Bloque 7. Sin embargo, el Presidente Correa decidió que Ecuador "podía hacerlo mejor" en las negociaciones<sup>549</sup>, y Ecuador presentó una nueva propuesta en la que exigía al Consorcio que migrara a un contrato de servicios indeterminado en un plazo de 120 días. Burlington no podía aceptar esta propuesta o la similar que la siguió, y se mantuvo en su posición legítimamente<sup>550</sup>.

364. Ecuador describe a Burlington como un socio irrazonable, porque prácticamente todas las otras compañías habían renegociado sus CP. Estas afirmaciones son poco sinceras<sup>551</sup>. Casi todos los inversores entablaron arbitrajes en contra de Ecuador tras la promulgación de la Ley 42, incluidos Petrobras, Repsol, City Oriente, Murphy y Perenco<sup>552</sup>. Apenas cuatro de los catorce CP que se encontraban en vigencia al momento de la promulgación de la Ley 42 se convirtieron exitosamente en contratos de servicios. La mayoría de las compañías restantes llegaron a un acuerdo o firmaron acuerdos transitorios, pero no contratos de servicios<sup>553</sup>. En última instancia, Ecuador renegoció con éxito la conversión de CP a contratos de servicios con 2 consorcios de un total de 10<sup>554</sup>.

365. Con respecto al estándar de expropiación, Ecuador se equivoca al afirmar que puede presuponerse que la Ley 42 es una medida impositiva de buena fe conforme al derecho internacional<sup>555</sup>. Si una medida impositiva tuviera derecho a una presunción de validez, el Artículo X del Tratado así lo indicaría<sup>556</sup>. En cambio, el Artículo X del Tratado deja claro que un impuesto puede ser expropiatorio. Por tanto, no se contempla la posibilidad de brindar un tratamiento deferencial a una medida impositiva bajo el Tratado. De manera similar, no tiene fundamento el reclamo de Ecuador de que existe expropiación solo si (i) un Estado tiene la intención de que el impuesto sea expropiatorio y (ii) el impuesto es discriminatorio. Al no dar ninguna definición para los impuestos expropiatorios, el Tratado deja claro que ésta es una indagación que debe centrarse en los hechos<sup>557</sup>.

---

<sup>548</sup> *Id.*, ¶ 228 n. 300.

<sup>549</sup> Anexo C-184; EPAB, ¶ 229.

<sup>550</sup> EPAB, ¶¶ 87, 93.

<sup>551</sup> *Id.*, ¶ 237.

<sup>552</sup> *Id.*, ¶ 239.

<sup>553</sup> *Id.*, ¶ 240.

<sup>554</sup> *Id.*, ¶ 244.

<sup>555</sup> *Id.*, ¶ 185.

<sup>556</sup> *Id.*, ¶ 188.

<sup>557</sup> *Id.*, ¶¶ 188-189, 200.

366. En cualquier caso, incluso bajo las normas de Ecuador la medida impositiva será expropiatoria. Las pruebas presentadas en este caso muestran que el propósito tras la Ley 42 era la expropiación, dado que las medidas pretendieron forzar a Burlington y a otros inversores a renunciar a sus derechos conforme a los CP. La Ley 42 también fue discriminatoria porque se aplicarían medidas impositivas inferiores al 70% a los inversores que acordaran firmar los Acuerdos Transitorios, en lugar del 99% que seguiría aplicándose a los otros. Ecuador también cita *EnCana c. Ecuador* respecto a su propuesta de que para que el impuesto sea expropiatorio tiene que ser "extraordinario, punitivo en monto o arbitrario"<sup>558</sup>. Las pruebas muestran que se cumplió este estándar. Sin embargo, el propio Presidente Correa reconoció que el impuesto del 99% de la Ley 42 era "una exageración"<sup>559</sup>. Fair Links, por su parte, admitió en el conainterrogatorio que ningún otro país había promulgado medidas tan severas como el impuesto del 99% de la Ley 42<sup>560</sup>.
367. La Ley 42 con una alícuota del 50% tuvo un impacto devastador sobre la inversión de Burlington<sup>561</sup>. En primer lugar, impidió a Burlington recuperar sus inversiones anteriores, dado que el 2006 era el año en el cual comenzaría a recuperar las inversiones<sup>562</sup>. En segundo lugar, Burlington se vio obligado a recortar sus planes de desarrollo y, por lo tanto, disminuir su habilidad para explotar los Bloques durante la vigencia del contrato<sup>563</sup>. En tercer lugar, Burlington presentó el Plan de Desarrollo de Oso, independientemente de que la Ley 42 con una alícuota del 50% todavía estaba en efecto, porque el CP del Bloque 7 concluía en 2010, dejando por tanto "un plazo muy breve para desarrollar las reservas que estaban a nuestra disposición"<sup>564</sup>. En cuarto lugar, el Bloque 21 no era viable con la Ley 42 con una alícuota del 50%. En ese punto, el Bloque 7 "fue lo que hizo que el consorcio pudiese sobrevivir"<sup>565</sup>. Finalmente, como se ilustra a continuación, la Ley 42 con una alícuota del 50% tuvo un impacto significativo sobre la cuota de la totalidad de las ganancias del petróleo<sup>566</sup>.

---

<sup>558</sup> Anexo EL-45, ¶ 177; EPAB, ¶ 195.

<sup>559</sup> Anexo C-179; Mem., ¶¶ 223, 350; EPAB, ¶¶ 79, 148, 152 y 195.

<sup>560</sup> EPAB, ¶ 195.

<sup>561</sup> *Id.*, ¶ 162.

<sup>562</sup> *Id.*, ¶ 163.

<sup>563</sup> *Id.*, ¶¶ 165-168.

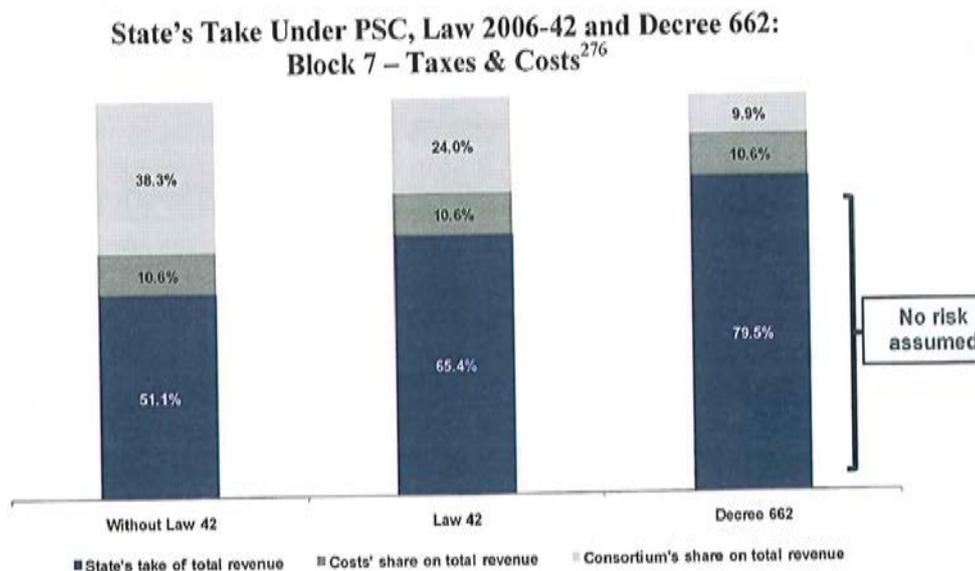
<sup>564</sup> *Id.*, ¶ 167 (citando Tr. 380:8-10, énfasis de Burlington omitido).

<sup>565</sup> *Id.*, ¶ 171 (citando Tr. 547:19-21).

<sup>566</sup> La "toma total" incluye los impuestos y otras participaciones obligatorias.

368. Como resultado de la Ley 42 con una alícuota del 99% el valor de la inversión de Burlington se destruyó<sup>567</sup>. En primer lugar, los estados contables de Burlington indican que sufrió una pérdida de más de USD 60 millones en los Bloques 7 y 21 en 2008. Si bien ambos Bloques sufrieron pérdidas, el impacto sobre el Bloque 7 fue menor<sup>568</sup>. En segundo lugar, el Consorcio no emprendió ninguna inversión nueva, ni siquiera en el yacimiento Oso<sup>569</sup>. Finalmente, el gráfico que se presenta a continuación muestra que la Ley 42 al nivel de 99% destruyó el valor de la inversión del Burlington. Convirtió la operación de estos Bloques "en una operación de un día al otro sin gastos de capital, intentando lidiar con gastos de capital en el pasado [CAPEX]"<sup>570</sup>.

369. El siguiente gráfico muestra los efectos de la Ley 42 sobre el Bloque 7 tanto con la alícuota del 50% como con la del 99%<sup>571</sup>:



Inglés	Español
State's Take Under PSC, Law 2006-42 and Decree 662:	Porción del Estado bajo el CP, la Ley 2006-42 y el Decreto 662:
Block 7 – Taxes and Costs	Bloque 7 – Impuestos y costos
No risk assumed	No asume riesgo
Without Law 42	Sin la Ley 42
Law 42	Ley 42
Decree 662	Decreto 662
State's take of total revenue	Porción del Estado de los ingresos totales

<sup>567</sup> EPAB, ¶ 173.

<sup>568</sup> *Id.*, ¶ 175.

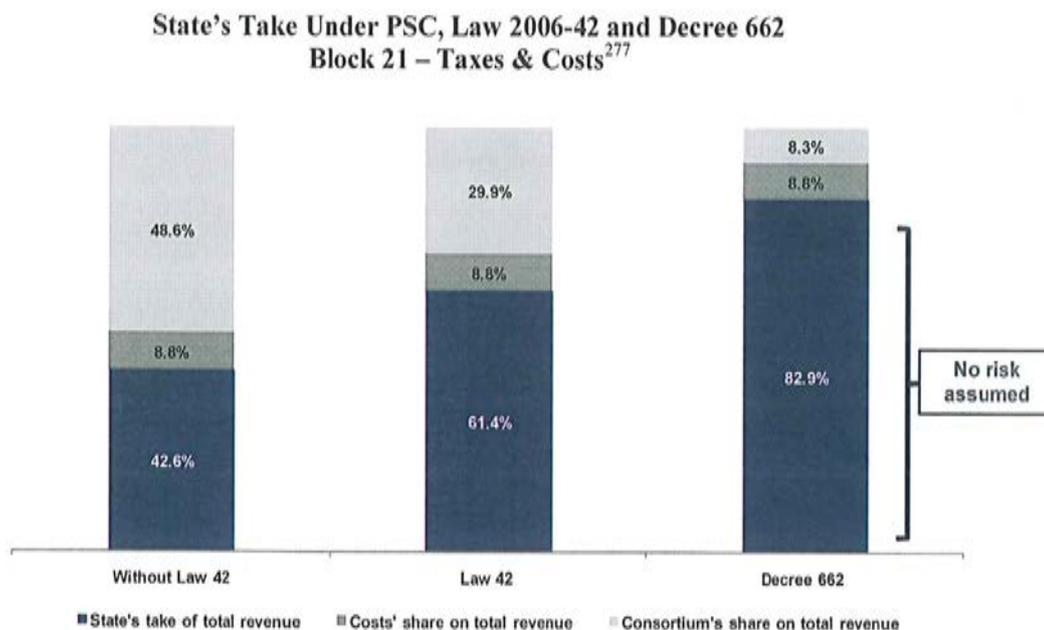
<sup>569</sup> *Id.*, ¶ 176.

<sup>570</sup> Tr. 51:13-16.

<sup>571</sup> EPAB, ¶ 207.

Costs' share on total revenue	Participación de los costos en los ingresos totales
Consortium's share on total revenue	Participación del Consorcio en los ingresos totales

370. De la misma manera, el siguiente gráfico muestra los efectos de la Ley 42 sobre el Bloque 21 tanto con la alícuota del 50% como con la del 99%<sup>572</sup>:



Inglés	Español
State's Take Under PSC, Law 2006-42 and Decree 662:	Cuota del Estado bajo el CP, la Ley 2006-42 y el Decreto 662:
Block 21 – Taxes and Costs	Bloque 21 – Impuestos y costos
No risk assumed	No asume riesgo
Without Law 42	Sin la Ley 42
Law 42	Ley 42
Decree 662	Decreto 662
State's take of total revenue	Cuota del Estado de los ingresos totales
Costs' share on total revenue	Participación de los costos en los ingresos totales
Consortium's share on total revenue	Participación del Consorcio en los ingresos totales

371. Finalmente, el análisis de Fair Links sobre el impacto de las de la Ley 42 presenta fallos. En primer lugar, el análisis de Fair Links excluyó inadecuadamente las inversiones de capital realizadas por el Consorcio; el valor de USD 60 millones de

<sup>572</sup> EPAB, ¶ 208.

las inversiones anteriores<sup>573</sup>. En segundo lugar, el análisis de Fair Links dio una imagen inexacta de la TIR del Consorcio porque (i) usó proyecciones de costos desactualizadas en lugar de los costos reales e (ii) infravaloró las inversiones realizadas por el Consorcio. Finalmente, Fair Links dio una imagen incompleta e inexacta de la rentabilidad del Consorcio dado que no consideró (i) el valor temporal del dinero, (ii) el efecto disuasorio de la Ley 42 y (iii) los cálculos de flujos de fondos correspondientes a la vida total de los CP, en lugar de terminar su análisis en julio de 2009<sup>574</sup>.

372. Por estos motivos, Burlington sostiene que la Ley 42 fue una medida equivalente a una expropiación tanto a la alícuota del 50% como a la del 99%.

### 3.2.2. Posición de Ecuador

373. Ecuador alega que la Ley 42 no expropió la inversión de Burlington, ya sea a un alícuota del 50% o del 99%. Por el contrario, la Ley 42 fue un ejercicio legítimo y de buena fe de los poderes policiales de Ecuador<sup>575</sup>.

374. La tributación forma parte de la facultad soberana de Ecuador y, en principio, no genera responsabilidad en virtud del derecho internacional público. Ecuador cita las siguientes palabras del Profesor Ian Brownlie: aunque hechos especiales pueden alterar los casos, las medidas impositivas "en principio [...] no son ilícitas y no constituyen expropiación"<sup>576</sup>. De conformidad con este principio, los tribunales de los casos *Saluka*, *Sedco*, *Tecmed* y *Telenor* establecieron que los Estados no eran responsables del perjuicio económico resultante del ejercicio de su facultad soberana. La tributación es uno de los aspectos más importantes de la facultad soberana del Estado<sup>577</sup>; como tal, se encuentra en una "categoría especial" con respecto a los reclamos por expropiación<sup>578</sup>.

375. Dado que las cargas tributarias se encuentran dentro de una categoría especial, los impuestos solo serán expropiatorios en circunstancias excepcionales. La jurisprudencia y la doctrina sugieren que una medida impositiva puede equivaler a una expropiación si (i) produce los efectos requeridos para cualquier expropiación indirecta y, (ii) además, es discriminatoria, arbitraria, conlleva la negación de la

---

<sup>573</sup> EPAB, ¶¶ 178-180.

<sup>574</sup> *Id.*, ¶¶ 177-184.

<sup>575</sup> CME, ¶ 392.

<sup>576</sup> CME, ¶¶ 404-405; anexo EL-121, p. 509 en la paginación original.

<sup>577</sup> CME, ¶¶ 412-413.

<sup>578</sup> Tr. 244:9.

garantía del debido proceso o un abuso de derechos. Por lo tanto, en el caso *EnCana*, el tribunal sostuvo que "[s]olo si una ley tributaria es extraordinaria, si su cuantía es punitiva o su incidencia arbitraria, podría alegarse expropiación indirecta"<sup>579</sup>. En resumen, solo en casos "extremos" los efectos de un impuesto serán equivalentes a una expropiación<sup>580</sup>.

376. En virtud del *Restatement* de la Ley (Tercera) de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos, una carga tributaria será "extrema" y, por ende, expropiatoria sólo si es "discriminatoria y está diseñada para que el extranjero abandone la propiedad a manos del Estado o la venda a un precio vil"<sup>581</sup>. Invocando expresamente este principio, el tribunal del caso *Emanuel Too c. Greater Modesto* sostuvo que la incautación de la licencia para venta de bebidas alcohólicas, la sede y la cuenta bancaria de la demandante por falta de pago de sus cargas tributarias no era expropiatoria<sup>582</sup>. De manera similar, en el caso *Paushok c. Mongolia*, el tribunal estableció que un inversor no poseía inmunidad ante un impuesto a las ganancias extraordinarias en ausencia de una cláusula de estabilización impositiva<sup>583</sup>.

377. La Ley 42 fue una medida necesaria y adecuada dadas las circunstancias. A partir del 2002, hubo un incremento inesperado y sin precedentes en los precios del petróleo. Este incremento inesperado en los precios destruyó el equilibrio económico de los CP. Este equilibrio económico debe reflejar la presunción ampliamente aceptada en la industria petrolera de que el Estado, como propietario del recurso no renovable, "debe ser el principal beneficiario de los ingresos extras originados por el precio elevado del petróleo"<sup>584</sup>. Sin embargo, los CP tienen una elasticidad de precios limitada, es decir, la participación del Estado permanece igual a pesar de los incrementos del precio. Con el incremento masivo e imprevisto de los precios del petróleo, Ecuador dejó de ser el principal beneficiario de las ganancias del petróleo. Como resultado, los CP dejaron de reflejar una distribución

---

<sup>579</sup> CME, ¶ 416; anexo EL-45, ¶ 177.

<sup>580</sup> CME, ¶ 421; anexo EL-45, ¶ 173.

<sup>581</sup> Anexo EL-164; DEAA, # 84 (traducción del Tribunal).

<sup>582</sup> CME, ¶ 427; *Emanuel Too c. Greater Modesto Insurance Associates y los Estados Unidos de América*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo de 29 de diciembre de 1989 (anexo EL-114, ¶ 26). La Demandada también ha citado el caso *Feldman* respecto a la afirmación de que una medida impositiva no será expropiatoria salvo si "interfiere arbitrariamente con la propiedad de un extranjero". Bajo este test, el tribunal consideró que no existió expropiación (laudo *Feldman*, anexo EL-80, ¶ 106).

<sup>583</sup> Dado que esta decisión se publicó el 28 de abril de 2011, no estaba completamente disponible cuando Ecuador presentó el Escrito Post Audiencia. No obstante, Ecuador se basó en informes de este caso.

<sup>584</sup> CME, ¶ 188.

justa de la renta generada por la extracción de petróleo entre el Estado y la contratista<sup>585</sup>.

378. La adopción de la Ley 42 por parte de Ecuador no fue excepcional. Desde 2002, hasta dieciséis Estados han adoptado medidas similares a la Ley 42 tras el aumento de los precios del petróleo, incluyendo países como Reino Unido o Noruega<sup>586</sup>. En particular, es probable que ConocoPhillips, la casa matriz de Burlington, haya sido afectada por medidas similares a la Ley 42 en otros Estados, como Argelia, China o Alaska. Por lo tanto, el intento de Ecuador de restaurar la economía de los CP estaba conforme con la práctica del sector. Inicialmente, Ecuador pretendió restaurar la economía de los CP a través de negociaciones<sup>587</sup>. Pero Burlington se negó categóricamente a participar en esas negociaciones, a pesar de que estaba bajo la obligación de renegociar de buena fe en virtud de las nuevas circunstancias<sup>588</sup>. Ante la intransigencia de Burlington, Ecuador tenía la obligación constitucional de promulgar la Ley 42, que otorgó al Estado una participación de "al menos el 50%" en las ganancias extraordinarios de las compañías petroleras<sup>589</sup>.
379. Sin embargo, la Ley 42 con una alícuota del 50% era insuficiente para restaurar el equilibrio económico de los CP. Por este motivo, en octubre de 2007, el Decreto 662 incrementó la alícuota impositiva de la Ley 42 del 50% al 99%<sup>590</sup>. Al poco tiempo, en diciembre de 2007, Ecuador aprobó la Ley de Equidad Tributaria ("LET"), que establecía un impuesto sobre los ingresos extraordinarios de un 70% sobre un precio de referencia acordado caso por caso<sup>591</sup>. Ecuador llegó a un acuerdo con la mayoría de las principales compañías petroleras más importantes, a excepción de Burlington y Perenco. A pesar de los esfuerzos continuos de Ecuador, Burlington simplemente se negó a negociar términos más justos para los CP<sup>592</sup>.
380. En oposición a lo que Burlington alega, Ecuador no invoca la doctrina *rebus sic stantibus* o *théorie de l'imprévision*<sup>593</sup>. Por el contrario, Ecuador alega que el

---

<sup>585</sup> *Id.*, ¶¶ 171-188.

<sup>586</sup> *Id.*, ¶¶ 10, 191.

<sup>587</sup> *Id.*, ¶¶ 206-209.

<sup>588</sup> *Id.*, ¶¶ 442-449.

<sup>589</sup> *Id.*, ¶¶ 188-194 y 206-216.

<sup>590</sup> *Id.*, ¶ 220.

<sup>591</sup> *Id.*, ¶ 221.

<sup>592</sup> *Id.*, ¶¶ 220-250.

<sup>593</sup> EPAE, ¶¶ 4 y 104.

incremento masivo e imprevisto del precio del petróleo alteró las premisas económicas en virtud de las cuales las partes suscribieron los CP<sup>594</sup>. Bajo estas premisas económicas, que fueron incorporadas a los porcentajes de participación de los CP, se proyectó el precio del petróleo a USD 15 por barril durante la vigencia del contrato y una TIR del 15% para la contratista<sup>595</sup>. Dado que los sucesos posteriores invalidaron estas premisas económicas, se tuvieron que renegociar los CP<sup>596</sup>.

381. La Ley 42 no modificó los CP. La Ley 42 únicamente trata sobre los precios del petróleo, mientras que los CP solo se refieren a la asignación de los volúmenes de petróleo y no mencionan el precio del petróleo<sup>597</sup>. La Ley 42 no puede modificar los CP porque aborda una cuestión no contemplada por estos. La Corte Constitucional del Ecuador (la "Corte Constitucional"), el tribunal de mayor jerarquía en el país, llegó a esta conclusión<sup>598</sup>. Dado que los CP están regulados por el derecho ecuatoriano, el Tribunal no puede desestimar o rechazar la decisión de la Corte Constitucional, porque esto violaría el derecho internacional<sup>599</sup>. En particular, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente con respecto a la Ley 42:

"[C]rea obligaciones sobre asuntos que no han sido objeto de estipulación contractual, que no han sido pactadas ni previstas, situaciones que eran imposible de prever, y en el supuesto que hubieren podido ser previsibles, por la propia naturaleza de la constitución, no pudieron contar con el entendimiento y por ende no afectaron ni incidieron en el consentimiento de las partes"<sup>600</sup>.

382. Asimismo, la Ley 42 no incumplió las cláusulas de renegociación de los CP<sup>601</sup>. En virtud del derecho ecuatoriano, la Ley 42 constituye un "gravamen" y, como tal, es un componente del régimen tributario mencionado en las cláusulas de renegociación<sup>602</sup>. No obstante, la Ley 42 no incumplió estas cláusulas. En primer lugar, la Ley 42 no afectó la economía de los CP. Esto se debe a que la Ley 42 solo se aplicaba sobre la presunción de precio de USD 15 por barril, sobre las que se basaban los CP<sup>603</sup>. Asimismo, incluso si la economía había resultado afectada,

---

<sup>594</sup> CME, ¶¶ 195-204.

<sup>595</sup> EPAE, ¶¶ 73, 107-109.

<sup>596</sup> CME, ¶¶ 205-207.

<sup>597</sup> *Id.*, ¶¶ 267-271.

<sup>598</sup> *Id.*, ¶¶ 265-279.

<sup>599</sup> *Id.*

<sup>600</sup> Anexo EL-19, p. 25.

<sup>601</sup> Cláusula 11.12 del CP del Bloque 7 (anexo C-1) y la Cláusula 11.7 del CP del Bloque 21 (anexo C-2).

<sup>602</sup> CME, ¶¶ 283-289.

<sup>603</sup> *Id.*, ¶¶ 323-344.

Ecuador no incumplió su compromiso de renegociar los CP, dado que siempre tuvo la intención de negociar con Burlington. Sin embargo, las partes no lograron llegar a un acuerdo. A raíz de ello, el Tribunal no tiene la jurisdicción ni la facultad de llenar el vacío y determinar lo que habrían acordado las Partes<sup>604</sup>.

383. Además, no todo incumplimiento de un contrato implica la violación de un tratado. Aun sí la Ley 42 hubiese violado los CP, este presunto incumplimiento contractual no implicaría la violación de un tratado. Como estableció el tribunal del caso *Waste Management c. México* "[e]l mero incumplimiento de una obligación contractual no debe ser equiparado a la confiscación de una propiedad"<sup>605</sup>. Un incumplimiento contractual implica una expropiación solo si existe una "privación efectiva de un derecho [contractual], privación no reparada por ningún recurso a disposición de la Demandante, lo que tiene el efecto de impedir el ejercicio de ese derecho a pleno o hasta cierto punto sustancial"<sup>606</sup>. Burlington no ha cumplido con este principio.
384. Con respecto al reclamo por expropiación, Burlington soporta una carga pesada. El estándar de expropiación es alto cuando la medida impugnada es un impuesto<sup>607</sup>. Una medida regulatoria del Estado se presume válida y Burlington no ha logrado refutar esta presunción. En oposición a los argumentos de Burlington, la Ley 42 fue un ejercicio legítimo y de buena fe del poder regulatorio de Ecuador<sup>608</sup>. El propósito de la Ley 42 es "remediar un desequilibrio causado por el incremento masivo e imprevisto del precio del petróleo"<sup>609</sup>. Como resultado de la falta de elasticidad de los CP, las compañías petroleras estaban obteniendo más beneficios que Ecuador de este incremento en los precios<sup>610</sup>. La Ley 42 pretendía proveer una "asignación más justa" de las ganancias generadas por la extracción de materias primas obtenidas de sus recursos naturales de Ecuador<sup>611</sup>.
385. En particular, el tribunal del caso *EnCana c. Ecuador* señaló que desde una perspectiva de expropiación, "la fiscalidad se encuentra en una categoría especial"<sup>612</sup>. Solo en "casos extremos" los efectos de un impuesto de incidencia general podrían ser considerados como equivalentes a una expropiación.

---

<sup>604</sup> *Id.*, ¶¶ 345-364.

<sup>605</sup> Laudo *Waste Management II*, EL-67, ¶ 174.

<sup>606</sup> *Id.*, ¶ 175.

<sup>607</sup> CME, ¶¶ 397-398.

<sup>608</sup> *Id.*, ¶ 400, § 5.1.3.

<sup>609</sup> CME, ¶ 440 (traducción del Tribunal).

<sup>610</sup> *Id.*

<sup>611</sup> CME, ¶ 453.

<sup>612</sup> Tr. 226:3-7; anexo EL-45, ¶ 177.

Específicamente, en el caso *EnCana*, el tribunal sostuvo que un impuesto puede ser expropiatorio solo si es "extraordinari[o], si su cuantía es punitiva o su incidencia arbitraria"<sup>613</sup>. Una medida impositiva es "extrema" cuando el Estado actúa "con intención discriminatoria [y] con un propósito designado de confiscar los derechos de propiedad del inversionista"<sup>614</sup>. Sin embargo, Burlington no ha presentado pruebas que cumplan con este estándar<sup>615</sup>.

386. En cualquier caso, la Ley 42 no fue expropiatoria, sea con una alícuota del 50% o del 99%. En primer lugar, como se demostró anteriormente, la Ley 42 no violó los CP. Por lo tanto, la Ley 42 no podría, por definición, expropiar los derechos de Burlington en virtud de los CP. En segundo lugar, la Ley 42 no constituyó una privación *permanente* de la inversión de Burlington. Esto se debe a que la Ley 42 se aplica si y solo si el precio del petróleo excede el precio de referencia. Desde que se promulgó la Ley 42, el precio no siempre ha estado por encima del precio de referencia, como por ejemplo en enero y en febrero de 2009. En tercer lugar, como se especifica más adelante, los derechos de Burlington en virtud de los CP no se quedaron sin valor.
387. La Ley 42 con una alícuota del 50% no provocó que los derechos de Burlington perdieran valor<sup>616</sup>. Las declaraciones de impuestos del Consorcio muestran que la ganancia bruta y posterior a los impuestos de la Ley 42 en 2006 y 2007 fue superior a su ganancia bruta y posterior a los impuestos en 2005<sup>617</sup>. Los peritos de Fair Links también concluyeron que las operaciones de Burlington no fueron "no redituables"<sup>618</sup>. En noviembre de 2006, el Consorcio presentó el Plan de Desarrollo de Oso para efectuar inversiones adicionales de USD 100 millones<sup>619</sup>. El propósito del Plan de Desarrollo Oso era demostrar que estas inversiones adicionales eran "económicamente rentable[s]" tanto para Ecuador como para la contratista<sup>620</sup>. Finalmente, los informes anuales de ConocoPhillips para el período 2006-2008 no mostraron un deterioro del valor contable de sus activos ecuatorianos<sup>621</sup>.

---

<sup>613</sup> Anexo EL-45, ¶ 177.

<sup>614</sup> Tr. 251:12-15.

<sup>615</sup> CME, ¶¶ 391-399.

<sup>616</sup> *Id.*, ¶ 480.

<sup>617</sup> *Id.*, ¶¶ 481-482.

<sup>618</sup> IP Fair Links, ¶ 90; CME, ¶ 483.

<sup>619</sup> CME, ¶¶ 484-494.

<sup>620</sup> *Id.*, ¶ 486.

<sup>621</sup> *Id.*, ¶¶ 495-497.

388. Igualmente, la Ley 42 con una alícuota del 99% no provocó que los derechos de Burlington se quedaran sin valor. Fair Links confirmó que la Ley 42 con una alícuota del 99% "no alteró la tendencia global de los flujos de caja positivos"<sup>622</sup>. El Plan de Desarrollo Oso del Consorcio muestra que el incremento del 50% al 99% no alteró sustancialmente la viabilidad económica del proyecto<sup>623</sup>. Nuevamente, los informes anuales de ConocoPhillips para el período 2006-2008 no muestran un deterioro del valor contable de sus activos ecuatorianos. Existe un deterioro en el año 2009, pero solo porque el Consorcio decidió suspender las operaciones en ese año<sup>624</sup>.
389. Burlington ha elaborado su caso en torno a los porcentajes de las alícuotas impositivas de la Ley 42, con el fin de construir la imagen de que la incautación del Estado fue significativa. No obstante, esto no refleja las ganancias por barril en términos absolutos<sup>625</sup>. En julio de 2006, cuando se incorporó la Ley 42 por primera vez, con una alícuota del 50%, Burlington recibió USD 48,28 por barril<sup>626</sup>. Y en noviembre de 2007, cuando se aplicó la Ley 42 con una alícuota del 99%, Burlington recibió USD 31,37 por barril<sup>627</sup>. Como se muestra en el siguiente gráfico<sup>628</sup>, estas cifras son marcadamente superiores al punto de equilibrio acordado por las partes en los CP y permitieron que Burlington percibiera una ganancia razonable.

---

<sup>622</sup> IP Fair Links, ¶ 94.

<sup>623</sup> CME, ¶¶ 519-521.

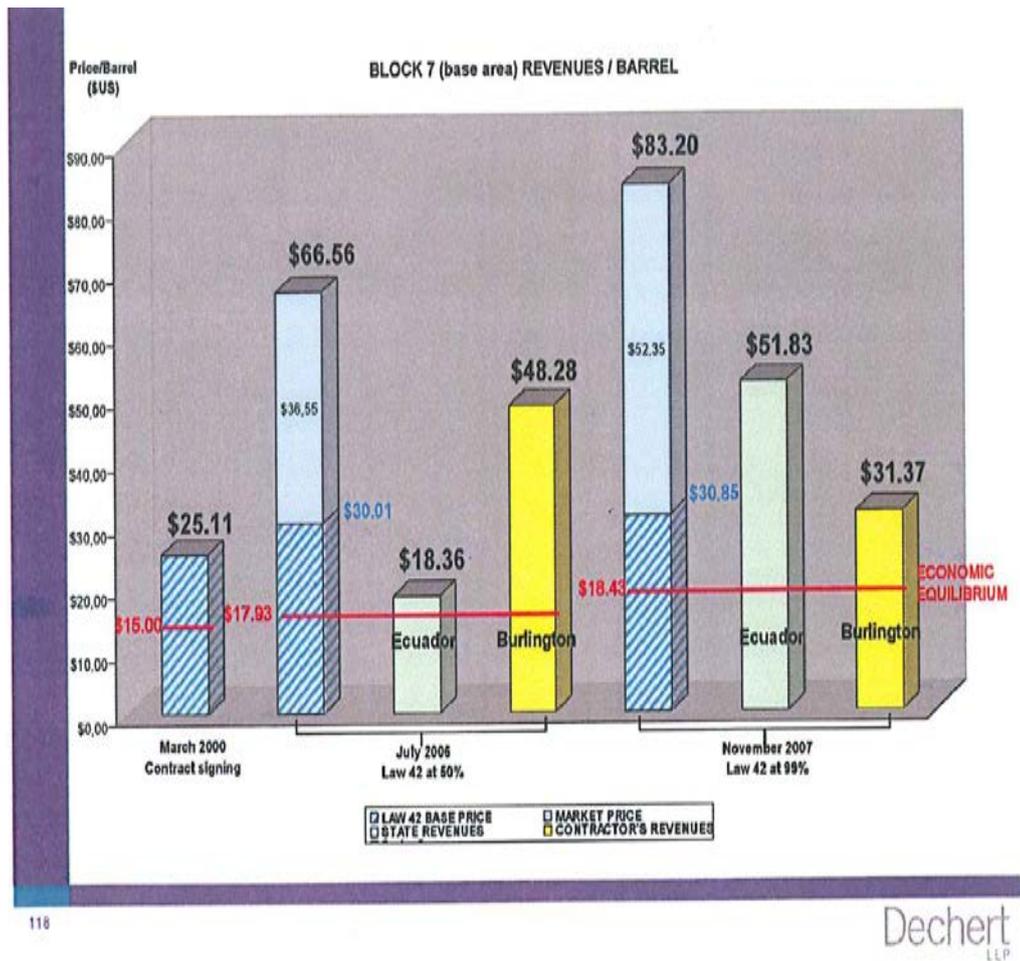
<sup>624</sup> *Id.*, ¶¶ 522-523.

<sup>625</sup> Tr. 296:1-6.

<sup>626</sup> Tr. 294:15-22, 295:1.

<sup>627</sup> Tr. 295:7-9, 296:1-6.

<sup>628</sup> EPAB, ¶ 299.



Inglés	Español
Block 7 (base area) REVENUES/BARREL	Bloque 7 (área base) GANANCIAS/BARRIL
Price/Barrel (\$US)	Precio/Barril (USD)
March 2000, Contract signing	Marzo de 2000, Firma del Contrato
July 2006, Law 42 at 50%	Julio de 2006, Ley 42 con una alícuota del 50%
November 2007, Law 42 at 93%	Noviembre de 2007, Ley 42 con una alícuota del 99%
Law 42 Base Price	Ley 42, Precio Base
State revenues	Ganancias del Estado
Market Price	Precio de Mercado
Contractor's revenues	Ganancias de la Contratista
Dechert LLP	Dechert LLP

390. En resumen, Ecuador alega que la Ley 42, ya sea con una alícuota del 50% o del 99%, no condujo a la expropiación de la inversión de Burlington.

### 3.2.3. Análisis

#### a. El estándar aplicable a la tributación expropiatoria

391. La tributación es una facultad soberana esencial del Estado. En virtud de esta facultad soberana, los Estados podrán aplicar impuestos no solo a sus nacionales sino también a los extranjeros, incluidos los inversores extranjeros, si realizan inversiones en esos Estados<sup>629</sup>. Por definición, un impuesto es una apropiación de activos por parte del Estado<sup>630</sup>. También por definición, no son indemnizables. Conforme a la conocida frase el Juez Oliver Wendell Holmes, los impuestos son "el precio que pagamos por una sociedad civilizada"<sup>631</sup>. En otras palabras, la tributación general es el resultado del ejercicio del Estado de sus poderes regulatorios. No constituye una expropiación.
392. No obstante, existen límites al poder impositivo del Estado. Existen límites que surgen del derecho internacional consuetudinario sobre la tributación y límites que surgen de la protección garantizada a las inversiones extranjeras por el derecho internacional. Para el presente caso, la única relevante es la protección contra la expropiación garantizada por el Tratado. Ante la falta de orientación en el Tratado respecto a la relación entre la tributación y la expropiación, el Tribunal considerará los límites existentes en virtud del derecho internacional consuetudinario que contempla que "al interpretar un tratado, se deben tener en cuenta todas las reglas relevantes del derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes – un requisito que la Corte Internacional de Justicia ("CIJ") ha sostenido que incluye las reglas relevantes del derecho internacional consuetudinario general"<sup>632</sup>.
393. El derecho internacional consuetudinario impone dos limitaciones al poder impositivo. Los impuestos no podrán ser discriminatorios ni confiscatorios<sup>633</sup>. La tributación confiscatoria esencialmente "toma demasiado del contribuyente"<sup>634</sup>. La determinación de cuánto es demasiado constituye una pregunta fáctica

---

<sup>629</sup> "La tributación es, en sí, una confiscación parcial". A.R. Albrecht, *The Taxation of Aliens under International Law*, 29 THE BRITISH YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 145 (1952) (en adelante, "Albrecht"), p. 173 en la paginación original (anexo EL-124) (traducción del Tribunal).

<sup>630</sup> Andrew Newcombe y Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer (2009) (en adelante, "Newcombe y Paradell"), pp. 321-398, ¶ 360.

<sup>631</sup> Opinión disidente de J. Holmes, en el caso *Compañía General de Tabaco de Filipinas c. Collector of Internal Revenue*, 275 U.S. 87, ¶ 100 (1927) (traducción del tribunal).

<sup>632</sup> *Saluka Investments BV (Países Bajos) c. la República Checa* (en adelante, "Saluka"), CNUDMI, laudo parcial del 17 de marzo de 2006, ¶ 254 (anexo CL-100; se omiten las comillas internas).

<sup>633</sup> Albrecht, véase la nota 629 anterior, ¶¶ 169 y ss (anexo EL-124).

<sup>634</sup> *Id.*, ¶ 173 (traducción del tribunal).

específica<sup>635</sup>. Entre los factores a considerar, el primero y más importante es la alícuota impositiva y el monto de pago requerido<sup>636</sup>. Si el monto requerido es tan alto que los contribuyentes se ven obligados a abandonar la propiedad o venderla a un precio vil, el impuesto es confiscatorio.

394. El concepto de tributación confiscatoria parece similar al de la tributación expropiatoria. El *Restatement* de la Ley Tercera de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos establece que los Estados son responsables "por la expropiación [...] cuando somete los bienes extranjeros a impuestos [...] de naturaleza confiscatoria"<sup>637</sup>. En virtud del Proyecto de Convención de Harvard, la ejecución de las normas tributarias no será injusta siempre y cuando el impuesto "no sea abusivo de las facultades para privar al extranjero de sus bienes"<sup>638</sup>. De manera similar, en un artículo sobre el punto de contacto entre la protección de la inversión y los poderes fiscales, Thomas Wälde y Abba Kolo, por ejemplo, mencionan los conceptos de "tributación confiscatoria" y "tributación expropiatoria" de manera intercambiable<sup>639</sup>. En consecuencia, la noción de tributación confiscatoria conforme al derecho internacional consuetudinario puede comprenderse en la interpretación del Tribunal de una expropiación ilegítima por medio de impuestos bajo el Tratado.
395. El factor más importante para distinguir entre tributación permisible y tributación confiscatoria es el efecto del impuesto<sup>640</sup>. Los efectos requeridos para que un impuesto sea confiscatorio no parecen ser diferentes a los requeridos para determinar la existencia de una expropiación indirecta. En otras palabras, una tributación confiscatoria constituye una expropiación sin indemnización y es ilegítima<sup>641</sup>. Las Partes también han dado importancia a los efectos del impuesto. Burlington alegó que la Ley 42 fue una medida equivalente a la expropiación

---

<sup>635</sup> Newcombe & Paradell, véase la nota 630 anterior, ¶ 366.

<sup>636</sup> Albrecht, véase la nota 629 anterior, 173-175 (anexo EL-124).

<sup>637</sup> *Restatement de la Ley (Tercera) de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos, Instituto de Derecho Americano* (1987), p. 200 en la paginación original (anexo EL-164).

<sup>638</sup> Louis B. Sohn y Richard R. Baxter, *Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens* (en adelante, "Sohn y Baxter"), 55 *AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW* 545, 554 (1961) (anexo CL-161).

<sup>639</sup> Thomas Wälde y Abba Kolo, *Investor-State Disputes: The Interface Between Treaty-Based International Investment Protection and Fiscal Sovereignty*, Intertax, vol. 35, Publicación 8/9, p. 441 (2007). Estos autores también mencionan el concepto de "expropiación confiscatoria" para explicar que los tratados de inversiones usualmente contemplan medidas fiscales extremas (p. 424) (traducción del tribunal).

<sup>640</sup> Albrecht, véase la nota 629 anterior, ¶ 174-175 (anexo EL-124).

<sup>641</sup> *Id.*, ¶ 172-173; véase también el caso *RosInvestCo UK Ltd. c. la Federación Rusa*, caso CCE N.º ARB V079/2005, laudo definitivo del 12 de septiembre de 2010, ¶ 629(e) (anexo CL-168).

porque "resultó en una privación sustancial"<sup>642</sup>. Por su parte, Ecuador ha argumentado que una medida impositiva puede ser equivalente a una expropiación solo si produce "los efectos requeridos para cualquier expropiación indirecta"<sup>643</sup>.

396. Al determinar las pruebas de la expropiación, los tribunales internacionales generalmente han aplicado el test de los efectos únicos y se centraron en la privación sustancial. A modo de ejemplo, se podría citar el caso *Pope & Talbot Inc. c. Canadá*, en el que el tribunal estableció que "en virtud del derecho internacional, la expropiación requiere una 'privación sustancial'"<sup>644</sup>, o el caso *Occidental c. Ecuador*, en el que, en relación con las medidas impositivas, el tribunal se refirió al mismo "criterio de 'privación sustancial' en virtud del derecho internacional"<sup>645</sup>. En el caso *Archer Daniels c. México*, el tribunal señaló que la "expropiación ocurre si la interferencia es sustancial"<sup>646</sup>.

397. Cuando una medida afecta al medio ambiente o a las condiciones en virtud de las cuales el inversor lleva a cabo su negocio, lo que parece ser decisivo para determinar si existe una privación sustancial, es la pérdida del valor económico o de la viabilidad económica de la inversión. En este sentido, algunos tribunales se han centrado en el uso y disfrute de la propiedad<sup>647</sup>. La pérdida de la rentabilidad no implica necesariamente una pérdida de la administración o del control. Lo que importa es la capacidad de ganar una rentabilidad comercial. Al fin y al cabo, los inversores realizan inversiones para percibir una rentabilidad. Si pierden esta posibilidad como resultado de una medida del Estado, entonces han perdido la utilidad económica de su inversión.

398. La mayoría de los tribunales aplicaron el test de expropiación, llamándolo de esta u otra forma, a la inversión como un todo<sup>648</sup>. Aplicada a la inversión como un todo, el criterio de la pérdida de utilidad o rentabilidad económica de la inversión implica que la inversión como un todo ha dejado de ser viable. La medida es expropiatoria,

---

<sup>642</sup> Mem., ¶ 441; MCB, ¶ 82.

<sup>643</sup> Énfasis omitido. CME, ¶ 426.

<sup>644</sup> *Pope & Talbot Inc. c. el Gobierno de Canadá*, CNUDMI (TLCAN), laudo interino del 26 de junio de 2000, ¶ 102 (anexo EL-138).

<sup>645</sup> *Occidental Exploration and Production Company c. la República del Ecuador*, caso LCIA No. UN 3467, laudo final del 1 de julio de 2004, ¶ 89 (anexo CL-86).

<sup>646</sup> *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, laudo del 21 de noviembre de 2007, ¶ 240 (traducción del tribunal).

<sup>647</sup> *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto*, laudo del 12 de abril de 2002, ¶107 (anexo EL-91); *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, laudo del 11 de septiembre de 2007, ¶ 437 (anexo CL-119).

<sup>648</sup> Véase los casos citados en las notas al pie 407, 408 y 409.

afecte a la inversión en su totalidad o en parte, siempre y cuando la operación de la inversión no pueda generar una rentabilidad comercial<sup>649</sup>.

399. La pregunta bajo el test de la pérdida de utilidad o rentabilidad económica va más allá de la cuestión de si la medida impugnada provocó una reducción o pérdida de ganancias. En el caso *Archer Daniels*, por ejemplo, el tribunal concluyó que "el lucro cesante y la presunta naturaleza discriminatoria [...] no constituyen un criterio suficiente para determinar que se ha producido una expropiación"<sup>650</sup>. Del mismo modo, el tribunal del caso *Paushok c. Mongolia* sostuvo que "la pérdida de ese monto [alrededor de USD 1 millones] por un año no es una cuestión que lleve a la destrucción de una empresa en funcionamiento"<sup>651</sup>. Si bien las pérdidas en un año pueden indicar que la inversión ha dejado de ser viable y, por lo tanto, no generará ganancias, esto no es necesariamente así y una conclusión de que ha existido expropiación deberá determinar las perspectivas futuras de percibir una rentabilidad comercial. Se deberá demostrar que la capacidad continua de la inversión de generar rentabilidad ha sido prácticamente extinguida.
400. Al circunscribir el test aplicable a la expropiación por tributación, surgen cuestiones adicionales con respecto al papel de la intención del Estado, el carácter discriminatorio del impuesto y el peso de las cláusulas de estabilización contractual.
401. Además del impacto del impuesto, la intención del Estado es otro factor que los tribunales a veces consideran para trazar una línea entre una tributación confiscatoria y la permisible<sup>652</sup>. Por lo tanto, si la medida del Estado está designada a "privar"<sup>653</sup> de su propiedad al inversor o hacer que la "abandone o

---

<sup>649</sup> *Metalclad c. los Estados Unidos Mexicanos*, laudo del 30 de agosto de 2000, 104-108 (anexo CL-110); *S.D. Myers c. Canadá*, CNUDMI (TLCAN), laudo parcial del 13 de noviembre de 2000, ¶ 283 (anexo EL-127).

<sup>650</sup> *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, laudo del 21 de noviembre de 2007, ¶ 251.

<sup>651</sup> *Sergei Paushok et al. c. Mongolia*, (en adelante "*Paushok*"), arbitraje CNUDMI, laudo sobre jurisdicción y responsabilidad del 28 de abril de 2011, ¶ 334 (traducción del tribunal).

<sup>652</sup> *Petrobart Ltd. c. República Kirguisa*, Cámara de Comercio de Estocolmo, laudo del 29 de marzo de 2005, p. 55 ("Tampoco parece que las medidas tomadas por el Gobierno de Kirguisa y las autoridades estatales hayan estado dirigidas específicamente contra la inversión de Petrobart") (anexo CL-98). Véase también *RosInvestCo UK Ltd. c. La Federación Rusa*, Caso SCC N.º V079/2005, laudo final del 12 de septiembre de 2010, en ¶ 620(e) (las medidas del Estado "integraron al patrón general obvio y la intención obvia de la totalidad del plan para privar a Yukos de sus activos") (anexo CL-168).

<sup>653</sup> Sohn y Baxter, véase la nota 638 anterior.

venda a un precio vil"<sup>654</sup> esto respaldará la conclusión de que ha habido expropiación. Sin embargo, es evidente que la intención juega un papel secundario relativo al test de los efectos. En el caso *Tippetts*, el tribunal sostuvo que "[l]a intención del gobierno es menos importante que los efectos que tienen las medidas [...]"<sup>655</sup>. Por lo tanto, la prueba de la intención sirve para confirmar el resultado de la prueba de los efectos, pero no lo reemplaza.

402. En virtud del derecho internacional general, un impuesto es ilegal no solo si es confiscatorio, sino también si es discriminatorio<sup>656</sup>. Sin embargo, esto no significa que un impuesto discriminatorio implique *per se* una expropiación. Para alcanzar el nivel de una expropiación, el impuesto discriminatorio debe ser sometido al test de la privación sustancial mencionada anteriormente.
403. En virtud del caso *Revere Copper*<sup>657</sup>, Burlington ha argumentado también que un impuesto contrario a la cláusula de estabilización impositiva o una cláusula similar implica una expropiación. Según Burlington, "pasaría de ser una regulación de buena fe del gobierno a una medida expropiatoria"<sup>658</sup>. Es incuestionable que tal impuesto implicaría una violación del contrato. No obstante, para determinar qué constituye una expropiación, la cuestión sigue siendo si el impuesto provoca una privación sustancial de la inversión como un todo.
404. Un comentario final al respecto aborda la naturaleza del impuesto en cuestión. El impuesto de la Ley 42 es un impuesto sobre las llamadas ganancias extraordinarias, es decir un impuesto que se aplica a las ganancias del petróleo superiores a las que estaban vigentes cuando se suscribieron los CP. Por definición, parecería que un impuesto tal no tiene un impacto sobre la inversión como un todo, sino solo sobre una parte de las ganancias. Asumiendo que sus efectos concuerdan con su nombre, es poco probable que un impuesto sobre las ganancias extraordinarias resulte en la expropiación de una inversión. No obstante, solo se podría alcanzar una conclusión definitiva al respecto mediante la

---

<sup>654</sup> *Restatement de la Ley Tercera de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos*, Instituto de Derecho Americano (1987), § 712 (anexo EL-164) (traducción del Tribunal).

<sup>655</sup> *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos (Iran-U.S. C.T.R. 219), ¶ 225.

<sup>656</sup> Albrecht, véase la nota 633 anterior, ¶ 170-171 (anexo EL-124).

<sup>657</sup> En el caso *Revere Copper and Brass, Inc. c. Overseas Private Investment Corporation*, (en adelante, "*Revere Copper*"), laudo de 24 de agosto de 1974, la mayoría del tribunal sostuvo que, aunque los efectos del impuesto el impuesto ("impuesto sobre la bauxita") no fue "confiscatorio", el impuesto fue "expropiatorio" porque implicó el repudio del compromiso contractual de una estabilización impositiva, que ha privado al inversor de un control efectivo de su inversión (pp. 45, 52-55 y 57-60, anexo CL-104).

<sup>658</sup> (Traducción del Tribunal de la versión en inglés de la transcripción, Tr. 1266:10-13)

consideración de las circunstancias específicas del caso, que el Tribunal efectuará en las siguientes secciones.

b. ¿Violaron la Ley 42 y la omisión de Ecuador de absorber sus efectos las cláusulas de absorción de impuestos de los CP?

405. Las cláusulas de absorción de impuestos incluidas en los CP fueron un componente esencial del valor de las inversiones de Burlington. Con el fin de determinar los efectos de la Ley 42, el Tribunal debe determinar si las medidas de Ecuador violaron estas cláusulas y, por lo tanto, afectaron al valor de las inversiones de Burlington. Si bien este análisis comprende la cuestión de la violación del contrato, se lleva a cabo con el fin exclusivo de decidir si existió una expropiación.
406. Como cuestión inicial, las Partes no están de acuerdo acerca de si Ecuador invocó o no la doctrina de *rebus sic stantibus*<sup>659</sup>. Según Burlington, Ecuador invocó esta doctrina porque se refiere a los requisitos subyacentes a ella. Esto se puede observar, por ejemplo, en los informes de los peritos de Ecuador, Fair Links y Juan Pablo Aguilar. Por otro lado, Ecuador niega expresamente haber invocado la doctrina *rebus sic stantibus*, replicando que Burlington ha recurrido a la "instancia" equivocada<sup>660</sup>.
407. El Tribunal señala que ciertos documentos del expediente hacen referencia a la doctrina *rebus sic stantibus*. Cabe destacar el proyecto de ley presentado por el Presidente Palacio al Congreso ecuatoriano y que pasó a ser posteriormente la Ley 42, en el que se establecía que los CP se celebraron "considerando la cláusula *rebus sic stantibus*"<sup>661</sup>. Asimismo, el perito de Ecuador el Sr. Aguilar afirmó, en la sección de su informe titulada "equilibrio económico del contrato" que los sucesos posteriores pueden afectar al equilibrio de la economía; cuando esto ocurra, explicó, "nos enfrentamos al principio *rebus sic stantibus*"<sup>662</sup>. Finalmente, Fair Links dedicó una sección de su informe a describir cómo los cambios sustanciales del precio entre 2002 y 2008 afectaron a la economía de los CP. Esto

---

<sup>659</sup> La doctrina *rebus sic stantibus* tiene tres requisitos: (i) un desequilibrio en las obligaciones de las partes causado por un suceso extraordinario e impredecible o imprevisto; (ii) el desequilibrio debería ser tan sustancial como para que sea demasiado gravoso el cumplimiento del contrato por una de las partes y (iii) el suceso no debería ser consecuencia de acciones u omisiones de la parte que invoca el principio (EPAB, ¶ 203, citando IP2 Aguilar, ¶¶ 27-28).

<sup>660</sup> EPAE, ¶¶ 3-4.

<sup>661</sup> Anexo C-174, p. 3.

<sup>662</sup> IP2 Aguilar, ¶ 18, 20.

respaldaría el argumento de Burlington acerca de que Ecuador invoca la doctrina *rebus sic stantibus*.

408. Sin embargo, en su escrito post audiencia, Ecuador expresamente rechazó haberse apoyado en la doctrina *rebus sic stantibus* en el presente procedimiento arbitral. Es cierto que alegó que un "incremento masivo e imprevisto en los precios del petróleo"<sup>663</sup> afectó la economía de los CP. Si bien esto coincide con uno de los elementos de la doctrina *rebus sic stantibus*, Ecuador no alega que estos sucesos lo hayan sometido a un desequilibrio gravoso de los compromisos, sino que invalidaron las premisas económicas en virtud de las cuales se basó la asignación de la producción de petróleo en los CP. Dado que estas premisas económicas fueron, según Ecuador, una parte integral de los CP, se podían invocar directamente para la interpretación contractual. Por lo tanto, el Tribunal llega a la conclusión de que Ecuador no invoca la doctrina *rebus sic stantibus* y que no existe necesidad alguna de analizar los requisitos de esta doctrina.
409. La siguiente tarea del Tribunal es revisar si la Ley 42 modificó o violó los CP. Ecuador argumenta que la Ley 42 no hizo ninguna de las dos cosas. Según Ecuador, la Ley 42 no modificó los CP porque únicamente abordó los precios del petróleo, una cuestión que los CP no abordaron. El Tribunal no opina lo mismo. Tal y como se recoge en la Sección IV(C)(iii) anterior, la posibilidad de incluir un factor de ajuste del precio similar al del Contrato de Tarapoa se discutió expresamente y se rechazó al momento de negociar los CP. La falta de inclusión en los CP de esta cláusula de ajuste fue producto de una elección deliberada de las partes contratantes. Por lo tanto, la cuestión *fue contemplada* en los CP: las partes acordaron que la producción de petróleo sería asignada independientemente de los precios del petróleo<sup>664</sup>. Al introducir un factor de precio del petróleo para asignar las ganancias del petróleo, la Ley 42 modificó la decisión de las partes de excluir este factor.
410. Ecuador señala que la Corte Constitucional del Ecuador ha decidido que la Ley 42 no modificó los CP y ha alegado que este Tribunal no puede anular o desestimar

---

<sup>663</sup> CME, ¶ 440 (traducción del Tribunal).

<sup>664</sup> La distinción entre los volúmenes de petróleo y las ganancias del petróleo, desde un punto de vista económico, sería artificial. El interés de la contratista está contemplado dentro del valor económico de su participación; ya sea en forma de petróleo o de dinero. Esto resulta evidente en la redacción del Artículo 4 de la Ley 44 de 1993, que establece que "[l]a participación de la contratista también podrá ser recibida en dinero, previo acuerdo con PetroEcuador" (anexo C-15, p. 3 en la paginación original).

tal decisión<sup>665</sup>. No obstante, si bien los tribunales internacionales deben ciertamente considerar las decisiones emitidas por los tribunales nacionales, no están sujetos a ellas. El propósito del arbitraje de inversión es alcanzar una resolución neutral de una controversia mediante un tribunal independiente de las partes. Si el tribunal internacional que resuelve la controversia estuviese sujeto a la decisión de un órgano que pertenece a una de las partes de la controversia, se afectaría seriamente este propósito, si no es que se destruiría por completo.

411. Posteriormente, Ecuador alega que la Ley 42 no violó los CP ni las cláusulas de renegociación, porque la Ley 42 no afectó a la economía de los CP y, aunque lo hubiera hecho, la aplicación del factor de corrección no era obligatoria. Sin embargo, en la Sección IV(C) el Tribunal concluyó que la economía de los CP pretendía que la contratista tuviera derecho a su participación en la producción de petróleo independientemente de los precios del petróleo y de su tasa interna de retorno. El Tribunal considera que al asignar el Estado una gran parte de las ganancias del petróleo, a los que tenía derecho Burlington en virtud de los CP, la Ley 42 tuvo un impacto sobre la economía de los CP.
412. El impacto de la Ley 42 sobre la economía de los CP no fue en sí mismo una violación de los CP. Como señaló Ecuador, los CP expresamente contemplaron la posibilidad de que los impuestos sean incrementados o disminuidos. Pero la Ley 42 impulsó los mecanismos contractuales aplicables en el caso de una modificación del régimen tributario. Como concluyó el Tribunal en la Sección IV(C), estas cláusulas establecen la aplicación obligatoria del factor de corrección en el caso de una modificación del régimen tributario. En consecuencia, Ecuador tenía el compromiso de aplicar el factor de corrección que absorbiera los efectos de la Ley 42, que tuvo un impacto en la economía de este Contrato.
413. El expediente muestra que Burlington solicitó en dos ocasiones que Ecuador cumpliera con su compromiso: una vez que se promulgó la Ley 42 con una alícuota del 50% y después de que tal alícuota se aumentara al 99%. En una carta de fecha 18 de diciembre de 2006, Burlington solicitó por primera vez a Ecuador que aplicara un factor de corrección que absorbiera los efectos de la Ley 42 con una alícuota del 50%<sup>666</sup>. Después de que el Decreto 662 incrementara la alícuota

---

<sup>665</sup> La Corte Constitucional del Ecuador sostuvo que la Ley 42 "[c]rea obligaciones sobre asuntos que no han sido objeto de estipulación contractual, que no han sido pactadas ni previstas [...] y por ende no afectaron ni incidieron en el consentimiento de las partes [al suscribir los CP]" (anexo EL-19, p. 25; CME, ¶ 280).

<sup>666</sup> EPAB, ¶¶ 82, 130, 317; anexos C-11 y C-12.

al 99%, Burlington volvió a solicitar a Ecuador que aplicara un factor de corrección que absorbiera los efectos de la Ley 42 con una alícuota del 99%<sup>667</sup>. No se ha refutado que Ecuador no respondió a las solicitudes de Burlington de que absorbiera los efectos de la Ley 42.

414. Ecuador explica su silencio por el hecho de que Burlington “no proveyó ningún análisis económico que demostrara que la Ley 42 había afectado la economía de los Contratos de Participación, ni planteó cuál debía haber sido el ajuste apropiado para restablecer esa ‘economía’”<sup>668</sup>. Esta explicación no es convincente. No se requirió análisis económico que demostrase que la economía de los CP había resultado afectada: la Ley 42 privó a Burlington de una parte importante de sus ganancias del petróleo de la participación a la que tenía derecho en virtud de los CP; las ganancias del petróleo fueron desviadas hacia el Estado en forma de impuestos. Por lo tanto, el impacto de la Ley 42 sobre la economía de los CP fue evidente.
415. Asimismo, la explicación de Ecuador de que su falta de respuesta a las solicitudes de ajuste se debió a la omisión de Burlington de "plante[ar] cuál debía haber sido el ajuste apropiado"<sup>669</sup> no es más convincente. Al fin y al cabo, el propósito principal de estas cartas era solicitar el inicio de un proceso administrativo para la aplicación de un factor de corrección<sup>670</sup>. El compromiso del Consorcio a presentar "las cifras"<sup>671</sup> para calcular el factor de corrección, un compromiso que se efectuó solamente en diciembre de 2006 y no se reiteró en las cartas de noviembre de 2007<sup>672</sup>; no tuvo como intención actuar como una condición precedente para el

---

<sup>667</sup> Carta del 28 de noviembre de 2007, anexo C-43, EPAB, ¶¶ 82, 130, 317.

<sup>668</sup> EPAE, ¶ 189.

<sup>669</sup> *Id.*

<sup>670</sup> El 18 de diciembre de 2006, el representante del Consorcio escribió a PetroEcuador para solicitar "disponer el inicio del proceso administrativo pertinente por el cual las partes analicen el impacto económico que han tenido en el contrato [...] los tributos y gravámenes antes señalados, para lo cual, el Consorcio presentará las cifras representativas" (anexos C-11 y C-12). El 28 de noviembre de 2007, el representante de Burlington (en lugar del representante del Consorcio) escribió al Procurador General de Ecuador y a PetroEcuador para solicitar que PetroEcuador "aborde el proceso de cálculo e implementación del factor de corrección conforme a" la cláusula de absorción de impuestos de los CP de los Bloques 7 y 21 (anexo C-43).

<sup>671</sup> Anexo C-11, p. 17.

<sup>672</sup> De hecho, no se reiteró el compromiso en las cartas de Burlington del 28 de noviembre de 2007, que no hacen referencia alguna a la presentación de las "cifras" y únicamente solicitan el inicio inmediato del proceso para calcular e implementar el factor de corrección. Por lo tanto, el argumento de Ecuador de que no respondió a las solicitudes de aplicación del factor de corrección porque estaba esperando las cifras no se puede aplicar con respecto a las cartas de Burlington del 28 de noviembre de 2007 (anexo C-43). En cualquier caso, queda claro en ambos juegos de cartas (tanto las de diciembre de 2006

inicio de ese proceso. Por el contrario, se suponía que esas cifras se debían presentar *en el contexto* de este proceso administrativo.

416. En la misma línea, el Dr. Galo Chiriboga, Presidente Ejecutivo de PetroEcuador cuando el Consorcio envió las solicitudes de reajuste de las participaciones petroleras en diciembre de 2006, explicó que Ecuador omitió responder a esas solicitudes por ser inoportunas, puesto que se estaba en vísperas de fin de año y un cambio de gobierno. Dr. Galo Chiriboga afirmó lo siguiente:

"Las últimas semanas de diciembre en Ecuador son, y creo que en el resto del mundo, son fechas muy complicadas, no sólo por las fiestas navideñas, las fiestas de Año Nuevo; agregado a esto, cargado un cambio de gobierno. [...] [O]bjetivamente haber presentado un documento de estos a un gobierno que está feneciendo me parece en lo personal el momento más inadecuado para hacerlo"<sup>673</sup>.

417. No obstante, esta explicación no parece ser más convincente que la anterior. Incluso si las solicitudes no fueron oportunas, nada impidió que Ecuador respondiera con posterioridad. Asimismo, Burlington reiteró su solicitud de reajuste en noviembre de 2007, con posterioridad a la promulgación de la Ley 42 con una alícuota del 99%, y aún así no recibió respuesta alguna. En resumen, la omisión de Ecuador de responder a las solicitudes de ajuste de Burlington muestra su falta de voluntad incluso para siquiera considerar la posibilidad de aplicar un factor de corrección. Fue esta negativa a absorber los efectos de la Ley 42 la que en última instancia quebrantó los CP.
418. Ecuador finalmente alega que, aun si los CP se hubiesen cumplido, estos incumplimientos no implican una violación del Tratado porque no acarrearán el "repudio efectivo del derecho [...] que tiene el efecto de impedir su ejercicio de manera total o en gran medida"<sup>674</sup>. No obstante, al promulgar la Ley 42 y luego negarse a absorber sus efectos en virtud de las cláusulas de absorción de impuestos, de hecho, Ecuador ha anulado el derecho de Burlington a un factor de corrección al impedir el ejercicio de este derecho. Asimismo, esta anulación fue posible gracias a la facultad soberana de Ecuador. Si bien ambas partes de los CP

---

como las de noviembre de 2007) que el quid de la solicitud era el inicio del proceso que permita el cálculo del factor de corrección.

<sup>673</sup> Tr. 805:1-11.

<sup>674</sup> Laudo *Waste Management II*, ¶ 175 (anexo EL-67).

pueden invocar la cláusula de absorción de impuestos, solo Ecuador, como Estado soberano, puede incrementar los impuestos y desestimar esta cláusula<sup>675</sup>.

419. Por los motivos enunciados, el Tribunal concluye que la Ley 42 ha afectado a la economía de los CP y que Ecuador ha omitido aplicar un factor de corrección en virtud de las cláusulas de absorción de impuestos. En consecuencia, Ecuador ha incumplido las cláusulas de absorción de impuestos de los CP. Esto es una consideración relevante, aunque bajo ningún punto de vista es decisiva, para los fines del análisis de la expropiación, que implica una investigación más amplia de la capacidad general de la inversión para generar una rentabilidad comercial en beneficio del inversor. A continuación, el Tribunal debe determinar si la Ley 42, primero con una alícuota del 50% que luego fue aumentada al 99%, implicó una expropiación de la inversión de Burlington.

c. Los efectos y el propósito de la Ley 42 con una alícuota del 50%

420. Las Partes discrepan acerca de los efectos de la Ley 42 con una alícuota del 50%. Burlington alega que la Ley 42 con una alícuota del 50% tuvo un impacto "devastador" sobre la inversión de Burlington. Específicamente, afirma que la Ley 42 con una alícuota del 50% "tuvo un impacto negativo significativo sobre la economía del Bloque 7 y destruyó la economía del Bloque 21"<sup>676</sup>. Ecuador responde que la Ley 42 con una alícuota del 50% no es una medida equivalente a la expropiación porque (i) no provocó una privación "permanente" de la inversión de Burlington, (ii) no provocó una pérdida prácticamente completa del valor de los derechos de los CP de titularidad de Burlington.

421. Con respecto a la primera objeción, Ecuador sostiene que no existió una privación permanente porque la Ley 42 solo aplicaba cuando el precio del petróleo fuera superior al precio de referencia, que no siempre fue el caso. En enero y febrero de 2009, por ejemplo, el precio del petróleo era inferior al precio de referencia. Esto es suficiente, según Ecuador, para concluir que la Ley 42 no es expropiatoria. El Tribunal no puede seguir esta línea de razonamiento. La Ley 42 se aplica

---

<sup>675</sup> En la Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal observó que las cláusulas de absorción de impuestos son cláusulas que cualquiera de las partes puede invocar y, por ende, funcionan "de manera perfectamente simétrica" (DJ, ¶¶ 182-183). Por lo tanto, en aras de la precisión, se debe señalar que estas cláusulas son simétricas únicamente con respecto al hecho de que tanto el Estado como la contratista pueden *invocar* su aplicación. No obstante, el Estado es la única parte de los CP que puede incrementar o disminuir las cargas tributarias y, así, impulsar la aplicación de estas cláusulas. En este punto, las cláusulas son asimétricas.

<sup>676</sup> EPAB, ¶ 172.

permanentemente a los "excedentes [...] no pactados o no previstos"<sup>677</sup>, es decir, las ganancias extraordinarias definidas en la ley. El impuesto a la renta no es temporario porque no se aplica al período en el cual el contribuyente no tiene ingresos, bajo el mismo supuesto, el hecho de que pueda existir un período sin ganancias extraordinarias no convierte a la Ley 42 en una medida temporaria.

422. En otras palabras, si bien las ganancias extraordinarias pueden no ser permanentes, la aplicación de la Ley 42 a aquellas ganancias sí lo es. Siempre que el precio del petróleo estuviera por encima del precio de referencia, la mitad de las ganancias superiores al precio de referencia caerían en manos del Estado. La omisión posterior de Ecuador de absorber los efectos de la Ley 42, de conformidad con las cláusulas de absorción de impuestos de los CP, confirmó los efectos permanentes de este impuesto. Por lo tanto, la Ley 42 con una alícuota del 50% implicó una privación permanente.
423. En relación con la segunda objeción de Ecuador y la pérdida sustancial del valor de la inversión de Burlington, Burlington defiende que la Ley 42 con una alícuota del 50% tuvo un impacto "devastador" porque (i) impidió a Burlington recuperar sus inversiones anteriores, (ii) se vio obligada a reajustar nuevamente sus planes de desarrollo, lo que afectaría negativamente su habilidad para procurar una extensión de los CP y (iii) las operaciones en el Bloque 21 se volvieron poco redituables. Burlington no ha presentado informe pericial alguno que apoye estas alegaciones. Ecuador responde que la Ley 42 con una alícuota del 50% no provocó una pérdida prácticamente completa del valor de los derechos de Burlington en virtud de los CP. Invoca las declaraciones de impuestos del Consorcio de 2005 a 2007 para fundar su réplica, como el informe de Fair Links, el Plan de Desarrollo de Oso y los informes anuales de ConocoPhillips para los ejercicios de 2006 a 2008.
424. La Ley 42 con una alícuota del 50% se aplicó entre abril de 2006 y octubre de 2007. Desde abril a diciembre de 2006, Burlington pagó las cuotas de la Ley 42 por la suma de USD 15,85 millones correspondientes al Bloque 7 (42,5% de la totalidad de las cuotas según la Ley 42 por la suma de USD 37,303 correspondientes al Bloque 7<sup>678</sup>), y USD 23,04 millones correspondientes al Bloque 21 (46,25% de la totalidad de las cuotas según la Ley 42 por la suma de USD

---

<sup>677</sup> Anexo C-7, Artículo 2.

<sup>678</sup> Como se señaló anteriormente, la titularidad de Burlington de los intereses en el Bloque 7 es de 42,5% y la totalidad de las cuotas según la Ley 42 se reflejan en los estados contables del ejercicio 2006 (anexo C-419, p. 6).

49,814 millones correspondientes al Bloque 21<sup>679</sup>). En total, Burlington pagó las cuotas según la Ley 42 por la suma total de USD 38,89 millones en 2006. Sin embargo, el impacto real de la Ley 42 fue menor que lo que reflejan la totalidad de las cuotas según la Ley 42: si no se hubieran pagado las cuotas según la Ley 42, las sumas correspondientes habrían implicado ingresos adicionales para Burlington, sobre los que se habría aplicado el impuesto a la renta ordinario y las participaciones laborales. El impuesto a la renta (25%) y la participación laboral (15%) suman un total aproximado de 40%,<sup>680</sup> por ende el impacto real de la Ley 42 es de aproximadamente 60% de la totalidad de las cuotas según la Ley 42, es decir alrededor de USD 23 millones<sup>681</sup>.

425. Aún en 2006, Burlington percibió una ganancia neta de USD 30,85 millones correspondientes al Bloque 7 (42,5% de las ganancias netas totales de USD 72,579 correspondientes al Bloque 7<sup>682</sup>) y USD 13,33 millones correspondientes al Bloque 21 (46,25% de las ganancias netas totales de USD 28,821 correspondientes al Bloque 21<sup>683</sup>). En total, las ganancias netas de Burlington sumaron USD 44,18 millones en 2006. Sin embargo, dado que la Ley 42 solo se aplicó tres cuartos del año, el impacto de la Ley 42 en 2006 debe calcularse sobre la base de tres cuartos de las ganancias totales (o 75% de USD 44,18 millones), que equivale a USD 33,14 millones. Si no se hubiera aplicado la Ley 42, los tres cuartos de las ganancias de Burlington por la suma de USD 33,14 millones habrían sido USD 56,14 millones (USD 33,14 millones + USD 23 millones). Por lo tanto, la Ley 42 con una alícuota del 50% redujo las ganancias netas de Burlington alrededor de un 40% (USD 23 millones del total de USD 56,14 millones).

426. En 2007, la Ley 42 con una alícuota del 50% se aplicó en un período de 10 meses que se extendió desde enero a octubre de 2007. A partir de noviembre de 2007, Burlington se vio sujeto a una alícuota superior de 99%. El impacto general de la Ley 42 sobre la inversión de Burlington fue mayor en 2007 que en 2006. Las cuotas según la Ley 42 pagadas por Burlington en 2007 sumaron USD 87,74 millones (42,5% de USD 98,128 millones correspondientes al Bloque 7 más

---

<sup>679</sup> La titularidad de Burlington de los intereses en el Bloque 21 es de 46,25% y la totalidad de las cuotas según la Ley 42 se reflejan en los estados contables del ejercicio de 2006 (anexo C-419, 9).

<sup>680</sup> Como se explica en la nota 17 anterior, el impacto combinado del impuesto a la renta y las participaciones laborales es de 36,5% y no de 40%. Sin embargo, dado que los impuestos municipales y la obligación de reinversión deben tomarse en cuenta, parece razonable redondearlo hasta el 40% a efectos computacionales.

<sup>681</sup> La cifra exacta es USD 23,33 millones.

<sup>682</sup> Anexo C-419, p. 6.

<sup>683</sup> *Id.*, p.9.

46,25% de USD 99,552 millones correspondientes al Bloque 21)<sup>684</sup>. El impacto real de estos pagos (considerando los impuestos que Burlington habría tenido que pagar si no hubiera estado sujeto a la Ley 42) sumaban aproximadamente USD 52,64 millones. Las ganancias de Burlington, por su parte, alcanzaron un total de USD 30,95 millones (42,5% de los USD 57,28 millones correspondientes al Bloque 7 más 46,25% de los USD 14,3 millones correspondientes al Bloque 21)<sup>685</sup>. Por lo tanto, la Ley 42 disminuyó las ganancias netas de Burlington alrededor de 62,9% en 2007 (USD 52,64 millones de USD 83,6 millones)<sup>686</sup>. No obstante, dado que los estados contables de Burlington no parecen distinguir entre las cuotas según la Ley 42 con una alícuota del 50% de aquellas con una alícuota del 99%, no es posible determinar con precisión el impacto de la Ley 42 con una alícuota del 50% en 2007. Este impacto es sin duda inferior a 62,9%, dado que la Ley 42 se aplicó con una alícuota del 99% durante noviembre y diciembre de 2007. Por lo tanto, las cifras correspondientes a 2006 parecen más fiables para evaluar el impacto de la Ley 42 con una alícuota del 50%.

427. Otra forma de apreciar los efectos de la Ley 42 sobre la inversión de Burlington es centrarse en la distribución de los beneficios de la venta del barril de petróleo<sup>687</sup>. De los beneficios del barril de petróleo crudo de Oriente del Bloque 7, cuyo valor de mercado era USD 66,56 en julio de 2006, Burlington habría recibido USD 48,28 y pagado las cuotas según la Ley 42 con una alícuota del 50% por la suma de USD 18,36. El impuesto de la Ley 42 equivaldría a 27,6% del valor total del barril de crudo Oriente o un poco más que un cuarto.
428. El impacto hubiera sido mayor para el crudo Napo del Bloque 21. A pesar de que el precio del crudo Napo del Bloque 21 era inferior (en julio de 2006 era de USD 57,43 por barril; ver el separador de precios del petróleo al final de la documentación del interrogatorio directo a Martínez), el precio de referencia de la Ley 42 también fue inferior (USD 15 en abril de 2006). Suponiendo que el precio de referencia de la Ley 42, ajustado por la inflación, hubiera sido USD 20 por barril para el Bloque 21, el impacto de la Ley 42 habría sido cercano a un tercio (las cuotas según la Ley 42 habrían sido de USD 18,715 por barril de crudo Napo o 32,6% del valor del barril de crudo Napo).

---

<sup>684</sup> Anexo C-420, pp. 6 y 9.

<sup>685</sup> *Id.*

<sup>686</sup> *Id.*

<sup>687</sup> La Ley 42 aplicaba independientemente de si se efectuó una venta o no. Por lo tanto, tener beneficios no era un requisito previo para la aplicación de la Ley 42.

429. En términos relativos, la Ley 42 con una alícuota del 50% redujo la cuota de Burlington de la totalidad de las ganancias del petróleo (después de impuestos y con los costos operativos) producidos en los Bloques de 48,9% a 34,6% en el Bloque 7 (una reducción de 29,2%) y de 57,4% a 38,6% en el Bloque 21 (una reducción de 32,8%). Si los costos operativos de Burlington se dedujeran de sus ganancias, la Ley 42 con una alícuota del 50% redujo la cuota de Burlington de la totalidad de las ganancias del petróleo de 38,3% a 24% en el Bloque 7 (una reducción del 37,3%), y de 48,6% a 29,9% (una reducción del 38,5%) para el Bloque 21.
430. En virtud de estas cifras, el Tribunal considera que los efectos de la Ley 42 con una alícuota del 50% no implicaron una privación sustancial del valor de la inversión de Burlington. El Árbitro Orrego Vicuña no está de acuerdo con estas conclusiones por los motivos expuestos en la opinión disidente adjunta.
431. Los siguientes hechos refuerzan esta conclusión. En primer lugar, a pesar de la promulgación de la Ley 42 con una alícuota del 50%, el Consorcio presentó un plan de inversiones adicionales de USD 100 millones en el yacimiento Oso que, según la propia descripción de Burlington fuera "el mayor yacimiento en el Bloque 7 y el centro de los planes de desarrollo de los Bloques"<sup>688</sup>. Como ha señalado Ecuador, al presentar el Plan de Desarrollo Oso, el Consorcio implícitamente aceptó que el Bloque 7 era económicamente rentable incluso con la Ley 42 con una alícuota del 50%. En segundo lugar, las alegaciones de Burlington de que el Bloque 21 "no era rentable" con la Ley 42 con una alícuota del 50% no está respaldado en el expediente. Como señaló Fair Links, los estados contables de Burlington correspondientes al Bloque 21 no muestran una pérdida sino una "cifra positiva"<sup>689</sup>. En tercer lugar, Burlington reconoció que ciertos postores estaban

---

<sup>688</sup> Mem., ¶ 174.

<sup>689</sup> En la audiencia, el Sr. Mélard de Feuardent, quién declaró en representación de Fair Links, explicó la siguiente conexión con los estados contables de 2006 del Consorcio correspondientes al Bloque 21: "Bien, en cuanto a estas cifras, ustedes verán la cuenta de estado de resultados para el Bloque 21. ¿Qué es lo que se ve? Se ve el ingreso total (171.962.005), total gastos (117.816.000), que lleva a un resultado, antes, de impuestos de [USD] 54 millones; y, después, de impuestos de [USD] 28,8 millones. No se trata de una pérdida de ingresos imponibles. Se trata de una cifra positiva. Los costos menos los ingresos" (Tr. 1205:8-18; anexo C-419, p. 9). Se podría efectuar un análisis similar y extraer las mismas conclusiones de los estados contables de 2007 correspondientes al Bloque 21 (anexo C-420, p. 9). La Ley 42 con una alícuota del 50% estuvo vigente desde abril de 2006 a octubre de 2007. Por lo tanto, los estados contables de 2006 y 2007 cubrieron el período completo en el que la alícuota del 50% era aplicable. Esta prueba parece contradecir el testimonio del Sr. Martínez acerca de que "el Bloque 21 tuvo resultados negativos" en virtud de la Ley 42 con una alícuota del 50% (Tr. 364:14-15).

dispuestos a adquirir sus intereses en los Bloques a pesar de los efectos de la Ley 42 con una alícuota del 50%<sup>690</sup>.

432. Las Partes discrepan con respecto al propósito de la Ley 42 con una alícuota del 50%. Según Burlington, el propósito de la Ley 42 con una alícuota del 50% fue obligarlo a renunciar a sus derechos en virtud de los CP y, por ende, fue expropiatorio. Ecuador sostiene que el propósito de la Ley 42 fue restaurar la economía de los CP, provocar que las compañías petroleras negociasen con el Estado y, en última instancia, encontrar una asignación justa de las ganancias del petróleo. El expediente no respalda el argumento de Burlington de que el propósito de la Ley 42 con una alícuota del 50% era expropiatorio. Por el contrario, el propósito parece haber sido replicar en los CP los efectos que las cláusulas de ajuste de precios tuvieron en el Contrato de Tarapoa, en un escenario de precios del petróleo elevados, es decir, distribuir las ganancias extraordinarias resultantes de los precios elevados a partes iguales entre el Estado y la compañía petrolera. Tal y como observó un Congresista ecuatoriano en el contexto de las discusiones del proyecto de ley del Presidente Palacio que luego se convertiría en la Ley 42:

"Vea, como que parece copiado, esa es la difusión que está planteando el Gobierno, lo que ya está contemplado en un contrato [el Contrato de Tarapoa] y queremos que esto que está contemplado en un contrato, se incorpore en el resto de contratos"<sup>691</sup>.

433. Estos hechos corroboran las conclusiones anteriores del Tribunal de que la Ley 42 con una alícuota del 50% no privó sustancialmente a Burlington del valor de su inversión y, por lo tanto, *no* fue una medida equivalente a la expropiación.

d. Los efectos y el propósito de la Ley 42 con una alícuota del 99%

434. Las Partes también difieren acerca de los efectos de la Ley 42 con una alícuota del 99%. Burlington afirma que la Ley 42 con una alícuota del 99% "destruyó" el valor de sus inversiones. Como resultado de la Ley 42 con una alícuota del 99%, Burlington afirma que sufrió una pérdida de USD 60 millones en 2008 y que no efectuó inversiones adicionales ni en el Bloque 7 ni en el 21. Por el contrario, Ecuador esencialmente argumenta que Burlington no sufrió pérdida alguna en 2008 porque la Ley 42 con una alícuota del 99% "no alteró la tendencia global de

---

<sup>690</sup> Burlington alegó específicamente que cuando se promulgó la Ley 42 con una alícuota del 99% "posibles compradores" de sus activos en Ecuador "retiraron su oferta" (Mem., ¶ 261; MCB, ¶ 31). Esto hace suponer que estas ofertas eran válidas antes de que la alícuota de la Ley 42 fuera aumentada al 99%, es decir, cuando la Ley 42 con una alícuota del 50% estaba vigente.

<sup>691</sup> Anexo C-177, p. 73.

los flujos de caja positivos", que el Plan de Desarrollo Oso muestra que la Ley 42 con una alícuota del 99% no alteró sustancialmente la rentabilidad de la inversión de Burlington y los informes anuales de ConocoPhillips para los ejercicios de 2006 a 2008 no muestran un deterioro de sus activos ecuatorianos<sup>692</sup>.

435. La Ley 42 con una alícuota del 99% se aplicó desde noviembre de 2007 a aproximadamente marzo de 2009. En 2008, el único año en el que la Ley 42 con una alícuota del 99% se aplicó durante el año completo, Burlington pagó las cuotas según la Ley 42 por la suma de USD 201,33 millones (42,5% de la totalidad de las cuotas según la Ley 42 por la suma de USD 240,78 millones) correspondientes al Bloque 7<sup>693</sup>), y USD 100,76 millones (46,25% de la totalidad de las cuotas según la Ley 42 por la suma de USD 217,86 millones) correspondientes al Bloque 21<sup>694</sup>. En su conjunto, en 2008, Burlington pagó las cuotas según la Ley 42 por una suma total de USD 203,09 millones. El impacto real de la Ley 42, teniendo en cuenta que Burlington, en todo caso, debería haber pagado el impuesto a la renta (25%) y las participaciones laborales (15%) en virtud de esta suma, alcanza un total de USD 121,85 millones.
436. Las Partes discrepan en concreto acerca de si Burlington sufrió pérdidas o percibió ganancias en 2008. Su falta de acuerdo parece surgir de diferentes herramientas de análisis empleadas por las Partes para valorar las operaciones de Burlington. Burlington se basa en sus estados contables, que incluyen una amortización de USD 106,29 millones en 2008. Por el contrario, Ecuador argumenta que los estados contables y las amortizaciones presentan una imagen distorsionada de la realidad económica de las operaciones de Burlington y que el análisis correcto debería efectuarse sobre la base de los flujos de caja.
437. Según Burlington, la amortización permite determinar el impacto de la Ley 42 con una alícuota del 99% sobre su inversión. Para determinar correctamente este impacto, se deberán considerar las inversiones pasadas del Consorcio, es decir, amortizadas. Burlington sostiene que Fair Links excluyó inadecuadamente de su análisis el impacto de las inversiones de capital realizadas por el Consorcio. En el interrogatorio directo, el Sr. Martínez explicó que la amortización significaba que un dólar gastado en un determinado año en concepto de inversiones de capital no

---

<sup>692</sup> Ecuador también argumenta que la Ley 42 con una alícuota del 99% no fue expropiatoria para Burlington porque no provocó una privación "permanente". Esta objeción ya ha sido tratada en el contexto de la Ley 42 con una alícuota del 50% por los mismos motivos que se aplican en esta instancia y con la misma intensidad.

<sup>693</sup> IP Fair Links, apéndice 11; EPAB, anexo 3.

<sup>694</sup> IP de Fair Links, apéndice 11.

necesitaba ser contabilizado ese año en particular, sino que podía distribuirse entre los próximos tres a cinco años, según el tipo de activo y la tasa de amortización. El Sr. Martínez testificó que los estados contables incluían adecuadamente la amortización de las inversiones pasadas por los siguientes motivos:

"Hay que reflejar el capital. Hay que reflejar la inversión que uno realiza a fin de generar los ingresos. Si uno va a salir a comprar un automóvil, no lo compra con nada. Hay que reflejar el precio y la inversión.

La amortización es simplemente una medida contable para reflejar esa inversión. Si uno resume toda esta inversión y los números no dan, no quedan equilibrados, hay que reflejarlo"<sup>695</sup>.

438. Tras las preguntas del Tribunal, el Sr. Martínez testificó que Fair Links omitió contabilizar los USD 60 millones correspondientes a las inversiones de capital efectuadas por el Consorcio, con las siguientes palabras:

"[E]l informe de Fair Links [es] impreciso. No muestra unos 60 millones de inversiones en ese cuadro [...]. [S]i uno ve cuál es la totalidad de las inversiones, no toman en cuenta la totalidad. No le puedo decir dónde les hizo falta, pero les hizo falta. [...] [N]osotros gastamos mucho dinero en el Bloque 21 en el 2006. Perforamos 11 pozos, creo. Es mucho dinero en el bloque. Para que sea positivo hay que recuperar esa inversión, y no se refleja [en el informe de Fair Links]" (énfasis agregado)<sup>696</sup>.

439. Según Ecuador, la herramienta para evaluar las operaciones económicas de Burlington es el análisis de los flujos de caja, porque no está afectado por las conversiones contables, como la amortización, que "puede llegar a distorsionar la comprensión del aspecto económico" de un proyecto<sup>697</sup>. En el interrogatorio directo, el Sr. Mélard de Feuarent de Fair Links definió los flujos de caja, los flujos de caja anuales y los flujos de caja acumulados:

"[¿Qué son los flujos de caja? Un proceso muy simple.] Lo que se hace es saber qué es lo que uno saca del bolsillo a inicios de la inversión, qué es lo que saca del bolsillo para efectuar las inversiones. Y se trata de cosas que entran y salen del bolsillo, y esto es lo que constituye el flujo de caja anual. [En el siguiente gráfico], usted verá que los flujos de caja anuales están representados por las barras grises. [...].

El flujo de caja anual no les ayudará a analizar la rentabilidad general del proyecto [...]. La rentabilidad de un proyecto a largo plazo debe considerarse como la suma de los flujos de caja anuales durante todo el período de vigencia del proyecto [...].

---

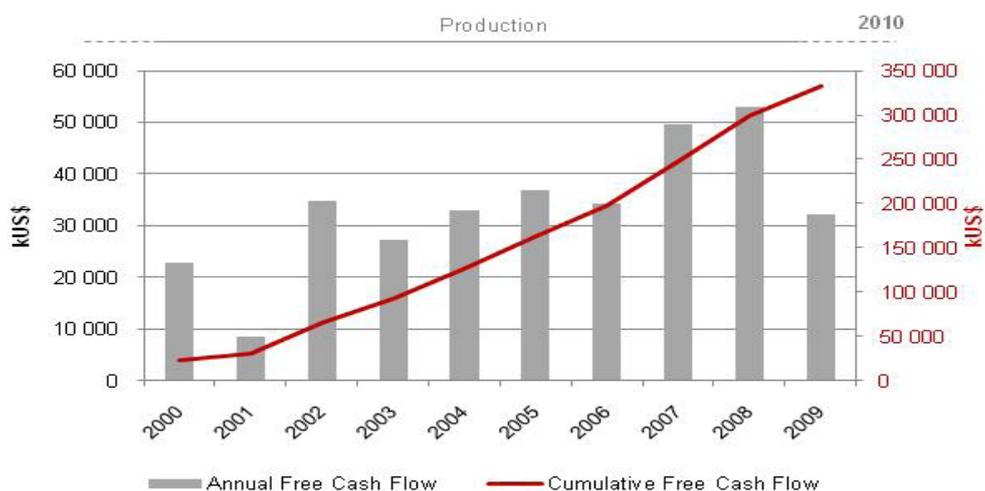
<sup>695</sup> Tr. 370:20-22, 371:1-7.

<sup>696</sup> Tr. 543:21-22, 544:14-20.

<sup>697</sup> IP Fair Links, ¶¶ 92-93; Tr. 1199:1-4.

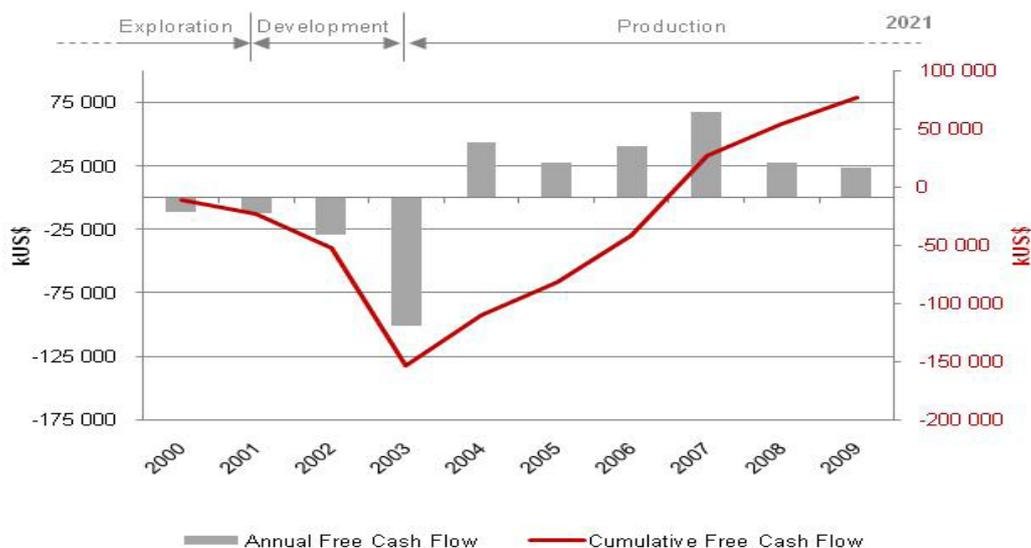
Esta suma queda representada en nuestro gráfico por la línea roja, que representa el flujo de caja acumulado a partir del año 2000" (énfasis agregado)<sup>698</sup>.

440. De conformidad con el Informe de Fair Links<sup>699</sup>, los flujos de caja libres, tanto anuales como acumulados, correspondientes al Bloque 7 fueron los siguientes:



Inglés	Español
Production	Producción
Annual Free Cash Flow	Flujo de caja libre anual
Cumulative Free Cash Flow	Flujo de caja libre acumulado

441. Con respecto al Bloque 21, los flujos de caja libres, tanto anuales como acumulados, fueron los siguientes:



<sup>698</sup> Tr. 1194:20-22, 1195:1-6, 1196:20-22, 1197:1-11.

<sup>699</sup> IP Fair Links, p. 32.

Inglés	Español
Exploration	Exploración
Development	Desarrollo
Production	Producción
Annual Free Cash Flow	Flujo de caja libre anual
Cumulative Free Cash Flow	Flujo de caja libre acumulado

442. De conformidad con este análisis de los flujos de caja, Fair Links llegó a la siguiente conclusión:

"La Ley 42 y el Decreto 622 no alteraron la tendencia global de los flujos de caja positivos. De hecho, para ambos Bloques, las participaciones de efectivo anuales más significativas durante la vida de los Proyectos se efectuaron en 2007 (Bloque 21) o en 2008 (Bloque 7), es decir, cuando la Ley 42 y el Decreto 622 eran totalmente aplicables" (énfasis agregado)<sup>700</sup>.

443. Ecuador argumenta adicionalmente que los estados contables de Burlington muestran una tasa de amortización excesiva. Para el ejercicio 2008, los estados contables informan de una amortización acumulada para los Bloques de aproximadamente 80%<sup>701</sup>. Fair Links observó que para el 2006, solo dos años antes al inicio de actividades del Bloque 21, la amortización era de 42%. Dado que la vigencia de los CP se extendía hasta 2021, "esto muestra claramente que [...] hay una sobrecarga hacia la amortización"<sup>702</sup>. Como resultado, Fair Links concluye que "[e]sto ilustra muy bien por qué los estados financieros como [los del Consorcio] no son una buena forma para entender la rentabilidad de un contrato a largo plazo"<sup>703</sup>.

444. El Tribunal acepta que las inversiones pasadas deben contabilizarse y que por lo tanto parece justo considerar la amortización. Al mismo tiempo, el Tribunal señala que la tasa de amortización acumulada es considerable, dado que alcanzó aproximadamente 80% en el Bloque 21 en 2008, a pesar de que el Consorcio tenía derecho a operar en este Bloque hasta 2021. Incluso si las tasas de amortización utilizadas fueron requeridas por el derecho ecuatoriano, como alegó Burlington<sup>704</sup>, o son conformes a los principios contables, esto no significa que los

<sup>700</sup> IP Fair Links, ¶ 94.

<sup>701</sup> Tr. 456:12-457:16.

<sup>702</sup> Tr. 1206:17-19.

<sup>703</sup> Tr. 1206:19-22.

<sup>704</sup> Las inversiones fueron amortizadas según la distinción entre las inversiones de producción y preproducción. Las inversiones de preproducción fueron amortizadas en una base lineal durante un período de 5 años. Por otra parte, las inversiones de producción en base a la unidad de producción, es decir, aparentemente como una función del nivel de producción, aunque no existe una indicación clara en el expediente sobre cómo se debe aplicar este método (EPAB179 n. 221; anexos C-258 y C-259; notas 3(f) y (g); anexos C-260 a C-263, notas 3(f) y (h)).

Tribunales deban necesariamente invocar estas tasas para determinar si existió una expropiación en virtud del Tratado.

445. Parece que la pérdida sufrida por Burlington en 2008 era atribuible a la alta tasa de amortización<sup>705</sup>. En efecto, antes de la amortización, el Consorcio percibió ganancias de USD 62,3 millones en 2008<sup>706</sup>, pagando ese año aproximadamente USD 10 millones en concepto de impuestos a la renta<sup>707</sup>. Por lo tanto, el Tribunal considera que incluso si Burlington hubiera registrado una pérdida contable en 2008, esto no sería en sí suficiente para probar que la Ley 42 con una alícuota del 99% ocasionó una privación sustancial del valor de sus inversiones<sup>708</sup>.
446. Asimismo, el enfoque de Fair Links sobre los flujos de caja, que no dejó de lado las inversiones de capital pasadas del Consorcio, sino que las tuvo en cuenta en el año en el que se incurrieron<sup>709</sup>, lleva a concluir que, a pesar de la Ley 42 con una alícuota del 99%, el Consorcio aún estaba registrando una "tendencia global de los flujos de caja positivos"<sup>710</sup>, tanto anual como acumulada, en cada uno de los Bloques<sup>711</sup>. En la audiencia, el Sr. Mélard de Feuarent testificó en representación de Fair Links, que "el flujo de caja era positivo en 2008 [...] lo cual quiere decir que la empresa [...] no estaba sacando dinero sino recibiendo dinero para las operaciones"<sup>712</sup>. Esta prueba tiende a refutar las alegaciones de Burlington acerca de una privación sustancial.

---

<sup>705</sup> En efecto, Burlington prácticamente no realizó ninguna inversión en los Bloques en 2008: invirtió USD 1,39 millones en el Bloque 7 y no realizó ninguna inversión en el Bloque 21 (EPAB, ¶ 50; anexos C-258 a C-260 y C-418 a C-419). No obstante, estos estados contables reflejan las amortizaciones por una suma total de USD 106,29 millones. Esto no permite determinar adecuadamente los efectos de la Ley 42 con una alícuota del 99% en 2008 por el peso de las inversiones de capital anteriores. De hecho, en 2008, las amortizaciones del Consorcio implicaron aproximadamente 50% de sus gastos totales; USD 106,29 millones de USD 224,66 millones (IP Fair Links, apéndice 11; EPAB, anexo 2).

<sup>706</sup> En 2008, la ganancia bruta del Consorcio alcanzó los USD 180,7 millones, y su costo total antes de la amortización era USD 118,369. Por lo tanto, antes de la amortización, el Consorcio percibió una ganancia de USD 62,3 millones (IP Fair Links, apéndice 11; EPAB, anexo 2).

<sup>707</sup> El Consorcio pagó USD 9,78 millones en concepto de impuestos a la renta y USD 6,9 millones en concepto de participaciones laborales. IP Fair Links, apéndice 11; EPAB, anexo 2.

<sup>708</sup> El Tribunal encuentra una conclusión similar en el caso *Paushok*, en el que el tribunal efectuó la siguiente observación: "Una pérdida de ese monto por un año no es una cuestión que lleve a la destrucción de una empresa en funcionamiento", *Paushok c. Mongolia*, laudo sobre jurisdicción y responsabilidad del 28 de abril de 2011, ¶ 334 (traducción del tribunal).

<sup>709</sup> IP Fair Links, ¶ 92.

<sup>710</sup> IP Fair Links, ¶¶ 94, 96.

<sup>711</sup> *Id.*

<sup>712</sup> Tr. 1264:3-7.

447. Burlington ha invocado el plan quinquenal del 2008 del Consorcio como prueba de la proyección de las ganancias futuras con posterioridad a la promulgación de la Ley 42<sup>713</sup>. Este plan quinquenal muestra que Burlington aparentemente no realizaría nuevas inversiones, que la totalidad de la producción de petróleo anual declinaría en los años posteriores y que, como resultado, aumentaría el costo de producción por barril de petróleo extraído<sup>714</sup>. No obstante, el plan quinquenal no muestra que la inversión perderá su capacidad de generar una rentabilidad comercial futura a favor de Burlington<sup>715</sup>.
448. Por otra parte, los efectos de la Ley 42 con una alícuota del 99% sobre la inversión de Burlington también se podrían evaluar en virtud de la manera en la que se hubiera distribuido el valor monetario de un barril de petróleo asignado a Burlington Oriente conforme a los CP. Para el Bloque 7, el valor monetario de un barril de crudo Oriente era de USD 83,20 en noviembre de 2007, fecha en la cual el precio de referencia ajustado por la inflación era USD 30,85<sup>716</sup>, hubiera sido asignado de la siguiente manera: USD 31,37 por barril a favor de Burlington (USD 30,85 más un uno por ciento de USD 52,35), y USD 51,83 por barril a favor de Ecuador<sup>717</sup>. Por lo tanto, la Ley 42 con una alícuota del 99% privó a Burlington de un 62,3% del valor de cada barril de petróleo crudo Oriente asignado a su subsidiaria en virtud de los CP.
449. Para el Bloque 21, el precio de referencia original en marzo de 1995 era USD 15,36<sup>718</sup>. No parece haber prueba alguna en el expediente de un precio de referencia legal del barril de crudo Napo, ajustado por inflación, para noviembre de 2007. Suponiendo que el precio de referencia hubiera sido USD 19 en ese momento<sup>719</sup>, los beneficios del barril de petróleo Napo a USD 79,09 en noviembre

---

<sup>713</sup> Anexo C-187; Tr. 551:4-5, donde, en respuesta a la pregunta del Tribunal acerca de la proyección de las ganancias, los abogados de Burlington hicieron referencia al plan quinquenal.

<sup>714</sup> Anexo C-187, pp. 13, 22, 27 y 34.

<sup>715</sup> Alex Martínez declaró acerca de la disminución de la producción y el incremento de los costos por barril del plan quinquenal: "se llega a un punto donde se ve dónde se produce la intersección", es decir, supuestamente donde los costos excederán las ganancias (traducción del Tribunal de la versión en inglés de la transcripción, Tr. 547:22-548:4). Sin embargo, no es posible llegar a una conclusión únicamente en base a este documento de que los costos de producción por barril de petróleo habrían superado las ganancias en ese marco de tiempo de cinco años.

<sup>716</sup> EPAE, p. 89; DAAE, # 118.

<sup>717</sup> *Id.*

<sup>718</sup> Tr. 291:19-20.

<sup>719</sup> Las pruebas muestran que el precio de referencia correspondiente al Bloque 21 era de USD 19,06 en abril de 2008 (DAAB, Descripción, ## 39-40). Por lo que se puede suponer

de 2007<sup>720</sup> habrían sido distribuidos de la siguiente manera: USD 20,6 por barril a favor de Burlington (USD 20 más un uno por ciento de USD 59,09) y USD 58,5 por barril para Ecuador. Por lo tanto, la Ley 42 con una alícuota del 99% privó a Burlington de aproximadamente el 73,9% del valor de cada barril de crudo Napo asignado a su subsidiaria en virtud de los CP.

450. Otro enfoque para determinar los efectos de la Ley 42 con una alícuota del 99% ha sido favorecido por Burlington al presentar su caso, es considerar el porcentaje de reducción de la totalidad de las ganancias del petróleo de Burlington como resultado del impuesto. La Ley 42 con una alícuota del 99% redujo la cuota de la totalidad de las ganancias del petróleo de Burlington producidas en los Bloques (con posterioridad a los impuestos pero con los costos operativos incluidos) de 48,9% a 20,5% en el Bloque 7<sup>721</sup> (una reducción de 58%) y de 57,4% a 17,1% en el Bloque 21<sup>722</sup> (una reducción de 70,2%). Este enfoque confirma que la Ley 42 con una alícuota del 99% disminuyó considerablemente las ganancias de Burlington, pero no prueba que la inversión de Burlington haya perdido su rentabilidad o su valor.
451. Asimismo, Ecuador ha invocado el Plan de Desarrollo Oso del Consorcio y los informes anuales de ConocoPhillips con el fin de demostrar que la Ley 42 con una alícuota del 99% no fue expropiatoria. No obstante, Burlington presentó el Plan de Desarrollo Oso cuando la alícuota de la Ley 42 era del 50% y, por tanto esta consideración no tiene la importancia necesaria para analizar la alícuota impositiva del 99%. Asimismo, el hecho de que los informes anuales de ConocoPhillips no demuestren un deterioro para los períodos 2006 a 2008 sugiere que el grupo no consideró que la Ley 42 con una alícuota del 99% la había privado sustancialmente de su inversión en Ecuador en ese momento<sup>723</sup>. Por otra parte, la falta de un registro del deterioro en el informe anual puede tener otras explicaciones: el grupo podría haber considerado, por ejemplo, que aún podía ser compensado por el impuesto en virtud de los términos de los CP o que podría alcanzar un acuerdo con Ecuador. Por lo tanto, estas consideraciones no parecen ser dispositivas en la presente cuestión.

---

que el precio de referencia correspondiente al Bloque 21 habría sido de aproximadamente USD 19 en noviembre de 2007.

<sup>720</sup> IP Fair Links, anexos 4.3.1 y 4.3.2, incluido también al final de la documentación del interrogatorio directo a Martínez (separador precios del petróleo).

<sup>721</sup> EPAB, p. 180; DAAB (Descripción), # 36.

<sup>722</sup> EPAB, p. 181; DAAB (Descripción), # 39.

<sup>723</sup> Por el contrario, los informes anuales de ConocoPhillips para el ejercicio de 2009, el año en el cual Ecuador invirtió en los Bloques, sí muestran una desvalorización.

452. Con respecto al propósito de la Ley 42 con una alícuota del 99%, las Partes han presentado opiniones divergentes. Burlington argumenta que el propósito de la Ley 42 fue forzarlo a renunciar a sus derechos bajo los CP. Ecuador, por el contrario, alega que la Ley 42 tenía tres propósitos: (i) restaurar el equilibrio económico de los CP, (ii) lograr una distribución justa de la renta generada por el petróleo entre las compañías petroleras y el Estado e (iii) impulsar negociaciones entre las compañías petroleras y el Estado.
453. Las alegaciones de Ecuador acerca de que la Ley 42 pretendía restaurar el equilibrio económico de los CP no tiene soporte en el expediente. Tal y como se analizó en la Sección IV(C)(iv), Ecuador no invocó los CP al momento de renegociar los términos con Burlington. De manera similar, Ecuador aplicó la misma alícuota impositiva en todos los CP, lo que sugiere que tal alícuota impositiva no fue ajustada para restaurar el equilibrio económico específico de cada uno de los CP. Asimismo, cuando el Congreso ecuatoriano discutió el proyecto de ley que pasó a ser posteriormente la Ley 42, un congresista ecuatoriano señaló que la cuestión era si los CP podrían ser modificados:

"En virtud de esta Ley [44] se renegociaron varios contratos [petroleros]. Uno de los contratos que fue renegociado, en primer lugar [fue el del] bloque Tarapoa, y esa renegociación fue tan bien hecha que se incluyó la [cláusula] que leyó el [primer congresista], por la cual, cuando el barril de petróleo supera los 17 dólares, [las ganancias] se comparte[n] entre el Estado y la contratista: 50% y 50%. Después vinieron otras renegociaciones, [...] y en esas renegociaciones, curiosamente, no se incluyó la cláusula que si existe en el contrato con [Tarapoa]. Ahora, frente al proyecto enviado por el Presidente de la República, hemos discutido si mediante ley podemos o no modificar, unilateralmente, contratos petroleros con efecto retroactivo. Esa y no otra es la discusión jurídica" (énfasis agregado)<sup>724</sup>.

454. Ecuador afirma también que promulgó la Ley 42 para lograr una distribución justa de la renta generada por el petróleo. En efecto, el expediente sostiene la afirmación de que Ecuador percibió que el incremento significativo de los precios del petróleo creó una situación inequitativa en la que las compañías petroleras percibían ganancias extraordinarias que no les correspondían, en perjuicio del Estado. El Tribunal reconoce que una distribución justa de la renta puede haber sido el objetivo general y ciertamente legítimo de Ecuador. No obstante, en virtud de los hechos específicos de este caso, Ecuador tenía un compromiso de respetar las cláusulas de absorción de impuestos incluidas en los CP.

---

<sup>724</sup> Anexo C-177, p. 103.

455. Finalmente, Ecuador alega que la Ley 42 pretendía hacer que las compañías petroleras negociasen con el Estado. Si bien este objetivo podría haber estado relacionado con la opinión de Ecuador de que la asignación de ganancias del petróleo en virtud de los CP fue injusta, no provee ningún fundamento para desestimar los derechos de Burlington en virtud de los CP. Ecuador parece haber promulgado la Ley 42 sin pretender aplicar el factor de corrección requerido por las cláusulas de absorción de impuestos de los CP. Esta manera de proceder da credibilidad a las alegaciones de Burlington acerca de que la Ley 42 pretendió forzar a Burlington a renunciar a sus derechos en virtud de los CP. En cualquier caso, como afirmó el tribunal en el caso *Tippetts*: "[l]a intención del gobierno es menos importante que los efectos que tienen las medidas [...]"<sup>725</sup>. En particular, la intención del Estado en sí misma no puede reemplazar la falta de efectos que implica la privación sustancial de la inversión.
456. Habiendo considerado todas las pruebas, el Tribunal no está convencido de que la Ley 42 con una alícuota del 99% privara sustancialmente a Burlington del valor de su inversión. Si bien la Ley 42 con una alícuota del 99% disminuyó considerablemente las ganancias de Burlington, las alegaciones de Burlington de que su inversión perdió su valor y rentabilidad no han sido corroboradas. Por el contrario, las pruebas muestran que, a pesar de la promulgación de la Ley 42 con una alícuota del 99%, la inversión no perdió su capacidad para generar una rentabilidad comercial. Finalmente, a pesar de que las pruebas muestran que Ecuador promulgó la Ley 42 sin intención de cumplir con las cláusulas de absorción de impuestos, no puede haber expropiación en ausencia de una privación sustancial.
457. Por los motivos mencionados, el Tribunal concluye que los efectos de la Ley 42 con una alícuota del 99% no fueron una medida equivalente a la expropiación y, por lo tanto, que la Ley 42 con una alícuota del 99% no llevó a la expropiación de la inversión de Burlington. El Árbitro Orrego Vicuña no está de acuerdo con estas conclusiones por los motivos expuestos en la opinión disidente adjunta.

3.3. ¿Expropió Ecuador la inversión de Burlington al ejecutar la Ley 42 por medio del juicio de coactivas, las incautaciones y los remates?

3.3.1. Posición de Burlington

458. Burlington argumenta que las incautaciones coactivas y los remates constituyeron una toma total y directa porque tuvieron el efecto de destruir el valor de su

---

<sup>725</sup> *Tippetts*, véase la nota 655 anterior.

inversión<sup>726</sup>. Específicamente, Burlington alega que (i) el juicio de coactivas fue en sí mismo una violación de los CP y la orden de medidas provisionales del Tribunal, (ii) el juicio de coactivas fue una represalia por la negativa de Burlington a renunciar a sus derechos en virtud de los CP y (iii) el juicio de coactivas fue una medida expropiatoria<sup>727</sup>.

459. En primer lugar, el juicio de coactivas violó los CP, los cuales establecieron que un porcentaje de la producción de petróleo sería asignada a Burlington. Asimismo, el proceso también fue contrario a la orden de medidas provisionales del Tribunal<sup>728</sup>. El 14 de febrero de 2009, el Presidente Correa afirmó en una conferencia de prensa que "es[te] país no hará caso a instancias extra regionales que quieren decirnos qué hacer o no hacer"<sup>729</sup>. En virtud de esta política, Ecuador hizo caso omiso a las órdenes del Tribunal de que se discontinuara el juicio de coactivas<sup>730</sup>.
460. En segundo lugar, Burlington alegó que el juicio de coactivas era una represalia por su negativa a renunciar a sus derechos en virtud de los CP<sup>731</sup>. En junio de 2008, el Consorcio comenzó a efectuar los pagos debidos bajo la Ley 42 depositándolos en una cuenta bancaria separada. Durante ocho meses, Ecuador no planteó ninguna objeción contra esa práctica. Ecuador no registró ninguna queja, no notificó a Burlington sobre ninguna confiscación conforme a la Ley 42, ni tomó ninguna medida para hacer cumplir la ley<sup>732</sup>. Solo después de que Burlington se mantuviera firme durante el proceso de renegociación, que finalizó en diciembre de 2008, inició Ecuador el juicio de coactivas<sup>733</sup>. El carácter arbitrario y discrecional del proceso de coactivas confirmó que se utilizó como una herramienta de represalia contra Burlington tras el cese de las renegociaciones<sup>734</sup>.
461. En tercer lugar, Burlington alega que el juicio de coactivas fue una medida expropiatoria<sup>735</sup>. Señala que el proceso de remate fue un fracaso porque ningún organismo más allá de PetroEcuador estaba dispuesto a participar en el remate. Los postores potenciales fueron aparentemente disuadidos de participar porque la

---

<sup>726</sup> MCB, ¶ 88.

<sup>727</sup> *Id.*, ¶ 87-88.

<sup>728</sup> *Id.*, ¶ 88.

<sup>729</sup> Anexo C-51, p. 2; Mem. ¶ 237; MCB, ¶37.

<sup>730</sup> EPAB, ¶¶ 94, 97, 99.

<sup>731</sup> MCB, ¶ 87.

<sup>732</sup> EPAB, ¶ 247.

<sup>733</sup> *Id.*, ¶ 93.

<sup>734</sup> *Id.*, ¶¶ 90, 93.

<sup>735</sup> MCB, ¶¶ 88, 90-91.

propiedad de los cargamentos de petróleo era objeto de controversia<sup>736</sup>. Esto permitió que PetroEcuador adquiriese el petróleo incautado con unos elevados descuentos del 33% al 50%. El proceso de remate fallido perjudicó a Burlington dado que dio lugar a una compensación menor de los montos presuntamente adeudados conforme a la Ley 42. PetroEcuador, por el contrario, se benefició de este proceso fallido dado que pudo adquirir el petróleo a un precio inferior al precio de mercado, para después acabar revendiéndolo a precio de mercado<sup>737</sup>.

462. El juicio de coactivas constituyó una "toma total" porque tuvo el efecto de destruir el valor de la inversión de Burlington<sup>738</sup>. El juicio de coactivas privó a Burlington de cualquier tipo de ingreso<sup>739</sup>. Como resultado, Burlington tuvo que financiar una inversión de la que no obtuvo ninguna ganancia. Al igual que los inversores del caso *Benvenuti c. Congo y Starrett Housing c. Iran*, Burlington fue privado del "derecho a recibir una porción de la producción"<sup>740</sup>. Por lo tanto, el juicio de coactivas fue una toma directa de los activos tangibles de Burlington y de los beneficios económicos de su inversión<sup>741</sup>. Asimismo, al igual que como se estableció en el caso *Saipem*, el juicio de coactivas también constituyó la expropiación del derecho de Burlington de resolver la controversia en el tribunal del CIADI, dado que violaba de la orden de medidas provisionales del Tribunal<sup>742</sup>.

### 3.3.2. Posición de Ecuador

463. Ecuador establece que el juicio de coactivas simplemente ejecutó la Ley 42<sup>743</sup>. Este proceso fue la consecuencia legal normal de la negativa de Burlington de pagar sus cuotas según la Ley 42<sup>744</sup>. En oposición a las alegaciones de Burlington, (i) Ecuador consideró debidamente las recomendaciones de medidas provisionales del Tribunal antes de comenzar el juicio de coactivas, (ii) el juicio de coactivas se inició en aplicación de derecho ecuatoriano y no fue una represalia por la negativa de Burlington a firmar los acuerdos transitorios (iii) el juicio de coactivas no es una medida expropiatoria.

---

<sup>736</sup> *Id.*, ¶ 53.

<sup>737</sup> *Id.*, ¶¶ 54, 74; EPAB, ¶¶ 103-104; Tr. 756:17-575:16.

<sup>738</sup> MCB, ¶ 88.

<sup>739</sup> EPAB, ¶ 8.

<sup>740</sup> MCB, ¶ 92.

<sup>741</sup> *Id.*, ¶ 90-91.

<sup>742</sup> EPAB, ¶ 137.

<sup>743</sup> CME, ¶ 531.

<sup>744</sup> EPAE, § 3.1.

464. En primer lugar, no es cierto Ecuador ignorara las medidas provisionales del Tribunal, como Burlington quiere hacer creer al Tribunal. En la audiencia, los Ministros Pastor, Palacios y Pinto testificaron que ellos consideraron muy seriamente las recomendaciones del Tribunal<sup>745</sup>. Tal y como declaró el Ministro Pinto en la audiencia, Ecuador "analizó con mucho cuidado y con mucha cautela los pronunciamientos del Tribunal"<sup>746</sup>. En virtud del derecho ecuatoriano, los funcionarios públicos tenían el deber de ejecutar la Ley 42, bajo pena de responsabilidad civil y penal. La ejecución de la Ley 42 no era por tanto una cuestión discrecional bajo el derecho ecuatoriano<sup>747</sup>.
465. En segundo lugar, Ecuador alega que el juicio de coactivas se inició para ejecutar la Ley 42 y no como represalia en contra de Burlington. En virtud del derecho ecuatoriano, PetroEcuador estaba facultado para cobrar las cuotas adeudadas según la Ley 42<sup>748</sup>. En relación con el supuesto retraso de ocho meses al comenzar el juicio de coactivas, Ecuador alega que no quería obstaculizar las negociaciones en curso con Burlington y que las cuotas adeudadas según la Ley 42 fueron calculadas y liquidadas anualmente. Por lo tanto, Ecuador tuvo que esperar hasta el final del año 2008 para ejecutar la Ley 42<sup>749</sup>.
466. En tercer lugar, Ecuador rechaza el argumento de Burlington de que el juicio de coactivas fue expropiatorio porque PetroEcuador adquirió la producción incautada a un "descuento considerable"<sup>750</sup>. En el primer remate, no se presentaron posturas, por lo que se acordó una segunda ronda de remate. En esta segunda ronda, PetroEcuador presentó una postura al 50% del valor del petróleo determinado, como lo autorizaba el derecho ecuatoriano. En todos los remates posteriores, PetroEcuador presentó posturas en la primera ronda por un poco más de dos tercios del valor determinado del petróleo, también de conformidad con el derecho ecuatoriano<sup>751</sup>.
467. PetroEcuador presentó posturas únicamente porque no había otros postores por culpa del Consorcio. De hecho, el Consorcio amenazó con iniciar un proceso judicial contra cualquier compañía que adquiriera el petróleo incautado. Ninguna

---

<sup>745</sup> EPAE, ¶ 359.

<sup>746</sup> Tr. 746:1-3.

<sup>747</sup> EPAE, ¶¶ 361-364.

<sup>748</sup> CME, ¶¶ 531-532, 536.

<sup>749</sup> EPAE, ¶¶ 372-375.

<sup>750</sup> CME, ¶¶ 541-544 (traducción del Tribunal).

<sup>751</sup> *Id.*, ¶¶ 545-546.

otra compañía presentó posturas a causa de estas amenazas<sup>752</sup>. Esta interferencia con los remates dañó tanto al Estado como al Consorcio, dado que retrasó el acuerdo acerca de las cuotas adeudadas según la Ley 42. Por lo tanto, Burlington y Perenco solo se pueden culpar a sí mismos si el proceso de remate dio lugar a "compensaciones reducidas" de las cuotas adeudadas según la Ley 42<sup>753</sup>.

468. En cualquier caso, Burlington no ha logrado demostrar que el juicio de coactivas tuviera el efecto de destruir el valor de la totalidad de su inversión. El juicio de coactivas fue económicamente neutral, dado que las cuotas adeudadas según la Ley 42 fueron extinguidas cuando se confiscó el petróleo<sup>754</sup>. Asimismo, Burlington ha argumentado inadecuadamente, al basarse en el caso *Saipem*, que la decisión de Ecuador de no cumplir con la recomendación del Tribunal equivalió a una expropiación. La amplia interpretación de *Saipem* de una inversión, expresamente desestimada en el caso *GEA c. Ucrania*, no es aplicable a una medida provisional cuyo propósito era impedir el agravamiento de la diferencia<sup>755</sup>. En resumen, Burlington no ha demostrado que el juicio de coactivas haya sido expropiatorio<sup>756</sup>.

### 3.3.3. Análisis

#### a. El estándar de expropiación

469. Burlington alega que las medidas de coactivas constituyeron una expropiación total y directa de su inversión. Ecuador citó el caso *LG&E c. Argentina*, para alegar que una expropiación directa es una "apropiación forzosa por el Estado de la propiedad tangible o intangible de particulares, a través de actos administrativos o por la acción legislativa"<sup>757</sup>. Burlington no contestado esta definición, y con razón.
470. En esta controversia resultante de una inversión, la "propiedad" protegida por la cláusula de expropiación del Tratado es la totalidad de la inversión de Burlington en Ecuador ("[l]as inversiones no se expropiarán [...]") No obstante, esta apropiación forzosa o toma solo afectó al petróleo incautado y no a la inversión completa como se definió anteriormente. Por lo tanto, en virtud del Tratado, no puede existir una expropiación directa de la inversión como resultado de las incautaciones *per se*.

---

<sup>752</sup> *Id.*, ¶¶ 547-549.

<sup>753</sup> *Id.*, ¶¶ 550-551 (traducción del Tribunal).

<sup>754</sup> *Id.*, ¶ 556; RP1, ¶ 84.

<sup>755</sup> EPAE, ¶¶ 382-390.

<sup>756</sup> CME, ¶ 559.

<sup>757</sup> *Id.* ¶ 466. *LG&E Energy Corp. LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina*, decisión sobre responsabilidad del 3 de octubre de 2006, ¶ 187 (anexo EL-140).

471. Siendo esto así, las alegaciones de Burlington van más allá, en el sentido de que argumenta que el efecto de las medidas de coactivas no solo fue privarle del petróleo incautado y de las ganancias resultantes, sino más generalmente destruir el valor económico de su inversión. Según el Tribunal, este efecto se aproxima más a una expropiación indirecta que a una toma directa. Como resultado, acudirá al mismo test que empleó para la supuesta expropiación en virtud de la Ley 42. De hecho, Ecuador ha alegado (y Burlington no ha objetado) que los siguientes requisitos son necesarios:

- (i) una privación sustancial del valor de la totalidad de la inversión ("Burlington no ha logrado demostrar como el juicio de coactivas tuvo el supuesto efecto de destruir el valor de su inversión total"),
- (ii) una medida permanente ("una incautación efímera no es una expropiación") y
- (iii) una medida injustificada en virtud de la doctrina del poder policial ("un Estado puede justificar privaciones de bienes en virtud de sus poderes policiales con el fin de promover el bienestar general y ejercer sus leyes dentro de su territorio")<sup>758</sup>.

b. ¿Las medidas de coactivas en ejecución de la Ley 42 expropiaron la inversión de Burlington?

472. La primera incautación coactiva tuvo lugar alrededor del 27 de marzo de 2009, cuando el Consorcio recibió una notificación del juez a cargo del proceso informando que se había incautado un cargamento y que un perito había determinado su valor<sup>759</sup>. El 16 de julio de 2009, Ecuador tomó posesión de los yacimientos, una nueva medida que, a pesar de ser parte de una cadena de hechos continua, es analíticamente independiente de las medidas de coactivas<sup>760</sup>. Por lo tanto, las medidas de coactivas adecuadas, es decir, aquellas medidas de coactivas que no se superponen con la intervención de Ecuador en los Bloques, solo tuvieron lugar entre el 27 de marzo y el 15 de julio de 2009. El Tribunal abordará en esta instancia este período de tres meses y medio.

473. En virtud del estándar establecido anteriormente, el Tribunal debe determinar si las medidas de coactivas fueron una "apropiación forzosa" que (i) privó

---

<sup>758</sup> CME ¶¶ 556, 662, 626 (traducción del Tribunal).

<sup>759</sup> MCB, ¶ 45.

<sup>760</sup> *Id.*, ¶ 65; CME, ¶ 578.

sustancialmente a Burlington del valor de su inversión, (ii) de manera permanente y (iii) no encontró justificación en la doctrina del poder policial.

474. El Tribunal debe determinar primero si las medidas de coactivas ocasionaron una privación sustancial del valor de la inversión de Burlington. En principio, el impacto económico de las medidas de coactivas no debería haber sido superior al impacto económico del impuesto que debían ejecutar, es decir, la Ley 42 con una alícuota del 99%. Tal como ha argumentado Ecuador, el efecto económico de las medidas de coactivas debería haber sido "económicamente neutrales"<sup>761</sup>: por cada dólar de petróleo incautado y rematado, se habría extinguido un dólar adeudado conforme a la Ley 42. Al fin y al cabo, en la carta de fecha 2 de julio de 2009, Ecuador ha garantizado confinar las medidas de coactivas al "petróleo con valor equivalente a los montos pendientes de pago"<sup>762</sup>.
475. En realidad, las medidas de coactivas no resultaron ser "económicamente neutrales". Comprendieron los efectos del impuesto de la Ley 42 con una alícuota del 99%. Esto ocurrió porque no hubo más postores que PetroEcuador durante las diferentes rondas de remate. Como único postor, PetroEcuador regularmente presentó posturas inferiores al precio de mercado, como lo autoriza el derecho ecuatoriano en tales circunstancias. El resultado final fue que los beneficios del remate del petróleo incautado fue siempre más bajo que el valor de mercado real de ese petróleo<sup>763</sup>. Por consiguiente, se debería haber incautado y rematado más petróleo que el petróleo con valor equivalente a los montos pendientes de pago para cancelar las cuotas adeudadas según la Ley 42. En resumen, el juicio de coactivas en realidad agravó el impacto económico de la Ley 42 con una alícuota del 99%.
476. Por lo tanto, el Tribunal debe determinar si los efectos económicos compuestos de las medidas de coactivas, por encima de los efectos de la Ley 42 con una alícuota del 99%, pueden atribuirse a Ecuador. Esto se reduce a determinar si la ausencia de postores, más allá de PetroEcuador, durante las múltiples rondas de remate puede atribuirse a Ecuador. Burlington inicialmente conjeturó que la razón de la ausencia de postores se debió a que la "propiedad de los cargamentos de petróleo estaba en disputa y sujeta a las reglas de las medidas provisionales de los

---

<sup>761</sup> CME, ¶ 556 (traducción del Tribunal).

<sup>762</sup> Carta de Ecuador al CIADI de fecha 2 de julio de 2009, p. 4 (anexo C-202) (traducción del Tribunal).

<sup>763</sup> MCB, ¶¶ 53, 57, 74-76; CME, ¶¶ 543-547.

tribunales de *Burlington y Perenco*<sup>764</sup>. Aparte de la declaración testimonial del Sr. Alex Martínez<sup>765</sup>, no existe prueba alguna que respalde esta afirmación.

477. Por su parte, Ecuador ha alegado, con pruebas respaldatorias, que la razón por la cual otros postores no participaron de los remates fue que "el Consorcio amenazó con iniciar acciones legales contra las compañías que adquirieran el petróleo incautado"<sup>766</sup>. Burlington no ha negado esta alegación, ni ha presentado pruebas que ofrezcan una explicación diferente a la manera en la que se los remates<sup>767</sup>. Por lo tanto, no existe una base probatoria suficiente que permita atribuir a Ecuador la ausencia de postores, más allá de PetroEcuador, durante las rondas de remate. Por este motivo, el Tribunal considera que los efectos compuestos de las medidas de coactivas, además de los efectos de la Ley 42 con una alícuota del 99%, no son atribuibles a Ecuador.
478. Burlington afirma que las medidas de coactivas fueron expropiatorias dado que "provocaron la destrucción del valor de sus inversiones"<sup>768</sup>. Estas medidas habrían destruido el valor de las inversiones de Burlington porque lo privaron del derecho a percibir ganancias. El Tribunal no está de acuerdo. Al margen de la ausencia de postores en los remates – situación que no es atribuible a Ecuador –, los efectos económicos de las medidas de coactivas habrían tenido la misma extensión que aquellos de la Ley 42 con una alícuota del 99%. Dado que la Ley 42 con una alícuota del 99% no privó a Burlington del derecho a percibir ganancias de sus inversiones, se debe llegar a la misma conclusión con respecto a las medidas de coactivas. Es verdad que las incautaciones de petróleo parecen ser una forma de privación más intrusiva que las obligaciones tributarias, pero desde un punto de vista económico el impacto de las medidas de coactivas no puede diferenciarse del efecto de la Ley 42 con una alícuota del 99%<sup>769</sup>.

---

<sup>764</sup> MCB, ¶ 53 (traducción del tribunal).

<sup>765</sup> Martínez DT supl. 2, ¶ 10.

<sup>766</sup> CME, ¶ 548 (traducción del Tribunal).

<sup>767</sup> Burlington sí ha argumentado que "las partes privadas presentaron posturas más altas que PetroEcuador" en el último remate registrado del 16 de abril de 2010, pero que estas posturas "fueron invalidadas por el juez a cargo de juicio de coactivas" (MCB, ¶ 75). El Tribunal señala que esto ocurrió únicamente en el último remate de abril de 2010, es decir, mucho después del período de marzo a julio de 2009 aquí analizado. Asimismo, Burlington no ha alegado que las posturas invalidadas hayan sido inadecuadamente invalidadas. Por lo tanto, esta alegación es insuficiente para demostrar que la razón por la cual no hubieron otros postores más allá de PetroEcuador durante las diferentes rondas de remate fue atribuible a Ecuador.

<sup>768</sup> MCB, ¶ 88 (traducción del Tribunal).

<sup>769</sup> En la RP1, el Tribunal señaló que los argumentos de la Demandada de que las medidas de coactivas fueron económicamente neutrales con respecto al impuesto de la Ley 42 "perdió

479. Burlington alega en concreto que fue privado del derecho a percibir ganancias, como los inversores en los casos *Benvenuti c. Congo* ("*Benvenuti*") y *Starrett Housing c. Irán* ("*Starret Housing*")<sup>770</sup>. En efecto, las medidas de coactivas de Ecuador incautaron la totalidad de la participación petrolera de Burlington, y, por lo tanto, la totalidad de sus ganancias, durante el período de tiempo que estuvieron vigentes. Pero esto fue simplemente porque estaban ejecutando la suma total de los impuestos adeudados en 2008 por Burlington conforme a la Ley 42<sup>771</sup>. Una vez que estos impuestos adeudados hubieran sido pagados, Burlington hubiera continuado percibiendo su participación en la producción de petróleo, al valor económico disminuido por cualquier nuevo impuesto de la Ley 42. En conclusión, el efecto económico de las medidas de coactivas no habría sido superior a los de los impuestos de la Ley 42.
480. Además, ni el caso *Benvenuti* ni el caso *Starret Housing* son completamente apropiados para el presente procedimiento arbitral. Si bien el tribunal en el caso *Benvenuti* "responsabilizó a Congo por confiscar el primer cargamento de agua embotellada" producido por la empresa conjunta entre Benvenuti y Congo, no sostuvo que esa medida fuera expropiatoria<sup>772</sup>. Por otra parte, en el caso *Starrett Housing*, el tribunal sostuvo que Irán había expropiado los derechos de las demandantes para "percibir el producido de las ventas de departamentos"<sup>773</sup>, pero solo después de que las demandantes había sido privadas del "uso y control efectivo"<sup>774</sup> de sus derechos sobre la propiedad de la inversión, una conclusión

---

el rumbo" (RP1, ¶ 84). El contexto en el cual el Tribunal efectuó esta afirmación no es comparable al presente procedimiento. El propósito de la RP1 era impedir provisionalmente que se agravase la controversia sobre la base de los conocimientos *prima facie* del Tribunal del caso. Dado que las incautaciones de petróleo son más intrusivas que las obligaciones tributarias, suponían un mayor riesgo de "deteriorar la relación" entre las Partes y, por ende, de agravar la controversia.

<sup>770</sup> MCB, ¶¶ 91-92.

<sup>771</sup> Burlington no pagó los impuestos conforme a la Ley 42 a Ecuador, sino que depositó el dinero directamente en una cuenta bancaria separada (MCB, ¶ 33; CME, ¶¶ 562, 590).

<sup>772</sup> MCB, ¶ 91; *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant c. la República Democrática del Congo*, laudo de 8 de agosto de 1980 (anexo CL-21). En realidad, Congo no "confiscó el primer cargamento de agua embotellada", como alegó Burlington. Por el contrario, Siacongo, una sociedad del Estado, simplemente no pagó las 800.000 botellas entregadas por Plasco, la empresa conjunta entre Benvenuti y Congo (*Id.*, ¶¶ 2.17, 4.38-4.40). En concreto, Benvenuti alegó que "el Gobierno no cumplió su obligación económica contractual con respecto a Plasco, dado que no tomó medidas para obligar a Siacongo, una sociedad del Estado, a ejercer su contrato con Plasco" (*Id.*, ¶ 4.8(3)). Por lo tanto, la cuestión se refería al ejercicio de un contrato y no una expropiación. Mientras que existió un reclamo por expropiación, este reclamo se refería a las acciones de Benvenuti en Plasco, no el cargamento de agua embotellada (*Id.*, ¶¶ 4.61-62, 4.73) (traducción del tribunal).

<sup>773</sup> *Starret Housing Corporation c. la República Islámica de Irán*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos (Iran-US C.T.R. 122), laudo interlocutorio de 19 de diciembre de 1983, p.29 (anexo CL-20).

<sup>774</sup> *Id.*, p. 27 (traducción del tribunal).

que este Tribunal no ha abordado en este momento. A pesar de las medidas de coactivas, Burlington mantuvo el uso y control efectivo de los Bloques, los pozos de petróleo y su subsidiaria. Por lo tanto, estos casos proveen una asistencia limitada a los fines del presente procedimiento arbitral.

481. Asimismo, al invocar el caso *Saipem c. Bangladés*, Burlington alega que la continuación del juicio de coactivas en violación de las medidas provisionales del Tribunal "constituyó la expropiación del derecho de Burlington conforme a los [CP] de resolver el conflicto en el tribunal del CIADI"<sup>775</sup>. Si bien el Tribunal ciertamente no aprueba el incumplimiento de Ecuador de las medidas provisionales, no puede concordar con la alegación de Burlington. Incluso si se asumiera que Burlington tenía derecho al arbitraje CIADI en virtud de los CP, *quod non*, el incumplimiento de la orden de medidas provisionales, que solo crea derechos procesales en el transcurso del procedimiento arbitral (lo que ocurre en este caso) no puede asimilarse a una decisión judicial de anular un laudo definitivo (la situación del caso *Saipem*<sup>776</sup>). En todo caso, el hecho de que Burlington continúe impulsando el presente procedimiento arbitral condena este argumento.
482. Con respecto al propósito de las medidas de coactivas, Burlington también argumenta que la elección del momento para llevarlas a cabo y la discrecionalidad de las medidas de coactivas muestra que se aplicaron como una herramienta de represalia contra sus medidas auto protectivas y contra su insistencia en preservar sus derechos contractuales<sup>777</sup>. Por el contrario, Ecuador alega que pretendió evitar un ambiente cargado durante las negociaciones con Burlington y que las cuotas adeudadas según la Ley 42 fueron calculadas y liquidadas anualmente, de manera que la liquidación final no podría haber comenzado en 2008<sup>778</sup>. El Tribunal considera que las explicaciones de ambas Partes son verosímiles y ciertamente no se excluyen mutuamente. En todo caso, el Tribunal considera los efectos de las medidas, en lugar de ser una motivación subyacente, como una consideración dispositiva.
483. Habiendo llegado a la conclusión de que las medidas de coactivas no provocaron la privación sustancial de la inversión de Burlington, no hace falta analizar si estas medidas fueron permanentes o no. En efecto, lo que debe ser permanente a los fines de la expropiación es la privación sustancial. Si no existe una privación

---

<sup>775</sup> EPAB, ¶ 137.

<sup>776</sup> *Saipem*, anexo CL-159.

<sup>777</sup> EPAB, ¶¶ 90-93.

<sup>778</sup> EPAE, ¶¶ 365-375.

sustancial, la cuestión de si tal privación es permanente deviene irrelevante. Esta es la razón por la cual el hecho de que Burlington invoque el caso *Tecmed c. México* ("*Tecmed*") y el caso *Metalclad c. México* ("*Metalclad*") no es del todo relevante para los hechos del presente caso.

484. Burlington se apoya en los casos *Tecmed* y *Metalclad* con el fin de argumentar que los tribunales CIADI "no han autorizado una confiscación del Estado del fruto que conforma la recompensa del inversor por sus esfuerzos"<sup>779</sup>. Pero en el caso *Tecmed* el tribunal sostuvo que una medida únicamente es expropiatoria si es "permanente e irreversible"<sup>780</sup> y priva al inversor del "uso o goce"<sup>781</sup> de su inversión como si el derecho a percibir ganancias "cesó de existir"<sup>782</sup>. Por su parte, el tribunal de caso *Metalclad* estableció que la medida de México "permanentemente prohibió"<sup>783</sup> el uso de la inversión e "impid[ió] obtener algún rendimiento de importancia", lo que provocó que el inversor haya "*perdido totalmente su inversión*"<sup>784</sup>. Por el contrario, no se puede afirmar aquí que el derecho de Burlington a percibir ganancias haya cesado de existir o que su inversión se haya perdido totalmente.
485. En resumen, el Tribunal considera que las medidas de coactivas no privaron sustancialmente a Burlington del valor de su inversión. Bajo estas circunstancias, no existe necesidad alguna de examinar si los efectos de estas medidas fueron permanentes o si estuvieron justificados por la doctrina del poder policial. Por estos motivos, el Tribunal debe concluir que las medidas de coactivas no constituyeron una expropiación de la inversión de Burlington. El Árbitro Orrego Vicuña no está de acuerdo con estas conclusiones por los motivos expuestos en la opinión disidente adjunta.

3.4. ¿Expropió Ecuador la inversión de Burlington al tomar posesión de los Bloques 7 y 21?

3.4.1. Posición de Burlington

486. La toma física de los Bloques 7 y 21 efectuada por Ecuador en julio de 2009 expropió totalmente la inversión de Burlington. Este fue el paso final de una serie

---

<sup>779</sup> Mem., ¶¶ 446-449.

<sup>780</sup> *Técnicas Mediomambientales TECMED S.A. c. los Estados Unidos Mexicanos*, ¶ 116 (anexo CL-88),.

<sup>781</sup> *Id.*, ¶ 115.

<sup>782</sup> *Id.* (énfasis agregado).

<sup>783</sup> *Metalclad*, ¶ 96.

<sup>784</sup> *Id.*, ¶ 113 (énfasis agregado).

de medidas expropiatorias<sup>785</sup>. Al igual que en el caso *Vivendi II*, las medidas de Ecuador volvieron la inversión tan poco rentable que la única opción racional para Burlington fue suspender las operaciones<sup>786</sup>. Burlington sostiene que (i) su decisión de suspender las operaciones en los Bloques estaba legal y económicamente justificada, (ii) la toma de los yacimientos efectuada por Ecuador fue arbitraria dado que no hay pruebas suficientes que demuestren que los Bloques se encontraban expuestos a un riesgo real de daño, (iii) la toma de los Bloques por parte de Ecuador constituyó una expropiación completa y directa de la inversión de Burlington.

487. En primer lugar, Burlington argumenta que la suspensión de las operaciones estaba legalmente justificada. "[E]sta fue una consecuencia directa de las violaciones de parte de Ecuador del derecho internacional, incluyendo la orden de este Tribunal"<sup>787</sup>. Bajo estas circunstancias, Burlington puede invocar la *exceptio non adimpleti contractus*, "que hace que Ecuador pueda suspender los contratos cuando la otra parte está incumpliendo no se aplican"<sup>788</sup>.
488. Burlington puede invocar esta excepción en virtud del derecho ecuatoriano y del derecho internacional. Ecuador alega erróneamente que, en virtud del derecho ecuatoriano, esta excepción no se aplica a contratos administrativos tales como los CP. No obstante, "el perito jurídico Aguilar Andrade de Ecuador [...] reconoce que no hay ninguna sentencia ni legislación en Ecuador que sustente esto"<sup>789</sup>. Asimismo, "[q]ueda claro a partir de todo análisis lógico que la producción de hidrocarburos no es un servicio público"<sup>790</sup> y que, por lo tanto, no existe necesidad de garantizar su operación continua<sup>791</sup>. Por lo tanto, Burlington argumenta que la "suspensión del Consorcio estaba justificada por el derecho ecuatoriano"<sup>792</sup>.

---

<sup>785</sup> MCB, ¶ 93.

<sup>786</sup> MCB, ¶ 96; EPAB, ¶¶ 71-73.

<sup>787</sup> Tr. 69:7-10, véase también Tr. 69:11-15.

<sup>788</sup> Tr. 71:4-7.

<sup>789</sup> Tr. 71:11-14.

<sup>790</sup> Tr. 1323:18-20.

<sup>791</sup> Tr. 1323:8-18. Burlington reconoce que la producción de hidrocarburos puede ser una actividad "con interés público, como generadora de ingresos para el Estado", pero alega que no es un servicio público al señalar que usualmente no se recibe ninguna "cuenta mensual del productor de hidrocarburos" (Tr. 1323:20-22, 1324:1).

<sup>792</sup> MCB, ¶ 78 n. 134 (traducción del tribunal).

489. Burlington también invoca la *exceptio non adimpleti contractus* como cuestión de derecho internacional<sup>793</sup>. Los tribunales internacionales han sostenido que esta excepción se aplica cuando "la operación continua de los servicios se vuelve irrazonable a la luz de las medidas del Estado"<sup>794</sup>. En el caso *Azurix* el tribunal afirmó que "tomará en cuenta" esta excepción, a pesar de las alegaciones de la demandada de que no era de aplicación<sup>795</sup>. En el caso *Vivendi II* el tribunal sostuvo que el Estado había socavado la inversión de manera tal que "no es realista plantear que" el inversor "hubies[e] quedado quieto[] siguiendo adelante con la proporción de los servicios por los cuales no estaba[] siendo pagados y aceptando pérdidas cada vez mayores"<sup>796</sup>.
490. En cualquier caso, la propia Ley de Hidrocarburos permitió que se suspendieran las operaciones "durante [30] días sin causa justa"<sup>797</sup> e "indefinidamente por justa causa"<sup>798</sup> antes de que el Estado pudiera considerar la terminación de los CP. En este punto, la suspensión de Burlington fue "con justa causa" porque "la única razón para la suspensión"<sup>799</sup> fue el incumplimiento de Ecuador de la orden del Tribunal. Por otra parte, Ecuador cita la Constitución de 2008 de manera interesada y debería rechazarse<sup>800</sup>. La Constitución de 2008, que declaró que la producción de hidrocarburos era una "actividad de servicio público" y por ende no estaba sujeta a suspensión, entró en vigor *después* de que los inversores extranjeros iniciaran reclamos internacionales contra Ecuador en relación con las medidas de la Ley 42<sup>801</sup>.
491. Burlington también sostiene que la suspensión de las operaciones estaba justificada económicamente. No era razonable pretender que Burlington continuase financiando una inversión de la cual no podría seguir percibiendo ganancias<sup>802</sup>. Como resultado de las medidas de coactivas, el Consorcio era

---

<sup>793</sup> Burlington establece que la legalidad de su decisión de suspender las operaciones no puede negarse por ser una cuestión puramente del derecho ecuatoriano, dado que eso "[d]enegar esto [...] denegaría a Burlington las protecciones del derecho internacional y frustraría las intenciones del Tratado" (Tr. 70:1-21). Asimismo, sostuvo que "el derecho internacional prevalece por encima del derecho nacional" (Tr. 70:14-17).

<sup>794</sup> Tr. 71:20-22.

<sup>795</sup> Tr. 72:16, DAAB #61 ("Descripción general y marco legal").

<sup>796</sup> Tr. 85:11-19, DAAB #64 ("Descripción general y marco legal").

<sup>797</sup> Tr. 74:16-18.

<sup>798</sup> Tr. 74:10-20.

<sup>799</sup> Tr. 1320:16.

<sup>800</sup> EPAB, ¶ 119.

<sup>801</sup> *Id.*

<sup>802</sup> MCB, ¶ 89.

responsable de todos los riesgos y costos de producción, pero obtuvo cero ingresos a cambio<sup>803</sup>. En la audiencia, los abogados de Burlington señalaron que, "a pesar de reducir los costos operativos al mínimo"<sup>804</sup>, "los costos [del Consorcio] todavía eran 15 millones de dólares desde el primer decomiso del crudo hasta la toma física de los bloques"<sup>805</sup>. Bajo estas circunstancias, Burlington no tuvo otra alternativa racional más que comunicar la suspensión de sus operaciones en los Bloques<sup>806</sup>.

492. En segundo lugar, Burlington alega que la toma física de los yacimientos fue arbitraria y que no existía un riesgo de daño real de los Bloques<sup>807</sup>. Las pruebas de Ecuador únicamente muestran que existe el riesgo teórico de que se produzca un daño cuando se cierra un pozo. No obstante, también existe el riesgo de daño teórico cuando el pozo se encuentra en operación. Específicamente, los informes de RPS no alcanzan conclusiones significativas acerca de la probabilidad de que alguno de los riesgos de daño teóricos se materializarían<sup>808</sup>. Además, el informe está basado en información incompleta<sup>809</sup> y sus conclusiones sobre los riesgos de daño en los Bloques tras el cierre de los pozos no tienen fundamento<sup>810</sup>.
493. El Consorcio planeó suspender las operaciones mediante un protocolo bien desarrollado para mitigar los riesgos de daño. Este protocolo se basó, en parte, en la experiencia previa del Consorcio en la suspensión de operaciones de pozos por motivos rutinarios<sup>811</sup>. Las herramientas de aislamiento habían prevenido los problemas relacionados con cruce de flujos y no existía preocupación sobre la migración de sólidos en el reservorio o de incompatibilidad de aguas<sup>812</sup>. El Sr. Martínez declaró que "asegurar que la suspensión se realizara de manera correcta fue en el mejor interés del Consorcio"<sup>813</sup>. Por lo tanto, los riesgos de daño teóricos mencionados en el informe RPS no se aplicaban a los pozos de los Bloques 7 y 21<sup>814</sup>.

---

<sup>803</sup> EPAB, ¶ 10.

<sup>804</sup> Tr. 66:1-2.

<sup>805</sup> Tr. 66:2-4.

<sup>806</sup> EPAB, ¶ 10.

<sup>807</sup> *Id.*, ¶ 107.

<sup>808</sup> *Id.*

<sup>809</sup> *Id.*, ¶¶ 22, 28.

<sup>810</sup> *Id.*, ¶¶ 25, 28.

<sup>811</sup> *Id.*, ¶¶ 108-109.

<sup>812</sup> *Id.*, ¶¶ 112-114.

<sup>813</sup> *Id.*, ¶ 108; DT Martínez supl. 2, ¶ 16.

<sup>814</sup> EPAB, ¶ 112.

494. Los siguientes hechos se contradicen con los supuestos temores de Ecuador de una catástrofe económica y ambiental: (i) seis meses antes de la suspensión planeada, el propio Ecuador había solicitado a Burlington y Perenco suspender las operaciones en respuesta a las restricciones impuestas por la OPEP, (ii) las recientes suspensiones de yacimientos debido a fallas energéticas demostraron no tener efecto negativo alguno sobre la producción o el medioambiente y (iii) el Ministro admitió haber dejado el país el mismo día de la suspensión de las actividades, para asistir a una celebración en Bolivia<sup>815</sup>. En realidad, Ecuador ha presentado este tipo de cuestiones por primera vez ahora en este arbitraje simplemente para justificar su incautación y expropiación final de las operaciones de los Bloques 7 y 21<sup>816</sup>.
495. En tercer y último lugar, Burlington alega que la toma física de los Bloques efectuada por Ecuador fue una expropiación completa y directa de la inversión de Burlington. Este fue el paso final de una serie de medidas de expropiación ilegítima de Ecuador<sup>817</sup> y una consecuencia inevitable de la negativa de Burlington a renunciar a los CP<sup>818</sup>. Culminó en una campaña por parte de Ecuador para forzar a Burlington a migrar a un régimen legal que fuera más beneficioso para el Estado en épocas de altos precios del petróleo. Como resultado de estas medidas, Ecuador está en posesión de la inversión total de Burlington<sup>819</sup>. Por lo tanto, si bien no se emitió ningún decreto formal de expropiación, la toma fue una expropiación total y directa de la inversión de Burlington<sup>820</sup>.

#### 3.4.2. Posición de Ecuador

496. Ecuador alega que su intervención en los Bloques no fue expropiatoria<sup>821</sup>. Por el contrario, la decisión ilegal de Burlington de suspender las operaciones fue una "apuesta cíclica" diseñada para forzar a Ecuador a que interviniera y, por ende, crear una apariencia de expropiación directa<sup>822</sup>. Específicamente, Ecuador establece (i) que la amenaza de Burlington de suspender las operaciones en los Bloques fue ilegal<sup>823</sup> y no estuvo justificada económicamente<sup>824</sup>, (ii) que la decisión

---

<sup>815</sup> *Id.*, ¶ 11.

<sup>816</sup> *Id.*, ¶ 118.

<sup>817</sup> MCB, ¶ 93.

<sup>818</sup> EPAB, ¶ 120.

<sup>819</sup> MCB, ¶ 81.

<sup>820</sup> *Id.*, ¶ 93.

<sup>821</sup> CME, § 7.

<sup>822</sup> *Id.*, ¶¶ 565, 620.

<sup>823</sup> *Id.*, ¶¶ 596-602.

de Burlington amenazó con una pérdida económica significativa y otros daños graves en los Bloques<sup>825</sup> y (iii) que la intervención no fue expropiatoria, sino que fue una medida temporaria adoptada en respuesta a la conducta ilegítima de Burlington; como tal, fue necesaria, adecuada y proporcional conforme a las circunstancias<sup>826</sup>.

497. En primer lugar, Ecuador señala que la decisión de Burlington de suspender las operaciones en los Bloques no estaba ni al amparo del derecho ecuatoriano ni de los CP<sup>827</sup>. En virtud del derecho ecuatoriano, la suspensión de las operaciones violaba la Constitución y la Ley de Hidrocarburos<sup>828</sup>. En virtud de los CP, Burlington se comprometió a cumplir con el derecho y las normas ecuatorianas. Asimismo, el CP del Bloque 7 específicamente estableció que la contratista debía "desarrollar continuamente las operaciones en el Área del Contrato"<sup>829</sup>. Conforme al derecho administrativo ecuatoriano, Burlington tenía la obligación de cumplir con sus obligaciones a pesar de cualquier supuesto incumplimiento por parte de Ecuador<sup>830</sup>.
498. Burlington no tenía una causa justa para suspender las operaciones en los Bloques<sup>831</sup>. Ya sea una cuestión del derecho ecuatoriano o del derecho internacional, no puede invocar el principio *exceptio non adimpleti contractus*. En virtud del derecho ecuatoriano, Burlington no puede invocar esta excepción porque no se aplica a los contratos administrativos como los CP y porque Ecuador no violó los CP<sup>832</sup>. En virtud del derecho internacional, los casos que invoca Burlington son diferenciables del presente caso. A diferencia de Burlington, los inversores de los casos *Azurix* y *Vivendi II* buscaron terminar su contrato con el Estado y no suspendieron las operaciones porque eran una parte de un contrato de servicio público<sup>833</sup>.
499. Además, Burlington no tenía una "justa causa" para suspender las operaciones dentro de los términos de la Ley de Hidrocarburos. El incumplimiento de Ecuador

---

<sup>824</sup> *Id.*, ¶¶ 589-595.

<sup>825</sup> CME, ¶ 560.

<sup>826</sup> *Id.*, ¶ 561.

<sup>827</sup> CME, 560; EPAE, ¶ 425.

<sup>828</sup> CME, ¶¶ 597-600.

<sup>829</sup> *Id.*, ¶¶ 601-602 (traducción del tribunal).

<sup>830</sup> *Id.*, ¶¶ 604-605.

<sup>831</sup> EPAE, ¶ 408.

<sup>832</sup> *Id.*, ¶¶ 415-420.

<sup>833</sup> *Id.*, ¶¶ 422-424.

de las recomendaciones del Tribunal no constituyó una "justa causa" para la suspensión. De hecho "las recomendaciones fueron justamente 'recomendaciones', es decir, no eran legalmente vinculantes para Ecuador"<sup>834</sup>. Los testigos de Ecuador, los Ministros Pastor, Palacios y Pinto, confirmaron en la audiencia que, bajo la interpretación de Ecuador, las medidas provisionales del Tribunal fueron recomendaciones y, por ende, no vinculantes. En los decretos de caducidad, el Ministro Pastor específicamente desestimó el argumento del Consorcio de que existía "justa causa" para la suspensión en virtud de la Ley de Hidrocarburos<sup>835</sup>.

500. La decisión unilateral de Burlington de suspender las operaciones tampoco tenía una justificación económica. Las medidas de coactivas no dejaron a Burlington "con el devastador escenario de continuar operaciones para el exclusivo beneficio de Ecuador"<sup>836</sup>. Por el contrario, tal y como confirmó Fair Links, Burlington tenía los recursos financieros para continuar operando los Bloques. El Consorcio había depositado USD 327,4 millones en una cuenta bancaria separada tras suspender ilegalmente los pagos de las cuotas según la Ley 42 en junio de 2008. Estos fondos podrían haber sido utilizados para mantener los Bloques operando<sup>837</sup>. Y como afirmó el propio Burlington, solo se necesitaban inversiones mínimas para continuar operando los Bloques tras la promulgación de la Ley 42<sup>838</sup>.
501. En segundo lugar, la decisión de Burlington de suspender las operaciones en los Bloques amenazó con una pérdida económica significativa para Ecuador y otros daños graves y permanentes a los Bloques. Como explicó RPS, la decisión de Burlington de cerrar los pozos de petróleo creó cuatro tipos de riesgo: un riesgo de pérdida económica para Ecuador y riesgos de daños de reserva, mecánicos y ambientales<sup>839</sup>. Como observó RPS, el cierre de la producción de petróleo habría causado una pérdida económica para Ecuador "como resultado del aplazamiento de la producción y las ganancias asociadas"<sup>840</sup>. La extensión de esta pérdida sería una función de la extensión del cierre y de la tasa de producción de los pozos que cerrados<sup>841</sup>.

---

<sup>834</sup> *Id.*, ¶¶ 409-410 (omisión del paréntesis interno) (traducción del tribunal).

<sup>835</sup> *Id.*, ¶¶ 411-412; DT Pastor de 17 de enero de 2011, anexo 4 (p. 20) y anexo 5 (p. 20).

<sup>836</sup> CME, ¶ 589.

<sup>837</sup> *Id.*, ¶¶ 590-592; Tr. 473:10-17.

<sup>838</sup> *Id.*, ¶¶ 593-595.

<sup>839</sup> *Id.*, ¶¶ 613, 618-619.

<sup>840</sup> IP RPS, ¶ 144 (4<sup>to</sup> inciso) (traducción del tribunal).

<sup>841</sup> *Id.*; CME, ¶ 618.

502. El cierre también amenazó con provocar daños de reserva, mecánicos y ambientales serios y permanentes a los Bloques 7 y 21<sup>842</sup>. El daño de reserva es el deterioro de la capacidad de flujo y/o la pérdida física de las reservas de petróleo. Este riesgo fue significativo en los Bloques 7 y 21, porque la mayoría de las reservas están conducidas por agua<sup>843</sup>. El daño mecánico produce la corrosión del flujo de producción de los pozos, tales como el pozo tubular y las bombas<sup>844</sup>. RPS concluyó que no hay "demasiada duda"<sup>845</sup> acerca de que este daño afectará a los pozos de los Bloques 7 y 21. Finalmente, el daño ambiental puede ocasionarse por filtraciones y pérdidas relacionadas con el cierre<sup>846</sup>.
503. En tercer lugar, Ecuador alega que su intervención no fue expropiatoria, sino que fue una medida temporaria adoptada en respuesta a la conducta ilegítima de Burlington – como tal, fue necesaria, adecuada y proporcional conforme a las circunstancias<sup>847</sup>. En el caso *Saluka c. República Checa*, el tribunal sostuvo que "una privación puede estar justificada si se efectúa con el fin de mantener el orden público"<sup>848</sup>. El tribunal del caso *Saluka* determinó que el contexto de las medidas impugnadas fue "crítico"<sup>849</sup> para determinar su validez. Al igual que la medida del Estado en el caso *Saluka*, la intervención de Ecuador fue una acción reguladora permisible porque ejerció el derecho ecuatoriano<sup>850</sup>.
504. La intervención en los Bloques meramente ejerció el derecho ecuatoriano en virtud de la decisión "evidentemente ilegal" de Burlington<sup>851</sup>. En circunstancias similares, el tribunal en el caso *Payne c. Irán* reconoció que la decisión del Estado de tomar control de una compañía podría haber sido justificada sobre la base de que la demandante había "abandonado o cesado"<sup>852</sup> sus actividades. Asimismo, la medida de Ecuador fue necesaria para evitar la pérdida económica significativa y el riesgo de daño permanente a los Bloques. También fue adecuada porque

---

<sup>842</sup> CME, ¶¶ 610-613.

<sup>843</sup> *Id.*, ¶¶ 614-615.

<sup>844</sup> *Id.*, ¶ 616.

<sup>845</sup> *Id.*; IP RPS, ¶ 55.

<sup>846</sup> CME, ¶ 617; IP RPS, ¶ 56.

<sup>847</sup> CME, ¶ 624.

<sup>848</sup> *Saluka*, anexo CL-100, ¶ 254; CME, ¶ 628 (traducción del tribunal).

<sup>849</sup> *Saluka*, anexo CL-100, ¶ 264; CME, ¶ 628.

<sup>850</sup> CME, ¶¶ 632-661.

<sup>851</sup> CME, ¶ 633.

<sup>852</sup> *Thomas Earl Payne c. la República Islámica de Irán*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo de 28 de junio de 1988, ¶ 21 (anexo EL-153); CME, ¶ 645 (traducción del tribunal).

Ecuador accedió a los Bloques sin utilizar la fuerza. Y fue proporcional porque los medios empleados fueron adaptados a los fines de proteger los Bloques<sup>853</sup>.

505. Asimismo, la intervención de Ecuador no expropió la inversión de Burlington porque pretendía ser temporaria<sup>854</sup>. En el caso *Motorola c. Irán*, el tribunal sostuvo que si la medida del Estado era temporaria y necesaria a causa de las acciones y omisiones de la demandante, no podía constituir una expropiación<sup>855</sup>. Al igual que en el caso *Motorola*, la intervención del Estado habría cesado una vez que el Consorcio hubiera reiniciado las operaciones<sup>856</sup>. El objeto de esta medida no fue transferir permanentemente la propiedad del inversor al Estado. Asimismo, la intervención de Ecuador en los Bloques no puede constituir una expropiación<sup>857</sup>.

### 3.4.3. Análisis

#### a. Estándar de expropiación

506. Burlington alega que la toma de los Bloques constituyó una expropiación directa de su inversión. Ecuador no objeta revisar la toma en virtud del estándar aplicable a la expropiación directa y el Tribunal está de acuerdo. Por lo tanto, una medida del Estado constituye una expropiación bajo el Tratado si (i) la medida priva al inversor de su inversión, (ii) la privación es permanente y (iii) la privación no está justificada por la doctrina del poder policial. El Tribunal examinará estos elementos en orden inverso.

#### b. ¿Expropió Ecuador la inversión de Burlington al tomar posesión de los Bloques 7 y 21?

507. El 16 de julio de 2009, Ecuador ingresó y tomó posesión de los Bloques 7 y 21 después de que Burlington anunciara, tres días antes, que las operaciones en los Bloques serían suspendidas. El Tribunal debe determinar si la toma de posesión de los Bloques 7 y 21 de Ecuador constituyó una expropiación de la inversión de Burlington. A tal fin, el Tribunal primero revisará si la medida de Ecuador estaba justificada en virtud de la doctrina del poder policial. Esta revisión impulsa las siguientes dos subcuestiones: (i) las condiciones en virtud de las cuales Ecuador pudo intervenir en los Bloques 7 y 21 como resultado de la decisión del Consorcio de suspender las operaciones en los Bloques 7 y 21 y (ii) la naturaleza de los

---

<sup>853</sup> CME, ¶¶ 647-661.

<sup>854</sup> CME, ¶ 624.

<sup>855</sup> *Motorola Inc. c. Iran National Airlines Corporation y la República Islámica de Irán*, ¶ 59 (anexo EL-154); CME, ¶ 645.

<sup>856</sup> CME, ¶¶ 663-666.

<sup>857</sup> CME, ¶ 662.

riesgos que implicaba para Ecuador y para los Bloques la decisión del Consorcio de suspender las operaciones. A continuación, el Tribunal abordará (iii) los efectos de las medidas de Ecuador sobre Burlington.

(i) *Las condiciones en virtud de las cuales Ecuador podía intervenir en los Bloques 7 y 21*

508. El Tribunal concuerda con la alegación de Ecuador acerca de que, como se sostuvo en el caso *Saluka*, el contexto de las medidas del Estado es "crítico"<sup>858</sup> para determinar la naturaleza de la privación resultante. En el presente procedimiento arbitral, el contexto de la intervención de Ecuador gira en torno a la legalidad de la decisión de Burlington de suspender las operaciones. Según Burlington, la decisión de suspender las operaciones estuvo legalmente justificada en virtud del derecho ecuatoriano y del derecho internacional. Según Ecuador, la decisión violó el derecho ecuatoriano, el derecho internacional y los CP.

509. El derecho ecuatoriano rigió los CP, que regularon detalladamente los derechos y las obligaciones de Ecuador y de la subsidiaria de Burlington, Burlington Oriente. Por lo tanto, el Tribunal considera que el derecho ecuatoriano debería, al menos inicialmente, regular la cuestión de si la suspensión fue legal. En línea con esta opinión, ambas Partes han invocado expresamente el derecho ecuatoriano, tanto a favor como en contra de la legalidad de la suspensión de las operaciones de Burlington.

510. Es verdad que Burlington *también* ha invocado el principio *exceptio non adimpleti contractus* en virtud del derecho internacional. En palabras de los abogados de Burlington: esta excepción implica que una parte "pued[e] suspender los contratos cuando la otra parte está incumpliendo"<sup>859</sup> Sin embargo, cuando un contrato, como los CP, está específicamente regulado por el derecho del Estado receptor, la cuestión de si una parte está incumpliendo y, consecuentemente, si la otra parte puede suspender la ejecución, deberá responderse inicialmente en virtud de ese derecho.

511. De conformidad con el derecho ecuatoriano, la disposición más relevante sobre la cuestión de la suspensión de las operaciones es el Artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos ("Artículo 74"). Esta disposición detalla las circunstancias en las

---

<sup>858</sup> *Saluka*, ¶ 264. ("Los tribunales internacionales deben considerar las circunstancias en las que surge la cuestión de si existió expropiación. El contexto dentro del cual se adopta y aplica una medida impugnada es crítico para determinar su validez"). (Anexo CL-100) (traducción del tribunal).

<sup>859</sup> Tr. 71:5-6.

cuales el Ministerio de Recursos Naturales no Renovables (antiguamente el Ministerio de Energía y Minas) podrá terminar un contrato de hidrocarburos por medio de una declaración de caducidad. Como explicaron los abogados de Ecuador en la audiencia, "la caducidad es una característica, un elemento tan importante en los contratos de participación en Ecuador que las partes [contratantes] expresamente incorporaron el artículo 74 [...] a los [CP]. No era suficiente decir que la Ley de Hidrocarburos se aplicaba al contrato"<sup>860</sup>. A pesar de que la caducidad y la toma de posesión son dos medidas diferentes (una *de facto* y otra *de jure*), las condiciones en virtud de las cuales se puede declarar la caducidad son también relevantes para examinar si Ecuador tenía derecho a intervenir en los Bloques a raíz de una suspensión ilegítima.

512. En su parte pertinente, el Artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos establece lo siguiente:

"Art. 74.- El Ministerio de [recursos naturales no renovables] podrá declarar la caducidad de los contratos, si el contratista:

[...]

4. Suspendiere las operaciones de explotación por más de treinta días, sin justa causa, previamente calificada por el Ministerio, salvo fuerza mayor o caso fortuito que deberán avisarse a PETROECUADOR, en un plazo máximo de diez días [...]" (énfasis agregado)<sup>861</sup>.

513. Ecuador alega que el Consorcio estaba sujeto a la obligación jurídica y contractual de operar los Bloques ininterrumpidamente. El Tribunal no está convencido de que este sea el caso. En virtud de los términos del Artículo 74, el Ministerio no podrá terminar un CP si no existe suspensión "por más de treinta días" exista o no "justa causa" por la suspensión o no. El Ministerio tampoco podrá determinar la terminación del CP si la suspensión supera los treinta días pero existe "justa causa". En resumen, la Ley de Hidrocarburos autoriza a las contratistas a suspender hasta 30 días las operaciones sin incurrir en el riesgo de caducidad, exista o no "justa causa", y por más de 30 días si existe "justa causa".

514. La Constitución del Ecuador de 2008 no conduce a una conclusión diferente. "Se prohíbe la paralización de [...] [la] producción hidrocarburífera"<sup>862</sup> *qua* servicios

---

<sup>860</sup> Tr. 326:12-19.

<sup>861</sup> Anexo EL-92, p. 25.

<sup>862</sup> Anexo P-12 (anexo presentado por PetroEcuador cuando aún era parte del presente procedimiento arbitral), Artículo 326, ¶ 15.

públicos, pero también establece que la "ley establecerá límites"<sup>863</sup> que aseguren el funcionamiento de estos servicios. En el caso de la producción hidrocarburífera, los límites son los establecidos en el Artículo 74. Ecuador no ha alegado que la Constitución de 2008 modifique de alguna manera el alcance del Artículo 74 preexistente.

515. De conformidad con el Artículo 74, Ecuador tiene la facultad de declarar la caducidad de los CP en virtud de la suspensión de las operaciones y, por ende, eventualmente intervenir a raíz de una suspensión ilegítima, si la suspensión se extendiera por más de 30 días<sup>864</sup>. Esta condición no se cumple en este caso.
516. Ecuador tomó posesión de los Bloques el 16 de julio de 2009, el mismo día en el que estaba programado iniciar la suspensión: "el 16 de julio de 2009, 2 horas después de la suspensión programada, los funcionarios del gobierno ingresaron a los Bloques y tomaron las medidas necesarias para garantizar la continuación de las operaciones"<sup>865</sup>. Bajo la autorización de Ecuador, los Bloques aún estaban operando en ese momento: "los Bloques 7 y 21 aún estaban operando a las 2 p. m., el 16 de julio de 2009"<sup>866</sup>. Ecuador sostiene que la suspensión tuvo efecto en el momento programado porque los empleados del Consorcio ignoraron las instrucciones de suspender las operaciones<sup>867</sup>. Sea cual fuere la razón exacta, el hecho es que las operaciones no habían sido suspendidas antes de que Ecuador tomara posesión de los Bloques. El Consorcio meramente "amenazó con llevar a cabo la suspensión"<sup>868</sup>, como admitió Ecuador en sus alegaciones. Esto es manifiestamente insuficiente para justificar la caducidad y la intervención en virtud de los términos del Artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos.
517. Asimismo, incluso si la suspensión de las operaciones se hubiera llevado a cabo y se hubiera extendido más de 30 días<sup>869</sup>, el Tribunal habría concluido que el Consorcio tenía "justa causa". Esto se sigue de la revisión de los hechos que

---

<sup>863</sup> *Id.*

<sup>864</sup> Esta es una condición esencial pero no suficiente para la declaración de caducidad. Además de la suspensión por 30 días, la contratista no deberá tener "justa causa" para llevarla a cabo. Por lo tanto, la contratista puede suspender las operaciones por más de 30 días sin estar sujeta a caducidad siempre y cuando posea "justa causa" para hacerlo.

<sup>865</sup> CME, ¶ 578 (traducción del tribunal).

<sup>866</sup> *Id.* (traducción del tribunal).

<sup>867</sup> *Id.*, ¶ 577.

<sup>868</sup> CME, ¶¶ 560, 564, 566, 567, 569, 572, 575, 576, 589, 607 y 617 (traducción del tribunal).

<sup>869</sup> En el momento en el que el Consorcio tomó la decisión de suspender las operaciones, no estaba claro cuánto tiempo iba a durar dicha suspensión. No obstante, las pruebas muestran que el Consorcio estaba preparado para suspender las operaciones por un período superior a 30 días (Tr. 524:2-22).

precedieron la suspensión: Ecuador promulgó el impuesto de la Ley 42, no absorbió sus efectos como debería haberlo hecho de conformidad con sus compromisos en virtud de los CP y eventualmente cobró los impuestos por medio de incautaciones y remates. Por lo tanto, incluso si la suspensión hubiera durado más de 30 días, Ecuador no habría tenido derecho a intervenir los Bloques.

518. Habiendo llegado a la conclusión de que no se cumplieron las condiciones para una intervención en virtud del Artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos, el Tribunal puede dejar de lado el análisis de si Burlington también puede invocar el principio *exceptio non adimpleti contractus* de conformidad con el derecho ecuatoriano o el derecho internacional. Tampoco es necesario establecer si la decisión de Burlington de suspender las operaciones estuvo justificada económicamente a los fines de este análisis.

(ii) *Riesgos resultantes de la suspensión de las operaciones*

519. El Tribunal debe ahora examinar la naturaleza de los riesgos que la *decisión* de Burlington de suspender las operaciones plantearon para Ecuador y para los Bloques. Ecuador alega que intervino en los Bloques para evitar que se provocasen pérdidas económicas significativas y daños graves y permanentes a los Bloques. Por otra parte, Burlington sostiene que las alegaciones de Ecuador no han sido adecuadamente corroborados y los riesgos de daño teóricos que figuran en el informe RPS no se aplicaban a los Bloques 7 y 21. El Tribunal no está convencido de que la suspensión de las operaciones haya supuesto un riesgo de daño significativo que justifique la intervención inmediata de Ecuador.

520. El Tribunal señala que (i) el informe de RPS no concluyó que hubiera existido un riesgo de daño significativo, sino un riesgo de daño significativo "posible", (ii) las conclusiones se basaron ciertamente en información incompleta, (iii) las pruebas sugieren que los riesgos de daños de reserva y mecánicos requieren una suspensión extendida, de manera tal que una intervención inmediata en los Bloques no habría estado justificada, (iv) las pruebas no muestran que haya existido un riesgo de daño ambiental significativo y (v) las pruebas no sugieren que el riesgo de pérdida económica haya sido de tal magnitud como para justificar la intervención. Estas consideraciones serán ampliadas a continuación.

521. En primer lugar, RPS no concluyó que la suspensión del Consorcio habría provocado un riesgo de daño significativo, sino un riesgo de daño significativo "posible". En su conclusiones, RPS afirmó que el cierre de la producción de los

pozos provocó un riesgo de daño "potencialmente significativo"<sup>870</sup> para la reserva y para el pozo. Asimismo, en la audiencia, el Sr. Gene Wiggins, quien testificó en representación de RPS, enfatizó la naturaleza del daño posible:

"[Sr. Yanos]: Usted resume todas sus ideas en lo que hace a la importancia de estos riesgos [de suspensión] y en la última viñeta [del Informe de RPS] entiendo que lo lleva a concluir que cada una de las cuatro categorías de riesgo que acabamos de ver en las viñetas anteriores [...] y que usted dijo que tenía que analizar en mayor detalle correcto?

[Sr. Wiggins]: Un riesgo posiblemente importante" (énfasis agregado)<sup>871</sup>.

522. En segundo lugar, el Tribunal señala que el informe de RPS está basado en información incompleta. En concreto, contiene la siguiente advertencia con respecto al riesgo de reducción de la recuperación del petróleo a causa de la penetración del agua: "[s]e necesita un estudio más allá del marco de este informe para calificar el daño que ocurrirá como resultado de este fenómeno [...]"<sup>872</sup>. Otras advertencias similares se incluyeron con respecto a otros riesgos de daños de reserva, mecánicos y ambientales<sup>873</sup>. En el conainterrogatorio, el Sr. Wiggins, reconoció que la palabra "posible" se utilizó porque para alcanzar una opinión más conclusiva "hay que analizar todos los datos y tener una idea más acabada de la situación"<sup>874</sup>.

523. De manera similar, había cierta incertidumbre acerca de la fiabilidad de los tests empleados en el informe. Ecuador presentó pruebas sobre una tendencia que mostraba una tasa de producción de petróleo en los pozos 1, 4 y 11 del Campo Mono a causa de una huelga de las comunidades del sector del 27 de octubre al 12 de noviembre de 2006<sup>875</sup>. El Tribunal señala que la tendencia decreciente del pozo 1 de Mono parece ser una continuación de la tendencia que precedió el cierre. En el pozo 4 de Mono, la tasa de producción bajó aproximadamente a los niveles de 2004-2005. En el pozo 11 de Mono, la tasa de producción en realidad creció inmediatamente después del cierre, antes de caer en picado posteriormente a los niveles de producción de 2003<sup>876</sup>. Al mencionar estas pruebas, el Sr. Wiggins afirmó lo siguiente en el interrogatorio directo:

---

<sup>870</sup> IP RPS, ¶ 144 (5to inciso).

<sup>871</sup> Tr. 1153:6-14.

<sup>872</sup> IP RPS, ¶ 43 (traducción del tribunal).

<sup>873</sup> *Id.*, ¶¶ 43, 46, 48, 50, 52, 53, 55 y 65.

<sup>874</sup> Tr. 1153:17-18.

<sup>875</sup> Tr. 1130:16-22.

<sup>876</sup> Documentación del interrogatorio directo a Wiggins, documentos 26-28.

"[A]lgunas imprecisiones [...] pueden llegar a existir en los datos con los que nosotros tratamos. Nosotros no tenemos válvulas de flujo que miden la producción en los pozos. El proceso funciona de la siguiente forma: los operadores efectúen pruebas intermitentes, y sobre la base de esas pruebas se asigna la producción a un pozo para un mes correspondiente. Puede haber algún error que se suscite debido a la prueba y a la forma en que se efectúa la prueba, si se efectuó adecuadamente, si se trata de algo representativo" (énfasis agregado)<sup>877</sup>.

524. En tercer lugar, las pruebas sugieren que los riesgos de daño de reserva y mecánicos no se habrían materializado antes de la suspensión extendida, de manera tal que no habría estado justificada una intervención inmediata en los Bloques. Con respecto al riesgo de daño de reserva debido a la penetración del agua, el informe de RPS se refiere a un estudio que establece que este tipo de daño puede ocurrir tras un "cierre de producción *prolongado*" (énfasis agregado)<sup>878</sup>. Esto refuerza el testimonio del Sr. Martínez acerca de que el riesgo de penetración del agua "lleva mucho tiempo"<sup>879</sup> para manifestarse. El informe de RPS parece hacerse eco de esto cuando concluye que la extensión de este daño "dependerá de la duración del período de cierre"<sup>880</sup>. Asimismo, en relación con otro riesgo de daño de reserva, otro estudio citado por RPS señala que "esta oxidación por lo general se forma después de un período prolongado de cierre"<sup>881</sup>.
525. Las pruebas de RPS apoyan una conclusión similar con respecto al riesgo de daño mecánico. En el interrogatorio directo, el Sr. Wiggins explicó que estaba familiarizado con los yacimientos de petróleo que fueron cerrados y fueron afectados por la corrosión "después de un período de un año"<sup>882</sup>. Concluyó que, tras un cierre, si el equipamiento "va hacia el fondo del pozo, [*durante mucho tiempo*], hay muy pocas cosas que uno pueda llegar a hacer desde el punto de vista de la inhibición de la corrosión" (énfasis agregado)<sup>883</sup>. Por lo tanto, las pruebas no respaldan la proposición de que la suspensión de las operaciones habría causado un riesgo inmediato de daño de reserva y mecánico.
526. En cuarto lugar, las pruebas no sugieren que haya existido un riesgo significativo de daño ambiental. Como se ha afirmado en el informe de RPS y fue admitido sin reparos por el Sr. Wiggins en el contrainterrogatorio, el riesgo de daño ambiental

---

<sup>877</sup> Tr. 1132:11-22, 1133:1-4.

<sup>878</sup> IP RPS, ¶ 40 (traducción del tribunal).

<sup>879</sup> Tr. 523:3.

<sup>880</sup> IP RPS, ¶ 43 (traducción del tribunal).

<sup>881</sup> IP RPS, ¶ 52; Tr. 1111:9-10.

<sup>882</sup> Tr. 1105:18.

<sup>883</sup> Tr. 1125:10-11, 18-21.

se origina por dos factores: el flujo natural en el pozo y la falta de supervisión que puede causar filtraciones o pérdidas<sup>884</sup>. Sin embargo, en el momento de la suspensión programada, solo 2 de los 88 pozos activos en los Bloques 7 y 21 poseían un flujo natural. Asimismo, las pruebas muestran que el Consorcio debía mantener el personal en el terreno durante la suspensión<sup>885</sup>. Por lo tanto, el Tribunal no tiene la certeza de que la suspensión habría ocasionado un riesgo de daño ambiental significativo.

527. Por último, Ecuador también invoca un riesgo de pérdida económica<sup>886</sup>. Es cierto que la suspensión de las operaciones generalmente produce una pérdida de ganancias. Sin embargo, no existen pruebas de la magnitud ni del período durante el cual se hubieran devengado. Asimismo, al comienzo del interrogatorio directo, RPS matizó su conclusión de que la pérdida económica "inefablemente resultará"<sup>887</sup> de una suspensión de las operaciones, al señalar que esta conclusión supuso "un precio constante del petróleo"<sup>888</sup>. Esta aclaración era una aceptación implícita del testimonio del Sr. Martínez a los efectos de que las consecuencias económicas del cierre dependen de "la economía del precio futuro del crudo"<sup>889</sup>. En conclusión, el Tribunal no está convencido de que este riesgo haya sido lo suficientemente significativo como para justificar la toma.
528. Por lo tanto, las pruebas no establecen de manera convincente que la suspensión de las operaciones habría creado un riesgo de daño significativo. Asimismo, el Tribunal entiende que la intervención inmediata de Ecuador en los Bloques puede no estar justificada, sobre la base de que fue necesario prevenir un daño serio y permanente a los Bloques.
529. Por los motivos antes expuestos, el Tribunal considera que el ingreso y la toma de posesión de los Bloques efectuada por Ecuador no estuvo justificada en virtud de la doctrina del poder policial porque (i) al momento de tomar posesión de los Bloques, la decisión de Burlington de suspender las operaciones estaba legalmente justificada como una cuestión del derecho ecuatoriano y (ii) las pruebas no muestran que la intervención inmediata de Ecuador en los Bloques fuera necesaria para prevenir un daño grave y significativo a los Bloques. La siguiente

---

<sup>884</sup> IP RPS, ¶¶ 62, 66, 144 (12<sup>vo</sup> inciso); Tr. 1152:6-9.

<sup>885</sup> Tr. 1152:15-19; anexos C-200 y C-213.

<sup>886</sup> IP RPS, ¶ 144 (4<sup>to</sup> inciso).

<sup>887</sup> *Id.*, ¶144 (último inciso) (traducción del tribunal).

<sup>888</sup> Tr. 1098:7-8.

<sup>889</sup> Tr. 418:21-419:7.

cuestión es valorar los efectos de la ocupación llevada a cabo por Ecuador en los Bloques de Burlington.

(iii) *Efectos de la intervención de Ecuador en los Bloques*

530. Como una cuestión meramente fáctica, el ingreso y la ocupación de Ecuador en los Bloques 7 y 21 desposeyó a Burlington de sus yacimientos de petróleo. Esta desposesión no solo privó a Burlington de su participación en la producción de petróleo, y por lo tanto de sus ganancias, sino también de los medios de producción que hicieron posible esas ganancias. En resumen, la ocupación de los Bloques privó a Burlington de todos los bienes tangibles que componían su inversión en Ecuador. Si bien Burlington aún poseía los derechos de su subsidiaria en los CP, al igual que las acciones de su subsidiaria, estos derechos y acciones carecían de valor sin la posesión de los yacimientos de petróleo y sin acceso al petróleo.
531. Por lo tanto, una vez que Ecuador ingresó en a los yacimientos de petróleo, Burlington no pudo ejercer el "uso y control efectivo" de su inversión. Ecuador argumenta que la toma no fue expropiatoria porque estaba orientada a ser una medida temporaria que cesaría una vez que el Consorcio aceptara retomar las operaciones. Sin embargo, el Consorcio no tenía compromiso alguno de retomar las operaciones. Al contrario, como se concluyó anteriormente Burlington y, por ende, el Consorcio, tenía derecho a suspender las operaciones por 30 días sin causa y poseía "justa causa" para suspender las operaciones por más de 30 días.
532. No obstante, es cierto que la ocupación de los Bloques por parte de Ecuador no fue una medida permanente desde el comienzo. En efecto, en las semanas posteriores a la ocupación de los Bloques, Ecuador siguió comunicándose con el Consorcio a los fines de devolver la posesión de los Bloques con la condición de que el Consorcio retomase las operaciones. En ese momento, en palabras del tribunal del caso *Sedco c. Irán*, parecía existir todavía una "expectativa razonable" de que el inversor "retomase el control"<sup>890</sup> de su inversión. Siempre que tal posibilidad existiese, la ocupación de Ecuador no se podía considerar una medida permanente.
533. El 19 de agosto de 2009, un poco más de un mes después de la ocupación de los Bloques por parte de Ecuador, el Ministro de Minas y Petróleos, Germánico Pinto, envió una carta al Consorcio exigiendo que retomase las operaciones dentro de

---

<sup>890</sup> *Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Company y la República Islámica de Irán*, laudo interlocutorio de 28 de octubre de 1985, p.23 (anexo CL-160).

"un plazo máximo de diez (10) días"<sup>891</sup>. Sin embargo, esta exigencia era inconsistente con el derecho de Burlington a suspender las operaciones con "justa causa" a raíz de las violaciones de los CP por parte de Ecuador y de la orden de medidas provisionales. Dado que, en ese momento, Ecuador no había saneado su incumplimiento ni expresado la intención de hacerlo en un futuro, Burlington aún poseía "justa causa" para suspender las operaciones. En otras palabras, el *status quo* al momento de esta demanda no difería del que había dado lugar al derecho de Burlington a suspender las operaciones con "justa causa" en un primer momento. Por lo tanto, Burlington no tenía compromiso alguno de aceptar la exigencia de Ecuador.

534. El 28 de agosto de 2009, el Consorcio respondió que "estarían preparados para resumir sus operaciones"<sup>892</sup> siempre y cuando Ecuador "cumpl[iera] íntegramente"<sup>893</sup> con sus obligaciones legales y contractuales. No existe prueba alguna de que Ecuador haya respondido a esta carta o que se haya comunicado con el Consorcio en relación con la posible reanudación de las operaciones. Por lo tanto, la carta del Ministro Pinto del 19 de agosto de 2009, con su plazo de 10 días, es la última prueba en el expediente que muestra que Ecuador aún consideraba la posibilidad de que el Consorcio recuperara la posesión de los Bloques.
535. Sobre esta base, el Tribunal considera que, al vencimiento del plazo de 10 días mencionado anteriormente en la carta del Ministro Pinto del 19 de agosto de 2009, la posibilidad de que el Consorcio reanudase las operaciones y, por ende, Burlington recuperara el control de los Bloques, se había extinguido completamente. Por lo tanto, el Tribunal considera que el 30 de agosto de 2009 la toma de los Bloques por parte de Ecuador se volvió una medida permanente. A partir de esa fecha, Ecuador privó a Burlington del uso y control efectivo de los Bloques 7 y 21 de manera permanente y, por ende, expropió su inversión.
536. Ecuador alega que la toma de los Bloques no afectó los derechos de la subsidiaria de Burlington en virtud de los CP. A pesar de que estos derechos contractuales permanecían nominalmente vigentes después de la toma (dado que la caducidad se declaró un año después, en julio de 2010), habían sido privados de todo su valor real desde que Burlington perdió permanentemente el uso y control efectivo de su inversión. La terminación de los CP de los Bloques 7 y 21 por medio del

---

<sup>891</sup> Carta del Ministerio de Minas y Petróleos de 19 de agosto de 2009, p. 2 (anexo C-223).

<sup>892</sup> Carta del Consorcio de 28 de agosto de 2009, p. 2 (anexo C-224).

<sup>893</sup> *Id.*

procedimiento de caducidad de julio de 2010 meramente formalizó una situación imperante, pero es irrelevante a los fines del análisis de la expropiación. Como resultado, el Tribunal omitirá la revisión de las alegaciones y los argumentos específicos efectuados en relación con la caducidad.

537. Por los motivos antes mencionados, el Tribunal concluye que la ocupación física de los Bloques 7 y 21 efectuada por Ecuador expropió la inversión de Burlington el 30 de agosto de 2009. Siendo esto así, la siguiente cuestión que surge es si la expropiación fue ilegítima. Pero antes de analizar esta cuestión, el Tribunal abordará brevemente la alegación de Burlington de que este es un caso de expropiación progresiva.
538. En virtud de la conclusión de que la ocupación física implicó una expropiación, el Tribunal no considera que las medidas de Ecuador, tomadas en su conjunto, constituyeron una expropiación progresiva. Como se señaló anteriormente, una expropiación progresiva solo existe cuando "ninguna" de las medidas impugnadas individualmente constituye una expropiación. En el presente procedimiento arbitral, la toma física de los Bloques constituye una expropiación en sí misma. En el caso *Vivendi II*, por ejemplo, ninguna medida se consideró expropiatoria de manera individual. En concreto, no hubo una toma física de las operaciones del inversor en el caso citado. Por lo tanto, *Vivendi II* es diferente al presente procedimiento arbitral. De ahí que la definición de expropiación progresiva no parezca corresponder a los hechos del presente procedimiento arbitral.
539. Burlington ha invocado el caso *Revere Copper* para sugerir que la conclusión de que se produjo una expropiación en el momento de la toma física era demasiado tarde, dado que la expropiación había comenzado en una etapa anterior. En el caso *Revere Copper*, el tribunal estableció que sería una interpretación muy "limitada"<sup>894</sup> requerir el impacto físico para desencadenar la expropiación. En virtud de este precedente, los abogados de Burlington alegaron lo siguiente en la audiencia:

---

<sup>894</sup> El pasaje completo dispone lo siguiente: "si el impacto físico en una porción significativa o en toda la propiedad o en la operación del emprendimiento es necesario para desencadenar [la cláusula de expropiación en el contrato], uno debería preguntar ¿en qué punto, si existiere, de una operación industrial compleja como la de este caso, que involucra grandes inversiones, el impacto acumulativo de la incapacidad para tomar decisiones racionales desencadenará de hecho esta subsección? ¿Debe uno esperar hasta que ocurra algo similar a la entrada de las tropas, ya sea poco a poco o todas a la vez, en el sentido del siglo diecinueve? ¿Debe existir algún impacto físico? En nuestra opinión esta interpretación limitada del contrato de seguro no concuerda con la realidad actual y no fue la intención de los artífices [del contrato] [...]", *Revere Copper*, p. 60 (anexo CL-104).

"Y lo que importa aquí es que el impacto de no tomar decisiones racionales sobre una inversión puede ser algo dañino por el inversor como algo que lleva a la expropiación. El inversionista no tiene que operar en condiciones que lo priven sustancialmente del beneficio de su inversión antes de tener que pedir ayuda"<sup>895</sup>.

540. El Tribunal no cuestiona esta afirmación general, pero considera que no se aplica al presente procedimiento arbitral. Tal y como se concluyó anteriormente, Burlington no estaba operando bajo condiciones de privación sustancial *antes* de que Ecuador ocupara físicamente los Bloques. Tampoco se puede concluir que antes de ese momento Burlington había perdido su capacidad para "tomar decisiones racionales". A modo de ejemplo, la decisión de Burlington de depositar las cuotas según la Ley 42 en una cuenta separada mientras continuaba negociando con Ecuador es un indicio de que tal capacidad no había sido aniquilada. En conclusión, el Tribunal no considera que este sea un caso de expropiación progresiva.

4. ¿Fue ilegítima la expropiación de Ecuador?

#### 4.1. Posiciones de las Partes

541. Según Burlington, la expropiación de la inversión por parte de Ecuador fue ilegítima porque no cumplió con los requisitos previstos en el Artículo III(1) del Tratado<sup>896</sup>. Fue ilegítima porque Ecuador no ofreció a Burlington una indemnización por la expropiación<sup>897</sup> y porque Ecuador contravino los principios generales de trato establecidos en el Artículo II(3) del Tratado<sup>898</sup>. En efecto, Ecuador llevó a cabo la expropiación de manera injusta, inequitativa y arbitraria, y contravino las obligaciones específicas de Ecuador frente a Burlington, en particular las cláusulas de absorción de impuestos<sup>899</sup>.

542. Según Ecuador, si existió una expropiación, esta no fue ilegítima<sup>900</sup>. En primer lugar, la omisión de Ecuador de pagar una indemnización no vuelve ilegítima a la supuesta expropiación, porque en primer lugar se está discutiendo si existió una expropiación. Si no se establece que, en primer lugar, de hecho existió una

---

<sup>895</sup> Tr. 86:2-9.

<sup>896</sup> MCB, § III(B).

<sup>897</sup> *Id.*, ¶¶ 99-101.

<sup>898</sup> *Id.*, ¶¶ 102-107.

<sup>899</sup> *Id.*, ¶¶ 108-120. En virtud del análisis previo del Tribunal, éstas son en realidad cláusulas de absorción de impuestos (véase ¶ 335 anterior).

<sup>900</sup> CME, § 8.

expropiación, no existe obligación de ofrecer una indemnización<sup>901</sup>. En el caso *Goetz c. Burundi*, el tribunal se negó a caracterizar la toma como ilegítima porque, según Ecuador, el Estado "no había contado con la oportunidad para cumplir con la condición de la indemnización"<sup>902</sup>. En segundo lugar, en cualquier caso, la supuesta expropiación *no* fue injusta e inequitativa, ni arbitraria, ni contravino los compromisos de Ecuador frente a Burlington<sup>903</sup>.

#### 4.2. Análisis

543. No se disputa que Ecuador no ha pagado ni ha ofrecido una indemnización a Burlington. Muchos tribunales han sostenido que la falta de pago es suficiente para considerar a una expropiación ilegítima<sup>904</sup>. Ecuador afirma que no ofreció una indemnización a Burlington porque estaba en discusión si existía una expropiación. Si bien esto pudo ser cierto al momento de la Ley 42 y de las medidas de coactivas, no se puede discutir legítimamente que Ecuador se apropió de los beneficios de la inversión de Burlington desde el momento de la toma física. Tampoco se puede discutir que Ecuador estaba al tanto de que debía una indemnización, dado que ofreció pagar una indemnización a otras compañías petroleras cuando tomó posesión de sus operaciones<sup>905</sup>.
544. A pesar de estas consideraciones, Ecuador no ofreció indemnización alguna. Por lo tanto, Ecuador no pagó ninguna indemnización "pronta, adecuada y efectiva" por la expropiación de la inversión de Burlington. El hecho de que Ecuador haya invocado el caso *Goetz c. Burundi*<sup>906</sup>, en el que el tribunal le brindó al Estado la posibilidad de escoger entre pagar la indemnización o cancelar la medida expropiatoria, no modifica esto. En cualquier caso, nada evita que Ecuador realice

---

<sup>901</sup> *Id.* ¶¶ 680-697.

<sup>902</sup> *Id.*, ¶ 685.

<sup>903</sup> *Id.*, ¶¶ 698-721.

<sup>904</sup> *ADC Affiliate Ltd. y ADC & ADMC Management Ltd. c. la República de Hungría*, laudo del 2 de octubre de 2006, ¶ 444 (anexo CL-101); *Bernardus Henricus Funnekotter y otros c. la República de Zimbabwe*, laudo del 2 de abril de 2009, ¶¶ 106-107 (anexo CL-150); *Rumeli Telekom y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajistán*, laudo del 21 de julio de 2008, ¶ 706 (anexo CL-158); *Vivendi II*, ¶ 7.5.21.

<sup>905</sup> En la audiencia, los abogados de Burlington señalaron que "en este caso, en este caso, solamente en él, y en el caso del socio de Burlington, Perenco, Ecuador dice que no debe pagarse indemnización alguna. Dice que puede [...] beneficiarse de un ciento por ciento de las ventas futuras del petróleo producido como consecuencia de las inversiones masivas [...] [mientras que al mismo tiempo, [e]n la última ley, la ley de julio de 2010, los otros contratistas que tuvieron sus contratos extinguidos, a ellos se les reconocieron las indemnizaciones" (Tr. 76:8-22, véase también Tr. 129:19).

<sup>906</sup> *Antoine Goetz y otros c. la República de Burundi*, laudo de 10 de febrero de 1999 (anexo EL-22). Ecuador citó ese precedente en su escrito inicial, pero no reiteró su aplicación ni en la audiencia ni en el escrito post audiencia.

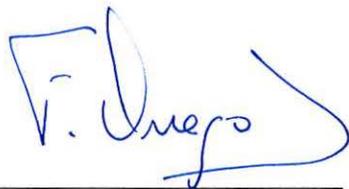
una oferta con posterioridad a esta resolución y que posiblemente se llegue a un acuerdo con Burlington mediante el cual se ponga fin a este procedimiento arbitral.

545. En conclusión, el Tribunal concluye que la expropiación de Ecuador fue ilegítima.

## V. DECISIÓN

546. Por las razones expuestas anteriormente, el Tribunal Arbitral:

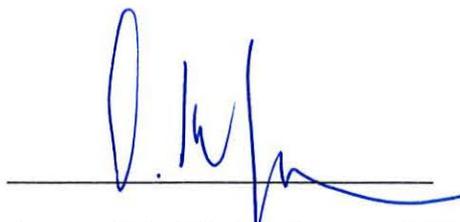
- A. Deniega la solicitud del Ecuador de que la Sección III(B)(2) del Memorial Complementario de Burlington sobre la Responsabilidad sea excluida del expediente;
- B. Con respecto a las cuestiones sobre jurisdicción y admisibilidad pendientes:
  - 1. Declara que no tiene jurisdicción sobre los reclamos de Burlington bajo la cláusula paraguas en virtud del Artículo II(3)(c) del Tratado;
  - 2. Declara que tiene jurisdicción sobre los decretos de caducidad en relación con los CPs de los Bloques 7 y 21;
  - 3. Declara que las alegaciones de Burlington con respecto a los decretos de caducidad son admisibles;
- C. Con respecto a la responsabilidad:
  - 1. Declara que Ecuador violó el Artículo III del Tratado al expropiar de manera ilegítima la inversión de Burlington en los Bloques 7 y 21 a partir del 30 de agosto de 2009;
  - 2. Declara que todos los petitorios diferentes o contrarios con respecto a la responsabilidad de Ecuador son desestimados;
- D. Con respecto a los próximos pasos procesales:
  - 1. Tomará los pasos necesarios para que el procedimiento continúe hacia la fase de cuantificación;
  - 2. Reserva la decisión sobre costos para su adjudicación posterior.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'F. Orrego', written over a horizontal line.

Profesor Francisco Orrego Vicuña  
Arbitro  
(con la opinión disidente que se adjunta)

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Brigitte Stern', written over a horizontal line.

Profesora Brigitte Stern  
Arbitro

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'G. Kaufmann-Kohler', written over a horizontal line.

Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler  
Presidenta del Tribunal

## Opinión disidente del Árbitro Orrego Vicuña

1. Lamento profundamente no estar en pleno acuerdo con mis distinguidos colegas del Tribunal. Comparto muchas de las conclusiones de la Decisión, en particular la última en cuanto al hecho de que ha habido en este caso un acto de expropiación con motivo de la apropiación de los Bloques por parte de los funcionarios de la Demandada que, como debidamente concluye el Tribunal, despojó a la Demandante no sólo de su participación en la producción petrolera, y en consecuencia de sus ingresos, sino también de los medios de producción que hacían posible la generación de dichos ingresos, produciendo como consecuencia la total privación del uso y control efectivo de la inversión.
2. No obstante, me permito respetuosamente afirmar que la Decisión no alcanza a reconocer algunos de los otros derechos de los que goza el inversionista en virtud de los Contratos Petroleros (CP), el Marco Legal de los Hidrocarburos y, en especial, el Tratado y el derecho internacional. Este enfoque más restringido de la Decisión da lugar a que ciertos actos que normalmente serían calificados como violaciones contractuales o del Tratado, y que conllevarían responsabilidades, quedan sin sanción legal y no acarrear las consecuencias derivadas de la responsabilidad internacional del Estado por actos ilícitos.
3. La primera limitación con la que me encuentro en desacuerdo se refiere al significado y alcance de la cláusula paraguas incluida en el Artículo II (3) (c) del Tratado. Es bien sabido que este tema ha dado lugar a un extenso debate en el arbitraje relativo a inversiones y el derecho internacional. En el Laudo *CMS*, en el cual participé como presidente del tribunal, se adoptó una posición. El Comité de Anulación en el caso *CMS*, por cuyos miembros siento un profundo respeto, adoptó una posición diferente. Diversos laudos se apoyaron en una u otra línea de pensamiento. Lo particularmente distintivo entre dichas posturas jurisprudenciales es la relación contractual directa (*privity*).
4. La Decisión ha preferido seguir al pie de la letra la decisión del Comité de Anulación de *CMS* en esta última materia. Si bien en la Decisión se advierte que es discutible si las decisiones sobre anulación de los casos *Azurix*, *Siemens* y *CMS* constituyen una serie de casos concordantes respecto del supuesto requisito de la relación contractual directa (*privity*), concluye sin embargo que existe una mayoría de casos que reconocen dicho requisito y concede una autoridad particular a la decisión sobre anulación en el caso

*CMS*. He apoyado la idea de que los tribunales deberían tomar en consideración las decisiones previas en cuestiones relevantes, a pesar de no establecer precedentes legales de aplicación obligatoria. Sin embargo, en este caso en particular, no advierto la existencia de una concordancia tal que obligue al Tribunal a decidir como lo hecho. No me cabe duda de que la decisión sobre anulación en el caso *CMS* representa una opinión muy respetable, pero es sólo una opinión entre muchas y el hecho de que sea una decisión en un proceso de anulación no le confiere más autoridad, como el caso *Continental Casualty* y otros lo demuestran. Incluso algunos casos como *Siemens* y *Azurix*, que suelen ser invocados para fundamentar la existencia del requisito de la relación contractual directa (*privity*), no son lo suficientemente concluyentes en esta materia, tal como se observa en la Decisión, pues no responden a un principio general independiente de las circunstancias de los casos particulares. La jurisprudencia no se elabora a partir del cálculo de una mayoría; pero incluso si se consideraran las opiniones mayoritarias no parecen respaldar las conclusiones de la Decisión.

5. En este contexto, el tema central que se discute en la Decisión es la afirmación contenida en la decisión sobre anulación en el caso *CMS* que las obligaciones se pactan en relación con personas individuales, que son el deudor y el acreedor de los derechos y las obligaciones previstas en un contrato. En este caso, se concluye que la relación jurídica existe exclusivamente entre la Demandada y las subsidiarias de la Demandante, pero no con la sociedad matriz que presenta un reclamo por violación del Tratado, incluyendo el reclamo de violación de la cláusula paraguas. Desde el punto de vista del derecho civil, como en el del Código Civil de Ecuador, al igual que desde el punto de vista del derecho común aplicable en materia de contratos, no se podría estar en desacuerdo con esta premisa. Sin embargo, el problema en este caso es determinar quién goza de los derechos establecidos en el Tratado y quiénes son el deudor y el acreedor en el complejo marco de las relaciones de negocios que suelen caracterizar las inversiones.
6. Esta materia no es enteramente nueva a la luz de la jurisprudencia de los tribunales arbitrales en el ámbito del comercio, en especial aquellos que se rigen por las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, cuyos laudos extienden el alcance de la cláusula de arbitraje a terceros cuando existe un vínculo entre esa parte y quien suscribe el contrato. Dicho vínculo se refiere no solamente a las obligaciones del tercero que se invocan sino también a los derechos que le asisten. Esta misma tendencia se advierte también en importantes expresiones de la legislación y la jurisprudencia

nacional, como es el caso por ejemplo de la Ley de Inglaterra sobre Contratos (Derechos de Terceros) de 1999, que abolió la doctrina de la relación contractual directa (“*the doctrine of privity*”) y permite que se concedan beneficios a un tercero que no es parte del contrato.

7. En este caso, el Artículo I del Tratado protege de manera expresa tanto las inversiones directas como las indirectas. Las obligaciones a las que se refiere la cláusula paraguas también son aquellas relacionadas con inversiones. No debería hacerse una diferencia si la inversión protegida es minoritaria, como en el caso *CMS*, o si la participación alcanza el 100%, como en este caso. Lo que importa es que el Tratado ha tenido la intención de proteger las inversiones directas o indirectas que reúnan los requisitos para considerarse como tales. Estas últimas pueden adoptar diversas modalidades.
8. Lamento no poder estar de acuerdo con la conclusión de la Decisión en cuanto a que si bien algunas disposiciones del Tratado protegen tanto las inversiones directas como las indirectas, como por ejemplo la expropiación, en otras materias, como la cláusula paraguas, el alcance de la protección es diferente y no se aplica a las inversiones indirectas que no cumplen con el requisito de la relación contractual directa (*privity*). El Tratado no hace tal distinción y de haber sido esa su verdadera intención tendría que haberla formulado de forma expresa. Los tribunales no tienen la potestad de suplir el texto del tratado con algo que las partes no han acordado. Además, en mi opinión, dicha interpretación es contraria a la regla de interpretación de los tratados que contiene el Artículo 31 (1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en particular en cuanto al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
9. Es por ello que este árbitro considera que la conclusión correcta debería haber sido que la entidad que goza de derechos relativos a una inversión protegida en virtud de un tratado también tiene derecho a los beneficios que emanan de la protección de la cláusula paraguas, diseñada para garantizar que se respeten las obligaciones relativas a dicha inversión. Este es frecuentemente el caso de los contratos que se suscriben por un vehículo de inversión o una sociedad local mediante la cual se realiza la inversión. Cuando la utilización de dichos vehículos o sociedades locales es un requisito impuesto por el Estado receptor a través de una ley o una reglamentación, dicha conclusión se convierte en imperativa.

10. Una interpretación que lleve a afirmar que sólo la empresa que haya suscrito el contrato puede gozar de la protección de la cláusula paraguas conduciría inevitablemente a una negación de la protección en cuestión, despojando al tratado de todo sentido en este contexto. Dicho punto de vista implica extender la protección del tratado a sus beneficiarios, en particular la cláusula paraguas, por un lado, y después negar dicha protección, por el otro. A pesar de que algunas veces se piensa que una interpretación semejante resultaría útil para restringir la responsabilidad del Estado receptor, ella podría tener en la práctica un efecto contrario al poner fin a muchos tipos de empresas mixtas y otras modalidades de inversión que se canalizan a través de vehículos de inversión en beneficio del Estado receptor. Como punto de partida, ninguna inversión se llevaría a cabo a través de una empresa local que estuviera, por definición, privada del derecho a presentar un reclamo en contra de su propio Estado de nacionalidad.
11. El examen apropiado sigue siendo determinar cuál es el sujeto que tiene un interés real en la inversión, tal como acertadamente lo explicó el tribunal en el caso *Goetz*: “*le Tribunal observe que la jurisprudence antérieure du CIRDI ne limite pas la qualité pour agir aux seules personnes morales directement visées par les mesures litigieuses mais l’étend aux actionnaires de ces personnes, qui sont les véritables investisseurs*”. Estos intereses han sido reconocidos en varias decisiones contemporáneas –punto de vista que considero en conformidad tanto con el tratado aplicable como con el derecho internacional. Hay excepciones que están, por supuesto, justificadas, como en el caso del abuso en el uso de una sociedad como mero mecanismo jurisdiccional para obtener acceso al arbitraje internacional que de otro modo no estaría disponible. En este caso no existe semejante abuso ni tampoco se ha argumentado lo contrario.
12. Las conclusiones de la Decisión acerca de la indisponibilidad de la cláusula paraguas respecto de los reclamos contractuales alcanza a diversas otras materias de importancia. El Demandante ha señalado a este respecto que resulta paradójico que, por una parte, se niegue la aplicación de la cláusula paraguas en cuanto a la protección de los derechos consagrados en los CP y, por otra parte, se invoquen sus obligaciones contractuales a los efectos de la reconvención presentada. La Decisión concluye acertadamente que dicha reconvención se basa en un acuerdo específico entre las partes sobre los aspectos de jurisdicción, pero dicho acuerdo no cubre desde luego los aspectos relativos al fondo que se centrarán inevitablemente en las disposiciones de los CP.

13. Otra implicación de las conclusiones de la Decisión se relaciona con el muy debatido tema de las relaciones entre los reclamos fundados en un contrato y aquellos fundados en un tratado. Hoy día se acepta generalmente que no toda violación de un contrato conlleva necesariamente una violación de un tratado, así como que algunos incumplimientos contractuales pueden ser la fuente de reclamos fundados en un tratado. En la medida que no se reconocen derechos contractuales a la luz del tema de la relación contractual directa (*privity*), no habría derechos bajo el tratado que se originen en esa fuente contractual. No obstante, el problema no es tan simple como parece, haciéndose necesario referirse a particularidades adicionales.
14. La Decisión ha concluido correctamente que la renuncia a los reclamos por parte de las subsidiarias de la Demandante que conlleve la obligación de no poder presentarlos nuevamente (“*with prejudice*”) no implica una renuncia a los derechos subyacentes, los que pueden servir de fundamento a los reclamos que la Demandante pudiera presentar en virtud del Tratado. Evidentemente, la Demandante no ha efectuado semejante renuncia. De ahí que, a pesar de que la falta de relación contractual directa (*privity*) impide a la Demandante a la luz de la Decisión reclamar en función de los derechos contractuales establecidos en los CP, subsisten derechos subyacentes que pueden ser objeto de reclamo en virtud del Tratado.
15. Lo anterior conduce a otro problema complejo relacionado con la cláusula paraguas que las partes han controvertido y sobre el que la Decisión se pronuncia: el vínculo de dicha cláusula con la violación, no del contrato, sino de la ley. También es bien conocido que los tribunales de inversión han sostenido interpretaciones divergentes sobre esta materia, sosteniendo algunos que la cláusula paraguas solo se puede aplicar a las obligaciones contractuales en tanto que otros afirman que, además, se puede aplicar a las obligaciones fundadas en una ley o una reglamentación. En la opinión de este árbitro, si bien normalmente puede resultar difícil determinar el alcance de la legislación a este respecto, ya sea debido al alcance general de la ley o a que las obligaciones pueden no ser suficientemente específicas, también comprende que en algunos casos, como en el presente, ello está justificado.
16. La Decisión ha concluido que el Marco Legal de los Hidrocarburos de Ecuador prevé efectivamente que hay obligaciones relativas al derecho de participación en la producción del área del contrato, al igual que existe un derecho a un ajuste impositivo

en relación a una modificación contractual, pero concluyendo además que dado que estos derechos presumen la existencia de un contrato una vez que se incorporan en los CPs el objetivo de las disposiciones legales se agota y ya no pueden servir como una obligación susceptible de protección por la cláusula paraguas separadamente de los CPs. Lamento no compartir esta última conclusión.

17. Las obligaciones contenidas en el Marco Legal de los Hidrocarburos son específicas respecto de las inversiones que descansan en sus disposiciones para celebrar un CP. El alcance del Marco Legal es también específico respecto de este sector. Es por ello que en la opinión de este árbitro si no se respeta el cumplimiento de los derechos contractuales los derechos contenidos en el Marco Legal subsisten inalterados y pueden servir precisamente como fundamento para reclamar la aplicación de la cláusula paraguas en virtud del Tratado, independientemente del contrato y por ello no necesariamente quedan agotados. En el presente caso los derechos fueron incluidos en los CP, pero no fueron debidamente respetados cuando llegó el momento de su ejecución y, más aún, los CP fueron rescindidos por decisión unilateral de la Demandada durante el proceso de Caducidad. Los derechos estarán por consiguiente disponibles para su protección por la cláusula paraguas a pesar de que los derechos contractuales podrían ya no estar disponibles para la Demandante.
18. El segundo aspecto central que motiva esta opinión disidente se relaciona con la manera como el Estado puede obtener un incremento de su participación en la producción de recursos naturales y sus ingresos. Se puede entender y respetar plenamente el objetivo de una política estatal que busque compartir los beneficios de ganancias extraordinarias, como sucede en todos los rincones del mundo. Una proporción del 50% es probablemente la expresión de una participación equitativa concebida como una repartición del cincuenta por ciento para cada parte, pero el Tribunal está obligado a resolver la presente controversia no en términos de equidad sino en virtud del derecho aplicable previsto en el Marco Legal de los Hidrocarburos, los CP, el Tratado y el derecho internacional. En el marco del estado de derecho, en particular a la luz de compromisos específicos y la incorporación de las cláusulas de estabilización tributaria, sólo hay tres vías posibles para alcanzar dichos objetivos.
19. La primera vía es mediante la negociación, que en el presente caso no prosperó. La segunda es la de procurar el reconocimiento por la vía judicial de la modificación de un

contrato en virtud de la doctrina *rebus sic stantibus*. Esta doctrina está mencionada también en el expediente no obstante que la Demandada argumenta que no ha recurrido a ella como justificación de las medidas adoptadas. La Decisión concluye a este respecto que la Demandada no invocó esa doctrina y que no hay necesidad de analizar sus requisitos. Este árbitro debe señalar, sin embargo, que se ha argumentado acerca del carácter imprevisible del aumento del precio del petróleo, que atiende a la esencia de la aplicación de dicha doctrina. Habría sido preferible que la Decisión analizara esta doctrina a la luz de los estrictos requisitos que el derecho internacional exige para su aplicación.

20. La tercera vía es la de modificar la participación en la producción y la distribución de los ingresos por medio de la expropiación acompañada de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, que tampoco se ha dado en este caso. En este contexto debo respetuosamente expresar mi desacuerdo con la manera como la Decisión ha considerado el tema de la expropiación.
21. Si bien, como se ha señalado anteriormente, comparto plenamente la conclusión de la Decisión acerca de que ha habido una expropiación y de que los actos correspondientes son ilegales, considero que la Decisión ha restringido esas conclusiones al hecho de que se tomó posesión de los bloques. Los problemas que suscitan los efectos de la Ley No. 42, el proceso de ejecución Coactiva y la medida final de la Caducidad de los contratos también justifican en la opinión de este árbitro la conclusión de que esos actos constituyen una expropiación.
22. No estoy en desacuerdo con las conclusiones alcanzadas en cuanto al hecho de que el expediente demuestra que la economía de los contratos no estaba vinculada a un cierto precio del barril de petróleo o a una tasa de retorno de 15% en cada contrato. Como se concluye acertadamente, la economía de los contratos estaba vinculada únicamente al valor de su participación en la producción. Más aún, comparto la conclusión de la Decisión en cuanto a que las cláusulas de absorción tributaria son equivalentes a una cláusula de estabilización tributaria.
23. En tanto estoy de acuerdo con la premisa de que los Estados tienen una autoridad inherente para aplicar impuestos y que esos poderes encuentran su límite en los requerimientos de la costumbre internacional en cuanto a la no discriminación y a que no se traduzcan en una confiscación, discrepo de la conclusión de que los efectos de la

Ley No. 42, ya sea al nivel del 50% o del 99% de la participación en el incremento de los ingresos por sobre una cantidad mínima, no conllevan una expropiación de la inversión. En efecto, después de que la Decisión concluye que al incorporar un factor de precio en la distribución de los ingresos petroleros la Ley No. 42 modificó el acuerdo de las partes de excluir dicho factor y llevó por consiguiente a que los ingresos petroleros fueran redirigidos hacia el Estado en la forma de impuestos, con la consecuencia adicional que el rehusarse a aplicar un factor de corrección para absorber los efectos de los impuestos aprobados contraviene los contratos, la Decisión llega a la conclusión ulterior de que ni el 50% ni el 99% de aumento de la participación constituyen una privación sustancial del valor de la inversión.

24. Este árbitro comparte el punto de vista de que la privación sustancial es un estándar apropiado para determinar la existencia de expropiación en el derecho internacional, si bien no es el único, pero aún a la luz de ese criterio los hechos en este caso demuestran que una privación sustancial efectivamente ocurrió. El razonamiento de la Decisión en este aspecto es que debido a que el nivel de impuestos alcanzaba previamente a un 40%, incluyendo el impuesto a las utilidades y la contribución de empleo, el incremento a un 50% sólo significaría, luego de complejos cálculos, que la participación del inversionista en los ingresos petroleros fue reducida en un 29.2% para el Bloque No. 7 y un 32.8% para el Bloque No. 21. Al aplicarse este mismo ejercicio al incremento del 99% se concluye que la reducción para el Bloque No. 7 sería del 58% y para el Bloque No. 21 del 70.2%.
25. Si bien la Decisión considera que estas últimas cifras disminuyeron considerablemente las utilidades de Burlington se concluye que ello no demuestra que la inversión llegó a no ser rentable o no tener valor alguno. Respetuosamente disiento de esta conclusión pues ningún empresario razonable podría concluir que luego de tener que entregar el 50%, o peor aún el 99%, de sus ingresos al Estado ese negocio podría ser rentable o valioso. Sería prácticamente imposible encontrar en estas circunstancias un comprador debido a los efectos adversos de las medidas adoptadas en la viabilidad del negocio.
26. En la opinión de este árbitro pueden hacerse muchos ejercicios para calcular como las utilidades resultan afectadas o no afectadas. En este caso, este árbitro no comparte el ejercicio de cálculo realizado por la Decisión, con la dificultad adicional de que la amortización de la inversión de capital no ha sido considerada a pesar de que ella

cumplió cuidadosamente con los requisitos de la ley. El concepto de privación sustancial no es, sin embargo, un ejercicio matemático sino una manifestación de un criterio razonable. Los incrementos de la Ley No. 42, particularmente al nivel del 99%, no responden a ningún criterio razonable, como lo ha admitido el propio gobierno Demandado al decidir que ese porcentaje de participación debía reducirse a un 70% en ciertas circunstancias.

27. Lo que finalmente importa no es juzgar acerca de cuál era el nivel previo de impuestos sino cuál es el impacto total de las medidas adoptadas. Tampoco importa si las medidas se describen como un impuesto, una regalía o una carga no obstante los extensos argumentos de las partes a este respecto. La determinación esencial es cuál es la proporción de los ingresos que serán destinados al Estado de una u otra manera. Un nivel impositivo del 50%, si bien no carece de precedente, es sustancial. Un nivel impositivo del 99% no solamente es constitutivo de una expropiación sino que es una confiscación, aún cuando en este caso le fuese permitido al inversionista retener un ingreso mínimo según la economía de los contratos como la interpreta el Demandado. En definitiva significa que el individuo o entidad afectada trabajará la mitad de su tiempo para el Estado, o prácticamente el 100%, aún si se le permite mantener ese cierto ingreso mínimo. No me es posible considerar ninguno de estos efectos como razonable. Más aún, considero que ello suscita un serio problema relativo a la libertad individual en una sociedad democrática. La privación sustancial es, en consecuencia, claramente el efecto de las medidas adoptadas.
28. En la opinión de este árbitro hay otras dos limitaciones que afectan las conclusiones acerca de la expropiación. Una de ellas se refiere a las medidas Coactivas dirigidas a la ejecución del cobro de los impuestos debidos mediante las cuales se embargó el petróleo para ser posteriormente rematado a precios inferiores a los del mercado. La Decisión concluye que debido a que estas medidas afectaban solamente al petróleo y no la inversión en su totalidad no podría haber expropiación directa en los términos del Tratado. La Decisión concluye adicionalmente que los efectos de las medidas Coactivas no son diferentes a aquellos de la Ley No. 42 al nivel del 99% y por haberse concluido que estos últimos no constituían expropiación tampoco su ejecución podría tener ese efecto.

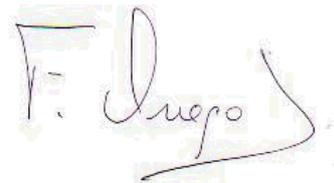
29. Este árbitro respetuosamente debe manifestar su desacuerdo respecto de esa conclusión. En primer lugar no es necesario que una expropiación directa afecte la totalidad de la inversión para que se contravengan los derechos protegidos por el Tratado. Más importante aún es el hecho de que los ingresos fueron afectados como consecuencia de las medidas de ejecución coactivas, ciertamente durante el periodo que duró su ejecución y en definitiva en forma permanente como consecuencia de las medidas relacionadas de la ocupación de los bloques y la Caducidad de los contratos. El punto de vista de que al final de este proceso de cobro el inversionista podría haber readquirido su capacidad de generar ingresos demostró ser enteramente teórico, entre otras razones porque el valor de la propiedad habrá sido seriamente afectado como consecuencia del proceso considerado como un todo, incluida la posibilidad de disponer de los activos comprometidos.
30. Por otra parte, las medidas señaladas fueron adoptadas con prescindencia de las medidas provisionales ordenadas por el Tribunal, situación que hace que el proceso de la Coactiva sea incompatible con el desarrollo ordenado del procedimiento arbitral y la autoridad del Tribunal. Respetuosamente sugiero que hechos de esta naturaleza no deben quedar sin consecuencias.
31. Otra limitación que se observa en las conclusiones de la Decisión se refiere a la Caducidad. En tanto la Decisión correctamente concluye que la ocupación de los bloques constituye un acto de expropiación ilegal por las razones que se explican, no ha considerado necesario examinar la terminación de los contratos mediante la Caducidad en vista de que la expropiación ya había tenido lugar con la ocupación y la Caducidad sólo venía por consiguiente a formalizar la situación existente. Este árbitro es de la opinión que poner término a los contratos en estas circunstancias es un factor agravante de la ilegalidad de la expropiación pues con ella se eliminan todos los derechos y no solamente aquellos relativos a los medios de producción. El inversionista termina así con las manos vacías y los muchos millones que fueron invertidos simplemente se esfuman con todos sus derechos y garantías.
32. El proceso de expropiación considerado como un conjunto permite apreciar que todos sus elementos están interrelacionados. Comenzando por la Ley No. 42, seguida de la Coactiva, culminando en la ocupación y finalizando con la Caducidad son todos elementos que no pueden separarse. El caracterizar como expropiación solamente la

ocupación aísla esos otros elementos y limita los efectos de la expropiación. En tanto algunas medidas por si mismas pueden no ser suficientes en el punto de vista de la Decisión para constituir una expropiación directa, si uno examina el proceso en su conjunto se observa que la interrelación señalada lleva de un paso al siguiente. En la opinión de este árbitro este es por consiguiente un caso en el que, a pesar de que no se admita la expropiación respecto de sus varios componentes considerados separadamente, una fase de expropiación rampante (“*creeping expropriation*”) conduce finalmente a una situación de expropiación directa. Los dos tipos de expropiación no son incompatibles entre ellos y se hace necesario examinar los efectos de esa expropiación de comienzo a fin, no solamente al final. Entre otras consecuencias de una u otra opción se encuentra el problema de que la fecha de la expropiación para los efectos de determinar la indemnización podrá ser más temprano o más tarde.

33. Este árbitro considera que es aquí donde tiene un papel de importancia el Trato Justo y Equitativo previsto en el Artículo II.3 del Tratado, al que se remiten específicamente las disposiciones relativas a la expropiación del Artículo III de ese Tratado. Aún si se considera que las medidas previas a la expropiación directa formal no son constitutivas de expropiación, conclusión que como se ha indicado este árbitro no comparte, no parecen ser ellas compatibles con el significado del Trato Justo y Equitativo. Debido al vínculo entre las disposiciones señaladas la expropiación no puede ignorar el hecho de que las medidas que condujeron a ella puedan contravenir el estándar del Trato Justo y Equitativo, por lo que se traducen en un incremento de la responsabilidad.
34. Se hace presente que este no es un caso de un estándar que se baste a sí mismo que pueda ser irreconciliable con las conclusiones de la Decisión sobre Jurisdicción, la que por su parte está sujeta a dudas en este aspecto, sino de estándares que se aplican consecutivamente con el fin de tomar en cuenta el conjunto de las medidas adoptadas y que en definitiva conducen a la expropiación indicada. Ni siquiera el hecho de que el Artículo X del Tratado restrinja la jurisdicción en lo relativo a materias tributarias al caso de la expropiación, entre otros, podría impedir esta conclusión debido a que ese mismo Artículo se remite a la expropiación del Artículo III, que a su vez establece el vínculo con el Trato Justo y Equitativo. Es por consiguiente el propio Tratado que ha previsto una interrelación de las medidas que puedan traducirse en una expropiación.

35. Con todo el debido respeto uno queda con la impresión de que estas limitaciones envían un mensaje equivocado más allá del caso que se decide. Pareciera que un inversionista, o en el hecho cualquier individuo, puede ser estrujado por medio de impuestos u otras medidas hasta que sus ingresos sean en gran parte o enteramente redirigidos al Estado. También pareciera que sus restantes activos pueden ser embargados y rematados para cobrar los impuestos debidos. Finalmente, se pondría término a todos sus derechos. Ninguna de estas situaciones comprometería la responsabilidad. Pero que no se envíe a la policía o al ejército para ocupar la propiedad pues esta sería la única medida constitutiva de expropiación ilegal. Por las razones expuestas anteriormente, respetuosamente pienso de manera diferente.

Respetuosamente presentado,

A handwritten signature in black ink, appearing to read "F. Orrego". The signature is fluid and cursive, with a long horizontal stroke at the end.

Francisco Orrego Vicuña

8 de noviembre de 2012