

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

WASHINGTON, D.C.

En el procedimiento de arbitraje entre

PERENCO ECUADOR LIMITED

Demandante

y

REPÚBLICA DEL ECUADOR

Demandada

Caso CIADI No. ARB/08/6

**DECISIÓN SOBRE LAS CUESTIONES
PENDIENTES RELATIVAS A LA JURISDICCIÓN
Y SOBRE LA RESPONSABILIDAD**

Miembros del Tribunal

Juez Peter Tomka, Presidente
Sr. Neil Kaplan, C.B.E., Q.C., S.B.S.
Sr. J. Christopher Thomas, Q.C.

Secretario del Tribunal

Sr. Marco Tulio Montañés-Rumayor

Fecha: 12 de septiembre de 2014

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

En representación de **Perenco Ecuador Limited:**

Sr. Mark W. Friedman
Sra. Ina Popova
Sr. Thomas Norgaard
Sra. Sonia Farber
Sra. Terra Gearhart-Serna
Debevoise & Plimpton LLP

y

Sr. Gaëtan Verhoosel
Three Crowns LLP

Sra. Carmen Martínez López
Covington & Burling LLP

En representación de la **República del Ecuador:**

Dr. Diego García Carrión
Procurador General del Estado
y
Dra. Blanca Gómez de la Torre
Directora Nacional de Asuntos
Internacionales y Arbitraje

y

Sr. Eduardo Silva Romero,
Sr. Pierre Mayer
Sr. Daniel Gal
Sr. José Manuel García Represa
Sra. Maria Claudia Procopiak y
Sra. Audrey Caminades
Dechert LLP

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	1
A. Las Partes.....	1
B. La Diferencia	1
II. HISTORIA PROCESAL.....	2
III. LOS HECHOS.....	10
A. Propiedad y Control de la Demandante.....	10
B. Industria de Hidrocarburos en Ecuador.....	12
C. Intereses de Perenco en los Contratos de Participación de los Bloques 7 y 21	15
D. Aumentos en el precio del petróleo y la respuesta del Ecuador	21
E. Orígenes de la diferencia: eventos vinculados con la Ley 42-2006 de Reforma a la Ley de Hidrocarburos.....	22
(1) La promulgación de la Ley 42.....	23
(2) Aplicación de la Ley 42	26
(3) Pagos en virtud de la Ley 42, el inicio del arbitraje CIADI, negociaciones y <i>Ley de Equidad Tributaria</i>	31
F. Proceso de <i>coactiva</i> , Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales, intervención en los Bloques y declaración de <i>Caducidad</i>	43
(1) Proceso de coactiva.....	43
(2) Subasta del crudo del Consorcio y Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales.....	48
(3) Esfuerzos de negociación y oferta de solución propuesta.....	53
(4) Segundo intento de remate y declaración de <i>Caducidad</i>	56
IV. SÍNTESIS DE LAS RECLAMACIONES Y LOS PEDIDOS DE LAS PARTES	63
A. Jurisdicción.....	63
(1) Sobre si Perenco es una empresa ‘controlada por’ nacionales franceses conforme al significado del Artículo 1(3)(ii) del Tratado	63
(2) Sobre si las reclamaciones relacionadas con la <i>caducidad</i> son arbitrables.....	67
B. Fondo.....	69
(1) Introducción a las reclamaciones en virtud del Tratado y de los Contratos de Participación	69
(2) Sobre si Ecuador incumplió el Artículo 4 del Tratado al no brindar un trato justo y equitativo a la inversión de Perenco en los Bloques 7 y 21	70
(3) Sobre si Ecuador violó el Artículo 4 del Tratado al interferir con el uso y goce de las inversiones de Perenco en los Bloques 7 y 21	72

(4) Sobre si Ecuador violó el Artículo 5 del Tratado al actuar discriminatoriamente contra Perenco y su inversión en los Bloques 7 y 21.....	73
(5) Sobre si Ecuador violó el Artículo 6 del Tratado al expropiar las inversiones de Perenco en los Bloques 7 y 21.....	74
(6) Sobre si Ecuador violó compromisos contractuales de no modificar unilateralmente términos clave de los Contratos de Participación, de no discriminar y de negociar.....	78
(7) Sobre si Ecuador estaba obligado contractualmente a cumplir con la Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales.....	80
C. Reconvenciones del Ecuador.....	81
D. Remedios.....	81
E. Petitorios.....	82
V. JURISDICCIÓN SOBRE LAS RECLAMACIONES DE LA DEMANDANTE EN VIRTUD DEL CONTRATO.....	85
A. La objeción pendiente de la Demandada.....	86
B. La presentación de la Demandante.....	89
C. La Decisión del Tribunal.....	94
VI. RECLAMACIONES POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.....	96
A. Derecho aplicable a las reclamaciones en virtud de los Contratos de Participación....	96
B. El enfoque del Tribunal a las reclamaciones de incumplimiento de los Contratos de Participación.....	98
C. Los alegatos de las Partes.....	101
(1) La posición de la Demandante.....	101
(2) La posición de la Demandada.....	105
D. La Decisión del Tribunal.....	110
(1) Los términos claves de los Contratos de Participación.....	110
(2) ¿Modificó, enmendó o cambió la Ley 42 el marco jurídico aplicado a los Contratos de Participación?.....	114
(3) ¿Encuadraba la Ley 42 dentro del alcance de las cláusulas de modificación del régimen tributario?.....	116
(4) La solicitud de negociaciones.....	118
(5) ¿Adoptó Perenco medidas suficientes para probar el proceso de modificación tributaria cuando la Ley 42 se aplicó al 50%?.....	119
(6) La Ley 42 al 99%.....	125
(7) La Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales y la defensa de <i>exceptio non adimpleti contractus</i>	129

a.	¿Estaba Ecuador obligado contractualmente a cumplir con la Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales?.....	129
b.	¿Puede Perenco invocar la defensa <i>exceptio non adimpleti contractus</i> por su decisión de suspender las operaciones?.....	131
(8)	¿Hubo incumplimiento de la cláusula 5.1.28 del Contrato de Participación en el Bloque 7?.....	140
(9)	La <i>caducidad</i> conforme a los Contratos.....	142
E.	Síntesis de las determinaciones del Tribunal sobre las reclamaciones contractuales.....	142
VII. JURISDICCIÓN SOBRE LAS RECLAMACIONES DE LA DEMANDANTE EN VIRTUD DEL TRATADO		
143		
A.	El asunto pendiente sobre jurisdicción en virtud del Tratado	143
(1)	Hallazgos fácticos clave	145
(2)	Pretensiones sobre el asunto del control	153
a.	Las objeciones de la Demandada.....	154
b.	Los argumentos de la Demandante.....	158
(3)	La Decisión del Tribunal.....	162
VIII. RECLAMACIONES DE INCUMPLIMIENTO DEL TRATADO.....		
170		
A.	Derecho aplicable a las reclamaciones relativas al Tratado	170
B.	Trato justo y equitativo de conformidad con el Artículo 4 del Tratado.....	171
(1)	El Tratado	171
(2)	Las posiciones de las Partes	172
a.	La posición de la Demandante	172
b.	La posición de la Demandada	175
(3)	La Decisión del Tribunal.....	178
a.	El argumento general de incumplimiento de trato justo y equitativo y las expectativas legítimas de la Demandante	179
i.	¿Qué expectativas tenía Perenco al momento de efectuar su inversión?	183
ii.	Expectativas de arreglo de la controversia basadas en los Contratos de Participación	185
iii.	Las expectativas respecto de la Decisión sobre Medidas Provisionales	188
iv.	Expectativas sustantivas relativas a los Contratos	189
b.	La Ley 42 al 50%.....	190
c.	¿Viola la Ley 42 el Artículo 4?	193
d.	La reclamación del obstáculo	195
e.	La Ley 42 al 99%.....	197

f. La declaración de <i>Caducidad</i>	205
C. Expropiación según el Artículo 6 del Tratado.....	206
(1) La posición de la Demandante.....	206
(2) La posición de la Demandada.....	212
(3) Decisión del Tribunal.....	223
a. Las objeciones a la jurisdicción pendientes	223
b. La Ley 42 al 50%.....	224
c. La Ley 42 al 99%.....	225
d. La decisión del Tribunal	228
e. El efecto combinado del Decreto 662, las coactivas y la declaración de <i>caducidad</i>	232
f. La suspensión de las operaciones y la respuesta del Estado	237
g. La declaración de <i>Caducidad</i>	238
IX. COSTAS	240
X. DECISIÓN.....	240

ABREVIATURAS Y TÉRMINOS DE USO FRECUENTE

Burlington	Burlington Resources Inc.
CEL	Comité Especial de Licitaciones
CEPE	Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana
CIADI o el Centro	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CLAPSA	Compañía Latinoamericana Petrolera Sociedad Anónima
Memorial de Contestación	Contra-Memorial del Ecuador sobre Responsabilidad y Reconvencciones del 5 de diciembre de 2011
Contrato de Participación del Bloque 7 o Contrato del Bloque 7	Modificación del Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos del Bloque 7 de la Región Amazónica, que incluye el Contrato para el Campo Unificado Coca-Payamino
Contrato de Participación del Bloque 21 o Contrato del Bloque 21	Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de hidrocarburos en el Bloque 21 de la Región Amazónica
Convenio CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados del 18 de marzo de 1965
Convención de Viena o VCLT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969
Decisión sobre Jurisdicción	Decisión sobre Jurisdicción del 30 de junio de 2011
Decisión sobre Medidas Provisionales	Decisión sobre Medidas Provisionales del 8 de mayo de 2009
Dúplica	Dúplica de Ecuador sobre Responsabilidad del 27 de julio de 2012
Ecuador	República del Ecuador
Las Partes	Colectivamente, la Demandante y la Demandada

LET	Ley de Equidad Tributaria del 29 de diciembre de 2007
Ley 42 o Reforma HCL	Ley No. 2006-42 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos del 19 de abril de 2006
Ley 44	Ley 44 de Reforma a la Ley de Hidrocarburos Registro Oficial No. 326 del 29 de noviembre de 1993
Memorial Actualizado	Memorial Revisado de la Demandante del 5 de agosto de 2011
OCP	Oleoducto de Crudos Pesados
Oryx	Oryx Ecuador Energy Company
Perenco o PEL	Perenco Ecuador Limited
Petroecuador	Empresa Estatal Petróleos del Ecuador
PIL	Perenco International Limited
Preussag	Preussag Energie GMBH PBP
Primer Reglamento de Aplicación	Decreto No. 1672 de Aplicación de la Ley 42-2006 del 13 de julio de 2006
Proyecto de Ley Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos o Proyecto	Proyecto de Ley Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos presentado por el Presidente de la República de Ecuador al Presidente del Congreso del 1 de marzo de 2006
Reglas de Arbitraje	Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI
Réplica	Respuesta de la Demandante al Contra-Memorial de la Demandada del 12 de abril de 2012
Santa Fe	Santa Fe Minerales del Ecuador Sociedad Anónima
Segundo Reglamento de Aplicación	Decreto No. 662 de Aplicación de la Ley 42-2006 del 4 de octubre de 2007
SIPETROL	Sociedad Internacional Petrolera Sociedad Anónima

Solicitud	Solicitud de Arbitraje del 30 de abril de 2008
Solicitud Enmendada	Solicitud de Arbitraje Enmendada del 30 de abril de 2008, presentada el 28 de julio de 2008
TBI o el Tratado	Acuerdo entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y Protección de Inversiones

I. INTRODUCCIÓN

A. Las Partes

1. La Demandante, Perenco Ecuador Limited, es una empresa debidamente constituida conforme a las leyes de la Mancomunidad de las Bahamas. La Demandante alega que en el momento en cuestión, es decir, el 17 de octubre de 2007, cuando se brindó el consentimiento al arbitraje, era controlada por nacionales de Francia y por tanto el Tribunal tiene jurisdicción sobre el reclamo en virtud del Tratado presentado por Perenco¹. La Demandante ha presentado asimismo reclamos por la violación de los Contratos de Participación en los Bloques 7 y 21. En lo sucesivo se hará referencia a la Demandante como **“Perenco”** o la **“Demandante”**.
2. La Demandada es la República del Ecuador y en lo sucesivo será referida como **“Ecuador”** o la **“Demandada”**.
3. Se referirá colectivamente a la Demandante y la Demandada como las **“Partes”**. Los representantes respectivos de las Partes y sus direcciones se detallan arriba en la página (i).

B. La Diferencia

4. El presente procedimiento aborda presuntas violaciones por parte de Ecuador de obligaciones conforme al Acuerdo entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversión (el **“Tratado”** o el **“TBI”**) y a dos **“Contratos de Participación”** (también conocidos como **“contratos de participación de producción”**) suscritos por la Demandante y Petroecuador, la última actuando en nombre del Estado, vinculados con la exploración y explotación de los Bloques 7 y 21 ubicados en la región del Amazonas ecuatoriano.
5. Los Contratos de Participación son, primero, el Contrato de Modificación del Contrato de Prestación de Servicios en Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos del Bloque 7 de la Región Amazónica, incluido el Contrato para el Campo

¹ Solicitud de Arbitraje Enmendada del 30 de abril de 2008, párrafo 14 (**“Solicitud Enmendada”**). Para una descripción detallada sobre los hechos vinculados con este aspecto de la pretensión de la Demandante, véase la sección III.A.

Unificado Coca-Payamino (el “**Contrato de Participación del Bloque 7**” o el “**Contrato del Bloque 7**”)², y segundo, el Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos del Bloque 21 de la Región Amazónica (el “**Contrato de Participación del Bloque 21**” o el “**Contrato del Bloque 21**”)³, (en conjunto, se referirá a los contratos como los “**Contratos de Participación**” o los “**Contratos**”). Perenco también suscribió un Acuerdo de Operación Conjunta con otras entidades con intereses en los Bloques 7 y 21⁴. Dichos acuerdos, y los derechos y obligaciones respectivos de las partes conforme a los Contratos serán descritos en mayor detalle a continuación.

II. HISTORIA PROCESAL

6. El 30 de abril de 2008, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el “**CIADI**” o “**Centro**”) recibió una solicitud de arbitraje (la “**Solicitud**”) de Perenco en contra de la República del Ecuador y de la *Empresa Estatal Petróleos del Ecuador* (“**Petroecuador**”). La Solicitud de Perenco fue presentada al CIADI sobre la base del Artículo 9 del Tratado y de las cláusulas de arbitraje contenidas en los Contratos de Participación.
7. El 4 de junio de 2008, el Secretario General registró la Solicitud de conformidad con el Artículo 36(3) del Convenio para el Arreglo de las Disputas Relativas a Inversión entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el “**Convenio CIADI**”).
8. El 28 de julio de 2008, la Demandante presentó una solicitud de arbitraje enmendada (la “**Solicitud Enmendada**”).
9. El Tribunal fue constituido inicialmente el 21 de noviembre de 2008 de la siguiente manera: Thomas Bingham, nacional del Reino Unido, designado como Presidente por los árbitros designados por las partes, luego de consultar con las partes; Charles N. Brower, nacional de los

² Anexo CE-17, Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos del Bloque 7 de la Región Amazónica, del 23 de marzo de 2000 (traducción presentada nuevamente el 12 de abril de 2012) (“**Contrato de Participación del Bloque 7**”).

³ Anexo CE-10, Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo Crudo) del Bloque 21 de la Región Amazónica ecuatoriana, del 20 de marzo de 1995 (traducción presentada nuevamente el 12 de abril del 2012) (“**Contrato de Participación del Bloque 21**”).

⁴ Anexos CE-31, Novación de Acuerdo de Operación Conjunta con respecto al Bloque 7, Cuenca Oriente, Ecuador, 12 de diciembre de 2002, y CE-32, Novación de Acuerdo de Operación Conjunta con respecto al Bloque 21, Cuenca Oriente, Ecuador, 12 de diciembre de 2002.

Estados Unidos, designado por la Demandante; y J. Christopher Thomas QC, nacional de Canadá, designado por la Demandada.

10. El 7 de febrero de 2009, el Tribunal celebró en Washington, DC la Primera Sesión con las Partes. Los acuerdos de las Partes se incorporaron en Actas suscritas por el Presidente y el Secretario del Tribunal y entregadas a las Partes.
11. El 9 de febrero de 2009, el Tribunal determinó el calendario procesal.
12. El 19 de febrero de 2009, Perenco presentó una solicitud de medidas provisionales.
13. El 20 de febrero de 2009, la Demandada presentó observaciones sobre la solicitud de medidas provisionales de la Demandante.
14. El 21 de febrero de 2009, la Demandante contestó a las observaciones de la Demandada sobre la solicitud de medidas provisionales.
15. El 26 de febrero de 2009, la Demandada presentó observaciones adicionales sobre la solicitud de medidas provisionales.
16. El 27 de febrero de 2009, la Demandante presentó una réplica sobre las medidas provisionales.
17. El 6 de marzo de 2009, la Demandada presentó una dúplica sobre las medidas provisionales.
18. El 9 de marzo de 2009, la Demandante presentó observaciones adicionales sobre las medidas provisionales.
19. Se celebró una audiencia sobre medidas provisionales el 19 de marzo de 2009 en París, Francia.
20. El 10 de abril de 2009, Perenco presentó su Memorial, acompañado por las declaraciones testimoniales de los señores Eric D'Argentré, Laurent Combe y Patrick Spink, y por el primer informe pericial del Dr. Hernán Pérez Loose.
21. El 8 de mayo de 2009, el Tribunal emitió su Decisión sobre Medidas Provisionales (la "**Decisión sobre Medidas Provisionales**"), resolviendo que:

79. ...las circunstancias le requieren recomendar, y así lo hace, medidas provisionales que impidan a las Demandadas:

(1) demandar que Perenco pague cualquier monto presuntamente adeudado conforme a la Ley 42;

(2) instituir o continuar cualquier acción, judicial o de otro tipo, incluyendo las acciones descritas en las notificaciones del 19 de febrero y de 3 marzo de 2009, para cobrarle a Perenco cualquier monto que las Demandadas reclaman que Perenco o el Consorcio les adeudan conforme a la Ley 42;

(3) instituir o continuar cualquier acción, judicial o de otro tipo, en contra de Perenco o cualquiera de sus directivos o empleados que surja de o en conexión con los Contratos de Participación; y

(4) unilateralmente modificar, rescindir, dar por terminado o repudiar los Contratos de Participación, o emprender cualquier otra conducta que pueda, directa o indirectamente, afectar o alterar la situación legal bajo los Contratos de Participación, tal y como fue acordado por las partes⁵.

22. El 17 de julio de 2009, Ecuador y Petroecuador presentaron, de forma separada, Objeciones a la Jurisdicción. Las Objeciones de Ecuador fueron acompañadas por la declaración testimonial del Dr. Christian Dávalos y los primeros informes periciales de los Profesores Juan Pablo Aguilar Andrade, Luis Parraguez Ruiz y Hernán Salgado Pesantes. La Demandada solicitó de manera formal que sus objeciones jurisdiccionales fueran tratadas como una cuestión previa de conformidad con el Artículo 41(2) del Convenio.
23. El 17 de septiembre de 2009, Perenco presentó su Contestación sobre Jurisdicción. Fue acompañado por la declaración testimonial del Sr. Andrew Derman y el segundo informe pericial del Dr. Hernán Pérez Loose.
24. Ecuador y Petroecuador presentaron de forma conjunta una Réplica sobre Jurisdicción el 17 de noviembre de 2009, a la que adjuntaron los segundos informes periciales de los Profesores Aguilar y Parraguez.
25. El 16 de diciembre de 2009, ante la renuncia del Juez Brower, el Secretario General notificó a las Partes sobre la vacante en el Tribunal y suspendió el proceso conforme a la Regla 10(2) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (las “**Reglas de Arbitraje**”).

⁵ Decisión sobre Medidas Provisionales del 8 de mayo de 2009, párrafo 79.

26. El 13 de enero de 2010, la Demandante designó al Sr. Neil Kaplan CBE, QC, SBS, nacional del Reino Unido, y el Tribunal fue reconstituido.
27. El 15 de enero de 2010, Perenco presentó su Dúplica sobre Jurisdicción, a la que adjuntó el tercer informe pericial del Dr. Pérez Loose.
28. El 17 de febrero de 2010, ante la renuncia de Lord Bingham, el procedimiento fue suspendido nuevamente.
29. Las Partes fueron incapaces de llegar a un acuerdo sobre el tercer árbitro para actuar como Presidente del Tribunal y por tanto invocaron el Artículo 38 del Convenio CIADI para solicitar que el Presidente del Consejo Administrativo designara al Presidente del Tribunal. El Presidente designó al Juez Peter Tomka, nacional de Eslovaquia, para actuar como Presidente, y el Tribunal fue reconstituido el 6 de Mayo de 2010.
30. Se celebró una audiencia sobre jurisdicción del 2 al 4 de noviembre de 2010 en La Haya, Países Bajos. Asistieron a la audiencia los siguientes representantes de las partes:

Por la Demandante:

Sr. Roland Fox	Perenco
Sr. Rodrigo Márquez Pacanins	Perenco
Sr. Mark W. Friedman	Debevoise & Plimpton LLP
Sr. Gaëtan Verhoosel	Covington & Burling LLP
Sra. Carmen Martínez López	Covington & Burling LLP
Sra. Ina C. Popova	Debevoise & Plimpton LLP
Sr. Thomas H. Norgaard	Debevoise & Plimpton LLP
Sra. Sonia Farber	Debevoise & Plimpton LLP
Sra. Terra Gearhart-Serna	Debevoise & Plimpton LLP
Sra. Suzanne Siu	Covington & Burling LLP
Sra. Mary Grace McEvoy	Debevoise & Plimpton LLP
Sr. Richard Brea	Debevoise & Plimpton LLP

Por la Demandada:

Dr. Diego García Carrión	La República del Ecuador
Dr. Francisco Larrea	La República del Ecuador
Sr. Francisco Mendoza	EP Petroamazonas
Sr. Andrés Donoso	Secretario Nacional de Hidrocarburos
Sr. Pierre Mayer	Dechert (Paris) LLP

Sr. Eduardo Silva Romero	Dechert (Paris) LLP
Sr. Daniel Gal	Dechert (Paris) LLP
Sr. Philip Dunham	Dechert (Paris) LLP
Sr. Álvaro Galindo	Dechert (Paris) LLP
Sr. José Manuel García Represa	Dechert (Paris) LLP
Sr. Timothy Lindsay	Dechert (Paris) LLP
Sra. Maria Claudia Procopiak	Dechert (Paris) LLP
Sra. Ana Carolina Simões e Silva	Dechert (Paris) LLP
Sra. Audrey Caminades	Dechert (Paris) LLP
Sra. José Caicedo Demoulin	Dechert (Paris) LLP
Sra. Celia Campbell	Dechert (Paris) LLP
Sra. Antonia Pascali	Dechert (Paris) LLP

31. El 30 de junio de 2011, el Tribunal emitió una Decisión sobre Jurisdicción. La Decisión, en su cláusula operativa, declara que el Tribunal decidió:

1. diferir la decisión sobre su competencia sobre las reclamaciones de la Demandante bajo el Tratado para la fase del fondo de este procedimiento;
2. que tiene competencia *ratione materiae* sobre las reclamaciones contractuales de la Demandante bajo los Contratos de Participación del Bloque 7 y el Bloque 21;
3. que no tiene competencia sobre Petroecuador;
4. que, en vista de la solicitud del Tribunal de que se presenten los *travaux préparatoires* relevantes del Tratado en posesión de la otra Parte Contratante, así como evidencia adicional sobre el tema de la relación de los herederos del Sr. Perrodo con la Demandante, dicho material debe ser presentado antes de la presentación del Escrito de Contestación de las Demandadas, para darle a las Demandadas suficiente tiempo para abordar dicho material en su escrito. Se instruye a las Partes a que de manera conjunta contacten a las autoridades francesas responsables y que soliciten los *travaux préparatoires* relevantes del Tratado, si es que existen;
5. que cualquiera de esos *travaux préparatoires* deberá ser presentado a más tardar el 1 de agosto de 2011;
6. que la Demandante deberá presentar cualquier evidencia adicional relativa a la relación de los herederos del Sr. Perrodo con la Demandante, a más tardar el 1 de agosto de 2011;
7. que para permitir que el Tribunal esté en posición de decidir todas las reclamaciones, en caso de que resuelva la objeción pendiente en favor de la Demandante, las Partes deberán abordar tanto el fondo de las reclamaciones contractuales de la Demandante como sus reclamaciones conforme al Tratado en sus escritos⁶.

⁶ Decisión sobre Jurisdicción del 30 de junio de 2011, párrafo 242 (“Decisión sobre Jurisdicción”).

32. El 5 de agosto de 2011, la Demandante presentó un Memorial actualizado sobre el Fondo. Fue acompañado por las declaraciones testimoniales del Sr. François Hubert Marie Perrodo y el Sr. Roland Fox, la segunda declaración testimonial del Sr. Eric D'Argentré y el Sr. Patrick Spink, el informe pericial del Sr. Bernard Reynis, y el cuarto informe pericial del Dr. Hernán Pérez Loose.
33. El 5 de diciembre de 2011, Ecuador presentó un Memorial de Contestación sobre Responsabilidad y Reconvenciones. Fue acompañado por las declaraciones testimoniales del Dr. Galo Chiriboga Zambrano, el Sr. Pablo Luna, el Sr. Diego Montenegro, el Ministro Derlis Palacios, el Sr. Wilson Pastor Morris, el Sr. Germánico Pinto, el Sr. Marco Puente, el Sr. Manuel Solís, la tercera declaración testimonial del Dr. Christian Dávalos, y los informes periciales de Integrated Environmental Management Services S.A de C.V. ("IEMS"), el Sr. Brian Moree QC, RPS Energy, Fair Links, el Sr. Ricardo Crespo Plaza y el tercer informe pericial del Profesor Aguilar.
34. El 12 de abril de 2012, la Demandante presentó una Réplica al Memorial de Contestación de la Demandada. Fue acompañada por las declaraciones testimoniales del Sr. John Crick, el Sr. Rodrigo Márquez Pacanins, la segunda declaración testimonial del Sr. Roland Fox, los informes periciales del Profesor Joseph P. Kalt y el Sr. Brian C. Simms QC, y el quinto informe pericial del Dr. Hernán Pérez Loose.
35. El 27 de abril de 2012, la Demandada presentó un Memorial Suplementario sobre Reconvenciones. Fue acompañado por la segunda declaración testimonial del Sr. Pablo Luna y el Sr. Diego Montenegro, y el segundo informe pericial de IEMS.
36. El 9 de julio de 2012, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N° 2 relativa a la solicitud de la Demandante para la presentación de documentos.
37. El 20 de julio de 2012, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N° 3 relativa a la solicitud de la Demandada para la presentación de documentos.
38. El 27 de julio de 2012, la Demandada presentó una Dúplica sobre Responsabilidad. Fue acompañada por las segundas declaraciones testimoniales del Dr. Galo Chiriboga, el Ministro Derlis Palacios, el Sr. Wilson Pastor Morris, el Sr. Germánico Pinto, la cuarta declaración

testimonial del Dr. Christian Dávalos, y el informe pericial de Brattle Group, los segundos informes periciales del Sr. Brian Moree QC, RPS, Fair Links, y el cuarto informe pericial del Profesor Aguilar.

39. Una audiencia sobre el fondo y sobre el asunto jurisdiccional pendiente tuvo lugar en La Haya, Países Bajos, del 8 al 16 de noviembre de 2012. Asistieron a la audiencia, además de los Miembros del Tribunal, sus asistentes (el Sr. Daniel Purisch, el Dr. Romesh Weeramantry y la Sra. Tara Davenport), y el Secretario del Tribunal, los siguientes representantes de las partes:

Por la Demandante:

Sr. Roland Fox	Perenco
Sr. Rodrigo Márquez Pacanins	Perenco
Sr. Mark W. Friedman	Debevoise & Plimpton LLP
Sr. Gaëtan Verhoosel	Covington & Burling LLP
Sra. Carmen Martínez López	Covington & Burling LLP
Sra. Ina C. Popova	Debevoise & Plimpton LLP
Sr. Thomas H. Norgaard	Debevoise & Plimpton LLP
Sra. Sonia Farber	Debevoise & Plimpton LLP
Sra. Terra Gearhart-Serna	Debevoise & Plimpton LLP
Sra. Suzanne Siu	Covington & Burling LLP
Sra. Mary Grace McEvoy	Debevoise & Plimpton LLP
Sr. Richard Brea	Debevoise & Plimpton LLP

Por la Demandada:

Dr. Diego García Carrión	La República del Ecuador
Dra. Christel Gaibor	La República del Ecuador
Dr. Francisco Larrea	La República del Ecuador
Sr. Francisco Mendoza	EP Petroamazonas
Sr. Andrés Donoso	Secretario Nacional de Hidrocarburos
Sr. Pierre Mayer	Dechert (Paris) LLP
Sr. Eduardo Silva Romero	Dechert (Paris) LLP
Sr. Daniel Gal	Dechert (Paris) LLP
Sr. Philip Dunham	Dechert (Paris) LLP
Sr. Álvaro Galindo	Dechert (Paris) LLP
Sr. José Manuel García Represa	Dechert (Paris) LLP
Sr. Timothy Lindsay	Dechert (Paris) LLP
Sra. Maria Claudia Procopiak	Dechert (Paris) LLP
Sra. Ana Carolina Simões e Silva	Dechert (Paris) LLP
Sra. Audrey Caminades	Dechert (Paris) LLP
Sr. José Caicedo Demoulin	Dechert (Paris) LLP
Sra. Celia Campbell	Dechert (Paris) LLP
Sra. Antonia Pascali	Dechert (Paris) LLP

40. Las siguientes personas fueron examinadas:

En nombre de la Demandante:

Sr. François Perrodo	Perenco
Sr. Roland Fox	Perenco
Sr. Rodrigo Márquez Pacanins	Perenco
Sr. Eric d'Argentré	Perenco
Sr. Patrick Spink	Rushden Energy Advisers Ltd.
Sr. Laurent Combe	Perenco
Sr. John Crick	Perenco
Prof. Joseph P. Kalt	Universidad de Harvard / Compass Lexecon
Dr. Hernán Pérez Loose	Coronel & Pérez
Sr. Brian Simms QC	Lennox Paton
Sr. Bernard Reynis	Retirado

En nombre de la Demandada:

Dr. Christian Dávalos	Consultor privado
Sr. Galo Chiriboga Zambrano	República del Ecuador
Sr. Wilson Pastor Morris	Ministro de Recursos Naturales No Renovables de la República del Ecuador
Prof. Juan Pablo Aguilar	Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Sr. James Dow	The Brattle Group
Sr. Anton Mélard de Feuarent	Fair Links
Sr. Brian Moree QC	McKinney, Bancroft & Hughes
Sr. Gene B. Wiggins III	RPS

41. La audiencia fue grabada y transcrita *verbatim*, y copias de las grabaciones y las transcripciones fueron entregadas a las Partes posteriormente.

42. El Tribunal deliberó a través de varios medios de comunicación, incluyendo reuniones en La Haya el 16 de marzo de 2013, el 17 de septiembre de 2013 y el 27-28 de mayo de 2014. El Tribunal ha tomado en consideración todos los escritos, documentos y testimonios presentados en este caso.

III. LOS HECHOS

43. Como se mencionó previamente, la diferencia entre las Partes concierne a los Contratos de Participación de los Bloques 7 y 21. Perenco era el único operador y tenedor mayoritario de derechos en Contratos de Participación en ambos Bloques, manteniendo una participación de 53,75% en el Bloque 21 y 57,5% en el Bloque 7. La participación restante en ambos Bloques se encontraba en manos de Burlington Resources Oriente Limited (“**Burlington Oriente**”), con quien Perenco ha formado un Consorcio.
44. Las siguientes secciones ofrecen un resumen de los hechos de la diferencia pertinentes para las determinaciones del Tribunal.

A. Propiedad y Control de la Demandante

45. Antes de abordar la cadena de eventos que llevó al inicio del presente arbitraje, es necesario resumir los hechos en la medida que se relacionan con la objeción de la Demandada a la jurisdicción del Tribunal sobre el reclamo de Perenco conforme al Tratado. Las presentaciones sobre la objeción y las pruebas testimoniales brindadas por las Partes en relación con la misma son abordadas a continuación en las secciones IV.A. (1) y VII.
46. Perenco es parte del Grupo de Empresas Perenco fundado por un nacional de Francia, el difunto Sr. Hubert Perrodo, en 1975. Entre otras cosas, se dedica a la exploración y explotación de recursos de hidrocarburos.
47. Perenco fue constituido en las Bahamas en noviembre de 2001 para ser el tenedor las inversiones del Grupo Perenco en el Ecuador.
48. Desde el momento en que el Sr. Hubert Perrodo privatizó Perenco en 1995⁷ hasta su fallecimiento el 29 de diciembre de 2006 como resultado de un accidente de alpinismo en Francia, él controlaba el Grupo de Empresas Perenco⁸.

⁷ Réplica, párrafo 12.

⁸ 2.º Declaración testimonial de Patrick Spink, párrafos 3-7.

49. Al momento del fallecimiento del Sr. Perrodo, el 29 de diciembre de 2006, Perenco era parte de la siguiente estructura corporativa⁹:
- a) El único accionista era Perenco Gabon S.A (anteriormente Perenco S.A), también constituida en la Mancomunidad de las Bahamas.
 - b) Perenco Gabon S.A, a su vez, era enteramente propiedad de Perenco S.A (anteriormente Perenco Oil and Gas), también constituida en la Mancomunidad de las Bahamas.
 - c) Perenco S.A era enteramente propiedad de Perenco International Limited (“**PIL**”), también constituida en la Mancomunidad de las Bahamas.
 - d) El 92,9% de las acciones registradas de PIL era propiedad del Sr. Hubert Perrodo y el 7,1% restante de las acciones era propiedad de otra empresa de las Bahamas, Glenmor Energy Limited, cuyo único accionista era el Sr. François Perrodo, hijo mayor del Sr. Hubert Perrodo. El Sr. Hubert Perrodo otorgó 7,1% de las acciones de PIL a su hijo en 2004¹⁰.
50. El Sr. Hubert Perrodo falleció intestado. Conforme a la ley francesa, al fallecer un intestado la totalidad de su acervo hereditario se transfiere de forma automática a sus herederos¹¹. La prueba muestra que el 92,9% de la participación del Sr. Perrodo en PIL formaba parte de su acervo hereditario y por tanto la propiedad de dicha participación también se transfirió automáticamente a sus herederos, es decir, su viuda, Ka Yee Perrodo, y sus tres hijos, François, Nathalie y Bertrand (sujeto a la cuestión de determinación de sus derechos respectivos, tema abordado a continuación)¹².
51. Conforme a la ley de las Bahamas, si un intestado tuviera propiedad ubicada en la Mancomunidad de las Bahamas, es necesario que se designe un albacea sobre el acervo mediante Cartas de Administración. Los herederos dieron instrucciones a la representante bahameña, la Sra. Heather Thompson, de tramitar las Cartas de Administración con respecto al

⁹ Anexo E-1, Carta de Debevoise & Plimpton a Dechert del 8 de julio de 2009 que incluía carta de Debevoise & Plimpton al CIADI del 28 de mayo de 2008, con organigrama adjunto.

¹⁰ 1.º Declaración testimonial de Roland Fox, párrafo 11; 2.º Declaración testimonial de Roland Fox, párrafo 2.

¹¹ 2.º Declaración testimonial de Roland Fox, párrafo 3.

¹² *Ibid.*; Anexo CE-220, Material sujeto a la Orden de Confidencialidad emitida por el Tribunal, párrafos 2-5; véase también, 1.º Declaración testimonial de Roland Fox, párrafo 12.

acervo hereditario el 16 de abril de 2009¹³. Las cartas fueron debidamente otorgadas el 19 de agosto de 2009¹⁴.

52. La demora entre el momento de fallecimiento del Sr. Hubert Perrodo y la solicitud y otorgamiento de las Cartas de Administración parece haberse debido a una controversia entre Ka Yee Perrodo y sus hijos, como lo prueba el hecho de que el 15 de febrero de 2008, la Sra. Perrodo presentó un aviso preventivo en la Corte Suprema de las Bahamas a fin de prevenir cualquier otorgamiento de Cartas de Administración con respecto al acervo hereditario de Hubert Perrodo¹⁵. La Sra. Perrodo posteriormente retiró el aviso preventivo el 30 de marzo de 2009 y la solicitud de las Cartas de Administración fue realizada al poco tiempo¹⁶. Fue recién el 22 de diciembre de 2011 que los herederos de Hubert Perrodo fueron registrados como accionistas de PIL (la empresa matriz de Perenco)¹⁷.
53. Aparte de la administración del acervo hereditario y la distribución última de las participaciones de PIL entre los herederos, el Consejo Directivo de PIL también adoptó medidas poco después del fallecimiento del Sr. Perrodo, primero para designar al hijo mayor François Perrodo como miembro y Presidente del Consejo de PIL y Perenco S.A. el 12 de enero de 2007¹⁸ y luego, el 24 de septiembre de 2007, para incorporar a Ka Yee Perrodo y a Nathalie Perrodo al Consejo Directivo de PIL¹⁹.

B. Industria de Hidrocarburos en Ecuador

54. La presente Sección resume los hechos de la diferencia relativos al desarrollo de la industria de hidrocarburos en Ecuador en la medida que son pertinentes a las determinaciones del Tribunal.

¹³ Contra-Memorial, párrafo 38.

¹⁴ *Ibid.*; Anexo CE-240, Cartas de Administración del Acervo Hereditario de Hubert Firmin François Perrodo, en la Corte Suprema de las Bahamas en lo Testamentario, 19 de agosto de 2009 (también adjuntas al Informe pericial de Bernard Reynis como Anexo 2).

¹⁵ Anexo E-72, Aviso preventivo presentado ante la Corte Suprema de las Bahamas por Carrie Perrodo por el Acervo Hereditario de Hubert Perrodo del 15 de febrero de 2008; véase también, Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 2, paginas 432-433 (Testimonio de François Perrodo).

¹⁶ Anexo E-73, Notificación de Retiro presentada ante la Corte Suprema de las Bahamas por Carrie Perrodo por el Acervo Hereditario de Hubert Perrodo del 30 de marzo de 2009.

¹⁷ Anexo CE-294, Correspondencia electrónica entre Roland Fox y Heather Thompson, con instrucciones de los herederos Perrodo, 22 de diciembre de 2011.

¹⁸ Anexo CE-198, Acta de Reunión de Directorio de Perenco International Limited, 12 de enero de 2007, PER 03639; véase también, 2.º Declaración testimonial de Roland Fox, párrafo 6; Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 2, p. 384 (Testimonio de Roland Fox).

¹⁹ Anexo CE-199, Acta de Reunión de Directorio de Perenco International Limited, 24 de septiembre de 2007.

55. Antes de 1993, como muchos otros países, Ecuador había adoptado la modalidad de “contrato de prestación de servicios” para la exploración de petróleo y gas²⁰. Bajo un contrato de prestación de servicios, la contratista, habitualmente una empresa petrolera internacional, presta todos los servicios necesarios para explorar y desarrollar los depósitos petrolíferos del Estado a cambio del pago de una tarifa que, se supone, debe cubrir los costos de producción incurridos así como un margen de ganancia²¹. La contratista en este modelo actúa únicamente como un prestador de servicios y no tiene derecho a ninguna participación en el petróleo que pueda ser producido. En este tipo de arreglo puede haber escaso incentivo comercial para que un contratista busque explotar un yacimiento petrolífero a su máximo potencial, de forma consistente con las prácticas adecuadas de perforación.
56. Dicho modelo, por tanto, tenía sus desventajas, tanto para Ecuador como para las empresas petroleras que operaban en el país. Cuando los precios del petróleo eran bajos, como fue el caso durante las décadas de 1980 y 1990, Ecuador corría el riesgo de que las tarifas de servicios generadas por la contratista superaran las ganancias que recibía por las ventas del petróleo, e incurriría consecuentemente en pérdidas, en especial al tener poco control sobre los gastos incurridos por la contratista y al tener la contratista escasos incentivos para mantener dichos costos al mínimo²². Más aún, debido a la estructura de tarifas de los contratos de servicio, las compañías petroleras tenían pocos incentivos para suscribir dichos contratos debido a la ausencia de cualquier potencial de ganancia²³. Carecían por tanto de toda motivación comercial para explotar al máximo los recursos de crudo y gas del Ecuador de conformidad con los objetivos generales de desarrollo del Estado. Prueba de esto es que entre 1988 y 1993 no se firmaron contratos de servicios en Ecuador²⁴.
57. Ecuador buscó entonces modernizar la legislación existente de hidrocarburos para hacer más atractiva la inversión en la industria de hidrocarburos²⁵. El 29 de noviembre de 1993, Ecuador

²⁰ Véase Anexos CE-1, Contrato de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos del Bloque 7, Región Amazónica, Ecuador, 18 de diciembre de 1985; CE-5, Ley 44 de Reforma a la Ley de Hidrocarburos, Registro Oficial No. 326 del 29 de noviembre de 1993 (“Ley 44”).

²¹ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 1, páginas 43-44 (Alegato de Apertura del Sr. Mark Friedman).

²² Memorial Actualizado, párrafos 10-11.

²³ *Ibid.*, párrafo 13.

²⁴ Anexo CE-4, Debates Parlamentarios en torno a la Ley 44 del 17-18 de noviembre de 1993, PER 00403 (“Debates Parlamentarios de la Ley 44”).

²⁵ *Ibid.*

aprobó la Ley 44 para reformar la Ley de Hidrocarburos existente a fin de reconocer los “contratos de participación” como el modelo contractual preferido para la exploración y explotación de recursos de hidrocarburos²⁶. La exposición de motivos que acompañaba a la Ley 44 razonaba que los riesgos involucrados en la exploración y explotación de sus recursos de hidrocarburos debían ser compartidos con empresas petroleras internacionales debido a los escasos recursos que el Ecuador podía destinar a dichos proyectos, y a que “el Contrato de Prestación de Servicios no permite que la empresa contratista pueda disponer de un flujo de producción de su propiedad”, “[e]sta 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”²⁷.

58. Como era el caso para los contratos de prestación de servicios conforme a ley de Ecuador, en los contratos de participación en la producción la propiedad de los recursos de hidrocarburos continuaba siendo del Estado. Sin embargo, la forma de remuneración de la contratista se basa en una modalidad de producción compartida, que requiere que la contratista financie todos los costos de exploración y explotación de los hidrocarburos a cambio de una participación del crudo producido, en una proporción que depende de las fórmulas de asignación establecidas en cada contrato²⁸. Las pruebas confirman que la mayoría de las empresas petroleras, incluyendo a Perenco, prefiere los contratos de participación porque pese a no haber garantía de que sus costos serán cubiertos, ofrecen una recompensa potencialmente mayor, especialmente cuando suben los precios del petróleo²⁹.

59. La Ley 44 definía los contratos de participación como aquellos:

[C]ontratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos... celebrados por el Estado por intermedio de PETROECUADOR, mediante los cuales delega a la contratista...la facultad de explorar y explotar hidrocarburos en el área del contrato, realizando por su cuenta y riesgo todas las inversiones, costos y gastos requeridos para la exploración, desarrollo y producción.

La contratista...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

²⁶ Anexo CE-5, Ley 44.

²⁷ Anexo CE-303, Comunicado Oficial No. 93-225, Quito, 29 de octubre de 1993, p. 4.

²⁸ 1.º Declaración testimonial de Patrick Spink, párrafo 10.

²⁹ 1.º Declaración testimonial de Patrick Spink, párrafo 11.

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 Interno³⁰.

60. Además de reformar la Ley de Hidrocarburos, Ecuador adoptó asimismo otras medidas a fin de crear un ambiente legal y normativo propicio para atraer mayores inversiones extranjeras en hidrocarburos y otros sectores. Por ejemplo, en 1997, Ecuador promulgó la Ley 46, la “Ley de Promoción y Garantía de Inversiones”, cuyo objetivo declarado era “promover la inversión nacional y extranjera y regular las obligaciones y derechos de los inversionistas para que puedan contribuir de manera efectiva al desarrollo económico y social del país”³¹. Otras medidas incluían reformas a su Constitución garantizando que la inversión extranjera recibiría los mismos derechos y el mismo trato que la inversión nacional³², la promulgación de las leyes de privatización en el año 2000 que permitían a los inversores adquirir hasta un 51% de las acciones en empresas eléctricas y de telecomunicaciones³³, así como medidas para reemplazar la moneda ecuatoriana de ese momento, el *sucre*, por el dólar estadounidense³⁴.
61. El Gobierno también buscó facilitar el financiamiento y la construcción de un nuevo oleoducto, el *Oleoducto de Crudos Pesados* u “**OCP**”³⁵. En febrero de 2001, el Gobierno y un consorcio de siete empresas firmaron un contrato de \$1,1 mil millones de dólares para construir el OCP³⁶. El OCP posibilitó que cantidades significativas de las reservas de petróleo del Ecuador ubicadas hasta entonces en las áreas remotas del Amazonas fueran producidas y transportadas de forma comercialmente viable³⁷.

C. Intereses de Perenco en los Contratos de Participación de los Bloques 7 y 21

62. Los Bloques 7 y 21 están ubicados en la Región Amazónica ecuatoriana y cada uno ocupa un área de aproximadamente 200.000 hectáreas.

³⁰ Anexo CE-5, Ley 44, Artículo 4.

³¹ Anexo CE-13, Ley 46 de Promoción y Garantía de Inversiones, Registro Oficial 219 del 19 de diciembre de 1997, PER 00730.

³² Anexo CE-22, Country Commerce: Ecuador, El Economista Unidad de Inteligencia, Diciembre 2001, PER 01358.

³³ *Ibid.*, PER 01371.

³⁴ *Ibid.*, PER 01372.

³⁵ Memorial Actualizado, párrafo 22.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ 1.º Declaración testimonial de Patrick Spink, párrafo 15.

63. En enero de 1994, poco después de la promulgación de la Ley 44, el *Comité Especial de Licitaciones* (“**CEL**”) de Petroecuador anunció la 7^{ma} Ronda Internacional de Licitaciones para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 21, un bloque que no había sido explotado previamente³⁸.
64. El 15 de marzo de 1995, el CEL otorgó la Exploración y Explotación del Bloque 21 a un grupo de empresas, a saber, Oryx Ecuador Energy Company (“**Oryx**”), Santa Fe Minerales del Ecuador Sociedad Anónima (“**Santa Fe**”), Sociedad Internacional Petrolera Sociedad Anónima (“**SIPETROL**”) y Compañía Latinoamericana Petrolera Sociedad Anónima (“**CLAPSA**”)³⁹. El Contrato de Participación entre Petroecuador y dichas empresas fue suscrito el 20 de marzo de 1995⁴⁰. Poco tiempo después, en junio de 1995, Santa Fe transfirió sus derechos y obligaciones conforme al Contrato de Participación del Bloque 21 a Preussag Energie GMBH PBP (“**Preussag**”)⁴¹. En junio de 1999, Kerr McGee Ecuador Energy Corporation adquirió Oryx, incluyendo sus intereses en el Bloque 21⁴².
65. A diferencia del Bloque 21, el Bloque 7 se operaba originalmente conforme a un Contrato de Prestación de Servicios suscrito en 1985 por British Petroleum (“**BP**”) y la empresa estatal *Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana* (“**CEPE**”) (predecesora de Petroecuador)⁴³.
66. En 1990, BP cedió el Contrato de Prestación de Servicios en el Bloque 7 a Oryx⁴⁴. Fue recién en 1999 (unos seis años luego de que la Ley 44 posibilitara la transformación de los Contratos de Prestación de Servicios en Contratos de Participación) que Petroecuador inició negociaciones sobre la transición del Contrato de Prestación de Servicios en el Bloque 7 a un Contrato de Participación⁴⁵. El 10 de marzo de 2000, poco después de que Kerr McGee adquiriera Oryx, el CEL aprobó la migración del Contrato de Prestación de Servicios en el

³⁸ Declaración testimonial de Andrew B. Derman, párrafo 5.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Anexo CE-10, Contrato de Participación en el Bloque 21.

⁴¹ Anexo CE-23, Decreto 343 del Ministerio de Energía y Minas aprobando la transferencia del interés de Kerr-McGee en el Contrato de Participación del Bloque 21 a Perenco y Burlington, 9 de mayo de 2002.

⁴² Anexo CE-23, Decreto 323 del Ministerio de Energía y Minas aprobando la transferencia del interés de Kerr-McGee en el Contrato de Participación del Bloque 21 a Perenco y Burlington, 9 de mayo de 2002.

⁴³ Anexo CE-1, Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 7, Región Amazónica, Ecuador, 18 de diciembre de 1985.

⁴⁴ Dúplica, párrafo 709.

⁴⁵ Anexo CE-257, Comisión Negociadora de Cambio de Contrato de Bloque 7, Informe de Resultados de Negociación, 3 de noviembre de 1999.

Bloque 7 a un Contrato de Participación entre Petroecuador y el mismo consorcio que en ese momento tenía intereses en el Bloque 21, a saber, Kerr McGee, Preussag, SIPETROL y CLAPSA II⁴⁶. El 23 de marzo de 2000, el Contrato de Participación en el Bloque 7 fue suscrito por Petroecuador y Kerr McGee, Preussag y SIPETROL y CLAPSA II⁴⁷.

67. En agosto de 2001, el Vicepresidente de Desarrollo de Negocios de Perenco, el Sr. Patrick Spink, fue contactado por el Gerente de Desarrollo de Negocios de Burlington Resources Inc. (“**Burlington**”). La subsidiaria de Burlington, Burlington Oriente, se hallaba en negociaciones para adquirir los intereses de Kerr McGee en los Bloques 7 y 21. De acuerdo al Sr. Spink, Burlington tenía originalmente la intención de comprar todos los intereses de Kerr McGee en los Bloques 7 y 21 pero habían decidido no continuar con lo planificado debido a una importante adquisición efectuada en Canadá⁴⁸. Burlington seguía interesado en comprar un 5% del interés de Kerr McGee y sugería que Perenco comprara el interés restante⁴⁹.
68. De acuerdo al Sr. Spink, desde la perspectiva de Perenco, la oportunidad era potencialmente lucrativa ya que brindaba al Grupo Perenco la posibilidad de adquirir una combinación de un activo maduro (Bloque 7), es decir, un activo que ya contaba con infraestructura y que producía petróleo, con un nuevo proyecto de desarrollo (Bloque 21), que no había sido desarrollado en absoluto. Si bien el Grupo Perenco había operado únicamente con proyectos maduros, y contaba con mínima experiencia en el desarrollo de proyectos en Colombia y África Occidental, estaba buscando otras oportunidades de desarrollo apropiadas. La compra de los intereses de Kerr McGee en los Bloques 7 y 21 permitiría obtener ingresos del Bloque 7 mientras incurriera en gastos para el desarrollo de un bloque nuevo en un área remota donde se creía que el petróleo era de peor calidad⁵⁰.
69. De acuerdo con la prueba de la Demandante, habiendo considerado dichos factores, junto con la percepción de Perenco sobre el ambiente favorable para las inversiones en el Ecuador en ese

⁴⁶ Anexo CE-16, Resolución No. 620-CEL-2000 del Comité Especial de Licitación de Petroecuador aprobando la suscripción del Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 7 de la Región Amazónica, 10 de marzo de 2000, PER 00788.

⁴⁷ Anexo CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7.

⁴⁸ 1.º Declaración testimonial de Patrick Spink, párrafo 4.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 5, véase también, Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 2, p. 450 (Testimonio de Patrick Spink).

momento, Perenco compró el 45% del interés de Kerr McGee en los Bloques 7 y 21 por un precio de compra de US\$79 millones, en, o alrededor de, diciembre de 2001⁵¹.

70. En septiembre de 2002, luego de que la aprobación del gobierno necesaria fuera obtenida⁵², Kerr McGee cedió sus intereses en los Contratos de Participación de los Bloques 7 y 21 a Perenco⁵³. La participación propietaria en los Bloques en ese momento era:

	<u>Bloque 7</u>	<u>Bloque 21</u>
Perenco	45 %	45 %
Burlington	30 %	37,5 %
Preussag	25 %	17,5 %

71. La compra del interés de Kerr McGee en los Bloques 7 y 21 también fue acompañada por la compra de la participación de 1,809% en el consorcio que operaba el OCP. Esto incluía asumir compromisos bajo una modalidad de pago independiente del volumen transportado por 20.000 barriles diarios para el Bloque 21 hasta el año 2018. Aún si Perenco no transportara los 20.000 barriles diarios, tendría que pagar las obligaciones correspondientes a la capacidad no usada⁵⁴.
72. Poco después de adquirir sus intereses en los Bloques, Perenco suscribió dos Acuerdos de Operación Conjunta con Burlington y Preussag conforme a los que Perenco era el Operador de las Operaciones Conjuntas⁵⁵. Las responsabilidades de Perenco como operador incluían la administración de operaciones conjuntas así como la distribución de ganancias y la administración de deudas y gastos compartidos. A finales de 2005, para cumplir con los requisitos impositivos ecuatorianos establecidos con la intención de simplificar la auditoría y el

⁵¹ 1.º Declaración testimonial de Patrick Spink, párrafo 6.

⁵² Anexo CE-24, Decreto 342 del Ministerio de Energía y Minas aprobando la transferencia del interés de Kerr-McGee en el Contrato de Participación del Bloque 7 a Perenco y Burlington, 9 de mayo de 2002, PER 01409 y CE-25, Garantía de Cumplimiento para el Contrato de Participación en el Bloque 21, emitida por Perenco S.A, 16 de mayo de 2002.

⁵³ Anexos CE-27, Contrato de Cesión de Derechos del interés de Kerr-McGee en el Contrato de Participación en el Bloque 21 a Perenco y Burlington, 4 de septiembre de 2002 (en español), y CE-28, Contrato de Cesión de Derechos del interés de Kerr-McGee en el Contrato de Participación en el Bloque 7 a Perenco y Burlington, 4 de septiembre de 2002 (en español).

⁵⁴ 1.º Declaración testimonial de Patrick Spink, párrafo 16.

⁵⁵ Anexos CE-31, Novación de Acuerdo de Operación Conjunta con respecto al Bloque 7, Cuenca Oriente, Ecuador, 12 de diciembre de 2002, y CE-32, Novación de Acuerdo de Operación Conjunta con respecto al Bloque 21, Cuenca Oriente, Ecuador, 12 de diciembre de 2002.

pago de impuestos a la renta, las tres empresas suscribieron un Contrato de Consorcio, que entró en vigencia el 1 de enero de 2006⁵⁶.

73. Tres años después de adquirir los intereses de Kerr McGee en los Bloques 7 y 21, Perenco y Burlington decidieron adquirir los intereses de Preussag en el Bloque 7 y el Bloque 21. El 7 de septiembre de 2005, el contrato para la compra fue suscrito y las aprobaciones requeridas por el gobierno fueron otorgadas⁵⁷. Perenco acordó pagar US\$23,5 millones por los intereses adquiridos⁵⁸. La participación entre Perenco y Burlington pasó a ser:

	<u>Bloque 7</u>	<u>Bloque 21</u>
Perenco	57,5 %	53,75 %
Burlington	42,5 %	46,25 %

74. Como parte del contrato, Perenco acordó comprar un pequeño interés patrimonial en el OCP, que en adelante pasó a ser 2,1608%⁵⁹.
75. Los Contratos de Participación en los Bloques 7 y 21 tenían fecha de terminación en 2010 y 2021, respectivamente. Los dos Contratos difieren en ciertos términos, pero siguen el mismo esquema general. En resumen, otorgaban a Perenco el derecho a “ejecutar, por su cuenta y riesgo, las actividades de explotación de Petróleo Crudo y exploración adicional en el Área del Contrato, invirtiendo los capitales y utilizando el personal, los equipos, maquinarias y tecnología necesarios para su cabal cumplimiento, a cambio de lo cual la Contratista recibirá, como participación, un porcentaje de la Producción Fiscalizada”⁶⁰.
76. La cláusula 8.1 de cada Contrato de Participación establecía la fórmula para calcular los porcentajes de participación. Los Contratos asignaban la producción de petróleo en base a dos variables, a saber, el volumen de petróleo producido (el factor *X*) y la calidad del petróleo

⁵⁶ Anexos CE-47, Contrato de Consorcio entre Preussag International Energie GMBH, Burlington y Perenco, 30 de diciembre de 2005, y CE-44, Adenda a los Acuerdos de Operación Conjunta entre Preussag International Energie GMBH, Burlington y Perenco, 6 de diciembre de 2005.

⁵⁷ Anexo CE-38, Contrato de Compra y Venta entre Preussag International Energie GMBH, Burlington y Perenco, para los Bloques 21 y 7, 7 de septiembre de 2005; 1.º Declaración testimonial de Patrick Spink, párrafos 21-22.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Anexo CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7, cláusula 4.2, PER 04758.

crudo producido (el factor Y)⁶¹. De acuerdo con la fórmula, a medida que la producción aumenta en volumen, o en calidad, el porcentaje de participación de la contratista disminuye⁶².

77. El Contrato de Participación en el Bloque 7 establece la siguiente fórmula de participación⁶³:

Bloque 7		
Producción Fiscalizada Diaria Promedio para el Año Fiscal (Barriles)	Participación de la Contratista	Participación de Ecuador
< 5000	76,2 %	23,8 %
5000 – 10.000	74,2 %	25,8 %
> 10.000	65 %	35 %

78. El Contrato de Participación en el Bloque 21 establece la siguiente fórmula de participación⁶⁴:

Bloque 21		
Producción Fiscalizada Diaria Promedio para el Año Fiscal (Barriles)	Participación de la Contratista	Participación de Ecuador
< 30.000	67,5 %	32,5 %
30.000 – 60.000	60 %	40 %
> 60.000	60 %	40 %

79. Los Contratos de Participación también contenían una cláusula de modificación del régimen tributario, que establecía la aplicación de un “factor de corrección” cuando cambios en el régimen tributario tuvieran consecuencias en la “economía” del contrato. En este sentido, el Contrato de Participación en el Bloque 7 establecía:

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 Hidrocarburos⁶⁵.

⁶¹ Cláusula 8.1 en los contratos de participación en los Bloques 7 y 21: Anexos CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7, PER 04803, y CE-10, Contrato de Participación en el Bloque 21, PER 04687.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Anexo CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7, PER 04804.

⁶⁴ Anexo CE-10, Contrato de Participación en el Bloque 21, PER 04687.

⁶⁵ Anexo CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7, Cláusula 11.12, PER 04823-04824.

80. El Contrato de Participación en el Bloque 21 establecía términos similares:

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 Contratista⁶⁶.

D. Aumentos en el precio del petróleo y la respuesta del Ecuador

81. Poco después de que Perenco comprara la participación en los Bloques 7 y 21, los precios internacionales del petróleo comenzaron a aumentar de forma dramática. El Bloque 7 producía un petróleo crudo conocido en el mercado como “Crudo Oriente” y el Bloque 21 producía un petróleo crudo conocido como “Crudo Napo”, el último considerado de peor calidad que el Crudo Oriente. Durante las décadas de 1980 y de 1990, un período de estabilidad relativa en precios de petróleo, el precio para el Crudo Napo y Oriente era aproximadamente US\$15/bbl⁶⁷. El marcador WTI para petróleo crudo en ese momento era aproximadamente US\$20/bbl⁶⁸. Dichos precios se mantuvieron más o menos en el mismo nivel hasta la década del 2000⁶⁹.
82. A principios de 2002, el precio del crudo ecuatoriano aún fluctuaba alrededor de los US\$15/bbl. En 2005, sin embargo, los precios se habían más que triplicado, alcanzando los US\$50/bbl⁷⁰.
83. En 2006, el precio del crudo ecuatoriano había aumentado a US\$60/bbl (US\$70/bbl WTI), y en marzo de 2008 aumentó a casi US\$90/bbl (\$100/bbl WTI), alcanzando casi US\$120/bbl (USD \$130/bbl WTI) en junio de 2008⁷¹. La crisis financiera global provocó una caída aguda en los precios del petróleo a menos de US\$30/bbl durante 2008 y principios de 2009, pero los precios luego comenzaron a recuperarse, estabilizándose en el rango de los US\$60-70/bbl durante la mayor parte de 2009 y 2010.

⁶⁶ Anexo CE-10, Contrato de Participación en el Bloque 21, Cláusula 11.7, PER 04699.

⁶⁷ Memorial de Contestación, párrafo 144.

⁶⁸ “WTI” es la abreviatura inglesa de un marcador de la industria conocido como “West Texas Intermediate”.

⁶⁹ Memorial de Contestación, párrafos 144 y 145; Anexo E-75, *Precios de los Crudos Ecuatorianos y Diferencias con Respecto al WTI, Nro. 12; Ene. 2006 a Dic. 2009, y Ene. 1991 a Dic. 2006*, publicado por el Banco Central del Ecuador.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

84. En agosto de 2005, la *Contraloría General del Estado* se preocupó por el impacto de los precios en alza del petróleo en el sector petrolero ecuatoriano y realizó una auditoría de los contratos de participación y los contratos de prestación de servicios durante el período del 1 de marzo del año 2000 al 30 de octubre de 2004⁷². La *Contraloría General del Ecuador* actúa como “auditora externa” de los otros organismos del Estado en Ecuador, y sus instrucciones a entidades con respecto al uso de los fondos públicos son, de acuerdo a la Demandada, exigibles por vía de sanciones administrativas⁷³. Concluyó que el aumento de los precios del petróleo estaba generando ganancias extraordinarias para las empresas petroleras y que los contratos de participación tenían que ser renegociados⁷⁴. Poco después, en septiembre de 2005, el Directorio de Petroecuador recomendó que el Comité Especial de Licitación de Petroecuador iniciara renegociaciones de todos los contratos vigentes de participación y de servicios⁷⁵.

E. Orígenes de la diferencia: eventos vinculados con la Ley 42-2006 de Reforma a la Ley de Hidrocarburos

85. En noviembre de 2005, el entonces Presidente de la República del Ecuador, Sr. Luis Alfredo Palacio González, anunció el objetivo de renegociar los contratos de participación a fin de brindar al Estado una mayor participación en las ganancias por la venta de petróleo crudo⁷⁶. Petroecuador informó entonces a las empresas petroleras que operaban en el Ecuador sobre su intención de renegociar los contratos de participación con ellas⁷⁷. La Demandante alega que si bien el gobierno ecuatoriano entabló negociaciones con algunas empresas petroleras, no hubo intentos serios de negociar con ella⁷⁸.

⁷² Anexo E-80, *Oficio* No. 039073 de la *Contraloría General del Estado* a Petroecuador del 22 de agosto de 2005.

⁷³ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 1, página 281 (Alegato de Apertura de Eduardo Silva Romero).

⁷⁴ Anexo E-80, *Oficio* No. 039073 de la *Contraloría General del Estado* a Petroecuador del 22 de agosto de 2005.

⁷⁵ Anexo E-81, *Resolución* No. 016-DIR-2005-09-13 del Directorio de Petroecuador del 13 de septiembre de 2005 y CE-39, *Contratos petroleros a ser revisados*, *El Comercio*, 11 de septiembre de 2005.

⁷⁶ Memorial Actualizado, párrafo 59: el 9 de noviembre de 2005, de acuerdo a un artículo publicado por *El Comercio* en Ecuador, se reportó que el “gobierno revisará en breve los contratos con las petroleras extranjeras, en procura de que dejen al Estado “por lo menos la mitad” (50 por ciento) de sus ganancias” (véase Anexo CE-39, *Contratos petroleros a revisión*, *El Comercio*, 11 de septiembre de 2005, PER 01544).

⁷⁷ Anexo CE-43, *La primera fase de la renegociación petrolera comenzó con reuniones*, *El Comercio*, 22 de noviembre de 2005.

⁷⁸ Memorial Actualizado, párrafo 59.

86. La Demandada, por otro lado, alega que todas las empresas petroleras en el Ecuador, incluida Perenco, se rehusaron a renegociar sus contratos⁷⁹.
87. Antes de anunciar sus intenciones, en noviembre de 2005, Petroecuador escribió al Presidente de la Comisión Especializada Permanente de lo Civil y Penal en el Ecuador con respecto a la propuesta de renegociar los contratos de petróleo y gas⁸⁰. Con respecto al Reglamento de Aplicación para la Ley de Reforma a la Ley 44, Petroecuador declaró:

El Art. 32 del mencionado Reglamento establece el procedimiento a seguir para las modificaciones contractuales que están sometidas a la aprobación del CEL. En resumen, este procedimiento indica que las modificaciones contractuales podrán ser propuestas por cualesquiera de las partes, correspondiendo a PETROECUADOR negociarlas con la contratista, contando siempre con la aceptación previa de la otra parte, y en el caso de haberse alcanzado un acuerdo mutuo sobre sus bases, el Presidente Ejecutivo someterá a conocimiento e Informe del Consejo de Administración (CAD) las modificaciones acordadas con la contratista⁸¹.

(1) La promulgación de la Ley 42

88. El 1 de marzo de 2006, el Presidente Palacio presentó un proyecto al Congreso con la propuesta de reformar la Ley de Hidrocarburos (un **“Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos”** o el **“Proyecto”**), declarando en la explicación de motivos adjunta que “he invitado a las compañías petroleras que tienen contratos con el Estado Ecuatoriano a iniciar procesos de entendimiento para la distribución equitativa de las ganancias extraordinarias”⁸².
89. La carta de presentación del Proyecto declaraba que “deberá tramitarse con el carácter de económicamente urgente” y que su lógica se podía resumir en “la recuperación de la equidad económica en beneficio del Estado en los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos celebrados por la República del Ecuador”⁸³. El aumento significativo en los

⁷⁹ Memorial de Contestación, párrafo 17; Dúplica, párrafos 320-328; véase también, Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 1, páginas 273-274 (Alegato de apertura de Eduardo Silva Romero).

⁸⁰ Anexo CE-40, Carta de Petroecuador al Miembro del Congreso Luis Fernando Torres con respecto a la renegociación de los contratos petroleros, 11 de octubre de 2005.

⁸¹ *Ibid.*, PER 01550.

⁸² Solicitud Enmendada, párrafo 25; Anexos CE-50, Proyecto de Ley reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, presentado por el Presidente Palacio al Presidente del Congreso, 1 de marzo de 2006 (en español y en inglés), PER 01722 y CE-51, Debates Parlamentarios sobre Proyecto de Ley, 9 de marzo de 2006, 19 de abril de 2006; véase también Memorial de Contestación, párrafo 178.

⁸³ Anexo CE-50, Proyecto de Ley reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, presentada por el Presidente Palacio al Presidente del Congreso, 1 de marzo de 2006 (en español y en inglés), PER 01712.

precios, según el desarrollo de la exposición de motivos, “obliga al Gobierno Nacional a presentar al H. Congreso Nacional, reformas a la Ley de Hidrocarburos”⁸⁴.

90. La exposición declaraba además que “los contratos para la exploración y explotación de petróleo en el Ecuador se celebraron considerando la cláusula *rebus sic stantibus* [‘estando así las cosas’] que significa que los contratos se entienden concluidos bajo la condición tácita de que subsistirán las condiciones originarias que se contrataron y que cuando ello no ocurra y se produzca una transformación de tales circunstancias, se debe reestablecer el equilibrio de las prestaciones en la medida en que un hecho extraordinario e imprevisible influya en lo que las partes hubieran previsto y bajo cuya base económica se obligaron”⁸⁵. Concluía que “se mantiene en todo momento el equilibrio de los contratos, ya que se respetan todos los parámetros técnicos, económicos y jurídicos que fueron considerados por las empresas en sus análisis y se legisla sobre aquellos hechos que escaparon a la voluntad de las partes, como es el aumento extraordinario de los precios del crudo en el ámbito internacional”⁸⁶.

91. El Congreso Nacional del Ecuador celebró una sesión extraordinaria el 29 de marzo de 2006 para debatir el Proyecto. La Demandante brindó al Tribunal declaraciones realizadas por varios miembros del Congreso que mostraban un rango de opiniones. Un representante afirmaba “aquí vamos a saber, quién es quién o votamos por la patria, por el pueblo, por los pobres, por los humildes o votamos por las transnacionales que se han robado nuestra sangre, nuestra vida, nuestra esperanza”⁸⁷. Otro representante se enfocaba en la naturaleza de las relaciones contractuales que Petroecuador había contraído con las empresas petroleras, remarcando que: “...frente al proyecto enviado por el Presidente de la República, hemos discutido si mediante ley podemos o no modificar unilateralmente, contratos con efecto retroactivo. Esa y no otra es la discusión jurídica”⁸⁸.

⁸⁴ *Ibid.*, PER 01713.

⁸⁵ Anexo CE-50, Proyecto de Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos, presentada por el Presidente Palacio al Presidente del Congreso, 1 de marzo de 2006 (en español y en inglés), PER 01713; véase también, Memorial Actualizado, párrafo 63.

⁸⁶ Anexo CE-50, Proyecto de Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos, presentada por el Presidente Palacio al Presidente del Congreso, 1 de marzo de 2006 (en español y en inglés), PER 01715.

⁸⁷ Memorial Actualizado, párrafo 65; que cita al Anexo CE-51, Proyecto de Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos, presentada por el Presidente Palacio al Presidente del Congreso, 1 de marzo de 2006 (en español y en inglés), PER 01814.

⁸⁸ *Ibid.*, PER 01836.

92. El Tribunal entiende que la determinación de la voluntad de un cuerpo legislativo por medio de referencias a declaraciones de legisladores individuales es notablemente difícil y propenso a llevar a confusiones sobre la voluntad del legislativo como un todo que es reflejada en sus actos. Ha tomado nota de estas y otras declaraciones, pero no ha intentado utilizarlas como un medio para asignar significado jurídico a los actos del legislativo.
93. El Congreso Ecuatoriano promulgó la Ley No. 2006-42 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos (la “**Reforma HCL**”) el 19 de abril de 2006⁸⁹. Los considerandos de la Ley hacían referencia al deber del Estado ecuatoriano de “defender el patrimonio natural del país y preservar el crecimiento sustentable de la economía, así como el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo”⁹⁰. Se refería al Artículo 247 de la Constitución, declarando que “los recursos del subsuelo son de propiedad inalienable e imprescriptible del Estado ecuatoriano y, por lo tanto, su explotación debe realizarse en función de los intereses nacionales y atendiendo al principio de razonabilidad”⁹¹.
94. El artículo 2 de la Reforma HCL declaraba:
- “Art...Participación del Estado de 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. Para los propósitos del presente artículo, se entenderá como ingresos extraordinarios la diferencia de precio descrita multiplicada por el número de barriles producidos”⁹².
95. Posteriormente, el 23 de junio de 2006, fue emitido formalmente el Decreto No. 1583 de aplicación de la Ley 42-2006⁹³.

⁸⁹ Solicitud Enmendada, párrafo 26; Anexo CE-53, Reforma HCL.

⁹⁰ Anexo CE-53, Reforma HCL, PER 02026.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Anexo CE-53, Reforma HCL, PER 02026.

⁹³ Memorial Actualizado, párrafo 67.

(2) Aplicación de la Ley 42

96. El 6 de julio de 2006, el Ministerio de Energía y Minas notificó a Perenco por correo que los precios en vigencia al momento de suscripción de los Contratos de Participación en los Bloques 7 y 21 eran US\$25,111383 y US\$15,358274⁹⁴. Estos se convirtieron en los precios de “referencia” a los fines del Artículo 2 de la Reforma HCL.
97. En julio de 2006, por ejemplo, el precio de mercado para el Crudo Oriente del Bloque 7 era US\$65,66/bbl y el precio ajustado de referencia era US\$30,01/bbl. Por tanto, el “gravamen” en virtud de la Ley 42 (para el usar el término de la Demandada en este arbitraje⁹⁵) fue de US\$17,825 por barril de petróleo producido en el Bloque 7 (50% de la diferencia entre US\$65,66/bbl y US\$30,01/bbl). La Ley 42 brindaba al Gobierno del Ecuador un aumento en la participación de las ganancias generadas por las ventas encima de dichos precios de referencia. En el ejemplo antedicho, la Contratista obtendría US\$47,835 sobre la venta de un barril de petróleo en lugar del precio de mercado de US\$65,66/bbl.
98. El 13 de julio de 2006, el Gobierno emitió el Decreto No. 1672 de aplicación de la Ley 42-2006, sustitutivo del Decreto No. 1583 de aplicación de la Ley 42-2006 del 23 de junio de 2006 (el “**Primer Reglamento de Aplicación**”)⁹⁶.
99. El mismo, entre otras cosas, identificaba el tipo de contratos alcanzados por la Reforma HCL, establecía el porcentaje exacto de “ingresos extraordinarios” pagadero al Estado (50%), brindaba la fórmula para la determinación de la cantidad correspondiente, y estipulaba que los pagos en virtud de la Ley 42 se harían de forma mensual⁹⁷.
100. Luego que la ley fue promulgada, Perenco envió una carta el 26 de julio de 2006 al Banco Central del Ecuador, con copia a la Unidad de Administración de Contratos Petroleros de Petroecuador, en relación a la carta que Perenco recibió de la Unidad de Administración de

⁹⁴ Solicitud Enmendada, párrafo 29 y como se observa en el Anexo CE-13 de la Solicitud Enmendada, traducción al inglés de la Carta de DNH a Perenco notificando los precios de referencia vigentes al momento de suscribirse los contratos, 6 de julio de 2006 y traducción al inglés de la Carta de DNH a Perenco notificando el factor aplicable de inflación para los precios de referencias en los Bloques 7 y 21, 25 de marzo de 2008.

⁹⁵ Véase, por ejemplo, Memorial de Contestación, párrafos 185, 422, 460, 482, 527, *et seq.* [traducción del Tribunal].

⁹⁶ Anexo CE-58, Decreto No. 1672, de Aplicación de la Ley 42-2006 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, Registro Oficial No. 312, 13 de julio de 2006 (“Decreto No. 1672”).

⁹⁷ Anexo CE-58, Decreto No. 1672.

Contratos Petroleros de Petroecuador donde se le notificaba sobre los montos liquidados para el Bloque 21, junto con un cheque por US\$14.525.361,00. Perenco “dej[ó] constancia” de que consideraba que la Ley 42 era “inconstitucional tal como otras agrupaciones sociales que ha[bían] presentado las respectivas reclamaciones ante el Tribunal Constitucional” y que “viola[ba] ciertos de los derechos de los miembros del Consorcio consagrados en los Contratos de Participación para los Bloques 7 y 21 y en ciertos Tratados Internacionales”, pero hasta tanto la ley fuera declarada inconstitucional, haría el pago bajo protesta y reservando sus derechos⁹⁸.

101. Como hacía notar la carta de Perenco, en ese tiempo el Sr. Mauricio Pinto Mancheno había iniciado una reclamación de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por sus propios derechos y por aquellos que representaba como Presidente de la Cámara de Industriales de Pichincha, y como procurador común de mil ciudadanos (conforme al Artículo 276(1) de la Constitución del Ecuador)⁹⁹. No hay registro de pruebas sobre los miembros de la Cámara de Industriales. La Demandada alegó que era obvio que las empresas petroleras estaban detrás del reclamo, pero no hay suficientes pruebas al respecto para hacer cualquier tipo de determinación de hecho, aunque la sentencia registró la aseveración del Presidente del Congreso de que el Sr. Pinto era el “defensor oficioso de las empresas petroleras transnacionales a quienes, supuestamente, en el criterio del demandante, perjudica o lesiona la ley impugnada”, en respuesta a su petición¹⁰⁰.
102. El 6 de septiembre de 2006, el Tribunal Constitucional determinó que la Ley 42 era constitucional y, más aún, que no era violatoria de los principios ecuatorianos del derecho civil con respecto al cumplimiento de los contratos¹⁰¹. Los solicitantes habían impugnado la Ley 42 por la forma y por el fondo, al alegar que constituía una modificación del régimen jurídico al que estaban sujetos los contratos petroleros con el Estado, violatoria de los derechos fundamentales de seguridad, no retroactividad, propiedad y de modificación de contratos

⁹⁸ Anexo CE-263, Carta del Consorcio al Banco Central del Ecuador, 26 de julio de 2006, PER 04277.

⁹⁹ Anexo CA-313, decisión del Tribunal Constitucional del 31 de agosto de 2006 relativa a la Constitucionalidad de la Ley 42, Registro Oficial (Suplemento) 350, 6 de septiembre de 2006 (Traducción revisada y acordada por las partes, presentada en 2013-12-04) (“Decisión del Tribunal Constitucional sobre la Ley 42”).

¹⁰⁰ Anexo CA-313, Decisión del Tribunal Constitucional sobre la Ley 42, p. 19. En la audiencia, el Sr. Eduardo Silva Romero aseveró que la “impugnación constitucional fue patrocinada por las petroleras obviamente”. Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 1, p. 277.

¹⁰¹ Anexo CA-313, Decisión del Tribunal Constitucional sobre la Ley 42, p. 27.

administrativos únicamente por acuerdo¹⁰². El Tribunal Constitucional examinó la distinción entre los contratos administrativos y civiles en virtud del derecho ecuatoriano, y luego entre los contratos administrativos para la prestación de servicios públicos y otros. Concluyó que a diferencia de los contratos entre particulares, la Administración en un contrato administrativo “se coloca en una situación de privilegio frente al administrado... Y es precisamente esta posición de privilegio la que le permite a la Administración...ejercer su potestad de modificación o reforma del convenio”¹⁰³.

103. Un ejemplo de ello fue que el principio *pacta sunt servanda* aplicable al contrato podía potencialmente “fracturarse ante el surgimiento de causas que alter[aran] sustancialmente aquellas que formaban parte de la realidad o estado de cosas sobre las que se fundamentó la celebración del contrato”¹⁰⁴. El Tribunal Constitucional sostuvo que la Ley 42 se encontraba dentro del ámbito de dicho principio, al crear “obligaciones sobre asuntos que no han sido objeto de estipulación contractual, que no han sido pactadas ni previstas” por las partes de los contratos¹⁰⁵. Fundamentó esto en mayor medida al concluir que el Artículo 249 de la Constitución, que prohibía las modificaciones unilaterales de los contratos por ley, no era aplicable a los contratos petroleros del Estado porque el Artículo 249 se refería exclusivamente a los contratos administrativos para la prestación de servicios públicos (que diferían de los contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos), y el Estado debía hacer renuncia expresa al ejercicio de su potestad para modificar el contrato, conforme establece el Artículo 271 de la Constitución¹⁰⁶. Finalmente, el Tribunal Constitucional determinó que la Ley 42 no violaba la garantía constitucional contra la retroactividad, ni el derecho a la propiedad, puesto que los hidrocarburos son un recurso natural no renovable sujeto al dominio público¹⁰⁷.

104. Durante ese tiempo, Perenco continuó las inversiones en los Bloques 7 y 21. De acuerdo a la Demandante, hacia finales de 2006 había invertido aproximadamente US\$55.004.000 y US\$46.938.000 en los Bloques 21 y 7, respectivamente, para ese año¹⁰⁸. Desde abril de 2006

¹⁰² *Ibid.*, páginas 18-19.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 24.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Anexo CA-313, Decisión del Tribunal Constitucional sobre la Ley 42, p. 25.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Anexo CA-313, Decisión del Tribunal Constitucional sobre la Ley 42, p. 24-27.

¹⁰⁸ Memorial Actualizado, párrafos 48 y 52.

hasta octubre de 2007, el Consorcio invirtió US\$61 millones adicionales y perforó 15 pozos adicionales en los Bloques 7 y 21 comparado con el año anterior¹⁰⁹. El Consorcio también presentó al Ecuador el 6 de noviembre de 2006 una reforma de su plan de desarrollo para el Bloque 7 en relación con el campo Oso¹¹⁰. Su plan de desarrollo indicaba que había anticipado un flujo de fondos continuado y positivo durante la aplicación inicial de la Ley 42 a una tasa del 50%¹¹¹. El Plan de Desarrollo del campo Oso de 2006 fue aprobado por el Ministerio de Energía y Minas en Ecuador en marzo de 2007¹¹².

105. Esto, sin embargo, no se contradecía con las preocupaciones expresadas por Perenco respecto al impacto económico de la Ley 42 en sus operaciones ecuatorianas. El 18 de diciembre de 2006, Perenco le escribió a Petroecuador y solicitó que iniciara el proceso administrativo por el cual las partes analizarían el impacto económico de la Ley 42 en los Bloques 7 y 21 conforme a la cláusula 11 de ambos Contratos, y declaró su intención de presentar la información necesaria en apoyo de su solicitud de ajustar el porcentaje de participación en su favor¹¹³. Petroecuador no respondió de manera oficial a dicha solicitud.
106. Durante la audiencia, hubo un intercambio sustancial entre las partes con respecto al tiempo de dicha solicitud y específicamente en quién recaía la responsabilidad de tratar el ajuste de la participación en dichas circunstancias.
107. Desde el punto de vista de la Demandada, conforme a una correcta interpretación de los Contratos de Participación, la contratista tenía la carga probatoria de sustanciar su reclamo de que un impuesto nuevo o aumentado afectaría la economía de los Contratos¹¹⁴. En particular, el Dr. Chiriboga, quien era en ese momento el Presidente de Petroecuador, testificó que pesaba sobre Perenco la carga de probar al Estado que, contrario a su evaluación del impacto de la Ley

¹⁰⁹ Declaración testimonial de Laurent Combe, párrafo 20.

¹¹⁰ Anexo E-77, Reforma del Plan de Desarrollo Adicional en el Bloque 7 - Campo Oso, octubre de 2006.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 7.; Declaración testimonial de Laurent Combe, párrafos 11 y 20, según aclarado en su testimonio, Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 2, p. 518 (Testimonio de Laurent Combe).

¹¹² Anexo E-128, Acuerdo Ministerial No. 40 del Ministerio de Energía y Minas aprobando el Plan de Desarrollo del campo Oso de 2006, del 9 de marzo de 2007, p. 4; Declaración testimonial de Laurent Combe, párrafo 20.

¹¹³ Anexos E-129, Carta del Consorcio a Petroecuador del 18 de diciembre de 2006 (Bloque 21) y E-130, Carta del Consorcio a Petroecuador del 18 de diciembre de 2006 (Bloque 7).

¹¹⁴ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 1, páginas 289-290 (Alegato de Apertura de Eduardo Silva Romero) donde la Demandada manifiesta que Perenco no brindó a Petroecuador la prueba que mostrara el impacto de la Ley 42 en la economía de los Contratos de Participación, lo que era necesario en su presentación.

42, el equilibrio de los Contratos había sido modificado en grado tal que se dio lugar al proceso administrativo allí provisto¹¹⁵.

108. Por su parte, la Demandante manifestó, en primer lugar, que había adoptado medidas suficientes para iniciar el proceso, y, en segundo lugar, que había recibido señales informales sobre una reacción negativa por parte de las autoridades ecuatorianas en ejercicio en ese momento (a mediados de diciembre de 2006 la administración de Palacios estaba por dejar sus cargos). Uno de los testigos por la Demandante, el Sr. Laurent Combe, testificó que si bien Perenco había calculado el impacto de la Ley 42 en la economía de los Contratos, no había enviado la información ya que sería una situación muy confrontadora. El Sr. Combe testificó que no se adoptaron medidas adicionales en apoyo a la solicitud dado que la empresa no quería empeorar las relaciones con el Gobierno¹¹⁶. Es de común acuerdo que las negociaciones por modificación del régimen tributario contempladas en la cláusula 11 de ambos Contratos no tuvieron lugar.
109. El 4 de octubre de 2007, la administración del Presidente Rafael Correa Delgado emitió un segundo decreto, el Decreto No. 662 (el **“Segundo Reglamento de Aplicación”**), que aumentó la participación del Estado en las ganancias por ventas encima del precio de referencia de 50% a 99%¹¹⁷. El Dr. Chiriboga, entonces Ministro de Minas y Petróleos en el Ecuador, testificó que dicho porcentaje fue determinado en base a análisis financieros realizados por o en nombre de instituciones estatales ecuatorianas, y conversado en reuniones con el Presidente¹¹⁸.
110. Así, desde octubre de 2007, conforme a la ley ecuatoriana, Perenco estaba obligada a entregar al Ecuador, además de la participación acordada contractualmente en volumen, una participación adicional en ingresos de al menos un 99% de sus ingresos por todas las ventas de

¹¹⁵ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 4, p. 1041 (Testimonio de Galo Chiriboga Zambrano).

¹¹⁶ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 2, páginas 526-527 (Testimonio de Laurent Combe). El testimonio del Sr. Combe fue que si bien Perenco tenía las cifras disponibles, la solicitud del 18 de diciembre de 2006 era para impulsar el inicio del proceso durante el cual la información se presentaría formalmente. Ello fue reiterado por el testigo en su segundo interrogatorio directo ante la pregunta sobre qué esperaba que ocurriría luego de la carta del 18 de diciembre de 2006 a Petroecuador: Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 2, páginas 535-536.

¹¹⁷ Anexo CE-64, Decreto No. 662, de Aplicación de la Ley 42-2006 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, 4 de octubre de 2007.

¹¹⁸ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 4, páginas 966-967 (Testimonio de Galo Chiriboga Zambrano).

petróleo por encima de los precios de referencia aplicables (los cuales, según lo dicho en el párrafo 96, variaban entre el petróleo del Bloque 7 y el Bloque 21)¹¹⁹.

(3) Pagos en virtud de la Ley 42, el inicio del arbitraje CIADI, negociaciones y *Ley de Equidad Tributaria*

111. Perenco (y su socio dentro del Consorcio, Burlington) realizó pagos en virtud de la Reforma HCL desde julio de 2006 hasta abril de 2008¹²⁰.
112. Poco después que el Segundo Reglamento de Aplicación modificara el porcentaje de “ingresos extraordinarios” a un 99% en favor del Estado, el 17 de octubre de 2007, Perenco escribió al Ministerio de Relaciones Exteriores y al Ministerio de Minas y Petróleos notificando al Ecuador que “acepta[ba] y otorga[ba] su consentimiento a la oferta de Ecuador de someter cualquier disputa relacionada con las [Reforma HCL], o con cualquier otra medida que afecte las inversiones de Perenco en el Ecuador al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”) para su resolución mediante arbitraje de acuerdo con el Artículo 25 del Convenio y el Artículo 9 del Tratado”¹²¹.
113. El Tribunal hace un paréntesis para mencionar que en esta fecha, el acervo hereditario en las Bahamas del difunto Hubert Perrodo permanecía sin administrador y sin distribuirse¹²². El Tribunal abordará esta cuestión a continuación.
114. Durante el período en que Perenco pagó las obligaciones en virtud de la Ley 42, lo hizo “sin perjuicio” o “*bajo protesta*”¹²³.

¹¹⁹ Memorial Actualizado, párrafo 69.

¹²⁰ Solicitud Enmendada, párrafo 30; Memorial Actualizado, párrafo 126. El Consorcio comenzó a realizar dichos pagos en virtud de la Ley 42, bajo protesta, el 26 de julio de 2006: Anexo CE-263, Carta del Consorcio al Banco Central del Ecuador, 26 de julio de 2006.

¹²¹ Anexo CE-264, Carta de Perenco al Ministerio de Relaciones Exteriores y al Ministerio de Minas y Petróleos, 17 de octubre de 2007, PER 04282; Solicitud Enmendada, párrafo 15.

¹²² Memorial de Contestación, párrafo 38.

¹²³ Memorial Actualizado, párrafo 76; véase Anexos CE-66, Carta de Perenco a Petroecuador con relación al pago bajo protesta de las obligaciones en virtud de la Ley 42 y la negociación de contratos, 14 de diciembre de 2007, CE-68, Carta del Consorcio a Petroecuador con relación al pago bajo protesta de las obligaciones en virtud de la Ley 42 y la negociación de contratos, 18 de febrero de 2008 (carta de Perenco del 18 de febrero de 2008 en respuesta a la notificación del Ecuador del 15 de enero de 2008), y CE-70, Carta del Consorcio a Petroecuador con relación al pago bajo protesta de las obligaciones en virtud de la Ley 42 y la negociación de contratos, 15 de abril de 2008 (carta de Perenco del 15 de abril de 2008 en respuesta a la notificación del Ecuador del 13 de marzo de 2008).

115. Al mismo tiempo, es de común acuerdo que Perenco estaba dispuesta a considerar trabajar con el Gobierno del Ecuador para lograr un entendimiento. Le escribió al Ministerio de Minas y Petróleos el 24 de octubre de 2007, solicitando información con respecto al modelo del contrato de prestación de servicios que el Gobierno proponía utilizar como la base para avanzar en las negociaciones¹²⁴. Durante la audiencia, el Dr. Chiriboga testificó que si bien Ecuador había contratado para ese momento los servicios del estudio mexicano Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP a fin de generar un modelo del contrato de prestación de servicios propuesto y había algunos borradores disponibles, no habían sido conversados internamente¹²⁵. En consecuencia, Ecuador determinó que no estaba en posición de acceder a la solicitud de Perenco y no respondió a la misma¹²⁶.
116. El 29 de diciembre de 2007, Ecuador promulgó una nueva ley, la Ley de Equidad Tributaria (la “**LET**”), una iniciativa para facilitar las negociaciones entre el gobierno y las empresas petroleras¹²⁷. La ley contemplaba una alternativa a la aplicación estricta de la Ley 42 al 99% al establecer: una tarifa de impuesto de 70%, un precio legal de referencia no determinado por Ecuador sino sujeto a negociación en cada caso, y aplicable sólo a las empresas petroleras que también acordaran la suscripción de “contratos transitorios” para transformar los Contratos de Participación existentes en contratos más similares al modelo de contrato de prestación de servicios, para entrar en vigor a partir de enero de 2008¹²⁸.
117. En un comunicado nacional realizado el 23 de enero de 2008, el Presidente Correa expresó su visión sobre las opciones disponibles para las empresas petroleras que operaban en Ecuador conforme a Contratos de Participación, al declarar que una empresa podía pagar al Estado su parte de ingresos extraordinarios en virtud de la Ley 42, renegociar el contrato como un contrato de prestación de servicios, o terminar el contrato, con una compensación del Estado a la empresa por los gastos incurridos hasta el momento de conformidad con su contrato de participación¹²⁹. En relación con la opción de renegociar, el Presidente indicó que el modelo de

¹²⁴ Anexo CE-265, Carta del Consorcio al Ministerio de Minas y Petróleos, 24 de octubre de 2007.

¹²⁵ Transcripción, día 4, Audiencia sobre el Fondo, p. 950 (Testimonio de Galo Chiriboga Zambrano).

¹²⁶ Transcripción, día 4, Audiencia sobre el Fondo, páginas 950-952 (Testimonio de Galo Chiriboga Zambrano).

¹²⁷ Anexo EL-86, *Ley de Equidad Tributaria*, Artículos 164 a 172, 29 de diciembre de 2007; Memorial de Contestación, párrafos 190-191,

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Anexo CE-67, Extracto del 53vo Comunicado Nacional del Presidente Rafael Correa, San Miguel de Salcedo, 26 de enero de 2008.

contrato de prestación de servicios “siempre debió ser la figura preponderante en el ámbito petrolero” y que las empresas tenían 45 días para llegar a un acuerdo renegociado con el Estado o continuar pagando sus obligaciones en virtud de la Ley 42¹³⁰.

118. Durante el transcurso del 2008, las Partes intentaron negociar un modelo alternativo a los Contratos de Participación existentes en los Bloques 7 y 21¹³¹.
119. Las negociaciones entre Petroecuador y Perenco (en su carácter de operador del Consorcio) comenzaron el 21 de enero de 2008 y continuaron, si bien de forma irregular, durante el resto del año¹³². De acuerdo al Sr. Eric d’Argentré, el Gerente General de Perenco en Ecuador, “[d]urante el año 2008, [Perenco] en reiteradas ocasiones trat[ó] de llegar a un arreglo que fuese aceptable para todas las partes” y que “asistí a diversas reuniones, sostuve conversaciones telefónicas, intercambié correspondencia, analicé diferentes propuestas y realicé otras gestiones para llegar a un acuerdo final”¹³³. El Ministro Chiriboga concuerda que en 2008 “[e]n general, hubo una buena cooperación entre el Estado y Perenco para poder lograr un acuerdo que nos beneficie a ambos” e indicó que “[r]ecib[ió] a los representantes de Perenco, de manera individual o con el resto de las compañías, para conversar sobre los avances de la negociación cuantas veces lo solicitaron”¹³⁴.
120. Mientras los hechos transcurrían en Ecuador, los herederos de Hubert Perrodo disputaban sus respectivos derechos sobre el acervo hereditario. El 15 de febrero de 2008, la Sra. Perrodo presentó un aviso preventivo ante la Corte Suprema de las Bahamas en contra del otorgamiento

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Memorial Actualizado, párrafo 78; véase también, Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 3, p. 560 (Testimonio de Eric d’Argentré) donde el Sr. d’Argentré confirma que Perenco conocía la intención de Ecuador de que las negociaciones resultaran en la conversión de los contratos de participación en contratos de prestación de servicios.

¹³² Anexos CE-266, Acta de instalación de negociación de los Contratos de Participación entre Perenco y Petroecuador, 20 de enero de 2008, y Listas de Asistentes, 21-28 de enero de 2008, y CE-268, Carta del Consorcio a Petroecuador, 1 de febrero de 2008; véase también, Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 3, páginas 570-571 (Testimonio de Eric d’Argentré). Por ejemplo, Perenco, en nombre del Consorcio, escribió al coordinador del equipo de negociación de Petroecuador con una “propuesta económica” para la renegociación de los Contratos en los Bloques 7 y 21 (véase Anexo CE-268, Carta del Consorcio a Petroecuador, 1 de febrero de 2008). El Sr. Rodrigo Márquez Pacanins, Abogado Asistente General de Grupo del Grupo Perenco desde 2001 hasta 2008, testificó que Perenco aceptó una solicitud de Burlington de estar presente en las negociaciones hasta abril de 2008 porque ello “facilitaría las negociaciones”, aun cuando se entendía que Perenco había actuado en nombre del Consorcio en las negociaciones: véase Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 3, p. 725 (Testimonio de Rodrigo Márquez).

¹³³ 1.º Declaración testimonial de Eric d’Argentré, párrafo 14; Memorial Actualizado, párrafo 83.

¹³⁴ 1.º Declaración testimonial de Galo Chiriboga Zambrano, párrafos 12-25.

de Cartas de Administración en relación al acervo hereditario¹³⁵. (Dicho aviso preventivo fue retirado posteriormente por la Sra. Perrodo el 30 de marzo de 2009)¹³⁶.

121. En marzo de 2008, Petroecuador y Perenco lograron un acuerdo preliminar (el “*Acta de Acuerdo Parcial*”) con respecto al Bloque 7¹³⁷. El “contrato modificador” establecía que: (i) el Bloque 7 continuaría la operación con el modelo de participación compartida por cinco años antes de la migración a otro tipo de modelo contractual (más similar a un modelo de contrato de prestación de servicios); (ii) el plazo del contrato del Bloque 7, que estaba fijado para expirar en 2010, sería ampliado hasta 2018; (iii) la participación del Ecuador aumentaría durante el período de 2008 a 2010, y luego estaría vinculada a los precios del petróleo para el período de 2010 a 2018; y (iv) el precio legal de base sería aumentado a US\$42,5/bbl (de US\$ 25,111383 al 6 de julio de 2006)¹³⁸.
122. Luego de ello, el Consorcio escribió a Petroecuador detallando sus propuestas para los Bloques 7 y 21 el 11 de marzo de 2008 y 25 de marzo de 2008, respectivamente, y parecería que las partes estaban relativamente cerca de llegar a un acuerdo mutuamente aceptable para hacer la transición a un nuevo modelo contractual¹³⁹. El beneficio para Perenco (al compararse con el *status quo*) era claro puesto que contaría con otros ocho años para explotar el Bloque 7 y que la obligación de participación de ingresos sería gatillada a un precio de referencia mayor¹⁴⁰.
123. Sin embargo, el 12 de abril de 2008, el Presidente Correa anunció que todos los contratos de participación de producción en vigor tendrían que rescindirse dentro del año y se utilizarían

¹³⁵ Memorial de Contestación, párrafo 28, advertencia en el Anexo E-72, Advertencia presentada ante la Corte Suprema de Las Bahamas por Carrie Perrodo sobre el Acervo Hereditario de Hubert Perrodo del 15 de febrero de 2008.

¹³⁶ Memorial de Contestación, párrafo 28, retiro de la advertencia en el Anexo E-73, Notificación de Retiro presentada ante la Corte Suprema de Las Bahamas por Carrie Perrodo sobre el Acervo Hereditario de Hubert Perrodo del 30 de marzo de 2009.

¹³⁷ Anexos E-84, *Acta de Acuerdo Parcial* suscrita por Perenco y Petroecuador del 11 de marzo de 2008, y CE-269, Carta del Consorcio a Petroecuador, 11 de marzo de 2008.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Anexos CE-269, Carta del Consorcio a Petroecuador, 11 de marzo de 2008, y CE-270, Carta del Consorcio a Petroecuador, 25 de marzo de 2008; véase también, E-84, *Acta de Acuerdo Parcial* suscrita por Perenco y Petroecuador el 11 de marzo de 2008.

¹⁴⁰ *Ibid.*

nuevos contratos, la forma y los detalles de los cuales no eran detallados¹⁴¹. Las contratistas fueron informadas que sería un modelo único de contrato de prestación de servicios¹⁴².

124. El mismo fue un cambio abrupto e inesperado en las circunstancias de la negociación. El Sr. d'Argentré testificó que “después de meses de lo que pensé que eran negociaciones productivas, este anunció me sorprendió muchísimo”¹⁴³. Un artículo del periódico ecuatoriano *El Comercio*, del 13 de abril de 2008, titulado “La negociación con las petroleras se paralizó”, reportó que “[l]as negociaciones con las petroleras se suspendieron por decisión del presidente” y que “[p]ese a que el Mandatario dio un plazo de 45 días para que las negociaciones concluyan” “[a] última hora decidió que no se firmaran los nuevos contratos”¹⁴⁴. Una cita de un comunicado radial del Presidente Correa en un artículo de la edición en línea de *El Diario* de Ecuador, del 14 de abril de 2008, titulado “Correa propone ‘modelo único’ de contratos con petroleras extranjeras”, citaba el razonamiento del Presidente detrás de su decisión de suspender las negociaciones:

“Di 45 días, me parece en enero, para la renegociación de los contratos... estubo casi lista, pero yo mismo la he parado porque, pese a que hemos logrado grandes ventajas, creo que lo podemos hacer mejor”¹⁴⁵.

125. Perenco notificó a Ecuador mediante carta el 15 de abril de 2008, que continuaría haciendo los pagos en virtud de la Ley 42 bajo protesta para el mes de marzo de 2008, y expresó su

¹⁴¹ Solicitud Enmendada, párrafo 31; Memorial Actualizado, párrafo 78; CE-69, *La negociación con las petroleras se paralizó*, *El Comercio* (edición en línea), 13 de abril de 2008, disponible en http://www2.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id_noticia=184277&id_seccion=3, *Correa propone “modelo único” de contratos con petroleras extranjeras*, *El Diario* (edición en línea), 14 de abril, 2008, disponible en <http://www.eldiario.com.ec/noticias-manabi-ecuador/75940>, *El gobierno propone acuerdo de seis meses con petroleras*, *El Comercio* (edición en línea), 15 de abril de 2008, disponible en http://www2.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id_noticia=184439&id_seccion=6.

¹⁴² Declaración testimonial de Galo Chiriboga Zambrano, párrafos 15-17. En su contrainterrogatorio, el Sr. Chiriboga declaró que si bien el borrador del Contrato Modificatorio no estaba disponible para ser revisado por la contratista al tiempo de la conferencia de prensa del 14 de abril de 2008, fue preparado y puesto a disposición de la contratista para su revisión “inmediatamente después”: Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 4, páginas 998-999 (Testimonio de Galo Chiriboga Zambrano). El Contrato Modificatorio fue entregado a Perenco presuntamente en mayo de 2008: Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 4, p. 1001 (Testimonio de Galo Chiriboga Zambrano).

¹⁴³ 1.º Declaración testimonial de Eric d'Argentré, párrafo 9.

¹⁴⁴ CE-69, *La negociación con las petroleras se paralizó*, *El Comercio* (edición en línea), 13 de abril de 2008, disponible en http://www2.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id_noticia=184277&id_seccion=3, *Correa propone “modelo único” de contratos con petroleras extranjeras*, *El Diario* (edición en línea), 14 de abril de 2008, disponible en <http://www.eldiario.com.ec/noticias-manabi-ecuador/75940>, *El gobierno propone acuerdo de seis meses con petroleras*, *El Comercio* (edición en línea), 15 de abril de 2008, disponible en http://www2.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id_noticia=184439&id_seccion=6, PER 02181.

¹⁴⁵ *Ibid.*, PER 02185.

“profunda preocupación a raíz del anuncio del Gobierno ecuatoriano de poner fin a las actuales negociaciones”¹⁴⁶. En otra carta con la misma fecha, Perenco escribió al Ministro de Minas y Petróleos expresando sorpresa ante el anuncio del Presidente de que Ecuador había decidido poner fin a las renegociaciones de los Contratos de Participación¹⁴⁷. El Ministro de Minas y Petróleos no respondió dicha carta¹⁴⁸.

126. Dos semanas más tarde, el 30 de abril de 2008, el Consejo Directivo de Perenco S.A. autorizó la presentación de una Solicitud de Arbitraje ante el CIADI contra Ecuador y Petroecuador¹⁴⁹. La solicitud fue presentada ese mismo día ante el Secretario General del CIADI.
127. Frente a esto, Ecuador propuso un “acuerdo transitorio” el 16 de mayo de 2008, que Perenco debía suscribir como condición previa para continuar las negociaciones. El acuerdo incluía un plazo obligando a Petroecuador y su contraparte a “realiza[r] los mejores esfuerzos para que en un plazo de 120 días puedan suscribir el nuevo Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos y como prueba de buena fe, la Contratista suspende sus trámites ante CIADI”¹⁵⁰. Una carta del Ministerio de Minas y Petróleos, del 13 de junio de 2008, le siguió, donde indicaba que todas las empresas petroleras debían suscribir contratos modificados con el Estado que incluirían el compromiso de migrar a un contrato de prestación de servicios dentro de un año¹⁵¹. Perenco se rehusó a hacerlo¹⁵². El Dr. Chiriboga testificó que, en ese momento, el borrador propuesto del “contrato de prestación de servicios” no había sido entregado aún a las contratistas¹⁵³.

¹⁴⁶ Anexo CE-70, Carta del Consorcio a Petroecuador respecto al pago bajo protesta de las obligaciones en virtud de la Ley 42 y las negociaciones de contratos, 15 de abril de 2008.

¹⁴⁷ Anexo CE-271, Carta de Perenco al Ministerio de Minas y Petróleos y Petroecuador, 15 de abril de 2008.

¹⁴⁸ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 4, p. 999 (Testimonio de Galo Chiriboga Zambrano): El Dr. Chiriboga explicó que no respondió porque dicho accionar de Ecuador no debería haber sido una sorpresa para Perenco luego de meses de negociaciones, y que era en línea con el objetivo de las negociaciones.

¹⁴⁹ Anexo CE-202, Extracto del Acta de Reunión de Directorio de Perenco S.A., 30 de abril de 2008.

¹⁵⁰ Anexo CE-273, borrador del “acuerdo transitorio de negociación” del Ecuador, 16 de mayo de 2008, PER 04499.

¹⁵¹ Anexo CE-71, Carta del Ministerio de Minas y Petróleos a Perenco y otras empresas petroleras con respecto a la migración a contratos de prestación de servicios, 13 de junio de 2008. Esto fue en respuesta al rechazo de la mayoría de las contratistas al plazo límite de 120 días otorgado para finalizar un contrato de prestación de servicios. Las contratistas se resistían dado que Ecuador no había entregado aún el borrador del contrato propuesto de prestación de servicios: véase Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 4, páginas 1002-1004 (Testimonio de Galo Chiriboga Zambrano).

¹⁵² Anexo CE-274, Carta del Consorcio al Ministerio de Minas y Petróleos, 13 de junio de 2008.

¹⁵³ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 4, p. 1014 (Testimonio de Galo Chiriboga Zambrano).

128. Perenco respondió al Ministro de Minas y Petróleos y al Presidente Ejecutivo de Petroecuador el 19 de junio de 2008, en referencia al arbitraje que había iniciado ante el CIADI y las continuas reclamaciones del Estado de pago en virtud de la Ley 42, y proponiendo una negociación entre las partes sobre la “posibilidad de encontrar una solución mutuamente aceptable acerca de los pagos en disputa en relación con la Ley 42 que deban efectuarse mientras duran los arbitrajes”¹⁵⁴. Hacía referencia a la decisión del 13 de mayo de 2008 de un tribunal del CIADI (la Decisión sobre Revocación de Medidas Provisionales y otros Aspectos Procesales en *City Oriente Ltd. c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*)¹⁵⁵, donde dicho tribunal había ordenado al Ecuador que se abstenga de efectuar exigencias de pago en virtud de la Ley 42 mientras el arbitraje continuara pendiente. Perenco sugería la alternativa de transferir los pagos discutidos en virtud de la Ley 42 a una cuenta de depósito en garantía, mantenida por un agente depositario independiente en un lugar neutral, mientras se resolvía la controversia con Ecuador¹⁵⁶. Dicha propuesta no fue aceptada por Ecuador y durante el resto de 2008 (y principios de 2009) el Consorcio depositó los montos disputados en virtud de la Ley 42 en una cuenta separada ubicada fuera del Ecuador¹⁵⁷.
129. Dejando de lado la cuestión de los pagos disputados en virtud de la Ley 42, Perenco continuó solicitando negociaciones con Ecuador. El 26 de junio de 2008, Perenco escribió al Ministro de Minas y Petróleos solicitando un cronograma para nuevas negociaciones así como información relativa a los términos de los nuevos contratos de prestación de servicios propuestos por Ecuador¹⁵⁸. El 16 de julio de 2008, el Sr. d’Argentré, en nombre de Perenco, y el Sr. Alex Martínez, vicepresidente de Burlington, informaron al Ministerio de Minas y Petróleos y a Petroecuador que Perenco y Burlington consideraban que no tenían otra alternativa más que

¹⁵⁴ Anexo CE-72, Carta de Perenco y Burlington al Ministerio de Minas y Petróleos proponiendo una cuenta de depósito en garantía para transferir los pagos discutidos bajo la Ley 42, 19 de junio de 2008, PER 02204.

¹⁵⁵ Decisión sobre Revocación de Medidas Provisionales y otros Aspectos Procesales en *City Oriente Ltd. c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/06/21, 13 de mayo de 2008, párrafo 93.

¹⁵⁶ Anexo CE-72, Carta de Perenco y Burlington al Ministerio de Minas y Petróleos proponiendo una cuenta de depósito en garantía para transferir los pagos discutidos en virtud de la Ley 42, 19 de junio de 2008, PER 02204.

¹⁵⁷ Conforme mencionó el Tribunal en los párrafos 11 y 30 de su Decisión sobre Medidas Provisionales; y véase Anexo CE-208, Carta de Perenco al Ministerio de Minas y Petróleo y Petroecuador, con respecto a la Decisión sobre Medidas Provisionales, 11 de mayo de 2009, PER 03683.

¹⁵⁸ Anexo CE-276, Carta de Perenco al Ministerio de Minas y Petróleos y Petroecuador, 26 de junio de 2008.

rechazar la propuesta de suscribir el propuesto “contrato modificatorio”¹⁵⁹. Continuaron solicitando que Ecuador entablara negociaciones a fin de lograr un acuerdo aceptable para Ecuador y el Consorcio¹⁶⁰.

130. Doce días después, el 28 de julio de 2008, el Ministerio de Minas y Petróleos informó a Perenco que las negociaciones se habían cerrado y continuarían así¹⁶¹.
131. El 4 de agosto de 2008, Perenco escribió al Ministro de Minas y Petróleos solicitando una reunión para aclarar la situación e instando a retomar las negociaciones¹⁶². Posteriormente se celebró una reunión entre el Sr. d’Argentré y el Ministro Chiriboga y ambos acordaron que las negociaciones podían retomarse, aunque no acordaron sobre las condiciones previas para que ello ocurriera¹⁶³. El Sr. d’Argentré testificó que luego del discurso del Presidente Correa en abril de 2008, las negociaciones solicitadas por Perenco eran en nombre propio y no en nombre del Consorcio¹⁶⁴. Burlington no participó en las negociaciones posteriores, y el Sr. d’Argentré testificó que no hubo comunicaciones con Burlington sobre las negociaciones de Perenco con el Ecuador¹⁶⁵.
132. El 14 de agosto de 2008, Perenco escribió al Ministro Chiriboga, confirmando la decisión de recomenzar reanudar las negociaciones, y solicitando nuevamente el borrador de los nuevos contratos que eran preparados por Ecuador¹⁶⁶.
133. En su respuesta del 18 de agosto de 2008, el Ministerio informó al Consorcio que no retomaría las negociaciones a menos que el Consorcio acordara convertir sus Contratos de Participación en contratos de prestación de servicios y retirar sus reclamaciones en el presente arbitraje¹⁶⁷.

¹⁵⁹ Anexo CE-74, Carta de Perenco y Burlington al Anexo CE mostrando su desacuerdo con el acuerdo borrador propuesto por Ecuador, 16 de julio de 2008.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ Anexos CE-76, Carta del Ministerio de Minas y Petróleos a Perenco dando por terminadas las negociaciones relativas a la modificación del Contrato de Participación en el Bloque 7, 28 de julio de 2008 y CE-277, Tribunal Constitucional, Archivo No. 039-2002, Registro Oficial No. 130 del 22 de julio de 2003.

¹⁶² Anexo CE-78, Carta de Perenco al Ministerio de Minas y Petróleos con relación al cierre de las negociaciones anunciado por Ecuador, 4 de agosto de 2008.

¹⁶³ Mencionada por el Sr. d’Argentré en su testimonio del día 3 en la Audiencia sobre el Fondo, p. 590, y en el Anexo CE-278, Carta de Perenco al Ministerio de Minas y Petróleos, 14 de agosto de 2008, PER 04518.

¹⁶⁴ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 3, páginas 668-669 (Testimonio de Eric d’Argentré).

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ Anexo CE-278, Carta de Perenco al Ministerio de Minas y Petróleos y Petroecuador, 14 de agosto de 2008 (en español con traducción al inglés).

134. En esa época, Burlington expresó su intención de despojarse de sus activos en Ecuador en favor de Perenco, declarando que no tenía intención de suscribir otro contrato con el Estado¹⁶⁸. Dicha posición fue transmitida a representantes del Ministerio de Minas y Petróleos el 10 de septiembre de 2008, y reiterada en una carta de Burlington al Presidente Ejecutivo de Petroecuador el 7 de octubre de 2008¹⁶⁹. Perenco, sin embargo, respondió a los términos de negociación del Ecuador en su propio comunicado del 27 de agosto de 2008, indicando que estaba preparada para comenzar las negociaciones el 1 de septiembre de 2008 con miras a reemplazar los Contratos de Participación por contratos de prestación de servicios e incluir el asunto de la sustanciación del arbitraje CIADI en la agenda de negociación¹⁷⁰.
135. En septiembre de 2008, Petroecuador informó a Perenco que el Comité Especial de Licitación había adoptado una resolución para formar un equipo de negociación para renegociar los Contratos de Participación en los Bloques 7 y 21¹⁷¹.
136. Las negociaciones entre Perenco y Ecuador fueron retomadas en octubre 2008, con Perenco declarando que estaba dispuesto a acordar en principio a una migración a un contrato de prestación de servicios, a la aplicación del impuesto de la Ley de Equidad Tributaria al 70% y un precio legal de referencia superior en relación con los Bloques 7 y 21 (US\$42,5/bbl para el Bloque 7 y US\$48/bbl para el Bloque 21)¹⁷².

¹⁶⁷ Anexo CE-279, Carta del Ministerio de Minas y Petróleo a Perenco y a Burlington, 18 de agosto de 2008 (en español con traducción al inglés).

¹⁶⁸ Anexo E-86, Carta de Burlington al Ministro de Minas y Petróleos del 10 de septiembre de 2008.

¹⁶⁹ *Ibid.*; E-88, Carta de Burlington a Petroecuador del 7 de octubre de 2008, párrafo 1 (“[N]o podemos aceptar los términos y condiciones expresados en la Acta de Acuerdo Parcial mencionada anteriormente, ni estaremos firmando Acuerdos Modificatorios que el Gobierno del Ecuador, PetroEcuador y Perenco Ecuador Limited pudieran acordar como resultado de dicho proceso de renegociación”). En su carta al Ministerio de Minas y Petróleos del 10 de septiembre de 2008, Burlington informó al Ministerio que prefería seguir adelante con la disposición de sus activos y a tal fin estaba interesada en entablar negociaciones para lograr un acuerdo mutuamente satisfactorio para la venta de su participación.

¹⁷⁰ Anexo CE-280, Carta de Perenco al Ministerio de Minas y Petróleos y Petroecuador, 27 de agosto de 2008 (en español con traducción al inglés). En el primer párrafo, Perenco indica que estaba “actuando exclusivamente en nombre propio”; véase también, Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 3, páginas 599-600 (Testimonio del Sr. d’Argentré).

¹⁷¹ Anexo CE-281, Carta de Petroecuador a Perenco, 11 de septiembre de 2008 (en español con traducción al inglés).

¹⁷² Anexos E-87, *Acta de Acuerdo Parcial* suscrita por Perenco y Petroecuador el 3 de octubre de 2008; E-89, *Acta de Acuerdo Parcial* suscrita por Perenco y Petroecuador el 17 de octubre de 2008 y CE-149, *Acta de Acuerdo Parcial* entre Perenco y Petroecuador, 17 de octubre de 2008 (Expurgada); Memorial de Contestación, párrafo 215.

137. Esto llevó a las Partes a acordar sobre un borrador de acuerdo transitorio para el Bloque 7 en la forma de un Acta de Acuerdo Parcial suscrita por los representantes de Petroecuador y Perenco el 3 de octubre de 2008¹⁷³. Dicho documento registró el acuerdo de las partes a migrar de un contrato de participación a un contrato de prestación de servicios dentro de un período de 180 días, y que la Ley de Equidad Tributaria, o la tarifa impositiva del 70%, sería aplicable sobre un precio base de US\$42,50 por barril de petróleo¹⁷⁴. Las Partes suscribieron un acuerdo transitorio similar en relación con el Bloque 21 el 17 de octubre de 2008¹⁷⁵.
138. Perenco remitió al equipo de negociación de Petroecuador comentarios sobre el borrador el 31 de octubre de 2008 y el 7 de noviembre de 2008¹⁷⁶. Perenco consideraba que el borrador estaba sujeto a negociación y que hasta su suscripción formal no sería vinculante para las Partes¹⁷⁷.
139. El 14 de noviembre de noviembre de 2008, Petroecuador informó a Perenco que el borrador de modelo de contrato de prestación de servicios había sido confeccionado, de manera que el 100% de la producción pertenecía al Ecuador y una tarifa por barril sería pagada al Consorcio¹⁷⁸.
140. Perenco escribió al equipo de negociación de Petroecuador el 19 de noviembre de 2008, y adjuntó copias de los borradores de los Contratos de Participación modificados en base a las enmiendas acordadas durante las negociaciones¹⁷⁹.
141. Perenco recibió una respuesta el 20 de noviembre de 2008, donde Petroecuador declaraba que los comentarios eran inoportunos ya que deberían haberse realizado antes de la suscripción de

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*; Burlington rechazó los términos y condiciones del Acta de Acuerdo Parcial en una carta a Petroecuador del 7 de octubre de 2008 (véase Anexo E-88, Carta de Burlington a Petroecuador del 7 de octubre de 2008).

¹⁷⁵ *Ibid.* El acuerdo transitorio establecía un precio base de US\$48,00 por barril y que hasta la transición a un contrato de prestación de servicios, el porcentaje aplicable de participación del Estado para el Contrato de Participación en el Bloque 21 aumentaría 8 puntos porcentuales (E-89, *Acta de Acuerdo Parcial* suscrita por Perenco y Petroecuador el 17 de octubre de 2008).

¹⁷⁶ Anexo CE-282, Carta de Perenco a Petroecuador, 12 de noviembre de 2008 (en español con traducción al inglés).

¹⁷⁷ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 3, p. 670 (Testimonio de Eric d'Argentré); véase también, Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 3, páginas 767-770 (Testimonio de Rodrigo Marquez) donde el Sr. Marquez fue contrainterrogado por el representante de Ecuador sobre el entendimiento de que las Actas no serían vinculantes sobre las partes hasta ser concluidas formalmente, a lo que respondió que dicho entendimiento era "incorporado por vía de referencia" (p. 769) dado que resultaba de las otras actas durante la negociación, que no eran vinculantes sino que tenían el propósito de fomentar negociaciones posteriores.

¹⁷⁸ Anexo CE-283, Carta del Ministerio de Minas y Petróleos a Perenco, 14 de noviembre de 2008 (en español con traducción al inglés).

¹⁷⁹ Anexo CE-284, Carta de Perenco a Petroecuador, 19 de noviembre de 2008 (en español con traducción al inglés).

las Actas de Acuerdo Parcial el 3 de octubre de 2008 y el 17 de octubre de 2008 (para los Bloques 7 y 21, respectivamente)¹⁸⁰.

142. Las negociaciones entre Burlington y Ecuador no lograron llegar a un acuerdo sobre la cesión de la participación de Burlington en los Bloques 7 y 21 y la ruptura de dicha relación afectó la relación entre Ecuador y Perenco¹⁸¹.
143. En un comunicado con fecha 16 de diciembre de 2008, Burlington hizo referencia a una llamada en conferencia con Perenco el 10 de diciembre de 2008 donde Perenco había “descri[to] los beneficios de la firma del proyecto de acuerdo”¹⁸². Burlington informó a Perenco que “le parec[ía] que los riesgos de la firma del acuerdo transitorio [eran] muy distintos de lo que p[ensaba] Perenco” y que rehusaba suscribir el borrador propuesto de los acuerdos transitorios¹⁸³. Adicionalmente, Burlington declaró que “no se encontraba bajo ningún tipo de obligación legal de suscribir los borradores del acuerdo” y que “si, aun así, Perenco decid[ía] avanzar con la suscripción de los acuerdos transitorios, Burlington se reserva por la presente todos los derechos y recursos disponibles de conformidad con el derecho aplicable, sin perjuicio de la protección de sus intereses en los PSC”¹⁸⁴. El Sr. d’Argenté testificó que, según su conocimiento, Burlington había informado asimismo su posición al Gobierno del Ecuador para ese momento¹⁸⁵.
144. El 24 de diciembre de 2008, Perenco recibió una carta del Ministerio de Minas y Petróleos donde se declaraba lo siguiente:

Luego del proceso de negociación mantenido con el Equipo de PETROECUADOR, de las conversaciones mantenidas en este Despacho con su Representada y, como consecuencia de la imposibilidad de arribar a un acuerdo final entre las partes, debido a la posición invariable de su socia Burlington Resources, mucho agradeceré a usted, designar de inmediato a su equipo de

¹⁸⁰ Anexo CE-80, Carta de Petroproducción a Perenco rechazando los comentarios sobre los borradores de acuerdos transitorios e informando que los acuerdos transitorios habían sido aprobados por el gobierno ecuatoriano, 20 de noviembre de 2008 (en español con traducción al inglés).

¹⁸¹ Anexos E-90, Carta de Perenco a Burlington del 27 de noviembre de 2008; E-91, Carta de Burlington a Perenco del 16 de diciembre de 2008; CE-81, Carta del Ministerio de Minas y Petróleos a Perenco relativa al proceso de reversión del Bloque 7 y la terminación anticipada del Contrato de Participación en el Bloque 21, 23 de diciembre de 2008 (en español con traducción al inglés).

¹⁸² Anexo E-91, Carta de Burlington a Perenco del 16 de diciembre de 2008 [traducción del Tribunal]; véase también, Testimonio, Audiencia sobre el Fondo, día 3, páginas 608-610 (Testimonio de Eric d’Argenté).

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 3, p. 672, línea 22 a p. 673, línea 2 (Testimonio de Eric d’Argenté).

trabajo para iniciar el proceso de reversión del Bloque 7, cuyo contrato concluye en el año 2010.

De otro lado, PERENCO, en su condición de Operadora, deberá así mismo designar de inmediato, a su equipo negociador para la terminación anticipada de mutuo acuerdo, del contrato del Bloque 21¹⁸⁶.

145. Esto llevó a Perenco a escribir al Ministro de Minas y Petróleos para solicitarle que reconsiderara la posición expresada en la carta del 24 de diciembre de 2008¹⁸⁷. Sin embargo, el 21 de enero de 2009, el Ministro de Minas y Petróleos anunció que las negociaciones para que Perenco continuara operando en Ecuador se habían vuelto “prácticamente imposibles”¹⁸⁸.
146. El presente arbitraje, que había sido iniciado el 30 de abril de 2008, luego prosiguió con determinación. La Primera Sesión del Tribunal se celebró el 7 de febrero de 2009 en la sede del Centro en Washington D.C. En dicha sesión, la Demandante no mencionó la solicitud de medidas provisionales que había incluido con su Solicitud Enmendada de Arbitraje del 30 de abril de 2008¹⁸⁹.
147. Una semana después de la Primera Sesión del Tribunal, en un comunicado radial del 14 de febrero de 2009, el Presidente Correa declaró que había ordenado acciones de ejecución contra dos compañías, Repsol y Perenco, porque no habían pagado sus deudas en virtud de la Ley 42. Cuestionó lo que describió como su “desafío” y comentó el impacto que las acciones del Estado podría tener en la relación del Ecuador con los gobiernos de Francia y España:

Pero dos compañías: Perenco y Repsol, de la cual forma parte también Burlington, nos han hecho perder el tiempo. Se llegaba a un acuerdo, se retrocedía. Creo, temo, que creyeron que todavía seguían los Gobiernos de antes. Así que señores, nosotros no vamos a permitir esto. Esto nos va a crear fricciones con los Gobiernos de Francia, los Gobiernos de España, que defienden mucho a sus transnacionales, lo sentimos mucho. Son Gobiernos a los cuales queremos y

¹⁸⁶ Anexo CE-81, Carta del Ministro de Ministerio de Minas y Petróleos a Perenco respecto del proceso de reversión el Bloque 7 y la terminación anticipada del Contrato de Participación para el Bloque 21, 23 de diciembre de 2008.

¹⁸⁷ Anexo CE-289, Carta de Perenco al Ministerio de Ministro de Minas y Petróleo, 8 de enero de 2009 (en español con traducción al inglés).

¹⁸⁸ Declaración del Ministro de Minas y Petróleo de Ecuador Derlis Palacios según la cita del artículo de *El Comercio* de Ecuador del 21 de enero de 2009 titulado “El Gobierno buscará terminar contrato con Perenco tras negociaciones [fracasadas]”: Anexo CE-84, PER 02332. Véase también Anexo CE-87, Extracto de la Transcripción Informal de las Declaraciones del Presidente de la República, Rafael Correa, en Quito, 14 de febrero de 2009.

¹⁸⁹ Solicitud Enmendada, párrafo 43.

estimamos mucho pero aquí haremos respetar la soberanía nacional y los intereses nacionales¹⁹⁰.

148. Durante este proceso, la Demandante ha resaltado las declaraciones de las autoridades superiores del Ecuador, incluida la recién mencionada descripción del Presidente Correa de la Demandante, como una empresa transnacional francesa.
149. Un artículo de Reuters de la misma fecha menciona que el Ministro Derlis Palacios declaró que ambas empresas “pagarán la deuda o sus bienes serán secuestrados”¹⁹¹. Esto fue una referencia al procedimiento de coactiva que se inició contra ambos miembros del Consorcio.

F. Proceso de *coactiva*, Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales, intervención en los Bloques y declaración de *Caducidad*

(1) Proceso de coactiva

150. El Artículo 21 de la Ley Especial de la *Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador y sus Subsidiarias)* faculta a Petroecuador a ejercer una “*jurisdicción coactiva*”¹⁹². Petroecuador, actuando como “Corte de Aplicación”, tiene la facultad de emplear una amplia variedad de medidas de aplicación, incluidas incautaciones, embargos, gravámenes y prohibiciones contra la transferencia o la cesión de propiedad, a fin de cobrar deudas de acuerdo con disposiciones de aplicación forzada incluidas en el Código de Procedimiento Civil del Ecuador¹⁹³.
151. Mediante carta del 18 de febrero de 2009, la Demandada informó al Tribunal que el Presidente y el Ministro de Minas y Petróleos del Ecuador “no han tenido otro remedio que anunciar — en estricto cumplimiento del Derecho Internacional, la Constitución, las leyes y los decretos del Ecuador — que se iniciará en breve un ‘proceso coactivo’ — cuyo resultado puede ser recurrido ante la jurisdicción civil ecuatoriana — contra Perenco para demandar de ésta el pago

¹⁹⁰ Anexo CE-87, Extracto de la Transcripción Informal de las Declaraciones del Presidente de la República, Rafael Correa, en Quito, 14 de febrero de 2009; Memorial Actualizado, párrafo 91; Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 1, p. 152 (Alegato de Apertura de Mark Friedman).

¹⁹¹ Anexo CE-86, *Ecuador congelará activos de Repsol y Perenco por disputa sobre impuesto*, Reuters News, 14 de febrero de 2009, disponible en <http://www.reuters.com/article/marketsNews/idUSN142548752009021> [traducción del Tribunal]; Memorial Actualizado, párrafo 91.

¹⁹² Anexo CE-20, Ley Especial de Petroecuador, 18 de septiembre de 1989, disponible en <http://www.petroecuador.com.ec>, PER 01173; Memorial Actualizado, párrafo 93.

¹⁹³ *Ibid.*

de los montos todavía adeudados por concepto de las obligaciones derivadas de la aplicación de la Ley 2006-42 y sus decretos reglamentarios”¹⁹⁴.

152. Perenco, mediante carta del 19 de febrero de 2009, solicitó al Ministro de Minas y Petróleos que se abstuviera de tomar dichas medidas coercitivas colectivas, conocidas en Ecuador como “coactivas”¹⁹⁵.
153. Sin embargo, el mismo día, Ecuador inició las coactivas contra Perenco (y Burlington) por sumas que se alegaba se adeudaban en virtud de la Ley 42 en relación con la producción de 2008 de los Bloques¹⁹⁶. Esto impulsó la presentación de la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandante ese mismo día¹⁹⁷. El tribunal de Coactivas de Petroecuador le ordenó a Perenco que pagara las sumas de US\$171.782.211,00 y US\$155.685.236,00 dentro de los tres días contados desde la fecha de la resolución o que “dentro de igual término, dimita bienes equivalentes para el embargo”¹⁹⁸.
154. A esto le siguieron un segundo y un tercer envío de notificaciones de ejecución contra Perenco el 20 y el 25 de febrero de 2009¹⁹⁹.

¹⁹⁴ Anexo CE-88, Carta de Ecuador al Tribunal informándole sobre un “proceso coactivo” a ser iniciado por Ecuador contra Perenco, 18 de febrero de 2009, PER 02347.

¹⁹⁵ Anexo CE-89, Carta del Ecuador al Ministerio de Minas y Petróleo mediante la que se le solicita que se abstenga de tomar medidas coercitivas para ejecutar pagos bajo la Ley 42 del 19 de febrero de 2009.

¹⁹⁶ Anexos CE-90, Notificación de cobro forzado del Tribunal de Coactivas de Petroecuador sobre la exigencia del pago de las determinaciones de la Ley 42 para el Bloque 7 del Yacimiento Unificado de Coca-Payamino del 19 de febrero de 2009 (en español con traducción al inglés) y CE-91, Notificación de cobro forzado del Tribunal de Coactivas de Petroecuador sobre la exigencia de pago de las determinaciones de la Ley 42 para el Bloque 21 del 19 de febrero de 2009 (en español con traducción al inglés); Memorial Actualizado, párrafo 92.

¹⁹⁷ Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandante del 19 de febrero de 2009.

¹⁹⁸ Anexos CE-90, Notificación de cobro forzado del Tribunal de Coactivas de Petroecuador con la exigencia del pago adeudado en virtud de la Ley 42 para el Bloque 7 del Yacimiento Unificado de Coca-Payamino del 19 de febrero de 2009 (en español con traducción al inglés), PER 02355, y CE-91, Notificación de cobro forzado del Tribunal de Coactivas de Petroecuador con la exigencia del pago adeudado en virtud de la Ley 42 para el Bloque 21 del 19 de febrero de 2009 (en español con traducción al inglés), PER 02364; Memorial Actualizado, párrafo 92. Durante la audiencia, d'Argentré confirmó que el Consorcio había retenido en total US\$332 millones desde febrero de 2009: Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 3, p. 612 (Testimonio de Eric d'Argentré).

¹⁹⁹ Anexos CE-92, Segunda notificación de cobro forzado del Tribunal de Coactivas de Petroecuador con la exigencia del pago de las determinaciones de la Ley 42 para el Bloque 7 del Yacimiento Unificado de Coca-Payamino del 20 de febrero de 2009 (en español con traducción al inglés), y CE-93, Segunda notificación de cobro forzado del Tribunal de Coactivas de Petroecuador con la exigencia del pago adeudado en virtud de la Ley 42 para el Bloque 21 del 20 de febrero de 2009 (en español con traducción al inglés); CE-94, Tercera notificación de cobro forzado del Tribunal de Coactivas de Petroecuador con la exigencia del pago adeudado en virtud de la Ley 42 para el Bloque 7 del Yacimiento Unificado de Coca-Payamino del 25 de febrero de 2009 (en español con traducción al inglés), y CE-95, Tercera notificación de cobro forzado del Tribunal de Coactivas de Petroecuador con la

155. Mientras tanto, el 24 de febrero de 2009, el Tribunal le escribió a las Partes respecto a las medidas coactivas del Ecuador para solicitarles que “se abstengan de iniciar o continuar toda acción o de adoptar cualquier medida que pudiera, en forma directa o indirecta, modificar el *status quo* entre las partes respecto de los contratos de participación, incluyendo cualquier intento de incautar activos del Demandante, hasta que haya tenido la oportunidad de escuchar a las partes en relación con las medidas provisionales”²⁰⁰. El Tribunal propuso como fecha de una posible audiencia el 19 de marzo de 2009²⁰¹.
156. Ecuador le respondió al Tribunal el 26 de febrero de 2009, declarando que no podía cumplir con su solicitud²⁰². A lo largo de este procedimiento, Ecuador caracterizó la carta del Tribunal como una recomendación de un modo de accionar y no como una imposición de una obligación de cumplir²⁰³.
157. Mientras tanto, ese mismo día, el Ministro de Minas y Petróleos estableció una fecha límite para que Perenco pagara la deuda de US\$327 millones: el 2 de marzo de 2009²⁰⁴.
158. El Tribunal respondió a la declaración de la Demandada sobre su posición del 27 de febrero de 2009 y declaró que “lament[aba] la postura adoptada por la Demandada República de Ecuador y debía mirar con suma gravedad cualquier negativa a cumplir con su solicitud del 24 de febrero del 2009”²⁰⁵. Mientras tanto, Perenco solicitó a la Segunda Sala Civil de la Corte Provincial de Pichincha en Ecuador la anulación de las notificaciones de cobro forzado sobre la base de que el Tribunal tenía jurisdicción exclusiva sobre la controversia relacionada con la aplicación de la Ley 42 a los Contratos de Participación para los Bloques 7 y 21²⁰⁶.

exigencia del pago adeudado en virtud de la Ley 42 para el Bloque 21 del 25 de febrero de 2009 (en español con traducción al inglés).

²⁰⁰ Anexo CE-203, Carta del Tribunal para solicitarle a las partes que se abstengan de iniciar o continuar acción alguna o de adoptar medida alguna que pueda modificar el status quo entre las partes frente a los Contratos de Participación del 24 de febrero de 2009 [traducción del Tribunal]; Memorial Actualizado, párrafo 94.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² Anexo CE-204, Carta del Tribunal donde comunica que lamenta la posición adoptada por Ecuador respecto de las Medidas Provisionales, 27 de febrero de 2009; Memorial Actualizado, párrafo 95.

²⁰³ Por ejemplo, véase Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 1, p. 206 (Alegato de Apertura de Pierre Mayer).

²⁰⁴ Decisión sobre Medidas Provisionales con fecha del 8 de mayo de 2009, párrafo 15.

²⁰⁵ Anexo CE-204, Carta del Tribunal donde comunica que lamenta la posición adoptada por Ecuador respecto de las Medidas Provisionales, 27 de febrero de 2009; Memorial Actualizado, párrafo 95.

²⁰⁶ Anexo CE-96, Objeción de Perenco al proceso de cobro forzado iniciado ante la Segunda Sala Civil de la Corte Provincial de Pichincha, Ecuador, del 28 de febrero de 2009 (en español con traducción al inglés), PER 02395-

159. Ecuador procedió con las medidas de ejecución. El 3 de marzo de 2009, el personal de Perenco en Quito recibió dos notificaciones del tribunal de Coactivas de Petroecuador en sus instalaciones. El Tribunal ordenó el embargo inmediato de todos los cargamentos y producción de crudo de los Bloques 7 y 21²⁰⁷. El Tribunal notificó al OCP el 4 de marzo la incautación de todo el petróleo crudo de Perenco proveniente del Bloque 21 y también dictó instrucciones para que se retuviera el crudo hasta que se cobrara la deuda en virtud de la Ley 42²⁰⁸.
160. También el 3 de marzo de 2009, el Ministro de Minas y Petróleos, Derlis Palacios, fue entrevistado por la televisión ecuatoriana. En respuesta a sus preguntas relativas a las acciones propuestas que el Estado podría tomar contra Perenco y las razones por las que Perenco no había pagado su deuda en virtud de la Ley 42 hasta entonces, el Ministro declaró que la fecha límite para pagar era el 2 de Marzo de 2009 y el Estado estaba “cumpliendo todos los pasos para hacerlo, todas las medidas [es decir, las coactivas] ya el día de hoy”²⁰⁹. Además declaró que se había reunido con el director general de Perenco a fin de intentar encontrar una solución y había concluido que la principal resistencia que enfrentaba Perenco se debía a su socio americano, Burlington. En el curso de esta entrevista, el Ministro Palacios describió a Perenco en términos similares a la caracterización previa efectuada por el Presidente del Ecuador sobre la Demandante como una sociedad “francesa”. Luego enfatizó que “no estamos ni confiscando ni terminándoles el contrato”²¹⁰.
161. Cerca de esta fecha, la Segunda Sala Civil de la Corte Provincial en Ecuador desestimó la solicitud de Perenco para anular las coactivas²¹¹.

02396.

²⁰⁷ Anexos CE-97, Notificación del Tribunal de Coactivas de Petroecuador relativa a la incautación de la producción de petróleo del Bloque 7 del 3 de marzo de 2009 (en español con traducción al inglés) y CE-98, Notificación del Tribunal de Coactivas de Petroecuador relativa a la incautación de la producción del Bloque 21 del 3 de marzo de 2009 (en español con traducción al inglés); Memorial Actualizado, párrafo 96.

²⁰⁸ Anexo CE-100, Notificación de Petroecuador al OCP con instrucciones para la incautación de la producción de petróleo de Perenco del 3 de marzo de 2009 (en español con traducción al inglés); Memorial Actualizado, párrafo 96.

²⁰⁹ Anexo CE-206, Extracto de una entrevista con Derlis Palacios, ex Ministro de Minas y Petróleo, conducida por Rodolfo Baquerizo de GAMA TV, del 3 de marzo de 2009 (en español con subtítulos en inglés).

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ Anexo CE-99, Decisión de la Segunda Sala Civil de la Corte Provincial de Pichincha sobre la desestimación de la objeción de Perenco al proceso de cobro forzado iniciado por el Tribunal de Coactivas de Petroecuador de 3 de marzo de 2009 (en español con traducción al inglés).

162. El 4 de marzo de 2009, Perenco informó a sus compradores, Shell West y ConocoPhillips, de una circunstancia de fuerza mayor bajo sus contratos²¹².
163. El Tribunal respondió a las acciones tomadas por el tribunal de Coactivas de Petroecuador mediante carta del 5 de marzo de 2009 a las Partes. Con respecto a su carta del 24 de febrero de 2009, el Tribunal declaró que “desea[ba] dejar en claro, a la luz del intercambio epistolar más reciente de las partes, que su *solicitud* del 24 de febrero de 2009 tenía y continúa teniendo la misma autoridad que una *recomendación*, según lo estipulado en el Artículo 47 del Convenio CIADI y la Regla 39 de Arbitraje del CIADI”²¹³. También confirmó la fecha para la audiencia sobre la solicitud- de medidas provisionales, el 19 de marzo de 2009, en las oficinas del Banco Mundial en París²¹⁴.
164. El 6 de marzo de 2009, Perenco solicitó a la Segunda Sala Civil de la Corte Provincial de Pichincha en Ecuador que reconsiderara la desestimación de la solicitud relativa a las notificaciones de cobro²¹⁵. Su solicitud fue desestimada el 9 de marzo de 2009²¹⁶. Las apelaciones contra esta decisión fueron desestimadas más adelante y la Segunda Sala Civil de la Corte Provincial estableció que Perenco no podía apelar nuevamente dado su incumplimiento con las notificaciones de cobro del 3 de marzo de 2009²¹⁷.
165. El 11 de marzo de 2009, el letrado de la Demandada escribió al Tribunal, explicando que lo hacía “no para poner reparos a la decisión del Tribunal, sino para dejar constancia formal de la reserva de derechos de la República del Ecuador en relación a la misma”²¹⁸. Desarrollaba una

²¹² Anexos CE-101, Carta de Perenco a Shell West relativa a la circunstancia de fuerza mayor del 4 de marzo de 2009, y CE-102, Carta de Perenco a ConocoPhillips relativa a la circunstancia de fuerza mayor del 4 de marzo de 2009.

²¹³ Anexo CE-205, Carta del Tribunal para informarle a las partes que la solicitud del 24 de febrero de 2009 del Tribunal tiene la misma autoridad que la prevista en el Artículo 47 del Convenio CIADI y la Regla 39 de Arbitraje del CIADI, del 5 de marzo de 2009 [bastardilla en el original] [traducción del Tribunal]; Memorial Actualizado, párrafo 97.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ Anexo CE-103, Solicitud de Perenco de reconsideración presentada ante la Segunda Sala Civil de la Corte Provincial de Pichincha del 6 de marzo de 2009 (en español con traducción al inglés).

²¹⁶ Anexo CE-104, Decisión de la Segunda Sala Civil de la Corte Provincial de Pichincha de desestimar la solicitud de reconsideración de Perenco del 9 de marzo de 2009 (en español con traducción al inglés).

²¹⁷ Anexo CE-107, Decisión de la Segunda Sala Civil de la Corte Provincial de Pichincha de desestimar la apelación de Perenco del 16 de marzo de 2009 (en español con traducción al inglés).

²¹⁸ Anexo CE-207, Carta de la Demandada relativa a la solicitud del Tribunal de hacer una recomendación formal en virtud del Artículo 47 del Convenio CIADI, 11 de marzo de 2009, PER 03679 [traducción del Tribunal]; Memorial Actualizado, párrafo 98.

serie de razones por las que consideraba que la decisión del Tribunal de “recharacterizar retroactivamente su solicitud” del 24 de febrero de 2009 era perjudicial para los derechos del Ecuador en el arbitraje, de los que hacía reserva²¹⁹.

166. Durante el desarrollo de la audiencia sobre medidas provisionales, la Demandante recibió del Ministerio de Minas y Petróleos una notificación de que el Estado había recalculado los montos adeudados por el Consorcio conforme a la Ley 42 para el período del 25 de abril de 2006 al 31 de diciembre de 2008 (incluyendo intereses), y ahora debía US\$719.087.992 (de los cuales, en la presentación de la Demandante, Perenco debía presuntamente US\$359.000.000)²²⁰. Esto incluía US\$17.773.608 en intereses del 24 de agosto de 2006 al 19 de marzo de 2009²²¹.

(2) Subasta del crudo del Consorcio y Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales

167. El 6 de abril de 2009, el Juzgado de Coactivas de Ecuador emitió una orden declarando que Petroecuador comenzaría la venta del crudo del Consorcio en una subasta a llevarse a cabo el 15 de mayo de 2009²²². La oferta ganadora debía pagarse a Petroecuador mediante depósito directo en una cuenta que tenía con el Banco Central del Ecuador²²³. Un anuncio fue publicado en *El Comercio* para dar publicidad a la subasta²²⁴.
168. Mientras los hechos transcurrían en Ecuador, el 16 de abril de 2009, la abogada bahameña, Sra. Heather Thomson, recibió instrucciones, conforme al poder de representación otorgado a ella por los herederos de Perrodo, de tramitar ante la Corte Suprema de la Mancomunidad de las Bahamas las Cartas de Administración relativas al acervo hereditario de Perrodo en las

²¹⁹

Ibid.

²²⁰

Anexo CE-110, Carta del Ministerio de Energía y Petróleo recalculando los montos presuntamente adeudados por Perenco conforme a la Ley 42, 19 de marzo de 2009 (en español con traducción al inglés), PER 02525; Memorial Actualizado, párrafo 99.

²²¹

Ibid.

²²²

Anexo CE-112, Notificación de Petroecuador a Perenco relativa a la subasta pública de la producción de crudo de Perenco embargada por Petroecuador (Crudo Napo), 6 de abril de 2009 (en español con traducción al inglés); Memorial Actualizado, párrafo 99.

²²³

Ibid.

²²⁴

Anexo CE-114, Anuncio de prensa sobre la subasta pública de la producción de petróleo de Perenco confiscada por Petroecuador (Crudo Oriente), a realizarse el 15 de mayo de 2009 (en español con traducción al inglés).

Bahamas. (Las Cartas de Administración fueron emitidas posteriormente el 19 de agosto de 2009²²⁵).

169. El 8 de mayo de 2009, el Tribunal emitió su Decisión sobre Medidas Provisionales donde recomendaba que Ecuador se abstuviera de demandar que Perenco pagara cualquier monto presuntamente adeudado en virtud de la Ley 42, de instituir o continuar cualquier acción, judicial o de otro tipo, para cobrarle a Perenco cualquier monto que Perenco o el Consorcio adeudaran en virtud de la Ley 42, de instituir o continuar cualquier acción, judicial o de otro tipo, en contra de Perenco o cualquiera de sus directivos o empleados que surgiera de, o en conexión con, los Contratos de Participación, y de modificar, rescindir, dar por terminado o repudiar los Contratos de Participación de forma unilateral²²⁶.
170. El Tribunal también determinó en su Decisión sobre Medidas Provisionales que las Demandadas debían disfrutar de una medida de garantía en relación a las sumas que Perenco (no el Consorcio) debiera en virtud de la Ley 42, desde la fecha de la decisión hasta cualquier nueva decisión que pudiera determinar la falta de jurisdicción del Tribunal para analizar la diferencia, o que las Demandadas tuvieran derecho a reclamar y hacer valer los pagos requeridos por Ley. Se consideraba que la mejor manera de brindar dicha garantía era mediante el depósito de las sumas que se acumularan en una cuenta de depósito en garantía, de la cual dichas sumas pudieran desembolsarse por acuerdo entre las partes o conforme a las instrucciones del Tribunal e invitaba a las Partes a acordar los términos y condiciones para establecer dicha cuenta, y a establecerla dentro de los 120 días a partir de la fecha de emisión de la Decisión. Si al final de dicho período las Partes no pudieran acordar o actuar, cualquiera de las partes podía dirigirse al Tribunal²²⁷.
171. El 11 de mayo de 2009, el Sr. d'Argenté le escribió al Ministro de Minas y Petróleos en Ecuador, el Sr. Derlis Palacios, y al Presidente de Petroecuador, Contralmirante Luis Jaramillo, indicando que el Tribunal había invitado a las Partes a “coordinar conjuntamente el establecimiento de una cuenta controlada por un tercero en la cual se depositarán los montos en disputa que se generen” desde la fecha de la Decisión, y, en relación con la subasta propuesta

²²⁵ Véase arriba el párrafo 51.

²²⁶ Decisión sobre Medidas Provisionales, párrafo 62.

²²⁷ *Ibid*, párrafos 62-63.

del petróleo embargado en virtud de las coactivas, que Perenco estaba dispuesta a comenzar a “conversar inmediatamente sobre la manera más eficiente de restituir a Perenco los derechos sobre el crudo embargado”²²⁸. Concluía declarando que si bien Perenco “continuar[ía] protegiendo [sus] derechos en el arbitraje, [se] manten[ía] dispuest[a] a discutir con el fin de lograr una resolución amigable a nuestra disputa en términos que sean aceptables para todas las partes”²²⁹.

172. Según el Sr. d’Argenté, los representantes de Perenco se reunieron con el Ministro Palacios poco después de la carta del 11 de mayo de 2009. El Sr. d’Argenté testificó que “nuestra reunión resultó inconducente” porque “[e]n seguida me quedó claro que la Decisión del Tribunal no había influido para nada en el Ministro Palacios ni en sus colegas” quienes informaron al Sr. d’Argenté y sus colegas que “el embargo de nuestro crudo no era negociable y que se tendría que seguir adelante con la subasta”²³⁰. En dicha reunión, el Ministro Palacios presuntamente advirtió al Sr. d’Argenté y sus colegas que si él o “algún otro integrante del personal de Perenco trataba de interferir en la subasta, enfrentaría[n] acciones penales”²³¹.
173. Perenco buscó entonces una reunión con el Procurador General del Ecuador, el Sr. Diego García Carrión. De acuerdo al Sr. d’Argenté, el Procurador General sostuvo en dicha reunión que no estaba en posición de intervenir en la disputa, y sugirió que Perenco enfocara sus esfuerzos en comunicarse con el Ministro Palacios y el Contralmirante Jaramillo²³².
174. Los representantes de Perenco (el Sr. d’Argenté y la Sra. Gabriela Rumazo, en ese momento la abogada de Perenco en Ecuador) se reunieron con el Sr. Alexis Mera, Asesor Legal del Presidente Correa, el 14 de mayo de 2009 en el Palacio Presidencial. El Sr. d’Argenté testificó que le describieron al Sr. Mera la cronología de sucesos y el efecto perjudicial de la Reforma HCL y los eventos que la siguieron sobre las operaciones de Perenco en Ecuador²³³. De acuerdo con el Sr. d’Argenté, el Sr. Mera respondió a la sugerencia de que el Ecuador

²²⁸ Anexo CE-208, Carta de Perenco al Ministerio de Minas y Petróleos y Petroecuador, sobre la Decisión sobre Medidas Provisionales, 11 de mayo de 2009 (en español con traducción al inglés).

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ 2.º Declaración testimonial del Sr. Eric d’Argenté, párrafo 9.

²³¹ *Ibid.* El Sr. d’Argenté alega que los representantes de Perenco recibieron advertencias similares del Sr. Mera, Asesor Legal del Presidente Correa, en una reunión del 14 de mayo de 2009; párrafo 13.

²³² 2.º Declaración testimonial del Sr. Eric d’Argenté, párrafo 10; Memorial Actualizado, párrafo 105.

²³³ 2.º Declaración testimonial del Sr. Eric d’Argenté, párrafo 13.

“considerara la posibilidad de cancelar la subasta como gesto de buena fe” para que las negociaciones pudieran proseguir de la siguiente manera: “Ecuador no tenía intención de cumplir las órdenes de medidas provisionales del Tribunal y que se seguiría adelante con el remate de todos modos”²³⁴.

175. El 14 de mayo de 2009, Perenco le escribió entonces al Sr. Patricio Uteras Hidalgo, el Juez que había ordenado el embargo del crudo de Perenco, y al Sr. Wong Loon, Presidente de OCP Ecuador S.A., el 15 de mayo de 2009. Perenco hizo referencia a la orden del Tribunal del 8 de mayo de 2009, describiendo el resultado de la misma como una obligación internacional sobre Ecuador y sus instituciones gubernamentales de abstenerse de “nuevos embargos y subastas de petróleo crudo del Bloque 7 y Bloque 21, y reconoc[ía] el derecho de Perenco al completo, efectivo e inmediato control de dicho petróleo crudo”²³⁵.
176. El 15 de mayo de 2009, Ecuador procedió con la subasta del petróleo crudo embargado según lo programado. Aproximadamente 720.000 barriles de Crudo Napo y 720.000 barriles de Crudo Oriente embargados de los Bloques debían ser subastados²³⁶. Ningún comprador asistió a la subasta²³⁷.
177. El mismo día, el abogado de la Demandada escribió al Tribunal, abordando la relación entre la Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales y la subasta:

Ecuador tiene el mayor respecto por el instruido Tribunal, y ha considerado detenidamente las recomendaciones establecidas en la Decisión. Ecuador desea informar al Tribunal, no obstante, que no se encuentra en posición de implementar ciertas recomendaciones en este momento, en la medida que las mismas restringirían al Ecuador en la aplicación de la Ley 42 contra Perenco o el Consorcio del cual es miembro.

La Ley 42 y sus Decretos de aplicación (referidos en la presente de forma conjunta como ‘Ley 42’) fue promulgada en los más altos niveles del gobierno, y ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional del Ecuador. En las presentes

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ Anexos CE-211, Carta de Perenco a Wong Loon, Presidente de Oleoducto De Crudos Pesados Ecuador, S.A., (OCP) sobre la devolución del petróleo crudo, 14 de mayo de 2009 [traducción del Tribunal] y CE-210, Carta de Perenco a Patricio Uteras Hidalgo sobre la devolución del petróleo crudo, 14 de mayo de 2009 (en español con traducción al inglés); Memorial Actualizado, párrafo 105.

²³⁶ Anexo CE-114, Anuncio de prensa sobre la subasta pública de la producción de petróleo de Perenco embargada por Petroecuador (Crudo Oriente), a realizarse el 15 de mayo de 2009 (en español con traducción al inglés), PER 02540 y 02541; Memorial Actualizado, párrafo 107.

²³⁷ Memorial Actualizado, párrafo 109; Memorial de Contestación, párrafo 231.

circunstancias, la Ley 42 debe ser aplicada y exigible, a fin de no menoscabar el orden jurídico. Si cualquier funcionario público se rehusara a hacerlo en relación con Perenco o el Consorcio, enfrentarían severas sanciones por incumplimiento de sus deberes, sin perjuicio de la Decisión.

...

No obstante, Ecuador está comprometido en promover el objeto central de la Decisión, es decir, evitar cualquier acción que pudiera menoscabar la efectividad de cualquier laudo potencial que pudiera ser emitido (en el caso que el Tribunal eventualmente confirmara su jurisdicción y procediera sobre el fondo). A tal fin, Ecuador tiene la intención de llevar adelante la aplicación de la Ley 42 de manera tal que se evite cualquier perturbación de la operación de Perenco. En particular, Ecuador no pretende embargar ningún activo del Consorcio más allá del equivalente en petróleo del valor de la deuda pendiente. Tampoco pretende Ecuador resolver los Contratos de Participación pertinentes, o iniciar acciones legales en contra de los representantes de Perenco²³⁸.

178. El abogado de la Demandante respondió a la carta del Ecuador el 19 de mayo de 2009²³⁹. Haciendo referencia a lo que describía como la “falta de respeto” y el “desconocimiento” del Ecuador hacia la Decisión sobre Medidas Provisionales, declaraba que ello reflejaba “en palabras una política que las Demandadas en días recientes habían comunicado asimismo en los hechos, incluyendo la notificación de adeudos adicionales en virtud de la Ley 42, la realización de un remate para la venta del petróleo crudo embargado (que falló ante la falta de ofertas) y la falta de respuesta ante la invitación de Perenco de conversar el arreglo de una cuenta de garantía indicado por el Tribunal”²⁴⁰.
179. Perenco hizo referencia a la declaración del Ecuador de que pretendía evitar la aplicación de la Ley 42 de manera tal que se evitara perturbar la operación de Perenco declarando que “Perenco simplemente no puede operar de manera indefinida sin ingresos y financiando pérdidas. Ni tampoco debería ser obligada a hacerlo”²⁴¹.

²³⁸ Anexo CE-212, Carta de las Demandadas relativa a la Decisión del Tribunal sobre las Medidas Provisionales y la Ley 42, 15 de mayo de 2009, PER 03693-03695 [traducción del Tribunal].

²³⁹ Anexo CE-213, Carta de Perenco relativa al incumplimiento de la Demandada de las medidas provisionales, 19 de mayo de 2009.

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ *Ibid.*, PER 03699 [traducción del Tribunal].

(3) Esfuerzos de negociación y oferta de solución propuesta

180. El 21 de mayo de 2009, Perenco presentó al Ecuador una propuesta de solución que, de acuerdo al Sr. d'Argentré, “incluí[a] términos que a Ecuador le habían parecido atendibles en negociaciones anteriores”²⁴². Los términos de dicha propuesta eran que Ecuador recibiría el 70% por encima del precio de referencia aplicable (US\$42,50 por barril para el Bloque 7 y US\$48,00 para el Bloque 21), se quedaría con todos los pagos realizados hasta mayo de 2009 en virtud de la Ley 42, adicionalmente recibiría el monto fijo de US\$2.725.000 mensuales por un período de 6 meses y un monto variable igual al total de barriles de crudos producidos cada mes por ambos bloques (sin contar la participación del Estado en barriles) multiplicado por US\$5,00, a cambio de esto el plazo del contrato de participación en el Bloque 7 sería extendido hasta junio de 2021 y los términos contractuales restantes permanecerían iguales²⁴³.
181. Parecería que los representantes del Gobierno del Ecuador consideraron dicha oferta provocadora²⁴⁴. Una semana después de presentar la propuesta, el Sr. d'Argentré y la Sra. Rumazo fueron convocados al despacho del Ministro Palacios, quien, de acuerdo con el Sr. d'Argentré, declaró que el Presidente Correa se encontraba ofendido por la oferta de solución, que Ecuador se rehusaba a cumplir la decisión del Tribunal y que Perenco tenía una semana para presentar una propuesta modificada o que sería expulsada del país²⁴⁵.
182. En su segunda declaración testimonial, el Ministro Palacios se refirió a la reunión con Perenco a finales de mayo de 2009²⁴⁶. Testificó que durante la reunión conversó sobre la propuesta que había recibido el Ecuador y que él consideraba que “no era seria”²⁴⁷. El Ministro Palacios describió la oferta propuesta como “una clara provocación”²⁴⁸. Agregó que, en su opinión, la

²⁴² 2.º Declaración testimonial del Sr. Eric d'Argentré, párrafo 15.

²⁴³ Anexo E-94, Carta de Perenco al Ministro de Minas y Petróleos y Petroecuador del 21 de mayo de 2009, p. 4. A cambio, el Estado acordaría que no “presentará ninguna exigencia por concepto de Ley 42 o cualquier exigencia similar durante la vigencia de los Contratos de Participación del Bloque 7 y el Bloque 21”, y devolvería a Perenco 1,44 millones de barriles que habían sido objeto del primer remate del Consorcio para vender y distribuir los ingresos de la venta “de acuerdo a los términos de los Contratos de Participación”. De cumplirse los términos, la Demandante se comprometía a “estipula[r] que los procesos arbitrales ante el CIADI serán suspendidos”.

²⁴⁴ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 2, p. 327 (Alegato de Apertura de Eduardo Silva Romero).

²⁴⁵ 2.º Declaración testimonial del Sr. Eric d'Argentré, párrafo 16; Memorial Actualizado, párrafo 112.

²⁴⁶ 2.º Declaración testimonial de Derlis Palacios del 23 de julio de 2012, párrafo 35.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ *Ibid.*

propuesta era un intento de Perenco de buscar la “confrontación para utilizar cualquier reacción del Estado en el arbitraje”²⁴⁹.

183. Luego de dicha reunión, la Demandante escribió al Ministro Palacios, haciendo énfasis en que no hubo intención de descortesía hacia él o al Gobierno del Ecuador, y explicando que había presentado la propuesta solamente con la intención de poner un “rápido fin a la controversia que nos ha dividido”²⁵⁰.

184. Perenco declaró que si la oferta no era satisfactoria para Ecuador, las Partes deberían alternativamente proseguir con la opción de depositar las sumas disputadas en virtud de la Ley 42 en una cuenta de depósito en garantía y “volver a la normalidad operativa” por la duración del arbitraje²⁵¹. Abordando la amenaza de expulsión, el Sr. d’Argentré declaró:

“Si, como usted me indicó el Lunes en nuestra reunión, el Ecuador de todos modos decide expulsar a Perenco y a Burlington del país, nos damos cuenta que nada podemos hacer para impedirlo. Si ese es el camino que el Ecuador escoge, sugerimos que nos reunamos al menos para tratar acerca de los medios técnicos para entregar las operaciones de manera segura y ordenada en un plazo razonable”²⁵².

185. El Sr. Wong Loon, Presidente de OCP Ecuador S.A., respondió a la carta de Perenco el 26 de mayo de 2009. El Sr. Wong Loon declaró, que en base a la solicitud de Perenco, había solicitado aclaraciones al Juzgado de Coactivas de Petroecuador sobre “si la *Orden de Embargo* continuaba válida y vigente” a la luz de la decisión del Tribunal. Indicó además que “[e]l Juzgado de Coactivas mediante oficio del 21 de mayo de 2009, entregado a OCP Ecuador S.A. el 25 de mayo de 2009...ha respondido a OCP Ecuador S.A. que la *Orden de Embargo* emitida el 3 de marzo de 2009 afectando la producción y cargamentos de Perenco Ecuador Limited no se ha modificado”²⁵³. Notificó además a Perenco que el Acuerdo de Transporte entre OCP Ecuador S.A. y Perenco Ecuador Limited, del 30 de enero de 2011, había sido

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ Anexo CE-215, Carta de Perenco al Ministerio de Minas y Petróleo, relativa a la oferta propuesta de acuerdo, 27 de mayo de 2009, PER 03705; Memorial Actualizado, párrafo 105.

²⁵¹ *Ibid.*, PER 03706.

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ Anexo CE-214, Carta con adjuntos de OCP Ecuador a Perenco relativa a la devolución del petróleo crudo, 26 de mayo de 2009 (adjuntos en español con traducción al inglés), PER 03701 [traducción del Tribunal]; Memorial Actualizado, párrafo 105.

afectado por un “*Evento de Fuerza Mayor* provocado por un Suceso Político [que] había ocurrido el 3 de marzo del 2009” continuado a ese momento²⁵⁴.

186. El 26 de mayo de 2009, el Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración del Ecuador, el Sr. Fander Falconi, habló con el Embajador francés en Ecuador, el Sr. Didier Lopinot, con respecto a la “diferencia que existe entre esta compañía [Perenco] y el Estado ecuatoriano”²⁵⁵.
187. El Embajador Lopinot escribió al Ministro Falconi (con copia al Ministro Palacios) el día siguiente, informándole que las autoridades francesas tenían la intención de “organizar una reunión en los próximos días con el Presidente” de Perenco, y solicitando al Ecuador “diferir toda medida que hayan previsto con respecto a [...] Perenco”²⁵⁶.
188. El Ministro Palacios respondió el 1 de junio de 2009 a las cartas de Perenco del 21 de mayo de 2009 y 26 de mayo de 2009, rechazando la oferta propuesta por una variedad de motivos, principalmente por que aparentaría desmerecer la naturaleza vinculante y no negociable de los términos de la Ley 42, y que Perenco no podía garantizar el acuerdo de su socio en el consorcio, Burlington²⁵⁷. Sin embargo, sí mencionó que el “Estado ecuatoriano está abierto...[a] un acuerdo”²⁵⁸.
189. El 2 de junio de 2009, Petroecuador emitió un comunicado relativo al remate del crudo de Perenco señalado el 3 y el 8 de julio de 2009²⁵⁹.
190. El 5 de junio de 2009, la Secretaria de Estado Encargada del Comercio Exterior de Francia, Sra. Anne-Marie Idrac, escribió al Ministro Palacios para expresar su “preocupación en

²⁵⁴ Anexo CE-214, PER 03701 [traducción del Tribunal].

²⁵⁵ Anexo CE-153, Carta del Embajador de Francia a la República del Ecuador, dirigida al Ministro de Relaciones Exteriores sobre una reunión próxima para conversar sobre la diferencia de Perenco con el Ecuador, 27 de mayo de 2009 (en español con traducción al inglés); 2.º Declaración testimonial del Sr. d’Argenté, párrafo 17; Memorial Actualizado, párrafo 114.

²⁵⁶ Anexo CE-153, Carta del Embajador de Francia a la República del Ecuador, dirigida al Ministro de Relaciones Exteriores sobre una reunión próxima para conversar sobre la diferencia de Perenco con el Ecuador, 27 de mayo de 2009 (en español con traducción al inglés).

²⁵⁷ Anexo CE-216, Carta del Ministerio de Minas y Petróleos a Perenco, sobre la Ley 42, 1 de junio de 2009 (en español con traducción al inglés), PER 03707; Memorial Actualizado, párrafo 118.

²⁵⁸ Anexo CE-216, PER 03707.

²⁵⁹ Anexos CE-154, Notificación emitida por Petroecuador relativa al remate del 3 de julio de 2009 del crudo de Perenco, 2 de junio de 2009 y CE-155, Notificación emitida por Petroecuador relativa al remate del 8 de julio de 2009 del crudo de Perenco, 2 de junio de 2009.

relación con los hechos recientes vinculados con la diferencia entre su gobierno y la empresa francesa Perenco”²⁶⁰. La Ministra Idrac declaró que “e[ra] en los mejores intereses mutuos de ambos países que una empresa francesa como Perenco, que invierte sumas considerables cada año en esta industria y emplea a varios cientos de empleados en su país, pueda gozar de condiciones operativas que sean económicamente viables”²⁶¹.

(4) Segundo intento de remate y declaración de Caducidad

191. El 8 de junio de 2009, el Sr. Germánico Pinto reemplazó al Ministro Derlis Palacios como Ministro de Minas y Petróleo²⁶². Posteriormente, en un artículo del 14 de junio de 2009 de un noticiero local en Quito, se citó al nuevo ministro en una entrevista con el canal estatal *Ecuadortv* declarando que: “Perenco está cuestionando una ley ecuatoriana y está planteando ese cuestionamiento ante un árbitro, un tercero, y eso es inaceptable”²⁶³.
192. El 25 de junio de 2009, el Sr. d’Argentré y el Gerente Regional de Perenco para América Latina, el Sr. Rodrigo Márquez, se reunieron con el Ministro Pinto para negociar los términos de un acuerdo. Según el Sr. d’Argentré, el Ministro Pinto mantuvo la posición del Ecuador de que para detener las coactivas, el Consorcio tendría que acceder a pagar todas las sumas pendientes conforme a la Ley 42 mediante un plan de pagos (entre otras condiciones)²⁶⁴. Perenco no aceptó esto²⁶⁵.
193. El Sr. Márquez escribió al Ministro Pinto el 2 de julio de 2009, haciendo referencia a la reunión del 25 de junio de 2009 y las condiciones comunicadas a Perenco. El Sr. Márquez indicó que Perenco no estaba en posición de hacer una oferta para el “pago de los montos en

²⁶⁰ Anexo CE-156, Carta de la Secretaria de Estado encargada del Comercio Exterior de la República Francesa al Ministro de Minas y Petróleos sobre la diferencia de Perenco con el Ecuador, 5 de junio de 2009 (en francés con traducción al inglés), T-PER 02918 [traducción del Tribunal].

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² Anexo CE-217, 2 temas dejaron sin piso al Ministro Derlis Palacios, www.elcomercio.com, 9 de junio de 2009 (en español con traducción al inglés), PER 03710; Memorial Actualizado, párrafo 119.

²⁶³ Anexo CE-218, Ministro de Minas y Petróleos considera inaceptable la reclamación de Perenco, 14 de junio de 2009 (en español con traducción al inglés), PER 03712; Memorial Actualizado, párrafo 119.

²⁶⁴ Memorial Actualizado, párrafo 121.

²⁶⁵ Memorial Actualizado, párrafo 122.

disputa como condición para el levantamiento de las medidas coactivas y suspensión de la subasta”²⁶⁶, agregando que:

“... lo más prudente sería suspender la subasta de crudo de los Bloques 7 y 21 prevista para el 3 de julio y levantar las medidas coactivas en cumplimiento de lo dispuesto por las decisiones sobre medidas preventivas. Así lograríamos volver a cierta normalidad operativa en los Bloques 7 y 21 y se crearían las condiciones mínimas para facilitar el diálogo y la posibilidad de una salida negociada de este conflicto”²⁶⁷.

194. El Sr. Márquez reafirmó que Perenco estaba deseosa de continuar “busca[ndo] y crea[ndo] un espacio de diálogo”²⁶⁸.
195. Petroecuador procedió con el remate del crudo del Consorcio el 3 de julio de 2009. La Demandada sostiene que Perenco amenazó con acciones legales contra cualquier empresa que hiciera una oferta en el remate de su petróleo²⁶⁹. Un comunicado de prensa de Perenco del 3 de julio de 2009 cita una declaración del Sr. Márquez, el Gerente Regional del Grupo Perenco para América Latina, de que “[t]odo aquél que compre el petróleo crudo embargado, conforme a las circunstancias está comprando propiedad que Ecuador y Petroecuador no tienen derecho a vender...[e]n consecuencia, todo aquél que compre en el remate del Gobierno puede ser responsable por apropiación ilícita u otras conductas ilícitas” y que “Perenco está preparada para hacer valer sus derechos donde sea necesario hacerlo”²⁷⁰. El Sr. d’Argenté testificó que esto no fue con la intención de ser una amenaza, y atribuyó la falta de compradores externos en el remate al hecho de que “los compradores tenían conciencia de la situación y que el crudo de Perenco había sido incautado debido a [sic] las medidas provisionales del Tribunal”²⁷¹. En el conainterrogatorio, sin embargo, el Sr. d’Argenté reconoció que el comunicado de prensa puede haber sido considerado como una amenaza por posibles compradores, o al menos como la “informa[ción] a los compradores [de] que nosotros podíamos incoar acciones judiciales en contra de ellos”²⁷². Puesto que no hubo postulantes, Petroecuador compró el volumen total del

²⁶⁶ Anexo CE-222, Carta de Perenco al Ministerio de Minas y Petróleos relativa al levantamiento de las medidas coactivas, 2 de julio de 2009, PER 03747.

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ *Ibid.*, PER 03748.

²⁶⁹ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 2, páginas 327-328 (Alegato de Apertura de Eduardo Silva Romero).
²⁷⁰ Anexo E-57, “Perenco Protegerá Sus Derechos Sobre Petróleo Ecuatoriano Embargado en Desafío de Órdenes del Tribunal Internacional de Arbitraje”, PR Newswire, Londres, 3 de julio de 2009 [traducción del Tribunal].

²⁷¹ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 3, p. 626 (Testimonio de Eric d’Argenté).

²⁷² *Ibid.*, p. 628 (Testimonio de Eric d’Argenté).

petróleo ofrecido con un 50% de descuento sobre el precio de mercado, acreditando posteriormente dichas ventas al precio valuado en el remate contra la presunta ‘deuda’ de Perenco en virtud de la Ley 42²⁷³.

196. Como respuesta a la subasta, el Consorcio comenzó a planificar la suspensión de operaciones en los Bloques²⁷⁴.
197. El 30 de junio de 2009, el Consorcio elaboró un plan de suspensión para los Bloques 7 y 21²⁷⁵. El plan de suspensión, en las palabras del Sr. d’Argentré, llevaría dos a tres semanas para ser ejecutado completamente²⁷⁶.
198. El 2 de julio de 2009, la Demandante le escribió al Ministro Pinto declarando que no se encontraba en posición de pagar los adeudos en virtud de la Ley 42 y solicitando que el remate fuera suspendido y que las medidas coactivas fueran levantadas²⁷⁷. Como se mencionó previamente, el 3 de julio de 2009, Petroecuador procedió con el remate del crudo del Consorcio según lo señalado²⁷⁸.
199. El 13 de julio de 2009, Perenco y Burlington le escribieron de forma conjunta al Ministro Pinto para informar al Ecuador la intención del Consorcio de comenzar la suspensión de sus operaciones el 16 de julio de 2009²⁷⁹. Durante la audiencia, el abogado para el Ecuador

²⁷³ Memorial Actualizado, párrafo 124; Memorial de Contestación, párrafos 240 y 244; véase Anexos E-92, Tabla - Subastas Bloque 7, p. 2 (véase Remate No. 1, fecha 3 de julio de 2009) y E-93, Tabla - Subastas Bloque 21, p. 3 (véase Remate No. 1, fecha 3 de julio de 2009); cf. Anexos CE-290, Extractos de DNH, Informe de Auditoría con un Propósito Especial a las Inversiones de Producción, Ingresos, Costos y Gastos de Producción, Comercialización, Transporte y Almacenamiento, y Otros Costos y Gastos de Perenco Ecuador Limited, Bloque 7 y Campo Unificado Coca-Payamino, Período 1 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2009, emitido el 7 de abril de 2011 (en español con traducción al inglés), PER 04594 y CE-291, y Extractos de DNH, Informe de Auditoría con un Propósito Especial a las Inversiones de Producción, Ingresos, Costos y Gastos de Producción, Comercialización, Transporte y Almacenamiento, y Otros Costos y Gastos de Perenco Ecuador Limited, Bloque 21, Período de 1 de enero de 2009 a 31 de diciembre de 2009, emitido el 7 de abril de 2011 (en español con traducción al inglés), PER 04601.

²⁷⁴ Memorial Actualizado, párrafos 127-128.

²⁷⁵ Anexo E-99, Plan del Consorcio de Suspensión en Ecuador, del 30 de junio de 2009.

²⁷⁶ 2.º Declaración testimonial del Eric d’Argentré, párrafo 27.

²⁷⁷ Anexo CE-222, Carta de Perenco al Ministerio de Minas y Petróleos relativa al levantamiento de las medidas coactivas, 2 de julio de 2009 (en español con traducción al inglés).

²⁷⁸ Véase arriba el párrafo 195.

²⁷⁹ Anexo CE-224, Carta del Consorcio al Ministerio de Minas y Petróleos relativa a la suspensión de operaciones en los Bloques 7 y 21, 13 de julio de 2009 (en español e inglés); Anexo CE-225, Carta de Perenco al Ministerio de Minas y Petróleos relativa a la suspensión de operaciones en los Bloques 7 y 21, 15 de julio de 2009 (en español con traducción al inglés).

preguntó al Sr. John Crick, un empleado de Perenco y asesor del director ejecutivo de Perenco, si tenía conocimiento de que Perenco hubiera encargado o realizado un análisis específico de los efectos de la suspensión propuesta antes de enviar dicha carta²⁸⁰. El Sr. Crick testificó que “no ten[ía] conocimiento de que exist[iera] un estudio” pero no consideraba que ello fuera una sorpresa debido a la familiaridad de Perenco con las condiciones de cada pozo y yacimiento en los Bloques 7 y 21²⁸¹.

200. El Ministro Pinto respondió por correo el 15 de julio de 2009, donde indicó que “frente a su increíble amenaza de suspender sus operaciones petroleras en el Ecuador, debemos advertirles que una decisión ilegal y unilateral de esta naturaleza causaría serios perjuicios técnicos y económicos al Estado ecuatoriano” y “las autoridades públicas del Gobierno ecuatoriano se reservan todos sus derechos, incluido el de solicitar ante el foro competente las indemnizaciones por daños y perjuicios correspondientes”²⁸². Indicó que Ecuador permanecía abierto a recibir una propuesta firme de pago de la deuda del Consorcio en virtud de la Ley 42²⁸³.

201. Adicionalmente, mediante una carta de la misma fecha, la Dirección de Hidrocarburos en el Ecuador se dirigió al Consorcio, informándole que no había recibido ninguna notificación sobre la suspensión de sus operaciones, según lo dispuesto por el derecho ecuatoriano²⁸⁴. Dicha notificación fue entregada a la Dirección el día siguiente²⁸⁵.

202. El 16 de julio de 2009, la Demandante respondió a la carta del Ministro Pinto del 15 de julio de 2009 declarando, entre otras cosas, que dado que Ecuador había “desafiado consistentemente las órdenes de los Tribunales y continúa tomando acciones coercitivas que privan indefinidamente a Perenco y a Burlington de todo ingreso, Perenco y Burlington no tienen otra opción sino minimizar gastos mediante la suspensión de operaciones”²⁸⁶.

²⁸⁰ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 5, p. 1140 (Testimonio de John Crick).

²⁸¹ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 5, páginas 1140-1142 (Testimonio de John Crick).

²⁸² Anexo CE-226, Carta del Ministerio de Minas y Petróleos a Perenco, relativa al pago de la deuda, 15 de julio de 2009 (en español con traducción al inglés), PER 03772-03773; Memorial Actualizado, párrafo 132.

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ Anexo E-102, Carta de la DNH al Consorcio del 15 de julio de 2009.

²⁸⁵ Anexo CE-227, Carta de Perenco notificando a la Dirección Nacional de Hidrocarburos sobre la suspensión de operaciones, 16 de julio de 2009 (en español con traducción al inglés).

²⁸⁶ Anexo CE-228, Carta de Perenco al Ministerio de Minas y Petróleos sobre el pago de los montos disputados en

203. El 16 de julio de 2009, el Sr. d'Argentré inició el proceso para la suspensión de las operaciones en los bloques respectivos²⁸⁷. Ello fue realizado conforme a un Plan Técnico de Acción elaborado por Perenco y Burlington²⁸⁸.
204. Ecuador tomó el control de los Bloques ese mismo día²⁸⁹. Ecuador sostiene que su intervención de los Bloques, incluyendo la subsecuente declaración de *caducidad*, fue necesaria a fin de evitar “un daño irreparable a sus hidrocarburos en tanto y cuanto son recursos estratégicos”²⁹⁰. Además, Ecuador alega que Perenco abandonó los Bloques habiendo realizado los “cálculos” que la llevaron a decidir que lo “mejor...e[ra] adoptar una estrategia de autoexpropiación”²⁹¹.
205. El 20 de julio de 2009, la Agence France Presse reportó que “Francia advierte el lunes al Ecuador que su decisión de tomar el control de dos concesiones petroleras operadas por el grupo petrolero francés Perenco podría poner en peligro la inversión extranjera en el país”²⁹².
206. Petroecuador, mediante una declaración del Presidente Ejecutivo Contralmirante Luis Jaramillo, informó a los empleados de Perenco que el gobierno tenía la intención de proseguir con las operaciones normales en los Bloques 7 y 21²⁹³. A tal propósito, Petroecuador aprobó una resolución el 16 de julio de 2009, autorizada por el Contralmirante Jaramillo, en la que calificó la suspensión como una “emergencia” y en consecuencia otorgándose a sí misma la autoridad para, a través de Petroamazonas, “adoptar todas las acciones de carácter administrativo, técnico operativo, económico y legal que fueron necesarias, inclusive la contratación directa de bienes o servicios para solventar esta emergencia hasta permitir el normal desenvolvimiento de las actividades productivas de los Bloque 7 y 21”²⁹⁴.

virtud de la Ley 42, 16 de julio de 2009 (en español e inglés) (Revisada el 01-11-12), p. 2.

²⁸⁷ Memorial Actualizado, párrafo 134.

²⁸⁸ Anexo E-242, Plan Técnico de Acción para Suspender Operaciones en los Bloques 7 y 21.

²⁸⁹ Anexos CE-230, *Ecuador Apropiación los Campos de Perenco ante Amenaza de Detener Producción (2da actualización)*, Bloomberg.com, 16 de julio de 2009 y CE-233, *París Advierte a Quito sobre Apropiación de Campos Petroleros de Perenco*, Agence France Presse, 20 de julio de 2009.

²⁹⁰ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 1, p. 198 (Testimonio del Procurador General García Carrión).

²⁹¹ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 1, p. 199 (Testimonio del Procurador General García Carrión).

²⁹² Anexo CE-233, *París Advierte a Quito sobre Apropiación de Campos Petroleros de Perenco*, Agence France Presse, 20 de julio de 2009 [traducción del Tribunal].

²⁹³ Anexo CE-234, *Ecuador Operará los Campos de Perenco*, Oil Daily, 20 de julio de 2009.

²⁹⁴ Anexo CE-229, Resolución de Petroecuador 356.09, 16 de julio de 2009, PER 03778-03779.

207. Perenco y Burlington objetaron de forma conjunta a la toma de posesión en una carta del 17 de julio de 2009 al Ministro Pinto y al Contralmirante Jaramillo, afirmando que las acciones del Gobierno del Ecuador y Petroecuador constituían “una confiscación ilegal de la propiedad del Consorcio y una violación de los derechos fundamentales de propiedad del Consorcio sobre dichos bienes”²⁹⁵. Perenco y Burlington exigieron el “pago inmediato por parte de Ecuador de una reparación justa y adecuada”²⁹⁶.
208. De acuerdo al Sr. d’Argentré, una vez que “quedó claro que Perenco no retomaría el control de las operaciones del Consorcio en el futuro cercano, comen[zó] a notificar a nuestros proveedores de servicios, vendedores, empleados y referentes de la comunidad que Perenco dejaría de cumplir sus obligaciones contractuales por causas de *fuerza mayor*, a raíz de la toma de los Bloques por parte del Gobierno”²⁹⁷.
209. El 20 de junio de 2009, Petroecuador emitió un comunicado sobre el remate del crudo de Perenco señalado el 26 de agosto de 2009²⁹⁸.
210. El día siguiente, Ecuador escribió a Perenco declarando que había abandonado los bloques y que no había dejado al Estado otra opción que asumir las responsabilidades operativas²⁹⁹. Perenco rechazó que ese fuera el caso en una carta del 23 de julio de 2009³⁰⁰.
211. También el 23 de julio de 2009, el Ministro Pinto declaró que la producción de los campos petroleros en los Bloques 7 y 21 estaba en “perfectas condiciones” luego de que el Estado ecuatoriano hubiera asumido el control de las operaciones³⁰¹.
212. El 24 de julio de 2009, en una carta a Perenco y a Burlington, Petroecuador reiteró que habían abandonado los bloques injustificadamente y que estaban obligados a retomar las operaciones

²⁹⁵ Anexo CE-231, Carta de Perenco al Ministerio de Minas y Petróleos sobre la toma de posesión de las instalaciones, 17 de julio de 2009 (en español y en inglés), PER 03783.

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ 2.º Declaración testimonial del Sr. Eric d’Argentré, párrafo 38; Memorial Actualizado, párrafo 100.

²⁹⁸ Anexo CE-157, Comunicado emitido por Petroecuador sobre el remate del crudo de Perenco el 26 de agosto de 2009, 20 de julio de 2009.

²⁹⁹ Anexo CE-236, Carta de Petroecuador a Perenco sobre la suspensión de operaciones, 21 de julio de 2009 (en español con traducción al inglés).

³⁰⁰ Anexo CE-238, Carta de Perenco al Ministerio de Minas y Petróleos y Petroecuador sobre la toma de posesión de los Bloques 7 y 21, 23 de julio de 2009 (en español y en inglés).

³⁰¹ Anexo E-106, *Producción de campos 7 y 21 está en perfectas condiciones, según Ministro Germánico Pinto, en Ecuador Inmediato*, 23 de julio de 2009.

de forma inmediata³⁰². Posteriormente, el 14 de agosto de 2009, la Dirección Nacional de Hidrocarburos aprobó una resolución ratificando retroactivamente las acciones de Petroecuador en relación con los Bloques 7 y 21 a partir del 17 de julio de 2009³⁰³.

213. El 18 de agosto de 2009, Petroecuador envió una notificación a Perenco otorgándole 10 días para retomar las operaciones³⁰⁴. Perenco y Burlington respondieron de forma conjunta el 28 de agosto de 2009, declarando que los actos del Ecuador constituían una expropiación de sus inversiones en Ecuador, y que la suspensión de las operaciones tenía la intención de mitigar sus pérdidas de conformidad con la ley³⁰⁵.

214. El 12 de noviembre de 2009, el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables (el sucesor del Ministerio de Minas y Petróleos) inició el proceso para declarar la *caducidad* de los contratos³⁰⁶.

215. El 20 de julio de 2010, la *caducidad* se declaró formalmente por Ecuador³⁰⁷.

³⁰² Anexos E-107, Carta de Petroecuador a Perenco y a Burlington del 24 de julio de 2009 y E-114, Carta de Petroecuador a Burlington y Perenco del 24 de julio de 2009.

³⁰³ Anexo E-109, Resolución DNH No. 617 del 14 de agosto de 2009.

³⁰⁴ Anexo CE-239, Carta de Petroecuador a Perenco solicitando a Perenco que retomara las operaciones, 18 de agosto de 2009 (en español con traducción al inglés); Memorial Actualizado, párrafo 143.

³⁰⁵ Anexo CE-243, Carta de Perenco Ecuador al Ministerio de Minas y Petróleos y Petroecuador sobre las operaciones suspendidas en los Bloques 7 y 21, 28 de agosto de 2009 (en español y en inglés); Memorial Actualizado, párrafo 143.

³⁰⁶ Anexo CE-244, Notificación del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables a Perenco con respecto al inicio del proceso de caducidad del Contrato de Participación en el Bloque 7, 12 de noviembre de 2009 (en español con traducción al inglés).

³⁰⁷ Anexos CE-246, Decisión de caducidad por el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, Bloque 7, 20 de julio de 2010 (en español con traducción al inglés) y CE-247, Decisión de caducidad por el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, Bloque 21, 20 de julio de 2010 (en español con traducción al inglés).

IV. SÍNTESIS DE LAS RECLAMACIONES Y LOS PEDIDOS DE LAS PARTES

A. Jurisdicción

(1) Sobre si Perenco es una empresa ‘controlada por’ nacionales franceses conforme al significado del Artículo 1(3)(ii) del Tratado

216. El Artículo 1(3) del Tratado define a las “sociedades” con legitimidad procesal para reclamar en virtud del tratado como:

- (i) Toda persona jurídica constituida en el territorio de una de las Partes Contratantes, conforme a su legislación y que tienen en el mismo su domicilio social,
- (ii) *Toda persona jurídica controlada por nacionales de una de las Partes Contratantes, o por personas jurídicas que tengan su domicilio en el territorio de una de las Partes Contratantes y constituidas conforme a su legislación*³⁰⁸.

217. Perenco alegó que en todos los momentos pertinentes estuvo controlada por nacionales de Francia. Por tanto, es una empresa francesa a los fines del Tratado y en consecuencia goza de la legitimidad procesal necesaria para traer su reclamación relativa a presuntas violaciones del Tratado por la Demandada³⁰⁹.

218. Ecuador alegó que Perenco tiene la carga de establecer la jurisdicción *ratione personae* del Tribunal conforme al Convenio CIADI y al Tratado, y no ha cumplido con dicho requerimiento³¹⁰. Enfatizó que, para tener éxito, Perenco debía probar que era directamente controlada por los herederos del Sr. Hubert Perrodo tanto en la fecha en la cual se alega que se brindó consentimiento al arbitraje (17 de octubre de 2007) como en la fecha en la que el Centro registró la Solicitud de Arbitraje (4 de junio de 2008)³¹¹. Afirmó que en cada una de esas fechas Perenco no era controlada por los herederos del difunto Sr. Perrodo conforme al significado del Artículo 1(3)(ii)³¹².

219. El argumento del Ecuador en este sentido era doble.

³⁰⁸ Anexo CE-7, Tratado, PER 00512 [énfasis añadido].

³⁰⁹ Solicitud Enmendada, párrafo 14. El Anexo CE-6 de la Solicitud Enmendada identifica a Hubert Perrodo en el registro de miembros de Perenco Gabon S.A. (antes, Perenco S.A. y el único accionista de Perenco), con 90.498 acciones.

³¹⁰ Memorial de Contestación, párrafos 27-32.

³¹¹ Dúplica, párrafo 24.

³¹² *Ibid.*

220. Primero, Ecuador afirmó que el Tratado requería el control legal y que en las fechas de importancia, ningún heredero de Perrodo tenía la capacidad legal para controlar la última empresa matriz de Perenco Ecuador Limited, es decir, PIL³¹³. Esto era así porque las acciones de la empresa no fueron transferidas a los herederos del Sr. Perrodo de conformidad con la ley bahameña hasta el 22 de diciembre de 2011, mucho después de las dos fechas arriba mencionadas³¹⁴.
221. Ecuador afirmó además que la prueba pertinente era si los herederos, ya sea en forma individual o conjunta, tenían la capacidad legal para controlar a Perenco en las fechas en cuestión, en particular la fecha crítica del 17 de octubre de 2007 (la fecha en que presuntamente se brindó el consentimiento al arbitraje del CIADI)³¹⁵. Ecuador afirmó que no la tenían y que el Sr. Perrodo falleció intestado, y en consecuencia, luego de su muerte el 29 de diciembre de 2006, su acervo hereditario, conformado por sus acciones en PIL, estuvo sin administración hasta el 19 de agosto de 2009, cuando las cartas de administración fueron formalmente otorgadas por los juzgados bahameños³¹⁶. Sobre la base de que la ley bahameña, no la ley francesa, gobierna la transmisión de acciones, los herederos de Perrodo tenían, cuando mucho, un interés equitativo en las acciones de PIL hasta tanto fueran legalmente registrados como los propietarios de las acciones. Ello sólo podía lograrse luego de que las cartas de administración fueran otorgadas³¹⁷.
222. Estando pendiente dicha inscripción y transferencia de las acciones, la Escritura de Constitución de Perenco no permitía a los herederos del difunto Sr. Perrodo ejercer derecho en relación con la administración societaria de PIL, ni siquiera votar. En consecuencia, el 17 de octubre de 2007, ninguno de los Perrodos, mucho menos François Perrodo, estaba investido con la capacidad legal para controlar a PIL (y, a través de la empresa matriz, a Perenco Ecuador Limited)³¹⁸.

³¹³ Dúplica, párrafos 26-33.

³¹⁴ Dúplica, párrafos 26-31.

³¹⁵ Dúplica, párrafos 34-43.

³¹⁶ Memorial de Contestación, párrafos 38-39, 59-61, 85.

³¹⁷ Memorial de Contestación, párrafos 69-71.

³¹⁸ Memorial de Contestación, párrafo 40. La Demandada también se refirió al Artículo 27 de la Escritura de Constitución de PIL que establece que “el *albacea o administrador de un miembro fallecido*, el apoderado de un

223. Perenco impugnó dicha posición por ser legal y fácticamente incorrecta. Citó varios casos en su presentación que demuestran el enfoque flexible adoptado por los tribunales y que enfatizan los diferentes criterios que pueden aplicarse para determinar el control, no necesariamente limitados a la capacidad legal de controlar³¹⁹. Argumentó que los hechos indiscutidos establecen que la familia Perrodo controlaba a Perenco en todas las formas significativas a los fines del término “controlada” conforme al Artículo 1(3)(ii) del Tratado³²⁰. Argumentó que dicho control se manifestaba en medios formales e informales³²¹. La familia Perrodo estaba de hecho en control del Grupo Perenco tanto durante la vida de Hubert Perrodo como luego de su fallecimiento³²². Más aún, en la fecha del consentimiento al arbitraje, los herederos Perrodo eran dueños de forma conjunta del 100% de las acciones de PIL bajo la ley francesa y ello era suficiente para establecer “control” sobre la empresa (y a través de la misma, sobre su subsidiaria de propiedad exclusiva)³²³.
224. Perenco afirmó que aun si el Tribunal procediera conforme al enfoque estricto de control pretendido por Ecuador, Perenco era no obstante controlada legalmente por nacionales de Francia al 17 de octubre de 2007 porque aproximadamente 7,1% de las acciones de PIL eran propiedad de Glenmor Energy, que a su vez era propiedad exclusiva de François Perrodo³²⁴.
225. Perenco enfatizó que Ecuador de forma repetida y consistente hizo referencia a, y la trató como, una empresa francesa³²⁵. Argumentó que conforme a la jurisprudencia del CIADI sobre el Artículo 25(2)(b), el conocimiento del Estado anfitrión del hecho objetivo de control es uno de los factores en consideración al determinar el “control extranjero”³²⁶.
226. El segundo punto del Ecuador era que el Artículo 1(3)(ii) del Tratado requería control “directo”³²⁷. Afirmó que conforme a la ley bahameña, los herederos Perrodo no eran capaces de ejercer control directo sobre PIL (y a través de la misma, de Perenco) en la fecha crítica

miembro incompetente o el síndico de un miembro fallido será la única persona reconocida por la Compañía como el titular de su acción” [énfasis añadido]. Véase también, Memorial de Contestación, párrafos 42-98.

³¹⁹ Réplica, párrafos 66-79.

³²⁰ Réplica, párrafo 73.

³²¹ *Ibid.*

³²² Réplica, párrafos 73-79.

³²³ Réplica, párrafos 80-89.

³²⁴ Réplica, párrafos 90-98.

³²⁵ Réplica, párrafos 99-104.

³²⁶ Réplica, párrafos 102-103.

³²⁷ Dúplica, párrafos 91-129.

puesto que no eran accionistas de esa empresa. Las Partes Contratantes del Tratado tenían la intención de que el término “control” se refiriera únicamente a “control directo” porque en la negociación del Tratado ellas decidieron quitar la frase “directa o indirectamente” incluida en borradores previos del Tratado, mientras que simultáneamente la incorporaron en otras partes a fin de ampliar el alcance de la definición de “inversión” conforme al Tratado³²⁸.

227. Ecuador alegó que “[era] completamente razonable suponer que habiendo adoptado medidas para proteger las inversiones indirectas de nacionales de un Estado parte, las Partes Contratantes no creyeran necesario brindar protección adicional a esas mismas inversiones por medio de la ampliación del alcance de las personas que gozan de legitimidad procesal para iniciar reclamaciones en virtud del tratado”³²⁹. Afirmó que sin importar la interpretación del Tribunal sobre el significado simple y ordinario del término “control” del Artículo 1(3)(ii) del Tratado, debería considerar los *travaux préparatoires* del Tratado que, en su opinión, indican claramente que la intención de las partes no era ampliar el alcance del término a control indirecto, sino restringirlo a control directo³³⁰.

228. Perenco respondió que el argumento del Ecuador según el cual la palabra “controlada” en el Artículo 1(3)(ii) del Tratado debe ser interpretada como “directamente controlada” debe ser rechazado porque era refutado por el lenguaje llano del Tratado, por los componentes pertinentes de los *travaux préparatoires*, y por la jurisprudencia previa concerniente a tratados de inversión³³¹. En la opinión de Perenco, el término “controlada” comprendía tanto las formas directas como indirectas de control³³². Afirmó que el Ecuador no había proporcionado al Tribunal siquiera una definición de diccionario que lo definiera como limitado a “control directo”³³³. Ciertamente, las definiciones proporcionadas confirman que el significado ordinario de control comprendía las formas directas e indirectas de control³³⁴.

³²⁸ Memorial de Contestación, párrafos 33, 99-137.

³²⁹ Memorial de Contestación, párrafos 111 y 125 [traducción del Tribunal].

³³⁰ Memorial de Contestación, párrafo 129.

³³¹ Réplica, párrafo 9.

³³² Réplica, párrafos 18-20.

³³³ Réplica, párrafos 21-26.

³³⁴ Réplica, párrafos 21 y 23.

229. Más aún, Perenco alegó que recurrir a los *travaux* era inapropiado donde el texto del Tratado era inequívoco (que afirmaban era el caso)³³⁵. En el caso que el Tribunal determinara que era conveniente consultar a los *travaux*, Perenco sostenía que el historial de redacción confirmaba el significado amplio de la palabra “controlada”³³⁶. Los *travaux* demostraron que una propuesta para limitar la definición de una empresa a “todas las personas jurídicas *controladas directamente* por los ciudadanos de una de las Partes Contratantes” fue de hecho rechazada por las Partes Contratantes³³⁷.

(2) Sobre si las reclamaciones relacionadas con la *caducidad* son arbitrables

230. Ecuador objetó a la jurisdicción del Tribunal para considerar las reclamaciones relacionadas con la *caducidad* y, alternativamente, a la admisibilidad de dichos reclamos³³⁸.

231. Primero, Ecuador afirmó que las controversias vinculadas con la *caducidad* no son arbitrables conforme al derecho ecuatoriano. Ecuador se basó en la prueba de su perito, el Profesor Juan Pablo Aguilar Andrade, para afirmar que conforme al derecho ecuatoriano una controversia sólo puede ser presentada para arbitraje si es de naturaleza contractual³³⁹. La declaración de *caducidad* fue un acto administrativo, con presunción de legalidad en virtud del derecho ecuatoriano e impugnabile sólo ante los tribunales ecuatorianos (según el Artículo 173 de la Constitución del Ecuador)³⁴⁰.

232. Perenco rechazó este argumento, afirmando que de ser aceptado Ecuador haría uso efectivo de su legislación interna para evadir sus obligaciones conforme al Tratado de someter todas las controversias legales relativas a inversiones al arbitraje del CIADI³⁴¹. En cualquier caso, apoyado por la prueba de su perito, el Dr. Héran Pérez Loose, afirmó que las leyes ecuatorianas no impiden el arbitraje de controversias relacionadas con la *caducidad* puesto que el Artículo 173 de la Constitución del Ecuador establece que los actos administrativos *podrían*

³³⁵ Réplica, párrafo 28.

³³⁶ Réplica, párrafos 27-51.

³³⁷ Réplica, párrafos 31-40 [bastardilla en el original].

³³⁸ Memorial de Contestación, párrafos 340-367.

³³⁹ Aguilar, 3.º, párrafos 181-183; Dúplica, párrafos 154-155.

³⁴⁰ Memorial de Contestación, párrafo 346; Dúplica, párrafos 157-158.

³⁴¹ Réplica, párrafos 108-113, referencia a *Occidental Petroleum Company c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre Jurisdicción (“*Occidental II (Jurisdicción)*”).

ser impugnados ante los tribunales ecuatorianos, y no que sea el foro exclusivo a tal fin³⁴².

233. Segundo, Ecuador afirmó que las partes de los Contratos de Participación quitaron expresamente la *caducidad* de la jurisdicción sobre la materia del Tribunal³⁴³. Se refería a las cláusulas 21.3 y 21.4 del Contrato para el Bloque 7 y la cláusula 20.2 y el Anexo XVI del Contrato para el Bloque 21³⁴⁴, y afirmó que dado que “el motivo de la declaración de *caducidad*...era legal y no el resultado de un desacuerdo de un naturaleza técnica o económica” caía estrictamente afuera de dichas estipulaciones³⁴⁵.
234. Perenco respondió que dichas disposiciones establecían el procedimiento a seguir por una parte para la terminación del contrato por otras causales. Las mismas no excluían la presentación de reclamaciones vinculadas con la *caducidad* para arbitraje, ni requerían la presentación de las controversias relacionadas con *caducidad* exclusivamente ante los tribunales ecuatorianos³⁴⁶.
235. Perenco también argumentó que la pregunta no era si una reclamación relacionada con la *caducidad* era “legal” sino más bien si estaba “relacionada con aspectos técnicos o económicos”³⁴⁷. Definió la declaración de *caducidad* como un “elemento indisoluble de la conducta coercitiva exhibida por Ecuador en contra de Perenco” que dio pie a una controversia respecto a las disposiciones clave vinculadas con la participación sobre los beneficios económicos conforme a los Contratos³⁴⁸.
236. Perenco afirmó que solo una renuncia explícita e inequívoca de sus derechos de presentarse para el arbitraje del CIADI podría obstruir dichas reclamaciones y que ninguna de las

³⁴² Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 6, p. 1564 (Testimonio de Héran Pérez Loose). Ecuador proporcionó una refutación en el párrafo 160 de su Dúplica. Declara que los términos del Artículo 173 de la Constitución no brindan opción sobre el foro puesto que supuestamente se utiliza el término “pueden [*can*, en la versión en inglés]” en lugar de “podrían [*may*, en la versión en inglés]”.

³⁴³ Memorial de Contestación, párrafo 360.

³⁴⁴ Anexo E-58, Anexo XVI (presentado nuevamente el 17-11-09). El Anexo XVI establece que “the Parties agree that any technical and/or economic dispute arising out of the application of the Participation Contract for the Exploration and Exploitation of Hydrocarbons in Block 21 of the Amazon Region, which is the object of the present Contract, shall be resolved according to the provisions of the aforementioned Convention”. (Traducción no oficial del original en español: “las Partes acuerdan que toda disputa técnico y/o económica derivada de la aplicación del Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 21 de la Amazonía, que es materia del presente Contrato, se resolverá de acuerdo con las estipulaciones establecidas en el antedicho Convenido”).

³⁴⁵ Memorial de Contestación, párrafos 345-355, 360; Dúplica, párrafos 167-190 [traducción del Tribunal].

³⁴⁶ Réplica, párrafos 127-136.

³⁴⁷ Réplica, párrafo 147.

³⁴⁸ Réplica, párrafos 148-149.

disposiciones de los Contratos de Participación calificaba como tal³⁴⁹.

237. Por último, Ecuador afirmó que las reclamaciones relacionadas con la *caducidad* eran prematuras puesto que Perenco no buscó resarcimiento en los tribunales administrativos del Ecuador en relación con las mismas³⁵⁰. Perenco respondió que no pudo proceder ante los tribunales administrativos del Ecuador por la instrucción del Tribunal en su Decisión sobre Medidas Provisionales de que las Partes se abstuvieran de recurrir a “los tribunales nacionales de Ecuador para hacer cumplir o resistir pretensiones...”³⁵¹.

B. Fondo

(1) Introducción a las reclamaciones en virtud del Tratado y de los Contratos de Participación

238. Perenco afirmó que Ecuador, a través de la Ley 42, los Reglamentos de Aplicación, las coactivas y el embargo de su crudo, la intervención de los Bloques y la declaración de *caducidad*, violó sus obligaciones conforme los Artículos 4, 5 y 6 del Tratado y los Contratos de Participación³⁵².

239. En el párrafo 2 de su Memorial Actualizado, Perenco explicó que:

Aplicando la Ley 42, Ecuador no sólo arrancó de cuajo ciertas cláusulas fundamentales de los Contratos de Participación, sino que logró así transformar un negocio altamente rentable en uno que, en 2008 –pese a que los precios del crudo alcanzaron niveles sin precedentes– generó una pérdida de casi \$63 millones y, al mismo tomó para sí cientos de millones de dólares a los cuales no tenía derecho de acuerdo a los Contratos. Las acciones de la Demandada también le costaron a Perenco millones de dólares en lucro cesante que Perenco hubiera obtenido de no ser por la promulgación e imposición de la Ley 42³⁵³.

240. Por su parte, Ecuador enmarcó la promulgación y aplicación de la Ley 42 en términos muy distintos:

La Ley 42 - junto con la Ley de Equidad Tributaria - representó un medio legítimo para que el Ecuador lograra un objetivo importante de política pública, tanto el restablecimiento del equilibrio económico de sus contratos de

³⁴⁹ Memorial Actualizado, párrafos 153-154; Réplica, párrafos 128-143.

³⁵⁰ Memorial de Contestación, párrafos 362-367; 360; Réplica, párrafos 163-173.

³⁵¹ Réplica, párrafo 164.

³⁵² Solicitud Enmendada, párrafo 33.

³⁵³ Memorial Actualizado, párrafo 2.

participación (incluidos los Contratos de Participación), que había sido alterado por aumentos enormes e imprevistos en los precios del petróleo, como la apertura de negociaciones con las empresas petroleras operando en Ecuador en miras a lograr acuerdos con modelos económicos más adaptados a la luz del nuevo orden precios del mercado petrolífero prevalente desde mediados de la década del 2000. Dichas medidas fueron debidamente adoptadas por el Ecuador de conformidad con su deber de buscar una asignación justa de la renta del petróleo entre las empresas petroleras operando en Ecuador y el público³⁵⁴.

241. Ecuador afirmó que en respuesta a los precios en aumento del petróleo y la perspectiva de ganancias extraordinarias, “la mayoría, si no todos los países productores de petróleo en una situación comparable a la del Ecuador [habían] adoptado medidas similares a la Ley 42 para mantener la estabilidad económica de sus contratos de concesión desde el 2002”³⁵⁵. Un tribunal internacional no podía responsabilizar a un Estado por daños económicos como consecuencia de una reglamentación de buena fe dentro de sus poderes regulatorios³⁵⁶. La potestad de aplicar impuestos era un poder soberano dentro de la categoría de los poderes regulatorios del Estado, ni el derecho internacional consuetudinario ni el Tratado reconocían limitación alguna a dicha atribución³⁵⁷.
242. Por último, Ecuador sostenía que los eventos posteriores a la promulgación de la Ley 42 y reclamados por Perenco (a saber, las coactivas, la intervención de los Bloques y la *caducidad*) fueron ocasionados por la propia conducta ilícita de Perenco³⁵⁸. Por ejemplo, el proceso de coactiva fue iniciado en respuesta a la falta de pago de Perenco de sus adeudos en virtud de la Ley 42³⁵⁹. Así, Perenco debería estar impedido de solicitar resarcimiento en relación con esas pretensiones³⁶⁰.

(2) Sobre si Ecuador incumplió el Artículo 4 del Tratado al no brindar un trato justo y equitativo a la inversión de Perenco en los Bloques 7 y 21

243. Perenco afirmó que Ecuador violó el Artículo 4 del Tratado que lo obligaba a brindar un trato justo y equitativo a la inversión de Perenco en los Bloques 7 y 21 y a abstenerse de interferir

³⁵⁴ Memorial de Contestación, párrafo 14 [traducción del Tribunal].

³⁵⁵ Memorial de Contestación, párrafos 15-16 [traducción del Tribunal].

³⁵⁶ Memorial de Contestación, párrafos 545-547.

³⁵⁷ Memorial de Contestación, párrafos 546-548.

³⁵⁸ Memorial de Contestación, párrafos 559, 563-567.

³⁵⁹ Memorial de Contestación, párrafo 559.

³⁶⁰ *Ibid.*

con el uso y goce de las inversiones de Perenco³⁶¹. Alegó que sus expectativas básicas conforme a lo ampliamente dispuesto en los Contratos de Participación eran que su participación estaba ligada exclusivamente al volumen de producción generada, aislándola así de las fluctuaciones en el precio del petróleo, y Ecuador acordó no alterar dicho acuerdo comercial haciendo modificaciones drásticas sobre los porcentajes de participación en respuestas a la fluctuación de precios en el mercado global³⁶².

244. Perenco afirmó que Ecuador menoscabó dicha expectativa al promulgar y aplicar la Ley 42³⁶³. Esto fue empeorado al elevarse el porcentaje de ingresos exigidos por la Ley 42 al 99% el 4 de octubre de 2007³⁶⁴.
245. Perenco argumentó además que tenía una expectativa razonable de que los Contratos de Participación no serían modificados en vista de la cláusula 15.2 que requería el acuerdo previo de las partes para cualquier modificación³⁶⁵. Confió en dicho entendimiento cuando decidió poner un enorme capital en riesgo en Ecuador³⁶⁶. En relación con esto, Perenco afirmó que cuando buscó de buena fe negociar con Ecuador, Ecuador respondió de forma inflexible e impredecible, ignorando su obligación de negociar un factor de corrección y de respetar la Decisión sobre Medidas Provisionales, y emitiendo amenazas de iniciar acciones legales contra los empleados o expulsarlos³⁶⁷.
246. Perenco alegó además que tenía una legítima expectativa de que las diferencias relativas a la inversión serían “resueltas de manera pacífica a través de un proceso de arbitraje internacional

³⁶¹ Solicitud Enmendada, párrafo 34.

³⁶² *Ibid.*; Memorial Actualizado, párrafos 156-159, 169; Réplica, párrafo 282 (“Así, Ecuador creó deliberadamente un ambiente en el que un contratista podía tener la expectativa de operar de acuerdo con un modelo de participación en el que el beneficio económico se distribuiría entre el contratista y el Estado sobre la base de un porcentaje de producción acordado, de que el contratista no sería obligado en forma unilateral y coercitiva a abandonar ese modelo a favor de un contrato de prestación de servicios menos rentable, y de que las controversias relativas a dichas cuestiones económicas serían pacíficamente resueltas mediante un arbitraje internacional vinculante”).

³⁶³ Memorial Actualizado, párrafo 167; Réplica, párrafos 287-290.

³⁶⁴ Memorial Actualizado, párrafo 167; Réplica, párrafo 290.

³⁶⁵ Memorial Actualizado, párrafos 160-161; Anexos CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7, PER 04829 y CE-10, Contrato de Participación en el Bloque 21, PER 04703.

³⁶⁶ Memorial Actualizado, párrafo 159.

³⁶⁷ Memorial Actualizado, párrafos 164 y 169; Réplica, párrafos 297-300, 309.

en el CIADI”³⁶⁸. El desafío del Ecuador de la Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales era injusto e inequitativo³⁶⁹.

247. Perenco sostuvo que las acciones del Ecuador en contravención directa de sus legítimas expectativas eliminaron de manera efectiva una porción sustancial de los ingresos a los que tenía derecho y convirtieron la inversión en los Bloques 7 y 21 en comercialmente inviable³⁷⁰.
248. Ecuador por su parte objetó que dicha “expectativa legítima”, según formulada por Perenco fuera consistente con los términos de los Contratos de Participación³⁷¹. Afirmó que la Ley 42 no podía modificar los Contratos de Participación porque una lectura estricta de sus términos no afectaba la participación en el volumen de petróleo que Perenco tenía derecho a percibir³⁷². Los Contratos de Participación no garantizaban a Perenco un derecho a un flujo fijo de ingresos, mucho menos a una ganancia sustancial³⁷³. Así, Perenco no había probado que la Ley 42 afectara la economía de los Contratos y que un factor de corrección sobre la participación del Consorcio debiera haber sido negociado³⁷⁴.

(3) Sobre si Ecuador violó el Artículo 4 del Tratado al interferir con el uso y goce de las inversiones de Perenco en los Bloques 7 y 21

249. Adicionalmente, Perenco alegó que Ecuador violó el Artículo 4 del Tratado al interferir con la administración, el uso, goce y transferencia de sus inversiones en los Bloques 7 y 21.
250. Perenco sostuvo que como resultado de la Ley 42, los Reglamentos de Aplicación y las acciones del Ecuador en relación con los mismos, se le negaron de forma progresiva las distintas potestades de administración, uso y goce de su inversión, es decir, su explotación de

³⁶⁸ Memorial Actualizado, párrafo 163.

³⁶⁹ Réplica, párrafos 297-300.

³⁷⁰ Solicitud Enmendada, párrafo 34.

³⁷¹ Memorial de Contestación, párrafo 465. En los párrafos 272–276 de su Réplica, Perenco argumentó que Ecuador sostiene incorrectamente que su obligación de trato justo y equitativo conforme al Tratado está limitada por los términos de los Contratos de Participación.

³⁷² Memorial de Contestación, párrafos 24 y 469.

³⁷³ Memorial de Contestación, párrafos 469-470.

³⁷⁴ Memorial de Contestación, párrafos 464-484.

los Bloques, la producción y venta del crudo, una mayor inversión en pozos adicionales e infraestructura, y las ganancias resultantes³⁷⁵.

251. Ecuador rechazó dicha reclamación. Afirmó que los Contratos de Participación no prohibían al Estado la promulgación y aplicación de la Ley 42 y Perenco no podía reclamar que los hechos posteriores a la promulgación de la Ley 42 y la terminación de los Contratos de Participación interferían con el uso y goce de sus inversiones ya que Ecuador estaba actuando para aplicar su legislación interna, y en respuesta a los actos ilícitos de Perenco³⁷⁶.

(4) Sobre si Ecuador violó el Artículo 5 del Tratado al actuar discriminatoriamente contra Perenco y su inversión en los Bloques 7 y 21

252. El Artículo 5 del Tratado exige que Ecuador conceda a los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, con respecto a sus inversiones y actividades relacionadas con dichas inversiones, el mismo trato que concede a sus propios nacionales o sociedades, o el trato que concede a los nacionales o sociedades de la nación más favorecida³⁷⁷.

253. Perenco alegó inicialmente que la Ley 42 fue “patentemente redactada” para atacar los contratos de las empresas extranjeras y ello aplicaba tanto a su intención como a su efecto³⁷⁸. Ecuador argumentó en su Memorial de Contestación que el Tribunal carecía de jurisdicción para ventilar esta reclamación dado que el Artículo 5 del Tratado excluye su aplicación a cuestiones tributarias, como la Ley 42 y las medidas adoptadas por Ecuador para aplicarla³⁷⁹.

254. Perenco posteriormente abandonó dicha pretensión, declarando en el párrafo 5 de su Réplica que:

En aras de la eficiencia, Perenco no promoverá aún más su pretensión de que Ecuador violó también lo dispuesto por el Artículo 5 del Tratado que más

³⁷⁵ Memorial Actualizado, párrafo 176; Réplica, párrafos 328-337.

³⁷⁶ Memorial de Contestación, párrafos 495-502. La Demandante en los párrafos 329-336 de su Réplica presentó en cambio que Ecuador había mezclado su refutación de la reclamación por violación del trato justo y equitativo con la de la violación de la obligación de impedir o menoscabar el derecho del inversor de gestionar, usar y gozar relativo a su inversión; que en su opinión no había violación de los términos de los Contratos de Participación. Perenco sostuvo que la segunda obligación es distinta de la obligación de brindar un trato justo y equitativo, y que el cumplimiento de las obligaciones contractuales (lo que Perenco disputaba que hubiera ocurrido en este caso) no era una respuesta suficiente.

³⁷⁷ Anexo CE-7, Tratado, PER 00513.

³⁷⁸ Memorial Actualizado, párrafo 181.

³⁷⁹ Memorial de Contestación, párrafos 11, 505, 507-512.

favorecía a la nación y al tratamiento nacional, sobre la base de que la Ley 42 y su aplicación constituirían una discriminación en contra de Perenco. Perenco adopta esta postura a la luz del hecho de que el Artículo 5 dice que “[1] as disposiciones del presente Artículo no se aplicarán a cuestiones tributarias”, y la decisión sobre la jurisdicción emitida por el tribunal en *Burlington contra Ecuador* en el sentido de que la Ley 42 debe cumplir con lo acordado en el Tratado entre Estados Unidos y Ecuador en materia de tributación. Véase *Burlington* (Jurisdicción), EL-109, ¶¶ 164-167. Perenco no acepta que el análisis del tribunal de *Burlington* sea necesariamente correcto o vinculante para este Tribunal, aunque que, para simplificar este proceso, *está preparado para no proseguir con esta reclamación clara de violación del Artículo 5 del Tratado. No obstante, la intención y el efecto discriminatorios de la conducta de Ecuador siguen siendo relevantes para las obligaciones de Ecuador en virtud de lo dispuesto en el Tratado, incluso el Artículo 4, así como también las obligaciones contractuales de Ecuador, como explicaremos más adelante*³⁸⁰.

255. En su Réplica, la Demandante realizó un alegato alternativo en el contexto de un compromiso contractual conforme a la cláusula 5.1.28 del Contrato de Participación en el Bloque 7 de no discriminar entre las Contratistas operando en Ecuador con contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos³⁸¹. Debido a la naturaleza contractual de dicha reclamación, la misma es descrita más abajo en los párrafos 272 a 276.

(5) Sobre si Ecuador violó el Artículo 6 del Tratado al expropiar las inversiones de Perenco en los Bloques 7 y 21

256. Perenco afirmó que el efecto acumulativo de las medidas del Ecuador, comenzando con la promulgación de la Ley 42 (que esencialmente privó a Perenco de términos clave de la inversión de Perenco, es decir, la oportunidad de obtener ganancias)³⁸², la aplicación de la Ley 42 a través del embargo y la venta del crudo de Perenco, la toma física de control de los Bloques y la declaración unilateral de *caducidad*, resultaron en una “‘incautación total’ de los activos de Perenco” en violación del Artículo 6 del Tratado³⁸³. Ecuador incumplió asimismo los requisitos del Artículo 6 en la medida que no ha presentado ningún justificativo de necesidad pública para sus acciones y no ha pagado ni ha ofrecido pagar ninguna compensación³⁸⁴.

³⁸⁰ Réplica, párrafo 5 [énfasis añadido].

³⁸¹ Réplica, párrafos 496-501; cf. Dúplica, párrafos 426-428.

³⁸² Memorial Actualizado, párrafo 192.

³⁸³ Memorial Actualizado, párrafo 194; Réplica, párrafos 354-374.

³⁸⁴ Memorial Actualizado, párrafo 195; Réplica, párrafos 390-396, 406-411.

257. Perenco postuló que una medida es expropiatoria “cuando resulta en una privación sustancial o efectivamente inutiliza los derechos de propiedad de un inversor”³⁸⁵. En base a *Alpha Projectholding c. Ucrania*, Perenco afirmó que una “acción realizada por el gobierno no tiene que constituir necesariamente una confiscación o transferencia directa de la titularidad para ser equivalente a una expropiación de acuerdo con el derecho internacional”, de esta manera sentando la base para su argumento de que las acciones de un Estado que privan al inversor de sus derechos contractuales adquiridos pueden ser expropiatorias³⁸⁶. Bajo esta luz, Perenco sostuvo que “cuando un Estado ejerce su autoridad pública unilateralmente para modificar los términos clave de un contrato con un inversor, cuyo efecto es, en esencia, privar al inversor de los beneficios del contrato, tal repudio de los derechos contractuales adquiridos constituye una medida equivalente a una expropiación”³⁸⁷.
258. Perenco afirmó que Ecuador no podía excusar su conducta argumentando que la Ley 42 era un ejercicio legítimo de sus derechos soberanos para reglamentar el uso de sus recursos naturales o que sus acciones eran permitidas conforme al derecho ecuatoriano³⁸⁸. Más aún, el hecho de que Perenco estuviera en condiciones de realizar los pagos disputados en una cuenta de depósito en garantía, y que actuara a fin de suspender las operaciones de los Bloques, era irrelevante para el análisis de la reclamación puesto que eran respuestas “justificables y proporcionales a los anteriores actos de expropiación de Ecuador”³⁸⁹.
259. Ecuador respondió enfatizando primero que Perenco no había cumplido con la carga de probar cómo la aplicación por un Estado de una ley legítimamente promulgada y declarada constitucional por su tribunal más alto era expropiatoria³⁹⁰.
260. Su argumento tenía dos partes.
261. Primero, Ecuador afirmó que la Ley 42, el proceso de coactiva, la toma de posesión temporal del Ecuador sobre los Bloques y la *caducidad* fueron todos ejercicios legítimos y de buena fe

³⁸⁵ Memorial Actualizado, párrafo 189.

³⁸⁶ *Ibid.*; citando el párrafo 408 de CA-281, *Alpha Projectholding GMBH c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/07/16, Laudo (8 de noviembre de 2010).

³⁸⁷ Memorial Actualizado, párrafo 191.

³⁸⁸ Memorial Actualizado, párrafos 196-197.

³⁸⁹ Memorial Actualizado, párrafo 198.

³⁹⁰ Memorial de Contestación, párrafos 20, 569-649.

del poder regulatorio del Ecuador y no constituían una expropiación conforme al derecho internacional³⁹¹. Ecuador alegó que, en este sentido, los tribunales internacionales han determinado de manera consistente que las medidas tributarias, siendo uno de las potestades más importantes de la soberanía, eran permitidas conforme al derecho internacional sin crear un deber de compensación³⁹². La presunción de validez o legitimidad de una interferencia regulatoria del Estado no era fácil de rebatir y los Estados tenían amplias facultades en el ejercicio de sus funciones regulatorias conforme a la legislación interna³⁹³. Citando *Paushok c. Mongolia*, Ecuador afirmó que Perenco sólo podría tener éxito si probaba que la “Ley 42 era discriminatoria, arbitraria en sus resultados, abusiva en su propósito o implicaba una negación del debido proceso”³⁹⁴.

262. Ecuador describió la Ley 42 como un ejercicio en *buena fe* de los poderes regulatorios de conformidad con su “mandato constitucional de buscar una asignación justa de las utilidades derivadas de sus hidrocarburos” y, de esta manera, buscaba “remediar un desequilibrio ocasionado por un aumento enorme e imprevisto de los precios del petróleo” que resultó en ganancias extraordinarias para las empresas petroleras³⁹⁵. En relación con esto, Ecuador afirmó que la Ley 42 había sido debidamente promulgada de conformidad con el proceso requerido por el derecho ecuatoriano y su constitucionalidad fue ratificada por el Tribunal Constitucional ecuatoriano³⁹⁶.
263. De forma similar, los sucesos posteriores a la promulgación de la Ley 42 fueron respuestas legítimas ante la propia conducta ilícita de Perenco. El proceso de coactiva fue un ejercicio normal de los poderes públicos del Ecuador para el cobro de impuestos y tributos impagos cuando Perenco unilateralmente dejó de pagar sus obligaciones³⁹⁷. Intervino temporalmente los Bloques 7 y 21 porque Perenco suspendió unilateralmente las operaciones en dichos Bloques, una acción que en la opinión del Ecuador, era el producto de lo que denominó una estrategia de

³⁹¹ Memorial de Contestación, párrafo 544.

³⁹² Memorial de Contestación, párrafos 546-550.

³⁹³ Memorial de Contestación, párrafo 550.

³⁹⁴ Memorial de Contestación, párrafos 550-551 [traducción del Tribunal]; *Sergei Paushok, CSJC Golden East Company, CJSC Vostokneftegaz, Company c. Gobierno de Mongolia*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad (28 de abril de 2011), párrafo 321 (EL-103).

³⁹⁵ Memorial de Contestación, párrafo 557 [traducción del Tribunal]; cf. Réplica, párrafos 378-388.

³⁹⁶ *Ibid.*

³⁹⁷ Memorial de Contestación, párrafo 559.

“autoexpropiación”³⁹⁸. Ante la intransigencia de Perenco sobre el rechazo a retomar operaciones en los Bloques y el riesgo de daño a los Bloques, Ecuador debió continuar operando los Bloques e iniciar el proceso para la declaración de *caducidad* de los Contratos de Participación³⁹⁹.

264. Ecuador alegó además en este sentido que Perenco tenía el deber de entablar renegociaciones contractuales a fin de restablecer el equilibrio económico de los Contratos de Participación, pero no había cumplido con el mismo cuando fue incapaz de lograr el acuerdo de su socio en el Consorcio, Burlington⁴⁰⁰.

265. Segundo, Ecuador afirmó que la Ley 42 y las acciones del Estado para su aplicación no privaron permanentemente a Perenco de su inversión. Argumentó que la carga probatoria recae sobre Perenco, y el hecho de que la Ley 42 no modificó términos clave de los Contratos de Participación y no se estipuló una cláusula de estabilización significa que no puede haber incumplimiento del contrato y, en consecuencia, ninguna repudiación de los derechos contractuales de Perenco⁴⁰¹. Perenco no ha probado que la Ley 42 la privara de ninguno de sus derechos contractuales⁴⁰².

266. Ecuador alegó alternativamente que si el Tribunal determinaba que la Ley 42 era violatoria de los Contratos de Participación, no era una violación que constituyera una expropiación conforme al Artículo 6⁴⁰³. Una violación (o violaciones) de un contrato sólo puede constituir expropiación si el inversor resulta privado de sus beneficios contractuales⁴⁰⁴. Ecuador argumentó que, en contraste, la presentación de Perenco era un mero alegato, “sin ningún verdadero análisis económico”, de que la Ley 42 la había privado de un término clave de los Contratos de Participación y en consecuencia de los beneficios de su inversión⁴⁰⁵.

³⁹⁸ *Ibid.* [traducción del Tribunal].

³⁹⁹ Memorial de Contestación, párrafos 22, 559, 563-568.

⁴⁰⁰ Memorial de Contestación, párrafo 558.

⁴⁰¹ Memorial de Contestación, párrafos 570-576.

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ Memorial de Contestación, párrafo 579.

⁴⁰⁴ *Ibid.*

⁴⁰⁵ Memorial de Contestación, párrafo 580 [traducción del Tribunal].

267. Finalmente, Ecuador sostuvo que, en cualquier caso, la Ley 42, ya fuera al 50% o al 99%, no constituía una expropiación⁴⁰⁶.
268. Al 50%, la Ley 42 no tornaba la inversión inútil, y eso era apoyado por el hecho de que las declaraciones impositivas de los Bloques 7 y 21 para los ejercicios fiscales de 2006 y 2007 indican que Perenco continuó percibiendo ganancias significativas de sus inversiones en el Ecuador⁴⁰⁷. Ecuador se refirió además al 1.º informe de Fair Links para apoyar su afirmación de que la Ley 42 al 50% en abril de 2006 preservaba las expectativas iniciales de Perenco sobre retorno de su inversión⁴⁰⁸. Sobre la Ley 42 al 99%, Ecuador afirmó que tampoco era expropiatoria porque no afectó negativamente la “ganancia razonable” que Perenco podría haber esperado recibir, utilizando el precio de referencia sobre el que se basaban las negociaciones de los Contratos de Participación (US\$15/bbl)⁴⁰⁹. La Ley 42 al 99% continuaba aplicándose sólo a la porción de ganancias extraordinarias que Perenco estaba recibiendo⁴¹⁰.

(6) Sobre si Ecuador violó compromisos contractuales de no modificar unilateralmente términos clave de los Contratos de Participación, de no discriminar y de negociar

269. Perenco declaró que la Ley 42 y su aplicación tuvo el efecto de reformar unilateralmente términos clave de los Contratos (incluida pero no limitado a la Cláusula 8.1) en violación de las disposiciones sobre modificación del Contrato⁴¹¹.
270. Perenco argumentó que al aplicarse la Ley 42, Ecuador violó el principio *pacta sunt servanda* que gobernaba los Contratos conforme al Artículo 1561 del Código Civil ecuatoriano y/o una disposición específica en los Contratos relativa a los requisitos para su modificación⁴¹². Esto era porque la Ley 42 tenía el efecto de reformar unilateralmente términos clave de los Contratos⁴¹³. Más aún, los Contratos obligaban a Perenco y al Ecuador a negociar un factor de

⁴⁰⁶ Memorial de Contestación, párrafos 591-652.

⁴⁰⁷ Memorial de Contestación, párrafos 594-597.

⁴⁰⁸ Memorial de Contestación, párrafo 598; 1.º Fair Links, párrafos 97-104.

⁴⁰⁹ Memorial de Contestación, párrafos 629-637 [traducción del Tribunal].

⁴¹⁰ *Ibid.*

⁴¹¹ Solicitud Enmendada, párrafo 37; Memorial Actualizado, párrafo 201-211.

⁴¹² Memorial Actualizado, párrafos 201, 208 y 211.

⁴¹³ Memorial Actualizado, párrafos 201-211.

corrección en el caso que el Estado tomara medidas que alteraran la economía de los Contratos⁴¹⁴. Esto no fue hecho.

271. Perenco alegó además que los Contratos obligaban a las partes a negociar si la ley aplicable a los contratos era reformada⁴¹⁵. Perenco se basó en la cláusula 22.1 de los Contratos de Participación, la cláusula de legislación aplicable, que declaraba “se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”⁴¹⁶.
272. Finalmente, Perenco alegó que al eximir a otra contratista operando en el Ecuador, Andes Petroleum, de la aplicación de la Ley 42, Ecuador violó su compromiso contractual de la cláusula 5.1.28 de no discriminar entre “Contratistas de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos”⁴¹⁷.
273. Ecuador respondió que la única garantía que los Contratos brindaban a Perenco era la “participación” en la forma de un derecho a una porción física del petróleo producido⁴¹⁸. Perenco no podía reclamar razonablemente una garantía de ingresos brutos en virtud de los términos de los Contratos⁴¹⁹.
274. Ecuador rechazó de forma similar la reclamación de Perenco vinculada con la activación de la cláusula de renegociación de los Contratos. Afirmó que no se había activado porque la Ley 42 no alteró la economía de los Contratos⁴²⁰. Ecuador afirmó que Perenco no había probado que la Ley 42 hubiera tenido un impacto sobre la economía de los Contratos de Participación, y cual hubiera sido un ajuste apropiado⁴²¹.
275. Ecuador negó toda sugerencia de Perenco de que la cláusula 22.1 operara como una cláusula de estabilización⁴²². En lugar de ello, la cláusula 22.1 debe ser interpretada como estableciendo que los Contratos son regidos por la legislación ecuatoriana vigente al momento en cuestión,

⁴¹⁴ Memorial Actualizado, párrafo 220; Réplica, párrafos 461-495.

⁴¹⁵ Memorial Actualizado, párrafos 217-219.

⁴¹⁶ *Ibid*; Anexos CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7, Cláusula 22.1 (PER 04858), y CE-10, Contrato de Participación en el Bloque 21, Cláusula 22.1 (PER 04722).

⁴¹⁷ Réplica, párrafos 496-501. La cláusula 5.1.28 del Contrato de Participación en el Bloque 7 establecía “Las partes entienden que el tratamiento que la Contratista recibirá tanto del Gobierno del Ecuador como de PETROECUADOR, no será menos favorable que el que reciban, en condiciones similares, otras Contratistas de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos”. (Véase Anexo CE-17, PER 04772)

⁴¹⁸ Memorial de Contestación, párrafos 394-395 [traducción del Tribunal].

⁴¹⁹ *Ibid*.

⁴²⁰ Memorial de Contestación, párrafos 409, 412-421.

⁴²¹ Memorial de Contestación, párrafos 409, 412, 422-424.

⁴²² Memorial de Contestación, párrafo 397.

además de las leyes que estaban vigentes al momento en que los Contratos de Participación fueron suscritos⁴²³.

276. Finalmente, Ecuador objetó a la reclamación sobre la presunta violación de la cláusula 5.1.28 del Contrato del Bloque 7 por haber sido presentada “demasiado tarde”, solicitando que fuera desestimada⁴²⁴. Fue presentada por primera vez por la Demandante en su Réplica; no fue continuada en su Solicitud, Memorial o Memorial Actualizado. Ecuador argumentó que, en cualquier caso, Perenco no había probado que Perenco y Andes Petroleum estuvieran en “condiciones similares” (el término de la cláusula 5.1.28), que no hubiera justificación para un trato diferente, y que hubiera intención de favorecer a Andes Petroleum⁴²⁵.

(7) Sobre si Ecuador estaba obligado contractualmente a cumplir con la Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales

277. En su Solicitud Enmendada de Arbitraje del 30 de abril de 2008, Perenco solicitó medidas provisionales al Tribunal que prohibieran al Ecuador llevar adelante cualquier acción encaminada al cobro de cualquier pago que Ecuador reclamara como adeudado por Perenco conforme a la Ley 42 y sus Reglamentos de Aplicación, y modificar, rescindir, terminar o repudiar unilateralmente los Contratos de Participación o cualquiera de sus términos⁴²⁶. La cadena de sucesos que le siguieron, hasta la Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales del 8 de mayo de 2009, e incluyendo la misma, está detallada en la Declaración de los Hechos en la Sección III.F.
278. Perenco alegó que los “actos [de Ecuador] desafiando la orden del Tribunal...[sobre] Medidas Provisionales” constituían un incumplimiento independiente de los términos de los Contratos de Participación con respecto al acuerdo de arbitraje y el sometimiento de las partes a las decisiones del Tribunal⁴²⁷.
279. Ecuador, en respuesta, alegó que cualquier incumplimiento de la recomendación del Tribunal sobre medidas provisionales no violaba, como cuestión de derecho ecuatoriano, las

⁴²³ Memorial de Contestación, párrafos 397-398.

⁴²⁴ Dúplica, párrafos 426-427 [traducción del Tribunal].

⁴²⁵ Memorial de Contestación, párrafos 529-533[traducción del Tribunal]; Dúplica, párrafos 426-428.

⁴²⁶ Solicitud Enmendada, párrafo 43.

⁴²⁷ Memorial Actualizado, párrafos 222-226; Réplica, párrafos 246-253.

obligaciones contractuales invocadas por Perenco⁴²⁸. Alternativamente, Ecuador argumentó que sus acciones no habían causado ninguna pérdida a Perenco⁴²⁹.

C. Reconvencciones del Ecuador

280. El Tribunal toma nota de que Ecuador ha presentado una reconvencción por la cual reclama que las consecuencias de las acciones de Perenco, en presunta violación de sus obligaciones conforme al derecho ambiental ecuatoriano, resultaron en daño ambiental significativo a los Bloques 7 y 21, y constituyeron un incumplimiento del mantenimiento adecuado de la infraestructura de los Bloques en buenas condiciones de funcionamiento⁴³⁰.

281. A los fines de la presente Decisión, es innecesario hacer mención de las reconvencciones del Ecuador y las respuestas de Perenco a las mismas, ya que las partes acordaron un calendario independiente para las presentaciones y audiencias. En consecuencia, el Tribunal no llevará registro adicional en la presente Decisión de las presentaciones de las Partes como se encuentran. Las reconvencciones serán abordadas por el Tribunal en una decisión separada a ser emitida en su debido momento.

D. Remedios

282. Perenco reclamó pleno resarcimiento con respecto a su reclamación, y daños y perjuicios en lugar de restitución en especie⁴³¹. El laudo de daños y perjuicios debería incluir las sumas en virtud de la Ley 42 que Perenco pagó bajo protesta, los ingresos del petróleo embargado por Ecuador bajo coactivas, las utilidades no percibidas por las inversiones que Perenco hubiera hecho si no se hubiera instrumentado la Ley 42, el valor actual de las utilidades futuras de los Contratos de Participación y toda prórroga de los mismos, los costos y gastos resultantes de la expropiación de la propiedad de Perenco, los costos de este arbitraje, y los intereses capitalizados calculados a la tasa de interés comercial sobre todas las sumas⁴³².

283. Ecuador alegó que el Tribunal debería determinar su falta de jurisdicción sobre las reclamaciones en su totalidad o sobre reclamaciones individuales. Alternativamente, Ecuador

⁴²⁸ Memorial de Contestación, párrafos 426-451.

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ Memorial de Contestación, párrafos 26, 653-962.

⁴³¹ Memorial Actualizado, párrafos 249-256.

⁴³² Memorial Actualizado, párrafo 256; Réplica, párrafo 511.

argumentó que Perenco no había cumplido con la carga probatoria con respecto a sus reclamaciones en virtud de los Contratos y del Tratado, y que en cualquier caso las reclamaciones deben desestimarse sobre el fondo⁴³³.

284. Como se indicó, Ecuador presentó dos reconvencciones, y solicitó una orden del Tribunal que obligue a Perenco a reparar todo daño ambiental en los Bloques 7 y 21, y a compensar al Ecuador por su incumplimiento de regresar los Bloques en buenas condiciones de funcionamiento mediante el pago de daños y perjuicios a ser determinados en la fase de daños del presente arbitraje, incluyendo intereses capitalizados, y todos los costos y gastos del arbitraje⁴³⁴.
285. Dado que la fase de daños para las reclamaciones alegadas tanto en virtud del tratado como del contrato no ha comenzado, el Tribunal no abordará ninguna de las cuestiones de daños en esta Decisión.

E. Petitorios

286. Perenco solicitó que el Tribunal emita una decisión en los siguientes términos:
- a. Declarando que tiene jurisdicción sobre las reclamaciones de Perenco;
 - b. Declarando que la Demandada:
 - (i) no otorgó un trato justo y equitativo a las inversiones de Perenco, incumpliendo las obligaciones en virtud del Artículo 4 del Tratado;
 - (ii) impidió a Perenco el uso y goce de sus inversiones, incumpliendo las obligaciones en virtud del Artículo 4 del Tratado;
 - (iii) ilegalmente expropió los bienes de Perenco, incumpliendo las obligaciones en virtud del Artículo 6 del Tratado y de la legislación ecuatoriana;
 - c. Declarando que la Demandada incumplió los Contratos de Participación;
 - d. Ordenando que la Demandada reintegre la totalidad de las sumas ya pagadas por Perenco bajo protesta bajo la Ley 42, las cuales ascienden a US\$ 220.402.943,74;
 - e. Ordenando a la Demandada que pague por daños y perjuicios una suma en dinero que permita eliminar todas las consecuencias de los actos ilícitos de la Demandada y

⁴³³ Memorial de Contestación, párrafos 964-979, 982.

⁴³⁴ Memorial de Contestación, párrafos 980-983.

restablezca la situación que se habría dado si no se hubieran cometido esos actos, incluyendo sin carácter taxativo:

- (i) Ordenar a la Demandada que pague el valor de mercado total y justo de los volúmenes de petróleo crudo que le fueron confiscados a Perenco desde el 3 de marzo de 2009 hasta el 16 de julio de 2009;
 - (ii) Ordenar a la Demandada que pague las utilidades no percibidas desde el 16 de julio de 2009 a la fecha de vencimiento de ambos Contratos de Participación; así como también las que se hubieran derivado de la prórroga del contrato en el Bloque 7;
 - (iii) Ordenar a la Demandada que pague las utilidades no percibidas de las inversiones que Perenco hubiera hecho de no haberse instrumentado la Ley 42;
 - (iv) Ordenar a la Demandada que pague todos los costos y gastos derivados de la expropiación de la propiedad de Perenco, incluido el valor justo de mercado de los bienes de Perenco en Ecuador que no se hubieran traspasado a Ecuador al terminar el plazo del Contrato;
- f. Ordenando a la Demandante el pago de todos los costos del arbitraje, así como los honorarios profesionales y gastos de Perenco;
 - g. Ordenando a la Demandada el pago de intereses a tasas comerciales anuales de capitalización sobre las sumas precedentes hasta que se reciba la totalidad del pago;
 - h. Declarando que Perenco no tiene ninguna clase de obligación adicional para con Ecuador, Petroecuador ni ningún otro departamento o dependencia ecuatoriana, ya sea en virtud de los Contratos de Participación o por otro concepto, con respecto a los Bloques 7 y 21; y
 - i. Ordenando todo otro resarcimiento que el Tribunal considere apropiado⁴³⁵.

287. Ecuador solicitó que el Tribunal emita un laudo en los siguientes términos:

- a. Declarando sobre la jurisdicción:
 - (i) que la Demandante no es controlada por nacionales de Francia y que por consiguiente el Tribunal Arbitral carece jurisdicción *ratione personae* sobre la demandante;

⁴³⁵ Réplica, párrafo 511.

- (ii) que el Tribunal Arbitral carece de jurisdicción sobre las reclamaciones de Perenco relativas a los decretos de *caducidad* y todos los asuntos relacionados.
- b. Declarando sobre la admisibilidad vinculada a las reclamaciones de Perenco sobre los decretos de *caducidad* y todos los asuntos relacionados
 - (i) alternativamente a la determinación de falta de jurisdicción sobre la reclamaciones de Perenco sobre los decretos de *caducidad* y todos los asuntos relacionados, que las reclamaciones de Perenco relativas a los decretos de *caducidad* y todos los asuntos relacionados son inadmisibles.
- c. Declarando sobre la admisibilidad en relación con la nueva reclamación contractual de Perenco por presunta violación de la cláusula 5.1.28 del Contrato de Participación en el Bloque 7
 - (i) habiendo abandonado su reclamación en virtud del Artículo 5 del Tratado, que el intento de Perenco de llevar adelante su reclamación de discriminación como un nuevo reclamo contractual (por presunta violación de la cláusula 5.1.28 del Contrato de Participación en el Bloque 7) presentado por primera vez en su Réplica es inadmisibile.
- d. Declaración sobre responsabilidad
 - (i) que la promulgación del Ecuador de la Ley 42 y sus decretos de aplicación no fue violatoria de los Contratos de Participación y que todas las reclamaciones relacionadas de Perenco son por tanto desestimadas;
 - (ii) que las Cláusulas de Renegociación no fueron activadas ni violadas por la promulgación del Ecuador de la Ley 42 ni los decretos de aplicación y que todas las reclamaciones relacionadas de Perenco son por tanto desestimadas;
 - (iii) que los Contratos de Participación no incluyen ninguna “*cláusula de estabilización*”;
 - (iv) que dado que los Contratos de Participación no han sido violados, el Tratado no ha sido violado tampoco y que todas las reclamaciones de Perenco vinculadas al Tratado son por tanto desestimadas;
 - (v) que la Ley 42 fue un ejercicio legítimo y en *buena fe* de las facultades impositivas soberanas del Ecuador,

- (vi) que la promulgación del Ecuador de la Ley 42 y sus decretos de aplicación no constituye violación del Tratado y que todas las reclamaciones relacionadas de Perenco son por tanto desestimadas;
 - (vii) que la institución del proceso de coactiva del Ecuador no constituye una violación del Tratado y que todas las reclamaciones relacionadas de Perenco son por tanto desestimadas; y
 - (viii) que la toma de control de las operaciones en los Bloques 7 y 21 no constituye violación del Tratado y que todas las reclamaciones relacionadas de Perenco son por tanto desestimadas;
- e. Ordenando a Perenco el pago de todos los costos y gastos incurridos por el Ecuador en la defensa de la reclamación conforme al Artículo 5 (del Tratado), recientemente abandonado por Perenco;
 - f. Ordenando a Perenco el pago de todos los costos y gastos del presente arbitraje, incluidos los honorarios legales y de peritos del Ecuador y otros costos del CIADI; y
 - g. Ordenando a Perenco el pago de intereses a tasas comerciales adecuadas de capitalización sobre las sumas establecidas en el párrafo precedente desde la fecha de pago de las mismas hasta la fecha de su pago completo.
 - h. Otorgando todo otro resarcimiento que el Tribunal Arbitral considere apropiado⁴³⁶.

V. JURISDICCIÓN SOBRE LAS RECLAMACIONES DE LA DEMANDANTE EN VIRTUD DEL CONTRATO

288. El Tribunal recuerda las conclusiones de su Decisión sobre Jurisdicción de que en general las reclamaciones por incumplimiento de los Contratos en los Bloques 7 y 21 por la aplicación de la Ley 42 caen dentro de su jurisdicción⁴³⁷.
289. Ecuador, sin embargo, objetó a la jurisdicción del Tribunal conforme a los Contratos para conocer las reclamaciones relacionadas con la *caducidad* y, alternativamente, a la admisibilidad de dichos reclamos⁴³⁸. Perenco argumentó, tanto como parte de su alegato relativo a la cadena de eventos iniciada por el rechazo del Ecuador de acatar la Decisión sobre

⁴³⁶ Dúplica, párrafos 624-640.

⁴³⁷ Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 147, 161 y 242.

⁴³⁸ Memorial de Contestación, párrafos 340, 343-367; véase arriba los párrafos 230-231, 233, 237.

Medidas Provisionales, así como parte de un argumento separado, que la declaración de *caducidad* constituyó un incumplimiento del contrato⁴³⁹.

A. La objeción pendiente de la Demandada

290. Ecuador alegó que las controversias vinculadas con la *caducidad* no son arbitrables conforme al derecho ecuatoriano⁴⁴⁰. Los Contratos disponían, en las cláusulas 20.2.12 y 20.2.1.3 en los Contratos para el Bloque 7 y el Bloque 21, respectivamente, que el arbitraje se “guiará por las disposiciones de este Contrato...y las leyes del Ecuador”⁴⁴¹. Ecuador alegó que la ley ecuatoriana sólo permite que las diferencias contractuales sean sometidas al arbitraje⁴⁴². La declaración de *caducidad*, no obstante, fue una “expresión del poder del Estado (*pouvoir public*) ejercida a través de un acto administrativo que recae fuera del alcance de los asuntos sobre los cuales las partes pueden disponer (*materias transigibles*)”⁴⁴³. Los actos administrativos conllevan una presunción de legalidad conforme a la ley ecuatoriana e impugnables solo ante los tribunales ecuatorianos (según el Artículo 173 de la Constitución del Ecuador)⁴⁴⁴.

291. En relación a eso, Ecuador se basó en el laudo de un tribunal del CIADI en *Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*⁴⁴⁵, que, en su opinión,

⁴³⁹ Memorial Actualizado, párrafos 212, 222-226; Réplica, párrafos 246-253.

⁴⁴⁰ Memorial de Contestación, sección 5.1.1; Dúplica, párrafos 144-166; véase arriba los párrafos 230-232.

⁴⁴¹ Anexo CE-10, PER 04717, [Énfasis añadido]. Citado de la cláusula 20.2.12 del Contrato en el Bloque 21 (véase). La Cláusula 20.2.1.3 del Contrato en el Bloque 7 dispone de forma similar “el arbitraje en derecho se guiará por las disposiciones de este Contrato de Participación...y las leyes del Ecuador”.

⁴⁴² Memorial de Contestación, párrafos 346-348; Dúplica, párrafos 154-155; Aguilar, 3.º, párrafos 182-183. El Profesor Aguilar hizo referencia al Artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, de la cual se brindó una traducción al inglés en el párrafo 11 de su 4.º Informe pericial: “*Podrán someterse al arbitraje* regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma. Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales: a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento; b) *La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual*; c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y, d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución. El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral” [énfasis añadido].

⁴⁴³ Memorial de Contestación, párrafo 346 [traducción del Tribunal]; Dúplica, párrafos 157-158.

⁴⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁴⁵ Anexo CE-170, Caso CIADI No. ARB/01/10, Laudo (20 de febrero de 2004), párrafo 151 (traducción no oficial del original en español).

concluyó que los asuntos vinculados con la validez de los actos administrativos, como la *caducidad*, no eran arbitrables bajo la ley ecuatoriana⁴⁴⁶.

292. El perito legal del Ecuador, el Profesor Aguilar, comenzó su informe en relación a este tema con la premisa de que la *caducidad* era “una sanción administrativa impuesta por medio de un acto administrativo”⁴⁴⁷. Hizo referencia al Artículo 65 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva del Ecuador⁴⁴⁸ y a decisiones del Tribunal Constitucional⁴⁴⁹ y de la Corte Suprema de Justicia⁴⁵⁰ para apoyar el argumento de que un acto administrativo puede tomar la forma de una decisión unilateral en el ejercicio de las funciones administrativas que produce efectos jurídicos directos e individuales⁴⁵¹. Aseveró que conforme al derecho ecuatoriano dichos actos administrativos gozaban de una “presunción de legitimidad”, pesando sobre la parte que impugna el acto la carga de probar que el mismo era llevado adelante de una manera contraria a la ley o las reglamentaciones aplicables⁴⁵². El Profesor Aguilar declaró que conforme al derecho ecuatoriano, dicha impugnación solo podía ser presentada ante los tribunales administrativos⁴⁵³. En su opinión, la declaración de *caducidad* en este arbitraje coincidía perfectamente con la noción de acto administrativo en Ecuador, y no podía ser impugnada sino en los tribunales administrativos ecuatorianos⁴⁵⁴.

293. El Profesor Aguilar interpretó el Artículo 74(4) de la Ley de Hidrocarburos, que identifica los incumplimientos legales y contractuales de gravedad suficiente para justificar la declaración de *caducidad*, de forma tal que brinda una prerrogativa de potestad administrativa (distinta de una

⁴⁴⁶ *Ibid*; Memorial de Contestación, párrafos 350-351.

⁴⁴⁷ Aguilar, 3.º, párrafo 160.

⁴⁴⁸ El Profesor Aguilar aseveró que disponía que un acto administrativo podía ser “toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”.: Aguilar, 3.º, párrafo 161.

⁴⁴⁹ Expediente 013-AA-99-IS, suplemento del Registro Oficial 122, 4 de febrero de 1999 (Aguilar, 3.º, Anexo No. 104).

⁴⁵⁰ Gaceta Judicial, Serie XVII, número 15, p. 5212 (Aguilar, 3.º, Anexo No. 103).

⁴⁵¹ Aguilar, 3.º, párrafos 161-163.

⁴⁵² Aguilar, 3.º, párrafos 166-167, 171. El Profesor Aguilar en el párrafo 171 sugirió que un acto administrativo debe ser cumplido “mientras no se demuestre *judicialmente* su ilegitimidad” [énfasis añadido].

⁴⁵³ Aguilar, 3.º, párrafo 172. El Profesor Aguilar citó el Artículo 217(1) del Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador, que establece que “[c]orresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo Contencioso Administrativo: 1. Conocer y resolver las controversias que se susciten entre la administración pública y los particulares por violación de normas legales o derechos individuales, ya en actos normativos inferiores a la ley, ya en actos o hechos administrativos”. (Código Orgánico de la Función Judicial, 9 de marzo de 2009, Anexo No. 101 de Aguilar, 3.º).

⁴⁵⁴ Aguilar, 3.º, párrafos 171-172, 179-181; Aguilar, 4.º, párrafos 15-18.

potestad contractual) de sanción⁴⁵⁵. Esto apoyó su posición de que la *caducidad* no puede ser sometida a arbitraje puesto que no es una diferencia de naturaleza contractual, conforme al Artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación (donde una parte de la diferencia es una institución del sector público)⁴⁵⁶.

294. Segundo, y alternativamente, Ecuador alegó que las partes de los Contratos de forma expresa y contractual removieron la *caducidad* de la jurisdicción sobre la materia del Tribunal⁴⁵⁷. Ecuador se basó en las cláusulas 21.3 y 21.4⁴⁵⁸ del Contrato del Bloque 7 y la cláusula 20.2 y el Anexo XVI del Contrato del Bloque 21⁴⁵⁹. Las primeras establecían que si el Contrato era terminado por motivos *distintos* que la *caducidad*, se debía seguir el proceso acordado por las partes para someter diferencias a arbitraje⁴⁶⁰. La cláusula 20.2 del Contrato del Bloque 21 a su vez establecía que “en caso de iniciarse un proceso de *caducidad*, si la causa de *caducidad* estuviere relacionada con aspectos de carácter técnico o económico” el asunto podía ser sometido a arbitraje por cualquiera de las partes⁴⁶¹. Esto debía ser leído junto con el Anexo XVI, que establecía que una vez que el Convenio CIADI haya sido aprobado por el “Congreso Nacional de la República del Ecuador y, por tanto, se halle en plena vigencia, las Partes acuerdan que toda disputa técnica y/o económica derivada de la aplicación del Contrato de

⁴⁵⁵ Aguilar, 3.º, párrafos 179-181; Aguilar, 4.º, párrafos 20-51.

⁴⁵⁶ Aguilar, 3.º, párrafos 182-183; Aguilar, 4.º, párrafos 11-14. En la traducción al inglés de los informes periciales de ambos peritos legales, la oración pertinente del Artículo 4(b) dice: “The *legal relationship* to which the agreement [Aguilar: “relates shall”] [Pérez Loose: “refers must”] be contractual in nature” [énfasis añadido]. Véase Pérez Loose, 5.º, párrafo 17; Aguilar, 4.º, párrafo 11.

⁴⁵⁷ Memorial de Contestación, sección 5.1.2; cf. Réplica, párrafos 125-150.

⁴⁵⁸ Ecuador en su Memorial de Contestación en el párrafo 354 hace referencia a las cláusulas 21.2.3 y 21.2.4 del Contrato de Participación en el Bloque 7, pero ello parece ser un error puesto que las mismas no existen. Las disposiciones mencionadas se encuentran en las cláusulas 21.3 y 21.4 del Contrato, en el Anexo CE-17, PER 04858. Esto fue confirmado por Ecuador en su Dúplica, párrafo 169.

⁴⁵⁹ Memorial de Contestación, párrafos 354-355; Dúplica, párrafos 167-190.

⁴⁶⁰ Las cláusulas 21.3 y 21.4 del Contrato del Bloque 7 establecen “21.3 En los casos de terminación que no sean por caducidad, se seguirán los procedimientos convenidos por las Partes en la Cláusula Vigésima. 21.4 *Para los efectos de caducidad y sanciones se aplicará lo dispuesto en el Capítulo IX de la Ley de Hidrocarburos*” [énfasis añadido] (Anexo CE-17, PER 04858).

⁴⁶¹ La Cláusula 20.2 del Contrato de Participación en el Bloque 21 dispone que “**Arbitraje Técnico y/o Económico:** Si los desacuerdos se relacionan con cualquier asunto que no esté incluido dentro del alcance de la cláusula anterior o si, por cualquier razón, el sometimiento a un consultor no da como resultado una resolución final y obligatoria, los asuntos de carácter técnico que involucren aspectos de carácter económico y viceversa, deberán ser objeto de consultoría y arbitraje aceptado por la ley ecuatoriana. Los asuntos legales no podrán ser objeto de arbitraje y se someterán a la jurisdicción y competencia previstas en las disposiciones legales pertinentes. Adicionalmente, en caso de iniciarse un proceso de caducidad, si la causa de caducidad estuviere relacionada con aspectos de carácter técnico o económico y existiera diferencia de criterio de las Partes, cualquiera de estas podrá someter el asunto al procedimiento de arbitraje. Mientras dure este proceso se suspenderá cualquier trámite de caducidad que se hubiere iniciado” (Anexo CE-10, PER 04713-04714).

Participación... se resolverá de acuerdo con las estipulaciones establecidas en el antedicho Convenio, quedando por tanto sin efecto el procedimiento de Arbitraje previsto en la cláusula número veinte del Contrato”⁴⁶².

295. En este sentido, al definir la naturaleza de las reclamaciones en este arbitraje relacionadas con la *caducidad*, Ecuador alegó que dado que “el motivo de la declaración de *caducidad*...era jurídico y no surgía de un desacuerdo de naturaleza técnica o económica” caía estrictamente fuera de la jurisdicción sobre la materia del Tribunal según lo detallado contractualmente⁴⁶³.
296. Por último, Ecuador alegó que las reclamaciones relacionadas con la *caducidad* eran prematuras puesto que Perenco no buscó resarcimiento en los tribunales administrativos del Ecuador⁴⁶⁴. Alegó que las reclamaciones conforme al tratado son “defectuosas” a menos que se haya realizado un “intento razonable del inversor” para buscar resarcimiento judicial dentro del Estado, un fundamento distinto, en la presentación del Ecuador, que el requisito de agotar los remedios locales⁴⁶⁵. Ecuador alegó que la reclamación no era viable hasta y a menos que Perenco impugnara la legalidad de la acción en los tribunales administrativos del Ecuador⁴⁶⁶.

B. La presentación de la Demandante

297. Perenco alegó que de confirmar el Tribunal la objeción de la Demandada, estaría permitiendo al Ecuador utilizar su ley interna para evadir sus obligaciones conforme al Tratado de someter todas las diferencias jurídicas con respecto a inversiones al arbitraje del CIADI⁴⁶⁷. Perenco se basó en la Decisión sobre Jurisdicción de *Occidental II*, donde el tribunal consideró un argumento similar y sostuvo que Ecuador no podía invocar su legislación interna para evitar la jurisdicción del CIADI conforme al tratado aplicable⁴⁶⁸.
298. Perenco alegó que el derecho ecuatoriano en ningún caso prohibía el arbitraje de diferencias relacionadas con la *caducidad*. Se refirió a la prueba brindada por el Dr. Pérez Loose de que el Artículo 4(b) de la Ley de Arbitraje y Mediación sólo requería que la relación legal subyacente

⁴⁶² Anexo E-58, Anexo XVI (presentado nuevamente el 17-11-09), p. 1.

⁴⁶³ Memorial de Contestación, párrafos 358-360 [traducción del Tribunal].

⁴⁶⁴ Memorial de Contestación, sección 5.1.3.

⁴⁶⁵ Memorial de Contestación, párrafos 362-363, 366 [traducción del Tribunal].

⁴⁶⁶ Memorial de Contestación, párrafo 364.

⁴⁶⁷ Réplica, párrafos 108-113, referencia a *Occidental Petroleum Company c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre Jurisdicción (9 de septiembre de 2008) (“*Occidental II (Jurisdicción)*”).

⁴⁶⁸ Réplica, párrafos 110-112; *Occidental II (Jurisdicción)*, párrafos 38 y 82.

a la diferencia fuera contractual y no que tanto la diferencia como la conducta impugnada fueran de naturaleza contractual⁴⁶⁹. Perenco argumentó que “[n]o cabe duda de que la relación legal que emana de los Contratos de Participación es de ‘naturaleza contractual’”⁴⁷⁰. El Dr. Pérez Loose también adujo que el Artículo 173 de la Constitución del Ecuador sólo dispone que los actos administrativos *podrían* ser impugnados ante los tribunales ecuatorianos, y no que *debían* ser impugnados antes los tribunales⁴⁷¹.

299. Perenco alegó que Ecuador había interpretado incorrectamente *Repsol*, aseverando que sostiene únicamente la proposición de que un tribunal del CIADI podía tener jurisdicción sobre un acto administrativo con posible efecto de *res judicata* siempre que se cumpliera con las condiciones del Artículo 25 del Convenio del CIADI; la naturaleza administrativa de la conducta del Estado no obstaba de por sí a la jurisdicción del tribunal⁴⁷².
300. El perito de Perenco también abordó el escenario alternativo, es decir, que si el Artículo 4(b) de la Ley de Arbitraje y Mediación requiere que la acción disputada sea de una naturaleza contractual (y no simplemente que la relación legal de la cual surge la diferencia sea contractual), entonces la declaración de *caducidad* continuaba siendo arbitrable puesto que era un “acto administrativo contractual”⁴⁷³. El Dr. Pérez Loose definió dichos actos como “actos administrativos [que] presuponen la existencia de una relación contractual” y marcados por las características de que “son decisiones unilaterales a través de las cuales las entidades públicas crean, extinguen o modifican situaciones jurídicas individuales privadas” y “que tienen como antecedente y razón de ser, una relación de naturaleza contractual o bilateral entablada con un particular”⁴⁷⁴.
301. Los ejemplos brindados de “actos administrativos” contractuales fueron la imposición de multas a un contratista por demora o incumplimiento de contrato y órdenes de cobro de

⁴⁶⁹ Réplica, párrafos 114-115.

⁴⁷⁰ Réplica, párrafo 115; Pérez Loose, 5.º, párrafo 17.

⁴⁷¹ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 6, p. 1566. Ecuador en el párrafo 160 de su Dúplica argumentó que los términos del Artículo 173 de la Constitución no pretenden brindar opción sobre el foro puesto que presuntamente utiliza el término “pueden” en lugar de “podrían”.

⁴⁷² Réplica, párrafos 117-119.

⁴⁷³ Pérez Loose, 5.º, párrafo 19.

⁴⁷⁴ *Ibid*, párrafos 20-22.

garantías y pólizas de seguro⁴⁷⁵. El Dr. Pérez Loose se basó en escritos doctrinarios de derecho civil de autores tales como Juan Carlos Cassagne⁴⁷⁶, Rodolfo Barra⁴⁷⁷, Diana Ximena Correa⁴⁷⁸ y Luis Berrocal⁴⁷⁹, quien aceptó la existencia de los actos administrativos contractuales y en una ocasión se refirió a los mismos como “actos mediante los cuales la entidad contratante impone una multa al contratista, o interpreta unilateralmente el contrato, declara la caducidad del mismo, etc.”⁴⁸⁰. Alegó que la práctica de los tribunales arbitrales en Ecuador confirmó que la *caducidad* era arbitrable; los ejemplos citados incluían en un caso a *Petroproducción* como parte demandante, aunque los casos que versaron sobre acciones de terminación de los contratos eran vinculados a acciones de ‘terminación unilateral’, en lugar de declaraciones de *caducidad*⁴⁸¹.

302. Esta característica fue comentada por el Profesor Aguilar en su cuarto informe pericial, donde enfatizó que la afirmación del Dr. Pérez Loose sobre la naturaleza administrativa de la sanción era suficiente para dar lugar a la objeción de Ecuador⁴⁸². Más aún, durante el conainterrogatorio, el Dr. Pérez Loose admitió que varias de las decisiones que había citado no trataban sobre *caducidad* sino sobre multas⁴⁸³. Argumentó que aún eran relevantes puesto que demostraban que “en el Ecuador actos administrativos, decisiones administrativas sí son

⁴⁷⁵ *Ibid*, párrafo 21.

⁴⁷⁶ CA-404, CASSAGNE, Juan Carlos: *El Contrato Administrativo*, Segunda edición, Editorial Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 303.

⁴⁷⁷ CA-400, BARRA, Rodolfo: *Los actos administrativos contractuales*, Editorial Ábaco de Rodolfo Palma, 1989, p. 97.

⁴⁷⁸ CA-407, CORREA, Diana Ximena: *El arbitraje en el Derecho Administrativo: una forma alternativa para el nuevo modelo de Estado*, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 169.

⁴⁷⁹ El tratadista colombiano Luis Berrocal define a los actos administrativos contractuales en manera similar como “aquellos que se profieren dentro de la vigencia del contrato y con ocasión de la ejecución del mismo. Se producen así dentro de la llamada etapa contractual. Por lo tanto, su existencia está determinada por la existencia del contrato, dependen directamente de éste. Es el caso de los actos mediante los cuales la entidad contratante impone una multa al contratista, o interpreta unilateralmente el contrato, declara la caducidad del mismo, etc.”. CA-402, BERROCAL, Luis; *Manual del Acto Administrativo, Tercera Edición, Ediciones Profesionales C. Ltda.*, Bogotá 2004, p. 109.

⁴⁸⁰ Pérez Loose, 5.º, nota al pie 25 [énfasis en el original].

⁴⁸¹ Pérez Loose, 5.º, párrafo 32.

⁴⁸² Aguilar, 4.º, párrafos 41 y 46. En el párrafo 46, el Profesor Aguilar aseveró que “[p]uesto que en el Ecuador no existe jurisprudencia sobre el tema de la arbitrabilidad de la caducidad, mal puede entonces el Dr. Pérez Loose afirmar que se acepta ‘pacíficamente’ que la caducidad sea arbitrable”. Durante el conainterrogatorio, el Profesor Aguilar admitió que “[e]n el Ecuador hay un debate en la actualidad acerca de los que se denominan ‘actos administrativos contractuales’, pero aclaró que “no existe duda es que todo acto administrativo que no sea contractual, la única vía de impugnación es [...] la sala contencioso administrativa” (Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 6, páginas 1598 y 1599).

⁴⁸³ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 6, páginas 1569 y 1570.

materia de arbitraje. Algunas pueden ser las multas, otras pueden ser la terminación unilateral de Contrato, otra la *caducidad*”⁴⁸⁴.

303. Cuando se lo interrogó en profundidad sobre los casos citados que versaban sobre terminación unilateral, el Dr. Pérez Loose declaró que la *caducidad* y la terminación unilateral son una misma cosa⁴⁸⁵. Cuando se le preguntó si aceptaba que “puede existir una extinción contractual en el marco del ejercicio de un derecho de una parte contratante y puede haber también la extinción contractual por mecanismos extracontractuales en el sentido del inicio de un trámite administrativo del tipo *caducidad*”, el Dr. Pérez Loose respondió que estaba de acuerdo sobre la existencia de “dos avenidas”, la segunda de las cuales “se basa en el derecho...pero esto queda materializado en un Contrato” y es por este motivo que “en el derecho administrativo este tipo de actos...se conocen como actos administrativos contractuales”⁴⁸⁶.
304. Al abordar el asunto de la eliminación del contrato del arbitraje sobre la *caducidad*, Perenco alegó que las cláusulas 21.3 y 21.4 del Contrato del Bloque 7 y la cláusula 20.2 y el Anexo XVI del Contrato del Bloque 21 no excluían las reclamaciones vinculadas con la *caducidad* de la jurisdicción del Tribunal⁴⁸⁷. En lugar de ello, argumentó que las cláusulas eran únicamente procesales, estableciendo el procedimiento a seguir por una parte en caso de terminación del contrato en base a otros motivos, y no necesariamente excluyendo la presentación de reclamaciones vinculadas con la *caducidad* para arbitraje, ni requiriendo que dichas reclamaciones fueran sometidas exclusivamente a los tribunales ecuatorianos⁴⁸⁸. En este sentido, alegó que es significativo que las cláusulas se encuentren en la sección 21 del Contrato para el Bloque 7, que abordaba la “Terminación y *Caducidad* del Contrato”, en lugar de las secciones relevantes al arbitraje y ley aplicable (las Secciones 20 y 22, en particular las cláusulas 20.3 y 20.4 que tratan sobre la presentación para el arbitraje del CIADI)⁴⁸⁹.
305. Perenco se basó en la Decisión sobre Jurisdicción de *Occidental II*, donde Ecuador brindó un argumento similar con respecto a disposiciones similares, y el tribunal determinó que las

⁴⁸⁴ *Ibid.*

⁴⁸⁵ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 6, p. 1571. Véase también la respuesta del Dr. Pérez Loose a una pregunta del Tribunal en las páginas 1578 y 1579.

⁴⁸⁶ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 6, páginas 1578 y 1579.

⁴⁸⁷ Réplica, párrafos 127-150.

⁴⁸⁸ Réplica, párrafos 129-136.

⁴⁸⁹ Réplica, párrafo 130.

cláusulas no consistían en una sustracción de las diferencias sobre *caducidad* de la jurisdicción del CIADI puesto que no había prueba de una “intención común” de así hacerlo⁴⁹⁰. Perenco alegó que si las partes tuvieran la intención de incluir dicha exclusión lo hubieran hecho junto con las disposiciones sobre arbitraje de los contratos⁴⁹¹.

306. En respuesta a la insistencia del Ecuador sobre la distinción entre las cuestiones legales y las técnico/económicas, Perenco alegó que la cuestión no era si una pretensión vinculada con la *caducidad* era “legal” sino si era “relacionada con aspectos técnicos o económicos”⁴⁹². En este sentido, describió la declaración de *caducidad* como un elemento inseparable de la conducta coercitiva del Ecuador contra Perenco, que conforme a “la calificación de este Tribunal, dio pie a una ‘controversia respecto de los porcentajes de participación en la porción del petróleo crudo producido [que] califica como una diferencia económica relativa a[] Contrato de Participación’”⁴⁹³ y fue parte de una serie de sucesos que tuvieron consecuencias sobre disposiciones clave vinculadas con la participación de los beneficios económicos conforme a los Contratos⁴⁹⁴.
307. Perenco alegó que “sólo una renuncia expresa, clara e inequívoca por parte del inversionista a su derecho de presentar pretensiones amparadas por el tratado a un tribunal del CIADI puede obstruir que tales pretensiones se ventilen en arbitrajes auspiciados por el CIADI”⁴⁹⁵, y que no podía considerarse que ninguna de las disposiciones de los Contratos constituyera una renuncia clara e inequívoca a la jurisdicción del CIADI sobre pretensiones vinculadas con la *caducidad*⁴⁹⁶.
308. Por último, Perenco alegó que no pudo proceder ante los tribunales administrativos del Ecuador por la instrucción del Tribunal en su Decisión sobre Medidas Provisionales de que las partes se abstuvieran de recurrir a “los tribunales nacionales de Ecuador para hacer cumplir o resistir pretensiones...”⁴⁹⁷. En cualquier caso, haciendo referencia a la Decisión sobre

⁴⁹⁰ Réplica, párrafos 138-139; véase *Occidental II (Jurisdicción)*, párrafos 77 a 79.

⁴⁹¹ Réplica, párrafos 141-142; cf. Dúplica, párrafo 174.

⁴⁹² Réplica, párrafo 147.

⁴⁹³ Réplica, párrafos 148-149, citando de la Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 146.

⁴⁹⁴ *Ibid.*

⁴⁹⁵ Réplica, párrafos 151-162.

⁴⁹⁶ *Ibid.*

⁴⁹⁷ Réplica, párrafo 164, citando el párrafo 61 de la Decisión sobre Medidas Provisionales.

Jurisdicción de *Occidental II*, y en la Decisión de Nulidad de *Helnan International Hotels c. República Árabe de Egipto*, Perenco alegó que el argumento de que no puede haber un ilícito internacional en un arbitraje del CIADI sin un intento anterior de buscar resarcimiento conforme a las leyes municipales no tiene mérito⁴⁹⁸.

C. La Decisión del Tribunal

309. El asunto de la *caducidad* surge en relación con las reclamaciones en virtud del contrato y del Tratado. Las últimas son abordadas a continuación en los párrafos 628 a 630. En la medida que concierne a las pretensiones contractuales, la jurisdicción del Tribunal depende de la interpretación de las disposiciones pertinentes de los dos contratos.
310. Regresando al Contrato en el Bloque 7, el Tribunal primero hace notar que la potestad de declarar la *caducidad* es una facultad administrativa del Ministerio de Energía y Minas, no de la contraparte de Perenco, Petroecuador.
311. Segundo, la *caducidad* es una de nueve formas específicas en que un Contrato puede terminarse. Terminación y *caducidad* claramente no son conceptos coincidentes.
312. Tercero, los incisos que tratan sobre *caducidad* (cláusula 21.2 y 21.3) detallan el proceso que el Ministerio debe seguir, disponen los plazos de subsanación de la contratista, y distinguen expresamente las otras formas de terminación de la terminación por *caducidad*: “En los casos de terminación *por motivos que no sean por caducidad*, se seguirán los procedimientos convenidos por las Partes en la Cláusula Vigésima [“Consultoría y Arbitraje”]”⁴⁹⁹. Esto es, conforme a los términos expresos del Contrato, todas las otras formas de terminación pueden ser arbitradas y la *caducidad*, no.
313. El Tribunal considera que el Contrato del Bloque 7 es por consiguiente claro en que la *caducidad* está sujeta a un régimen separado. Las declaraciones de *caducidad* fueron excluidas de las disposiciones de arbitraje del Contrato, y el Tribunal por tanto carece de jurisdicción para analizar la declaración de *caducidad* del Contrato del Bloque 7.

⁴⁹⁸ Réplica, párrafos 165-168; Anexos CA-351, *Occidental II* (Jurisdicción), párrafo 59, y CA-345, *Helnan International Hotels c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/19, Decisión del Comité *ad hoc* de Nulidad (14 de junio de 2010), párrafos 47-49.

⁴⁹⁹ Anexo CE-17, Cláusula 21.3 del Contrato de Participación en el Bloque 7, PER 04858 [énfasis añadido].

314. La situación es distinta conforme a los términos del Contrato del Bloque 21, que no dispone que “[e]n los casos de terminación por motivos que no sean por *caducidad*, se seguirán los procedimientos convenidos por las Partes en [la sección de Arbitraje]”. En su lugar, dispone que si un proceso de *caducidad* ha sido iniciado, y la causa estuviera relacionada con aspectos de carácter técnico o económico, y existiera “diferencias de criterio” de las Partes, cualquiera de ellas podrá someter la cuestión al procedimiento de arbitraje⁵⁰⁰. En dicho caso, el trámite de *caducidad* se suspenderá mientras dure el arbitraje⁵⁰¹. Como fue comentado por el Tribunal en su Decisión sobre Jurisdicción, las partes también agregaron disposiciones relativas al proceso de arbitraje a través del Anexo XVI del Contrato del Bloque 21⁵⁰². El Anexo XVI dispone que:

Una vez que el Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI, haya sido aprobado por el Congreso Nacional de la República del Ecuador y, por tanto se halle en plena vigencia, *las Partes acuerdan que toda disputa técnico y/o económica derivada de la aplicación del Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 21 de la Amazonía, que es materia del presente Contrato, se resolverá de acuerdo con las estipulaciones establecidas en el antedicho Convenio, quedando por tanto sin efecto el procedimiento de Arbitraje previsto en la cláusula número veinte del Contrato.*

Para la aplicación del Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI, se observarán además, las siguientes normas de procedimiento:

1. Las Partes acuerdan en someter al CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DISPUTAS RELATIVAS A INVERSIONES, *cualquier disputa técnico y/o económica, relacionada con este Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, a fin de que sea resuelta mediante el sistema de Arbitraje, para este efecto en adelante, lo denominaremos “EL CENTRO”*⁵⁰³.

315. El Tribunal resolvió que el Anexo XVI debía ser considerado para determinar el alcance de su competencia *ratione materiae* sobre las pretensiones contractuales⁵⁰⁴. Resolvió que las pretensiones contractuales presentadas por Perenco sobre una disputa “técnico” o “económico” en virtud del Contrato de Participación del Bloque 21 caen dentro de la jurisdicción del Tribunal, y que no era una prueba acumulativa (es decir, que la controversia no necesita ser de

⁵⁰⁰ Véase Anexo CE-10, Cláusula 20.2 del Contrato de Participación en el Bloque 21, PER 04713-04714.

⁵⁰¹ Véase Anexo CE-10, Cláusula 20.2 (última oración del primer párrafo) del Contrato de Participación en el Bloque 21, PER 04714.

⁵⁰² Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 125-147.

⁵⁰³ Anexo E-58, Anexo XVI (presentado nuevamente el 17-11-09), p.1 [énfasis añadido].

⁵⁰⁴ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 130.

naturaleza técnica y económica)⁵⁰⁵. La Cláusula 20.2 del Contrato del Bloque 21 establece que una disputa relativa a la declaración de *caducidad* que esté vinculada con aspectos técnicos o económicos puede ser sometida a arbitraje. El Anexo XVI no individualiza la *caducidad*, estableciendo como única limitación de la jurisdicción del Tribunal sobre la materia que la pretensión sea sobre una diferencia “técnico” o “económica”.

316. Con respecto a las determinaciones del Tribunal en su Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal considera que la declaración de *caducidad* tiene consecuencias económicas y por tanto cae dentro de su jurisdicción sobre la materia. El Tribunal determina por tanto que tiene jurisdicción para conocer la reclamación de Perenco de que Ecuador violó el Contrato del Bloque 21 al declarar la *caducidad*.

VI. RECLAMACIONES POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

317. El Tribunal comienza identificando el derecho aplicable a las reclamaciones de incumplimiento del contrato antes de considerar las posiciones de las Partes y de emitir su determinación sobre responsabilidad.

A. Derecho aplicable a las reclamaciones en virtud de los Contratos de Participación

318. Conforme al Artículo 42(1) del Convenio CIADI, las partes tienen total autonomía para determinar las normas de derecho que regirán cualquier diferencia que surja entre ellas. En el presente caso, las partes de los Contratos de Participación acordaron para el Bloque 7 que:

22.1 Legislación aplicable: Este contrato se rige exclusivamente por la legislación ecuatoriana, y en él se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración⁵⁰⁶.

319. La cláusula sobre legislación aplicable en el Contrato del Bloque 21 es idéntica (cláusula 22.1)⁵⁰⁷.

320. Como resultado de dichas elecciones expresas de ley aplicable, el Tribunal debe aplicar la ley ecuatoriana.

⁵⁰⁵ Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 127-135.

⁵⁰⁶ Anexo CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7, PER 04858.

⁵⁰⁷ Anexo CE-10, Contrato de Participación en el Bloque 21, PER 04722: “**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”.

321. Conforme al Contrato del Bloque 21, “toda disputa técnico y/o económica derivada de la aplicación del Contrato de Participación” será resuelta mediante arbitraje del CIADI⁵⁰⁸. El Tribunal ya determinó que la reclamación de que el contrato del Bloque 21 fue incumplido mediante la promulgación de la Ley 42 y las medidas relacionadas cae dentro de su jurisdicción⁵⁰⁹. También determinó que hay límites para su jurisdicción *ratione materiae* con respecto a las reclamaciones contractuales. Este Tribunal sostuvo que “la presunta violación a la Constitución Ecuatoriana, sus disposiciones sobre confiscación, discriminación y retroactividad de leyes, conciernen esencialmente asuntos legales que no pueden calificar como una ‘disputa técnica y/o económica relacionada con [el] Contrato de Participación [del Bloque 21]’”⁵¹⁰. Por tanto, estos asuntos no están incluidos en el consentimiento de las Partes a arbitrar sus diferencias y, en consecuencia, caen fuera de la competencia de este Tribunal⁵¹¹.
322. Con respecto al Contrato de Participación en el Bloque 7, no hay una limitación equivalente sobre la jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal; la cláusula 20.3 establece el acuerdo de las partes 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 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones...”⁵¹². El Tribunal ha rechazado las objeciones de la Demandada con respecto a la competencia del Tribunal sobre esta reclamación⁵¹³. Al hacerlo, el Tribunal tomó nota de la afirmación de la Demandante de que “no cuestiona la ‘constitucionalidad o legalidad’ ecuatoriana de la Ley 42 y sus reglamentaciones de implementación”⁵¹⁴.
323. Por consiguiente, el Tribunal aplica la ley ecuatoriana, reconociendo que debe abstenerse de

⁵⁰⁸ Anexo E-58, Anexo XVI (presentado nuevamente el 17-11-09), p. 4.

⁵⁰⁹ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 147.

⁵¹⁰ *Ibid.*, párrafo 137.

⁵¹¹ *Ibid.*

⁵¹² Anexo CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7, PER 04851-04852. La cláusula 20.3 establece: “...desde la fecha en que el Convenio para el Arreglo de las Disputas Relativas a Inversión entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el “Convenio”), suscrito por la República del Ecuador como Estado Miembro del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, el 15 de enero de 1986 y publicado en el Registro Oficial No. 386 del 3 de marzo de 1986, sea aprobado por el Congreso Ecuatoriano, las Partes se obligan a someter las controversias o divergencias que tengan relación o surja de la ejecución de este Contrato de Participación, a la jurisdicción y competencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el “CIADI”) para que sean arregladas y resueltas de conformidad con lo dispuesto en dicho Convenio. Bajo este sistema de arbitraje se aplicarán las siguientes disposiciones:...”.

⁵¹³ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 161.

⁵¹⁴ *Ibid.*, párrafo 158.

analizar la constitucionalidad o legalidad *per se* de la Ley 42 y las medidas relacionadas⁵¹⁵. En cambio, el enfoque es sobre una presunta violación de contrato que se alega fue el resultado del impacto de la Ley 42 sobre los beneficios económicos esperados por Perenco en virtud del cumplimiento de los Contratos.

B. El enfoque del Tribunal a las reclamaciones de incumplimiento de los Contratos de Participación

324. El Tribunal comienza tomando nota de su abordaje sobre la decisión de *Burlington (Burlington Resources, Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre la Responsabilidad del 14 de diciembre de 2012) y la sentencia del Tribunal Constitucional ecuatoriano sobre la constitucionalidad de la Ley 42, antes de volcarse a las presentaciones de las partes sobre la Ley 42 y su efecto sobre los Contratos.
325. Ambas Partes han dirigido la atención del Tribunal hacia ciertas determinaciones realizadas por el tribunal de *Burlington* con el objetivo de motivar al Tribunal a seguir o rechazar dichas determinaciones. Si bien tiene presente el hecho de que el tribunal de *Burlington* también analizó los Contratos de Participación, el Tribunal hace notar que la jurisdicción del tribunal difiere de la suya propia. El tribunal de *Burlington* tuvo jurisdicción sobre las diferencias relacionadas con el tratado solamente, y por tanto si bien analizó los Contratos de Participación, lo hizo sólo de forma indirecta a la jurisdicción del tratado y evidentemente no consideró los Contratos dentro del marco general del derecho ecuatoriano. No hay, por ejemplo, ninguna discusión del tribunal en la Decisión sobre Responsabilidad o en la opinión disidente sobre si los Contratos son definidos como contratos privados o administrativos, sin embargo ello fue abordado por el Tribunal Constitucional y fue un tema al que los peritos legales de las partes dedicaron considerable atención durante este proceso⁵¹⁶.
326. Puesto que el Tribunal debe conocer sobre todas las “controversias o divergencias que tengan relación o surjan” durante la vigencia de los Contratos de Participación, específicamente toda

⁵¹⁵ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 137.

⁵¹⁶ Véase, por ejemplo, Pérez Loose, 1.º, párrafos 9, 14-28, 36-48; Aguilar, 3.º, párrafos 4-29; 80-107; Pérez Loose, 4.º, párrafos 3-16, 42-57.; Aguilar, 4.º, párrafos 61-77.

“disputa técnica y/o económica”⁵¹⁷, es necesario no solo interpretar los Contratos, sino asimismo analizar el tipo de facultades que el Estado puede tener conforme al derecho ecuatoriano en relación con los mismos y cómo dichas facultades pueden ser ejercidas. Cada pretensión económica debe ser analizada en un contexto jurídico pero ello en sí mismo no obsta a que sea definida como una pretensión económica. Ciertamente, ambas partes han presentado muchas pruebas sobre la cuestión de la incidencia de la ley ecuatoriana sobre la interpretación y aplicación de los términos destacados de los Contratos de Participación. Dada su jurisdicción contractual, el Tribunal considera apropiado analizar los asuntos presentados ante el mismo por las partes en disputa a la luz de sus presentaciones y de todas las pruebas registradas, sin basar su determinación en el análisis contractual del tribunal de *Burlington*.

327. Ambas partes hicieron referencia a la decisión del Tribunal Constitucional. En lo concerniente al fondo de la sentencia del Tribunal, Perenco alegó - haciendo referencia a las críticas del Dr. Pérez Loose - que no fue un “tratamiento persuasivo y cuidadosamente razonado de los fundamentos de derecho abordados”⁵¹⁸. Ello planteó interrogantes sobre qué era exactamente lo que buscaba Perenco que hiciera el Tribunal con respecto a la decisión del Tribunal Constitucional tanto en relación con las reclamaciones contractuales como con las del Tratado.
328. Por su parte, la Demandada enfatizó que la Ley 42 había sido declarada constitucional por la corte más alta del Ecuador⁵¹⁹. Señaló que durante la fase jurisdiccional, Perenco había declarado que “no cuestiona la ‘constitucionalidad o legalidad’ ecuatoriana de la Ley 42 y sus reglamentaciones de implementación”⁵²⁰ y que como resultado de ello, el Tribunal había declarado que el asunto planteado por las Demandadas, “aún si se interpretase como objeción, se ha vuelto irrelevante”⁵²¹. Ecuador renovó su objeción cuando el asunto reapareció de forma evidente en la fase de fondo en relación con el alegato del Memorial Actualizado de Perenco de que “[l]a modificación unilateral de las disposiciones económicas de los Contratos de Participación por medio de la promulgación y aplicación de la Ley 42 [...] fueron violatorios de

⁵¹⁷ Anexos CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7, cláusula 20.3 y E-58, Anexo XVI (presentado nuevamente el 17-11-09); Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 135, 146 y 157-160.

⁵¹⁸ Memorial Actualizado, párrafo 236.

⁵¹⁹ Memorial de Contestación, párrafo 557(v).

⁵²⁰ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante del 15 de enero de 2010, párrafo 63; Memorial de Contestación, párrafo 371 [traducción del Tribunal].

⁵²¹ Memorial de Contestación, párrafo 371 [traducción del Tribunal].

disposiciones constitucionales fundamentales que estaban incorporadas por referencia a los Contratos de Participación” y que las “disposiciones constitucionales –y a la vez contractuales– consagran principios del derecho internacional que se han analizado más arriba”⁵²².

329. En su Réplica, la Demandante declaró nuevamente su posición de que no impugnaba la autoridad del Ecuador para promulgar la Ley 42 ni solicitaba que el Tribunal concediera desagrazios que conllevaran la derogación o modificación de la Ley 42. Más bien, confirmó que impugnaba la aplicación de la Ley 42 a los Contratos de Participación y cómo Ecuador ha aplicado la Ley 42 en contra de Perenco, de manera tal que se infringieron las obligaciones de Ecuador, tanto las de naturaleza contractual como aquellas que nacen al amparo del Tratado⁵²³. En consecuencia:

La reclamación de Perenco en el sentido de que Ecuador incumplió los Contratos mediante una conducta contraria al derecho internacional o inconsecuente con los principios reconocidos en la constitución ecuatoriana...debe entenderse a la luz de esta postura. En la medida que las aseveraciones formuladas en los párrafos 227 al 232 del Memorial Modificado de Perenco se consideren inconsecuentes con dicha postura, tales aseveraciones deberían tenerse por retractadas⁵²⁴.

330. El Tribunal toma nota de dicha aclaración por parte de Perenco.
331. Si bien es consciente de que el Tribunal Constitucional no analizó los Contratos de Participación de Perenco, este Tribunal considera que las determinaciones del Tribunal Constitucional sirven como guía sobre el significado y contenido del derecho ecuatoriano que gobierna los contratos vinculados con la explotación de recursos de hidrocarburos. De manera acorde, el Tribunal busca aplicar la ley ecuatoriana de forma consistente con las determinaciones del Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta lo decidido y lo no decidido por el Tribunal Constitucional⁵²⁵.

⁵²² Memorial de Contestación, párrafos 369-372, citando del párrafo 227 del Memorial Actualizado [traducción del Tribunal].

⁵²³ Réplica, párrafos 174-176.

⁵²⁴ Réplica, párrafo 176, se omite referencia a escritos previos.

⁵²⁵ El Tribunal es consciente de la naturaleza y el objeto de la reclamación analizada por el Tribunal Constitucional. Se solicitó al Tribunal que analizara si la Ley 42 violaba alguno de los siguientes preceptos constitucionales y las consecuencias de ello: seguridad jurídica, igualdad, no retroactividad, respeto por la jerarquía de las leyes, protección de los derechos a la propiedad y cumplimiento de las formalidades procesales en su promulgación. Véase Anexo CA-313, Decisión del Tribunal Constitucional sobre la Ley 42.

332. El Tribunal también sabe que si bien los Contratos de Participación admiten la jurisdicción del Tribunal para conocer sobre cierto tipo de diferencias, también otorgan jurisdicción sobre otros tipos de disputas a los tribunales ecuatorianos⁵²⁶. El Tribunal ya ha sostenido que no tiene jurisdicción sobre asuntos constitucionales, que son “esencialmente asuntos legales”⁵²⁷. El Tribunal no puede cuestionar el dictamen y aplicación del derecho ecuatoriano realizado por los tribunales ecuatorianos en relación con dichos asuntos jurídicos.

C. Los alegatos de las Partes

(1) La posición de la Demandante

333. Perenco alegó que la promulgación de la Ley 42 y su aplicación modificó unilateralmente términos clave de los Contratos de Participación en violación de las disposiciones que permitían la modificación únicamente por vía de acuerdo⁵²⁸. Los Contratos eran regidos por el principio *pacta sunt servanda*, un principio reconocido por el derecho ecuatoriano e incorporado a los Contratos por medio de referencia al Artículo 1561 del Código Civil ecuatoriano y el Artículo 31.1 de la Ley de Hidrocarburos⁵²⁹. El principio fue incorporado expresamente en la cláusula 15.2 de los Contratos, que establecía que toda modificación requería el acuerdo mutuo de las partes⁵³⁰.

334. Perenco argumentó que mediante la aplicación de la Ley 42 y las medidas relacionadas a los Contratos, Ecuador violó el principio porque “efectivamente modificó las condiciones

⁵²⁶ Por ejemplo, la cláusula 22.1.2 del Contrato de Participación en el Bloque 7 establece que ante reclamos que surjan como resultado de actos o resoluciones del Ministerio de Energía y Minas, la Contratista puede iniciar demandas o apelaciones ante los tribunales locales (Anexo CE-17, PER 04859).

⁵²⁷ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 137.

⁵²⁸ Solicitud Enmendada, párrafo 37; Memorial Actualizado, párrafos 201-211; Réplica, párrafos 434-485.

⁵²⁹ Memorial Actualizado, párrafos 201-202. El Artículo 1561 del Código Civil establece que “[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. (CA-43, Código Civil, p. 13). La cláusula 22.1 de los Contratos de Participación establecía que la legislación ecuatoriana regía los mismos (Anexos CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7, PER 04858, y CE-10, Contrato de Participación en el Bloque 21, PER 04722). El Artículo 31.1 de la Ley de Hidrocarburos establece que “[s]i conviniera a los intereses del Estado, los contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos podrán ser modificados por acuerdo de las partes contratantes y previa aprobación del Comité Especial de Licitación (CEL)...”. (Anexo CE-37 (presentado nuevamente el 12-04-12), Ley de Hidrocarburos, Decreto 2967 del Consejo Supremo de Gobierno (en español con extracto traducido), PER 01529).

⁵³⁰ Memorial Actualizado, párrafo 204; citando Anexos CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7, PER 04829 y CE-10, Contrato de Participación en el Bloque 21, PER 04703; Réplica, párrafo 435.

económicas de los Contratos de Participación”⁵³¹. La partición que tenía derecho a recibir y a disponer libremente como resultado de la aplicación de la cláusula 8.1 de los Contratos constituía su “ingreso bruto”, y como resultado, era la “condición económica esencial” de los Contratos⁵³². Esta condición económica garantizaba que tanto la Contratista como el Estado se pudieran beneficiar de los precios crecientes del petróleo; “el Estado, por su propio porcentaje de Participación, y además, a través de los ingresos adicionales que percibiera por concepto de impuestos y otros aportes que realizara Perenco”⁵³³. La Ley 42, sin embargo, tenía la intención de, y de hecho logró, asignar los beneficios de los precios crecientes del petróleo “casi exclusivamente al Estado y se los quitó a Perenco”⁵³⁴. Creó para “Ecuador un derecho *adicional* (y una correspondiente obligación a Perenco) que los Contratos sencillamente no le otorgaban”⁵³⁵. Perenco alegó que ello constituía un incumplimiento de los términos económicos de los Contratos⁵³⁶. Fue una modificación unilateral de los Contratos cuando la ley ecuatoriana (según incorporada a los Contratos por vía de referencia) y los Contratos mismos establecían que toda modificación fuera por acuerdo de las partes⁵³⁷.

335. La refutación de Perenco al alegato de que la Ley 42 era como mucho “algún tipo de cargo adicional que caía fuera del marco del contrato”⁵³⁸ fue que ignoraba el hecho de que los tipos de ingresos que el Estado podía obtener de las actividades petroleras dispuestas en cada Contrato eran una lista taxativa. El Artículo 44 de la Ley de Hidrocarburos definía las posibles formas de ingreso que el Estado podía percibir de las actividades de explotación petrolera, y ello se reflejaba con mayor detalle en el caso de los Contratos de Participación⁵³⁹. Perenco alegó que “[d]e hecho, en los Contratos se trata cada una de las posibles fuentes de ingresos del Estado, ya sea para requerir algún pago o para exonerar al Contratista del pago por ese

⁵³¹ Memorial Actualizado, párrafo 208.

⁵³² Memorial Actualizado, párrafo 209; Réplica, párrafo 447.

⁵³³ Memorial Actualizado, párrafo 210.

⁵³⁴ *Ibid.*; Réplica, párrafos 437-441, 446 y Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 8, páginas 1953 *et seq.* El propósito de la Ley 42 era “hacer que los operadores petroleros tal como Perenco renegociaran sus contratos”, y en el caso del Ecuador, “corregi[r] un ‘desequilibrio’ *contractual*” (Réplica, párrafo 438 [bastardilla en el original]).

⁵³⁵ Réplica, párrafo 446 [bastardilla en el original].

⁵³⁶ Memorial Actualizado, párrafos 210-211; Réplica, párrafos 437-440.

⁵³⁷ Memorial Actualizado, párrafo 211; Réplica, párrafos 436-460.

⁵³⁸ Memorial Actualizado, párrafo 213.

⁵³⁹ Memorial Actualizado, párrafos 217-218.

rubro”⁵⁴⁰. Los Contratos establecían así de forma detallada las obligaciones de pago de la Contratista y la Ley 42, al “crear para el Estado una fuente adicional de posibles ingresos que previamente no había sido contemplada ni en la Ley de Hidrocarburos ni en los Contratos”, incumplió el acuerdo de las partes⁵⁴¹.

336. Perenco reconoció que si bien el Artículo 44 de la Ley de Hidrocarburos podía ser enmendado, dicha enmienda no se reflejaba automáticamente en los Contratos que, como resultado del principio *pacta sunt servanda* y por los términos de los Contratos en sí, exigían que cualquier enmienda fuera estrictamente por acuerdo⁵⁴².

337. Perenco alegó además que los Contratos obligaban a Ecuador a negociar un factor de corrección en el caso de que cualquier medida que adoptara alterara la economía de los Contratos⁵⁴³. Esto no fue hecho.

338. Perenco también alegó que el principio de *pacta sunt servanda* no podía ser suprimido por cualquier, en sus palabras, “doctrina de derecho administrativo en materia de ‘poderes extraordinarios’”, y aún si pudiera serlo, “tal doctrina requeriría el pago de un resarcimiento pleno al contratista, si los cambios afectan las condiciones económicas del contrato, el cual no se ha ofrecido ni, menos aún, pagado en este caso”⁵⁴⁴.

339. Rechazó de forma similar cualquier justificación de Ecuador sobre la base del principio *rebus sic stantibus* - o de circunstancias extremadamente gravosas⁵⁴⁵. Las circunstancias que aparentemente exigían la promulgación de la Ley 42 no eran imprevisibles dado que “las fluctuaciones de precio fueron específicamente discutidas durante las negociaciones del Bloque

⁵⁴⁰ *Ibid.* cf. Dúplica, sección 4.1.1.

⁵⁴¹ Memorial Actualizado, párrafo 219.

⁵⁴² *Ibid.*

⁵⁴³ Memorial Actualizado, párrafo 220; Réplica, párrafos 461-495.

⁵⁴⁴ Memorial Actualizado, párrafo 207.

⁵⁴⁵ Memorial Actualizado, párrafos 233-234; Réplica, párrafos 458-459. Llamativamente, al basarse la Demandante en la prueba de su perito el Dr. Pérez Loose sobre la doctrina *rebus sic stantibus*, parece confundir su ejercicio con el de la potestad de *jus variandi* del gobierno: Réplica, párrafo 458 (“El Dr. Pérez Loose ya ha explicado que la doctrina *rebus sic stantibus* no corresponde a los Contratos de Participación por una serie de razones y no podría justificar la Ley 42 incluso aunque correspondiera. Véase HPL ER V párrafos 34-44; HPL ER I párrafos 29-35; véase también HPL ER I párrafos 38, 91 (que explica que la *jus variandi* de la administración no se puede aplicar para privar a la contratista del beneficio económico del contrato firmado con el Estado, que no se puede aplicar a contratos aleatorios tales como los Contratos de Participación, y que la Ley 42 no constituía un ejercicio de *jus variandi*))” [bastardilla y citas internas en el original].

7”, durante las cuales las partes acordaron “no incluir un mecanismo de banda de precios que habría aumentado el porcentaje de participación del Estado en los ingresos que se percibieran por encima de un precio de referencia”⁵⁴⁶. Ecuador se benefició ampliamente de la inversión de Perenco y del elevado precio del petróleo. Como resultado, Ecuador no puede argumentar que el cumplimiento de los Contratos bajo esas circunstancias hubiera sido “excesivamente gravoso” o “irrazonablemente más oneroso” (fue el término que se utilizó en la Réplica)⁵⁴⁷. Finalmente, en caso de invocarlo, el principio permite a la parte afectada buscar una renegociación de los términos del contrato o, de fracasar tal renegociación, recurrir a la corte o tribunal competente para reajustar las condiciones del contrato o rescindirlo⁵⁴⁸. De forma similar, Ecuador no cumplió con este requisito; no buscó una negociación ni, habiendo fracasado la misma, una solución judicial⁵⁴⁹.

340. Finalmente, Perenco alegó que los “esfuerzos sin tregua de Ecuador por aplicar a Perenco la Ley 42 gradualmente llevaron a que violentara también otros aspectos de los Contratos”, es decir, el derecho de Perenco de disponer y comercializar libremente su parte del crudo a través del embargo del crudo de Perenco por el Estado mediante las coactivas⁵⁵⁰ y su derecho de operar los Bloques a través de la toma por fuerza y posterior declaración de *caducidad* en 2009⁵⁵¹. En relación con esto, argumentó que Ecuador cometió una violación adicional del contrato al incumplir la Decisión sobre Medidas Provisionales⁵⁵².

341. Perenco alegó además que al eximir de la aplicación de la Ley 42 a otra contratista operando en Ecuador, Andes Petroleum, con respecto a su Contrato de Participación en el Bloque Tarapoa⁵⁵³, Ecuador violó su compromiso contractual conforme a la cláusula 5.1.28 del

⁵⁴⁶ Memorial Actualizado, párrafos 234 y 237.

⁵⁴⁷ *Ibid.*; Réplica, párrafo 459.

⁵⁴⁸ Memorial Actualizado, párrafo 233.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, párrafo 234.

⁵⁵⁰ Anexos CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7, cláusula 5.3.2 (PER 04776), 10.1 (PER 04817), 10.2 (PER 04818), y CE-10, Contrato de Participación en el Bloque 21, cláusula 5.3.3 (PER 04663), 10.1 (PER 04696), 10.2 (PER 04696-04697); Memorial Actualizado, párrafos 209-210; Réplica, párrafo 149.

⁵⁵¹ Anexos CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7, cláusula 4.2 (PER 04758), y CE-10, Contrato de Participación en el Bloque 21, cláusula 4.2 (PER 04653); Memorial Actualizado, párrafo 212; Réplica, párrafo 433.

⁵⁵² Decisión sobre Medidas Provisionales, párrafo 79, Memorial Actualizado, párrafos 222-226; Réplica, párrafos 246-253.

⁵⁵³ Anexo CE-12, Contrato de Modificación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo Crudo) entre Petroecuador y City Investing Company Limited, para el Bloque Tarapoa, 25 de julio de 1995 (en español con traducción al inglés de extractos) (“Contrato de Participación en el Bloque Tarapoa”).

Contrato de Participación en el Bloque 7 de no discriminar entre “Contratistas de participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos”⁵⁵⁴.

(2) La posición de la Demandada

342. Ecuador alegó que sobre una interpretación verdadera de los Contratos de Participación y la correcta aplicación del derecho ecuatoriano, no puede decirse que la Ley 42 y sus Reglamentos de Aplicación hayan violado los Contratos de Participación⁵⁵⁵.
343. La única garantía que los Contratos de Participación brindaban a la Demandante era la “participación” en la forma de un derecho a una porción física del petróleo producido⁵⁵⁶. La cláusula 4.2 (de ambos Contratos) dispone que la Contratista recibiría “como participación, un porcentaje de la Producción Fiscalizada” y dicho porcentaje era a su vez determinado con una fórmula establecida en la cláusula 8.1⁵⁵⁷. Ecuador se basó además en la cláusula 5.3.2 de los Contratos al alegar que “el derecho de la Contratista conforme al Contrato de Participación era ni más ni menos que ‘[r]ecibir en el Centro de Fiscalización y Entrega y disponer libremente de la Participación de la Contratista’”⁵⁵⁸.
344. Ecuador argumentó que Perenco no puede, sobre una interpretación verdadera de dichos términos contractuales, tener una pretensión razonable de una garantía de cierta asignación de ganancias⁵⁵⁹. El objeto y la redacción expresa de la cláusula 8.2 de los Contratos fue el fundamento de su interpretación de los términos clave de los Contratos. La cláusula 8.2 mostró el “acuerdo de las Partes para fijar, *a los fines del impuesto a la renta*, los ingresos brutos

⁵⁵⁴ Réplica, párrafos 496-501. La cláusula 5.1.28 del Contrato de Participación en el Bloque 7 establece “Las partes entienden que el tratamiento que la Contratista tanto del Gobierno del Ecuador como de PETROECUADOR, no será menos favorable que el que reciban, en condiciones similares, otras Contratistas de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos”. (Anexo CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7, PER 04722). El Tribunal nota que Perenco en su Réplica indicó que no promovería su pretensión de discriminación conforme al Tratado: Réplica, párrafo 5.

⁵⁵⁵ Memorial de Contestación, secciones 6.1-6.3.

⁵⁵⁶ Memorial de Contestación, párrafos 375-383, 394-399 [traducción del Tribunal].

⁵⁵⁷ *Ibid*; Anexos CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7, PER 04758, y CE-10, Contrato de Participación en el Bloque 21, PER 04653.

⁵⁵⁸ Memorial de Contestación, párrafo 382, citando del Anexo CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7, PER 04776 [traducción del Tribunal].

⁵⁵⁹ Memorial de Contestación, párrafos 384, 395; Dúplica, sección 4.1.2. Ecuador admitió que la perspectiva de factores de ajuste conforme a los Contratos sobre los porcentajes respectivos de participación de las Partes sugería que “Perenco tenía protección de que su Participación de la Producción generaría para sí al menos el retorno promedio ex ante a largo plazo sobre el costo de capital”. (Dúplica, párrafo 369) [traducción del Tribunal].

estimados a ser generados por la Contratista...la cláusula 8.2 establecía: *La Participación de la Contratista, calculada en promedio anual a precio real de venta, que en ningún caso será menor al Precio de Referencia, más otros ingresos provenientes de las actividades de la Contratista relacionadas con este Contrato, constituirá el ingreso bruto de la Contratista bajo este Contrato, del cual efectuará las deducciones y pagará el impuesto a la renta, de conformidad con las cláusulas 11.1 y 11.2*⁵⁶⁰.

345. De acuerdo al alegato del Ecuador, esto sugería que los Contratos no tenían intención de realizar una suma garantizada de ingresos brutos en favor de la Contratista puesto que debía hacer una construcción artificial a los fines de los impuestos a la renta y, más aún, el Estado tenía libertad para aplicar la tasa de impuestos sobre los ingresos brutos que considerara adecuada⁵⁶¹.
346. Alternativamente, Ecuador alegó que aún en el caso que la cláusula 8.2 garantizara ciertos ingresos brutos, la Ley 42 no alteró la cláusula 8.2 puesto que no modificó la fórmula para calcular los ingresos brutos de la Contratista, y de esta manera no se puede decir que haya operado en violación de la cláusula 8.2⁵⁶².
347. Ecuador rechazó de forma similar la reclamación de Perenco vinculada con la activación de la cláusula de renegociación de los Contratos de Participación⁵⁶³. Afirmó que no se había disparado porque la Ley 42 y sus Reglamentos de Aplicación no alteraron la economía de los Contratos de Participación⁵⁶⁴.
348. Las cláusulas 8.6 y 11.12 de Contrato del Bloque 7 y 11.7 del Contrato del Bloque 21 “captaban sólo aquellas modificaciones que *‘tengan un impacto sobre las condiciones económicas de’*” los Contratos y el factor de corrección sólo podía ser aplicado para “absorber

⁵⁶⁰ Memorial de Contestación, párrafo 386 [énfasis y bastardilla en el original] [traducción del Tribunal]; citando el Anexo CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7, PER 04807; Anexo CE-10, Contrato de Participación en el Bloque 21, PER 04689.

⁵⁶¹ Memorial de Contestación, párrafos 386-388; 394-395.

⁵⁶² Memorial de Contestación, párrafo 395(iii). La Demandante en su Réplica comentó que dicha aseveración llevada a sus límites lógicos sugería que “no había nada que le impidiera a Ecuador quitarle *todo* el beneficio económico que Perenco tenía bajo los Contratos. De acuerdo con el argumento de Ecuador, éste podría haber percibido el 100% de todos los ingresos provenientes de la producción petrolera (incluso sin umbral de precio de referencia) y aun así no incumplir los Contratos en lo más mínimo” (Réplica, párrafo 450 [énfasis en el original]).

⁵⁶³ Memorial de Contestación, párrafos 389-392, 409-421; cf. Réplica, párrafos 486-495.

⁵⁶⁴ Memorial de Contestación, párrafos 405, 409-421; Dúplica, párrafos 356-360.

ese ‘impacto’ en lugar de absorber cualquier incremento general en la carga tributaria de la Contratista”⁵⁶⁵. La posición del Ecuador era que la cláusula 11.12/11.7 no “operaba como una medida de estabilización que absorbía *cualquier* incremento de la carga tributaria de la Contratista”⁵⁶⁶.

349. Ecuador alegó en este sentido que Perenco no había probado que la Ley 42 y sus Reglamentos de Aplicación hubieran tenido un impacto sobre la economía de los Contratos de Participación, y cuál hubiera sido un ajuste apropiado⁵⁶⁷. De hecho, Perenco “no ofreció pruebas sobre el significado de ‘las condiciones económicas de este Contrato’ de conformidad con el derecho ecuatoriano”, mucho menos presentó prueba pericial o de otro tipo para mostrar el impacto de la Ley 42 sobre la economía de los Contratos de Participación (como se entendía al momento de suscripción de los Contratos de Participación)⁵⁶⁸.
350. En la opinión del Ecuador, la “cuestión relevante [era] si la medida impactó en las expectativas del precio promedio del petróleo a largo plazo sobre las que la Participación de la Producción de la Contratista de la Cláusula 8 de los Contratos de Participación estaba fijada, de manera que, manteniéndose iguales todas las cosas, aquellos factores X continuarían generando una tasa de retorno de alrededor del 15%”⁵⁶⁹. Brindó pruebas que sugerían que los precios de referencia de la Ley 42 estaban en todo momento fijados por encima de los US\$ 15/bbl, lo que, según argumentó, fue la base del modelo económico considerado durante la negociación de ambos contratos, y que podía observarse en los cálculos adjuntos en el Contrato de Participación del Bloque 7 como Anexo V⁵⁷⁰. Los precios de referencia para los Bloques 7 y

⁵⁶⁵ Memorial de Contestación, párrafo 390 [énfasis en el original] [traducción del Tribunal]. La Demandante respondió a esto en su Réplica, alegando que era una lectura selectiva de la cláusula 11.12/11.7: “El argumento de Ecuador de que el factor de corrección debe ‘absorber *ese* ‘impacto’ [en las condiciones económicas de los Contratos] en lugar de absorber cualquier incremento general en la carga tributaria de la Contratista’ (ECM, párrafo 390, énfasis en el original) es invertir el lenguaje claro de los Contratos: por el contrario, la cláusula 11.12 dispone que el factor de corrección debe ‘absorb[er] *el incremento o disminución de la carga... tributaria*’” (Réplica, párrafo 465 [énfasis en el original]).

⁵⁶⁶ Memorial de Contestación, párrafo 390 [énfasis y bastardilla en el original] [traducción del Tribunal].

⁵⁶⁷ Memorial de Contestación, párrafos 403, 405, 409-424 cf. Réplica, párrafos 466-495; véase también, Dúplica, párrafos 366-367, sección 4.2.

⁵⁶⁸ Memorial de Contestación, párrafo 405 [traducción del Tribunal].

⁵⁶⁹ Dúplica, párrafo 383 [traducción del Tribunal].

⁵⁷⁰ Memorial de Contestación, párrafos 414-419; Dúplica, sección 4.2.1. La Demandante respondió que esto ignoraba la existencia de una ecuación matemática-económica específica establecida de forma expresa en la cláusula 8.1 de los Contratos, y que la misma no identificaba US\$ 15/bbl como su premisa. La cláusula 8.1 era una representación autosuficiente de la ‘economía’ o ‘equilibrio’ de los Contratos y ello era confirmado por el hecho de que si se aplicara un factor de corrección a los Contratos como resultado de un cambio en la carga tributaria que hubiera

21 en el momento de suscripción de los Contratos fueron fijados por el Ministerio de Energía y Minas en, respectivamente, US\$ 25,111383/bbl y US\$ 15,358274/bbl⁵⁷¹. Más aún, hubo casos, como en 2006, según se reflejó en el Plan de Desarrollo del campo Oso, que “las propias proyecciones económicas de Perenco...estaban basadas sobre la premisa de un precio/bbl inferior al precio de referencia de la Ley 42”⁵⁷². Esto y la tasa de retorno del 15-20% establecida en la 7ma Ronda de Licitaciones, que era representativa de las presunciones económicas *ex ante* a largo plazo que eran la base de los Contratos de Participación, fueron preservadas en la aplicación de la Ley 42 y sus Reglamentos de Aplicación⁵⁷³.

351. En cualquier caso, aceptando para los fines de la argumentación que la Ley 42 afectó la economía de los Contratos, Ecuador alegó que las disposiciones de renegociación en el mejor de los casos imponían sobre las partes una obligación de negociar y Perenco tenía la carga de probar que la imposibilidad de acordar sobre un factor de corrección era culpa del Ecuador⁵⁷⁴. Perenco está “puesta a prueba por la cuestión del nexo de causalidad”⁵⁷⁵. Ecuador alega que no puede hacerlo porque no “adoptó las medidas más básicas necesarias para incluso invocar” las

impactado en la economía de los Contratos, el mismo se aplicaría a la cláusula 8.1. Véase Réplica, párrafos 469-471. La Demandante alegó que el Anexo V no pretendía ser una declaración de la ‘economía’ del Contrato, su propósito se extendía sólo en la medida que demostraba el interés del Estado de migrar a contratos de participación: Réplica, párrafo 473. La Demandante de forma similar argumentó vigorosamente en contra de la imputación del Anexo V, que había sido redactado en relación con el Contrato del Bloque 7, a la operación del Contrato del Bloque 21: “No puede ser el caso que la ‘economía’ del Contrato del Bloque 21 esté contenida en un anexo que no existe. Mucho menos puede ser cierto, como aduce Ecuador, que el anexo a un contrato diferente, que tiene un propósito diferente y circunstancias diferentes, redactado cuatro años *después* de la celebración del Contrato del Bloque 21, establece la ‘economía’ del Contrato del Bloque 21 ‘al momento de la celebración del contrato’” [énfasis en el original] (Réplica, párrafo 475). En su Dúplica, Ecuador respondió aseverando que la cláusula 8.1 era claramente “el producto” de los parámetros considerados y debatidos en la 7ma Ronda de Licitaciones, y por esa razón la presunción de precios era constitutiva de la ecuación matemático-económica de los Contratos: Dúplica, párrafo 381.

⁵⁷¹ Anexo E-126, Carta del Director Nacional de Hidrocarburos (Ministerio de Energía y Minas) a Perenco del 6 de julio de 2006 con adjuntos.

⁵⁷² Memorial de Contestación, párrafo 420 [énfasis en el original] [traducción del Tribunal].

⁵⁷³ Dúplica, sección 4.2.1, en particular los párrafos 397-400. En su Dúplica, Ecuador aseveró que había una falla fundamental en el análisis económico realizado por el perito de Perenco; ignoraba que Perenco había gozado un precio elevado desde el comienzo de los períodos de los Bloques 7 y 21 hasta la entrada en vigencia de la Ley 42, y asumía que la Ley 42 y el Decreto 662 operaban retroactivamente: Dúplica, párrafos 401-404.

⁵⁷⁴ Memorial de Contestación, párrafos 422-423. La Demandante por su parte tenía una interpretación distinta con respecto a sobre quién descansaba la carga de las disposiciones de renegociación; “Las cláusulas de ajuste le generan a Ecuador la clara obligación de obtener un resultado: modificar los Contratos a fin de incluir un factor de corrección para absorber los efectos de la Ley 42 en Perenco. Esta obligación no tiene nada que ver con una mera obligación de negociar para obtener un resultado incierto”. (Réplica, párrafo 489). Véase también, Dúplica, sección 4.3.

⁵⁷⁵ Memorial de Contestación, párrafo 423 [traducción del Tribunal].

cláusulas y luego no logró obtener el consentimiento del socio del Consorcio para el acuerdo que resultó de las negociaciones realizadas durante 2009⁵⁷⁶.

352. Ecuador negó de forma similar cualquier sugerencia de Perenco de que la cláusula 22.1 de los Contratos operara como una cláusula de estabilización⁵⁷⁷. En lugar de ello, dicha cláusula debía interpretarse como estableciendo que los Contratos “son regidos por la legislación ecuatoriana ‘y’ aquellas leyes que estuvieran entonces en vigencia” al momento en que los Contratos de Participación fueron suscritos “fueron incorporadas por referencia”⁵⁷⁸. Si esta cláusula fuera una cláusula de estabilización, tornaría nulo el mecanismo de renegociación de las cláusulas 8.6 y 11.12 del Contrato del Bloque 7 y 11.7 del Contrato del Bloque 21, que fueron gatilladas por una enmienda de la ley ecuatoriana que tuvo consecuencias en la economía de los Contratos⁵⁷⁹.
353. Más aún, las cláusulas no pueden ser cláusulas de estabilización porque conforme al derecho ecuatoriano una cláusula de estabilización requiere que el Estado “haya excluido de forma expresa la aplicación de las leyes/y o reglamentos promulgados luego de la fecha de suscripción de los contratos”, y la cláusula se asemeja a una disposición del Artículo 7(18) del Código Civil ecuatoriano, lo que significa que determinar que son cláusulas de estabilización sugeriría que todos los contratos regidos por la ley ecuatoriana están regidos por la ley congelada al momento de celebración del contrato⁵⁸⁰.
354. Finalmente, Ecuador niega haber cometido ningún incumplimiento del contrato en relación con la Decisión sobre Medidas Provisionales. Alegó que si bien las partes se comprometieron en

⁵⁷⁶ Memorial de Contestación, párrafo 424 [traducción del Tribunal]. La Demandante respondió a esto en su Réplica; alegó que en 2009 las negociaciones no “tuvieron por finalidad acordar un ‘factor de corrección’ de la fórmula de participación de la Cláusula 8, sino más bien terminar los Contratos de Participación y pasar a un contrato de prestación de servicios” y que no incumplió con la presentación de las cifras sino que no era necesario que lo hiciera hasta que el proceso fuera iniciado por Ecuador, lo que no fue hecho por éste último (Réplica, párrafo 487). Véase también, Réplica, párrafos 490-494. La conclusión final para la Demandante fue que la imposibilidad de alcanzar una solución amigable fue debida a la conducta del Ecuador; su proceder en las negociaciones fue “poco coherente y cada vez más inflexible” y “Ecuador, entre otras cosas, dio por terminadas las negociaciones, rechazó los comentarios de Perenco y anunció públicamente que asumiría el control de las operaciones de Perenco y le confiscaría su petróleo”. (Réplica, párrafo 494).

⁵⁷⁷ Memorial de Contestación, párrafo 397. Ecuador adoptó la misma posición con respecto a las cláusulas 8.6 y 11.7/11.12 (Dúplica, párrafo 365).

⁵⁷⁸ Memorial de Contestación, párrafos 397-398 [énfasis y bastardilla en el original] [traducción del Tribunal].

⁵⁷⁹ *Ibid.*

⁵⁸⁰ Memorial de Contestación, párrafos 398-400 [traducción del Tribunal].

los Contratos a someter disputas específicas al arbitraje del CIADI y a respetar el “laudo *final*”, no se habían comprometido a, y dichas obligaciones no podían constituir por implicación un compromiso a, cumplir con las recomendaciones del tribunal sobre medidas provisionales⁵⁸¹.

355. Sobre la cuestión de Andes Petroleum y la pretensión contractual conforme a la cláusula 5.1.28 del Contrato del Bloque 7, Ecuador buscó la desestimación en primer lugar porque fue presentada tardíamente⁵⁸². Fue presentada por primera vez por la Demandante en su Réplica; no se incluyó en su Solicitud, Memorial o Memorial Actualizado⁵⁸³. Ecuador alegó alternativamente que Perenco no había cumplido con la carga probatoria al establecer su pretensión, es decir, que no había demostrado que Perenco y Andes estuvieran en “condiciones similares” (el término utilizado en la cláusula 5.1.28), que no hubiera una justificación creíble para un trato diferenciado y que hubiera intención por parte del estado de favorecer a Andes Petroleum en el Contrato del Bloque Tarapoa⁵⁸⁴.

D. La Decisión del Tribunal

(1) Los términos claves de los Contratos de Participación

356. El Tribunal comienza señalando ciertas características básicas de los Contratos relacionadas con la controversia contractual. Ambos Contratos fueron negociados dentro del contexto más amplio del derecho ecuatoriano. La cláusula 22.1 (de ambos Contratos) estipulaba que el Contrato se regía exclusivamente por la legislación ecuatoriana, y se entendían incorporadas en él las leyes vigentes al tiempo de su celebración⁵⁸⁵. El “Marco Legal” establecía una lista no taxativa de la “normativa legal” aplicable al Contrato (incluyendo la Ley de Hidrocarburos, la Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos y varios reglamentos vinculados a las mismas, así como otras leyes generales ecuatorianas)⁵⁸⁶.

⁵⁸¹ Memorial de Contestación, párrafo 448 [énfasis añadido]; Dúplica, párrafos 422-425 [traducción del Tribunal].

⁵⁸² Dúplica, párrafos 426-427.

⁵⁸³ *Ibid.*; Réplica, párrafos 496-501.

⁵⁸⁴ Memorial de Contestación, párrafos 529-533; Dúplica, párrafos 426-428.

⁵⁸⁵ Anexos CE-10, Contrato de Participación en el Bloque 21 y CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7.

⁵⁸⁶ La cláusula 22.1.4 del Contrato del Bloque 7 identifica las siguientes normas: La Ley de Hidrocarburos, promulgada en el Registro Oficial No. 711 (noviembre de 1978), Ley No. 101, promulgada en el Registro Oficial No. 306 (13 de agosto de 1982), Ley No. 08, promulgada en el Registro Oficial No. 22 (23 de septiembre de 1986), Decreto Ley No. 24, promulgado en el Registro Oficial No. 446 (29 de mayo de 1986), Ley No. 44, promulgada en el Registro Oficial No. 326 (29 de noviembre de 1993), Ley No. 49 promulgada en el Registro

357. Ambos Contratos de Participación incluían una cláusula exorbitante que reconocía la potestad del Ministerio de Energía y Minas de declarar *caducidad* por los motivos y conforme al procedimiento establecido en los Artículos 74-76 de la Ley de Hidrocarburos⁵⁸⁷. (La presencia de dicha cláusula era, como reconoció el perito legal de la Demandante, un indicio de la existencia de un contrato administrativo⁵⁸⁸).
358. En la medida en que las partes brindaron guías para la interpretación, la cláusula 3.1 de cada Contrato establecía que el Contrato debía ser interpretado “de acuerdo con las disposiciones del Título XIII, Libro IV del Código Civil del Ecuador...”⁵⁸⁹. El artículo 1561 del Código Civil dispone que: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”⁵⁹⁰.
359. Tanto la Ley de Hidrocarburos como los Contratos de Participación exigían el acuerdo mutuo de las partes para la modificación de los contratos. El Artículo 31-A de la Ley de Hidrocarburos establecía que los contratos petroleros pueden ser modificados, si conviniere a los intereses del Estado, siempre que, entre otras cosas, medie acuerdo de la contratista⁵⁹¹. Dicha premisa normativa fue posteriormente reflejada en los Contratos en sí⁵⁹².
360. Ambos Contratos incluían una fórmula sobre la participación del volumen así como otras disposiciones dirigidas a la preservación de las participaciones respectivas de las partes sobre

Oficial No. 346 (28 de diciembre de 1993), Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos, promulgada en el Registro Oficial No. 523 (9 de septiembre de 1994), Ley Especial de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR) y sus Empresas Filiales, promulgada en el Registro Oficial No. 283 (26 de septiembre de 1989), Ley de Régimen Tributario Interno, promulgada en el Registro Oficial No. 341 (22 de diciembre de 1989), Ley No. 10 del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales, promulgada en el Registro Oficial No. 30 (21 de septiembre de 1991) *etc.*

⁵⁸⁷ Cláusula 21 de los contratos del Bloque 7 y el Bloque 21 (base y proceso conforme a los cuales se puede iniciar la declaratoria de caducidad): Anexos CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7, PER 04855, y CE-10, Contrato de Participación en el Bloque 21, PER 04720.

⁵⁸⁸ Pérez Loose, 1.º, párrafos 14, 17 y 37.

⁵⁸⁹ Anexos CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7, PER 04743, y CE-10, Contrato de Participación en el Bloque 21, PER 04643.

⁵⁹⁰ CA-381, Código Civil, Registro Oficial No. 46 del 24 de junio de 2005 (en español); Memorial de Contestación, párrafo 259.

⁵⁹¹ “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 y previa aprobación del Comité Especial de Licitación (CEL). Para ello se requerirán los informes previos favorables del Procurador General del Estado, del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, del Consejo de Administración de Petroecuador y del Ministerio de Energía y Minas”. (Anexo CE-37 (presentado nuevamente el 12-04-12), Ley de Hidrocarburos, Decreto 2967 del Consejo Supremo de Gobierno (en español con extracto traducido), PER 01529).

⁵⁹² Anexos CE-10, Contrato de Participación en el Bloque 21, Cláusula 11.7 (PER 04699) y CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7, Cláusula 11.12 (PER 04823).

la producción. La cláusula 8 del Contrato del Bloque 7, por ejemplo, la cláusula sobre “Participación y Procedimientos para la Entrega”, contenía una cláusula de “estabilidad económica” ligada a potenciales modificaciones del régimen tributario:

8.6 Estabilidad económica: En caso de que por acción del Estado ecuatoriano o PETROECUADOR, ocurriere cualquiera de los eventos que se describen a continuación, que tenga consecuencias en la economía de este Contrato, 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...⁵⁹³.

361. Las partes también abordaron la relación entre las medidas tributarias y sus respectivos porcentajes de participación. La cláusula 11, párrafos 1 a 11 en el Contrato del Bloque 7 (y la cláusula 11, párrafos 1 a 6 del Contrato del Bloque 21), contenía una lista taxativa de medidas tributarias y estaba claramente diseñada para operar de manera tal que si un nuevo tributo fuera implementado, o un tributo existente fuera modificado, se activaría el derecho de solicitar una modificación del Contrato. Ello queda claro por la disposición final de la cláusula 11.12 del Contrato del Bloque 7 (cláusula 11.7 del Contrato del Bloque 21), que establece:

11.12 Modificación del régimen tributario. *En caso de modificación del régimen tributario o de creación o eliminación de nuevos tributos no previstos en este Contrato... 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...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 para la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos⁵⁹⁴.*

⁵⁹³ Anexo CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7, PER 04811-04812 [negrita en el original].

⁵⁹⁴ *Ibid.*, PER 04824, [negrita en original, énfasis añadido]. Ello hace referencia al Decreto No. 1417, Reglamento para la Aplicación de la Ley Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos, Registro Oficial No. 364 del 21 de enero de 1994. El Artículo 31 dispone: “Competencia de otros órganos: No requieren de aprobación del CEL las modificaciones contractuales derivadas de modificaciones del sistema tributario aplicable al contrato, así como las que no afecten a la esencia del contrato, calificadas como tales por el CEL, previa consulta a este organismo por parte del Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR, las mismas que serán aprobadas por el Consejo de Administración de PETROECUADOR y se implementarán a través de contratos modificatorios. Se exceptuarán aquellos casos en los que la Ley, en forma expresa, establece la competencia de otros órganos” (Anexo CE-6, PER 00498). El Artículo 32 a continuación establece en parte el procedimiento para la modificación de los contratos: “Las modificaciones que están sometidas a la aprobación del CEL, seguirán el siguiente procedimiento: (...) b) De haberse alcanzado el acuerdo mutuo de las partes sobre las bases de la respectiva modificación contractual, el Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR someterá a conocimiento, e informe del Consejo de Administración, las modificaciones acordadas con la contratista; (...) d) Si el Ministro del Ramo estuviere de acuerdo con las modificaciones negociadas, emitirá su informe favorable y solicitará los informes respectivos sobre dichas

362. Conforme a sus propios términos, las cláusulas 11.7 y 11.12 de los dos Contratos no prohibían al Estado la introducción de nuevos tributos o la modificación de los ya existentes, pero en el caso que dichas medidas fueran adoptadas y tuvieran “consecuencias en la economía” del Contrato, surgía la obligación de negociar un “factor de corrección” que absorbiera el aumento o disminución de la carga tributaria.

363. Las cláusulas 15.2, tituladas “Contratos Modificatorios”, establecen en este sentido:

15.2 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 o cambiario o la participación laboral aplicables 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 11.11⁵⁹⁵.

364. La inclusión de cláusulas de modificación tributaria y de enmiendas contractuales reflejaba así el acuerdo de las partes, señalado previamente, de hacer una lista con los tributos, gravámenes, reparto de utilidades a los empleados y aportes aplicables que fueran requeridos a la Contratista.

365. Dos puntos sobre las cláusulas antedichas merecen mención. Primero, el requisito para la introducción de cualquier factor de corrección era la demostración (y el acuerdo posterior de las partes) de que el tributo nuevo o modificado tuvo “consecuencias en la economía” del contrato; un tributo nuevo o modificado que no tuviera dichas consecuencias no requería un factor de corrección. Segundo, la cláusula 11 no estipulaba cómo sería calculado el factor de corrección, porque la naturaleza precisa del tributo futuro o modificado y su efecto potencial sobre el Contrato no podía ser conocido al momento de contratar. La cláusula 11 si establecía el resultado último, es decir, un cambio en las respectivas participaciones de las partes “que absorba el incremento o disminución de la carga tributaria”. El proceso contemplado era uno de negociación en buena fe para lograr una compensación mutuamente aceptable que resultara en un contrato enmendado.

modificaciones al Procurador General del Estado y al Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas” (Anexo CE-6, PER 00498).

⁵⁹⁵ Anexos CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7, PER 04829, y CE-10, Contrato de Participación en el Bloque 21, PER 04703. Esta referencia a la cláusula 11.11 pareciera ser un error, debería hacer referencia a la cláusula 11.12.

366. Si bien dichas cláusulas fueron diseñadas claramente para proteger la contraprestación contractual, en la opinión del Tribunal no constituyen cláusulas de estabilización *per se*. Conforme a sus propios términos (por ejemplo, “[e]n caso de modificación del régimen tributario o de creación... de nuevos tributos no previstos en este Contrato...”). los Contratos obviamente no tenían la intención de congelar el derecho ecuatoriano al momento de suscripción y de prohibir al Estado la modificación del régimen tributario.
367. En relación con esto la Demandada señaló que la práctica jurídica ecuatoriana contiene ejemplos de acuerdos de estabilización y los mismos requieren de forma expresa que el Estado prohíba la aplicación de las leyes y reglamentos promulgados luego de la fecha de suscripción del contrato. Los Contratos de Participación en cuestión no siguen este modelo⁵⁹⁶. Más aún, el Tribunal Constitucional determinó que “la renuncia al ejercicio de tal potestad [del poder del Estado para modificar o reformar los contratos administrativos] debe realizarse de forma expresa en el correspondiente contrato administrativo”⁵⁹⁷. Como hemos señalado, no hay dicha renuncia en ninguno de los Contratos.
368. La característica final destacable de los Contratos es que ambos contenían un acuerdo redactado de forma amplia, de que “las Partes se comprometen a utilizar los medios previstos en este Contrato para dirimir *dudas y controversias que puedan surgir durante su vigencia...*”⁵⁹⁸. La inclusión de la palabra “dudas”, combinado con la jurisdicción para resolver controversias “económicas”, indican al Tribunal que las partes deseaban garantizar que las controversias como la presente pudieran ser sometidas ante un tribunal como el presente.

(2) ¿Modificó, enmendó o cambió la Ley 42 el marco jurídico aplicado a los Contratos de Participación?

369. Si bien Perenco alegó que la Ley 42 modificó los contratos, sus escritos también aceptaban la posibilidad de que éste no fuera el caso. En su Réplica, Perenco sostuvo su posición primaria de que la Ley 42 modificó unilateralmente términos del Contrato, ya sea por enmienda *directa* o por enmienda *indirecta*, con la creación de derechos contractuales adicionales que

⁵⁹⁶ Memorial de Contestación, párrafo 398; Dúplica, párrafo 365.

⁵⁹⁷ Anexo CA-313, Decisión del Tribunal Constitucional sobre la Ley 42, p. 25.

⁵⁹⁸ Cláusula 22.2.2 de ambos Contratos (Anexos CE-10, Contrato de Participación en el Bloque 21, PER 04724, y CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7, PER 04865) [énfasis añadido].

menoscabaron el beneficio de la aplicación de términos clave⁵⁹⁹. También argumentó, alternativamente, que la Ley 42 fue una modificación unilateral “en los hechos...aunque no se alteraran sus términos”⁶⁰⁰.

370. Esta definición alternativa del efecto de la Ley 42 fue un reconocimiento -correcto en la opinión del Tribunal- de que Petroecuador, la sociedad contraparte conforme al contrato, no modificó unilateralmente los Contratos y por lo tanto, no violó las disposiciones contractuales que requerían un acuerdo mutuo sobre cualquier modificación de sus términos.

371. Sin embargo, ese no fue el final de la cuestión. El hecho que Petroecuador, como contraparte nominal de Perenco, no tuviera intención por sí mismo de modificar los Contratos no significa que el Estado no haya modificado su operación por otros medios. La Ley 42 obligaba a la contratista a pagar al Estado una “Participación del Estado en los excedentes de los precios de venta de petróleo no pactados o no previstos”⁶⁰¹. Al hacerlo, en los hechos modificó la operación de las cláusulas 5.3.2 (el derecho de recibir la participación de la Contratista de la producción en el Centro de Fiscalización y Entrega y de “disponer libremente” de su participación), 8.2.1 (el derecho de la Contratista de optar por recibir su participación en dinero), y 10.2 (el derecho de la Contratista de comercializar la producción que le pertenece en el mercado interno o externo) del Contrato de Participación en el Bloque 7 (y las cláusulas correspondientes del Contrato de Participación en el Bloque 21)⁶⁰².

⁵⁹⁹ Réplica, parte VI, sección A.

⁶⁰⁰ Réplica, párrafo 287.

⁶⁰¹ El Artículo 44 de la Ley de Hidrocarburos fue reemplazado por lo siguiente: “El Estado percibirá, por concepto de la exploración y explotación de yacimientos hidrocarburíferos, por lo menos los siguientes ingresos: primas de entrada, derechos superficarios, regalías, pagos de compensación, aportes en obras de compensación, participación en los excedentes de los precios de venta del petróleo y por concepto de transportes, participación en las tarifas”. El Artículo 55 fue enmendado para agregar la siguiente cláusula: “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 que les corresponde, cuando el precio promedio efectivo de venta FOB de petróleo crudo ecuatoriano supere el precio promedio de venta mensual vigente a la fecha de suscripción del contrato y expresado a valores constantes del mes de la liquidación, reconocerán a favor del Estado ecuatoriano una participación de al menos el 50% de los ingresos extraordinarios que se generen por la diferencia de precios. Para los propósitos del presente artículo, se entenderá como precios extraordinarios la diferencia de precio descrita multiplicada por el número de barriles producidos. El precio del crudo a la fecha del contrato usado como referencia para el cálculo de la diferencia, se ajustará considerando el Índice de Precios al Consumidor de los Estados Unidos de América, publicado por el Banco Central del Ecuador”. (Anexo CA-313, Decisión del Tribunal Constitucional sobre la Ley 42, p. 23-24).

⁶⁰² Anexo CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7.

372. El desarrollo del Tribunal Constitucional sobre el principio *pacta sunt servanda* apoya la conclusión del Tribunal de que fue una modificación de la operativa de los Contratos de Participación, donde el Tribunal Constitucional describió la Ley 42 como un ejercicio de la “potestad de *modificación o reforma* del convenio...”⁶⁰³.
373. Técnicamente, como señaló el Dr. Pérez Loose, esto era un “acto del príncipe” (*factum principis*), es decir, una intervención por las ramas de gobierno, distintas que la contraparte contractual, que modificó las condiciones conforme a las cuales Perenco cumplía los Contratos⁶⁰⁴.
374. Se sigue de esta determinación que el Tribunal no puede aceptar el argumento del Ecuador de que puesto que la Ley 42 trataba sobre tributos, no sobre porcentajes de participación, abordaba por tanto asuntos que caían fuera de los Contratos⁶⁰⁵. Hasta la Ley 42, la contratista era libre no sólo de ejercer la titularidad de su participación de producción, sino también de vender la misma en el mercado u optar por dinero en lugar de petróleo. La Ley 42 creó una nueva pretensión del Estado de tributos adicionales por encima de un nuevo precio de referencia y la obligación correlativa por parte de la contratista de abonar ese tributo al Estado. Esta era en efecto una ‘modificación conceptual’ de los Contratos, para usar las palabras del Sr. Silva Romero⁶⁰⁶.

(3) ¿Encuadraba la Ley 42 dentro del alcance de las cláusulas de modificación del régimen tributario?

375. Al ser una enmienda de la ley más pertinente citada por el marco legal de los Contratos, es decir, la Ley de Hidrocarburos, surge la interrogante sobre si la Ley 42 era un tributo y, por tanto, era cubierta por las cláusulas de modificación del régimen tributario conforme a los Contratos. Perenco argumentó de ambas maneras, argumentando que la Ley 42 no era un tributo según la interpretación de la ley ecuatoriana, pero alternativamente, que si lo fuera, sería alcanzado por las cláusulas de modificación tributaria de los Contratos, lo que requería un

⁶⁰³ Anexo CA-313, Decisión del Tribunal Constitucional sobre la Ley 42, p. 24 [énfasis añadido].

⁶⁰⁴ Pérez Loose, 1^{er}, párrafos 43 y nota al pie 52. Remarcó además que el hecho de que fuera realizado por el legislativo en lugar de la contraparte contractual era irrelevante en lo concerniente a las condiciones establecidas por el derecho ecuatoriano para el ejercicio del poder de *jus variandi*.

⁶⁰⁵ Dúplica, párrafos 368-372, cf. Réplica, párrafos 445-448.

⁶⁰⁶ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 8, página 2145.

ajuste de las participaciones de las partes en su favor⁶⁰⁷. Por su parte, Ecuador argumentó que las obligaciones de la Ley 42 debían ser tratadas como un “impuesto” o “tributo”⁶⁰⁸.

376. La prueba apunta en ambos sentidos: (i) el Procurador General del Ecuador argumentó ante el Tribunal Constitucional que la Ley 42 no era un tributo, sino una reforma de la Ley de Hidrocarburos (que claramente lo era; dicho esto, al exigir un cargo fiscal a las contratistas privadas no siguió las formas establecidas por la ley ecuatoriana para la promulgación de leyes tributarias)⁶⁰⁹; (ii) la Ley 42 creaba una obligación conforme al derecho ecuatoriano de pagar tributos al Estado; (iii) luego de que la ley fuera declarada constitucional, las cartas de Perenco a Petroecuador describían las obligaciones de la Ley 42 como un “tributo”, y solicitó el inicio del proceso de modificación tributaria conforme a los Contratos⁶¹⁰; (iv) aunque la prueba no es concluyente, no parece que en ese tiempo Petroecuador adoptara la posición de que dichas cláusulas no eran aplicables puesto que las obligaciones en virtud de la Ley 42 no eran un tributo; y (v) en ocasión de los dos casos ante el CIADI, Ecuador definió la Ley 42 como un impuesto o “tributo”⁶¹¹.

377. En resumen, con respecto a su efecto económico, el hecho de que obligaba el pago de dinero al Estado de conformidad con una fórmula determinada, y la definición contemporánea de Perenco de la Ley 42 como un tributo sobre el que aplicaban las cláusulas de modificación tributaria de los Contratos, el Tribunal considera que la Ley 42 debe ser tratada como una medida tributaria.

378. Por tanto, la Ley 42 modificó el régimen tributario que regía los Contratos de Participación con el resultado de que Perenco tenía derecho a solicitar a Petroecuador que entablara negociaciones para determinar el efecto de la Ley 42 sobre la economía de los Contratos y a

⁶⁰⁷ Memorial Actualizado, párrafo 220; Réplica parte VI, sección B.

⁶⁰⁸ Memorial de Contestación, sección 6.2.1; Dúplica, secciones 4.2.2 y 4.3 [traducción del Tribunal].

⁶⁰⁹ Anexo CA-313, Decisión del Tribunal Constitucional sobre la Ley 42, p. 22. “Que la ley en alusión no es de carácter tributario, tanto porque carece de los elementos constitutivos de una ley tributaria, como porque dado su carácter de reformatoria de una ley principal, sigue la suerte de esta, y la Ley de Hidrocarburos no es de manera alguna una ley tributaria”.

⁶¹⁰ Anexos E-129, Carta del Consorcio a Petroecuador del 18 de diciembre de 2006 (Bloque 21) (en español con traducción al inglés), sección 4.2 y E-130, Carta del Consorcio a Petroecuador del 18 de diciembre de 2006 (Bloque 7) (en español con traducción al inglés), sección 4.1.

⁶¹¹ *Burlington Resources Inc c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción (2 de junio de 2010), párrafos 132-134.

llegar posteriormente a un factor de corrección (en el caso de que las partes acordaran que el Tributo afectaba la economía del Contrato).

(4) La solicitud de negociaciones

379. En cartas del 18 de diciembre del 2006, Perenco solicitó a Petroecuador “disponer el inicio del proceso administrativo pertinente...para lo cual, el Consorcio presentará las cifras representativas de dicho impacto económico en el Contrato”⁶¹². Dichas cifras demostrarían el impacto de la Ley 42 “a fin de determinar el porcentaje de participación que corresponda ser ajustado a favor de la Contratista”⁶¹³. Dichas cartas fueron enviadas a la Administración de Palacios días antes de que terminara la misma.
380. Es de común acuerdo que no hubo una respuesta oficial a dicha solicitud. No hay ningún documento contemporáneo que pruebe el rechazo (o aceptación, para el caso) de la Administración saliente de Palacios o incluso de la Administración entrante de Correa sobre la solicitud de Perenco.
381. Durante la audiencia, el Sr. Laurent Combe fue conainterrogado sobre los motivos para realizar dicha solicitud y la percepción de la empresa sobre la reacción no oficial generada por las cartas:

...En agosto de 2006 tuvimos negociaciones exitosas con las autoridades tributarias para ajustar los factores X para un cambio en el IVA, y pensamos a finales de 2006 utilizar el mismo tipo de mecanismo y ver si el Gobierno podía dar mejor respuesta a este tipo de documento frente al argumento de inconstitucionalidad, y por eso actuamos de esa forma.

Así que estábamos viendo qué podía pasar, tanteando la situación, y en ese momento la situación era muy tensa y no queríamos ser demasiado confrontadores.

Pero como no obtuvimos ningún tipo de comentario oficial -tuvimos comentarios extraoficiales- nos parecía que si enviásemos estas cifras así sin ningún tipo de respuesta por parte de Ecuador íbamos a entrar en una situación de confrontación, por lo que nunca enviamos las cifras⁶¹⁴.

⁶¹² Anexos E-129, Carta del Consorcio a Petroecuador del 18 de diciembre de 2006 (Bloque 21) (en español con traducción al inglés), páginas 7-8 y E-130, Carta del Consorcio a Petroecuador del 18 de diciembre de 2006 (Bloque 7) (en español con traducción al inglés), p. 4.

⁶¹³ *Ibid.*

⁶¹⁴ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 2, páginas 526-527 (Testimonio de Laurent Combe).

382. El Sr. Combe advirtió luego sobre el cambio inminente del personal como resultado de la transición de gobierno y la decisión de la empresa de esperar por motivo del cambio de administraciones:

“Lo que iba a decir es que hubo un cambio en la administración en 2007. Había nuevo personal y quienes recibieron esta carta no fueron los que estaban después en funciones. Había muchas cosas que sucedían, mucha confusión y tuvimos comentarios informales de que la carta no había sido bien recibida. Entonces, pensamos que era prudente esperar un poquito para reiniciar los diálogos”⁶¹⁵.

383. El Sr. Combe confirmó que el estudio al que hacían referencia las cartas del 18 de diciembre de 2006 fue de hecho realizado por Perenco⁶¹⁶, pero testificó que no fue presentado a Petroecuador para mostrar la opinión de la empresa sobre el impacto de la Ley 42 en la economía de los Contratos⁶¹⁷. Las partes en disputa acuerdan que luego de las cartas del 18 de diciembre de 2006, Perenco no adoptó ninguna otra acción en relación con su solicitud, ni tampoco propuso la nueva administración entablar negociaciones de modificación tributaria conforme a la cláusula 11 a principios del 2007⁶¹⁸.

(5) ¿Adoptó Perenco medidas suficientes para probar el proceso de modificación tributaria cuando la Ley 42 se aplicó al 50%?

384. La existencia de un proceso de modificación tributaria es de vital importancia para considerar la pretensión de Perenco de que la Ley 42 al 50% violó los dos Contratos. La cláusula 11 de ambos Contratos brindaba a las partes, en este caso a Perenco, los medios para someter tributos nuevos o modificados a un proceso de negociación que podía llevar a un ajuste de sus respectivas participaciones. Dado que se solicitó el inicio del proceso pero nada ocurrió posteriormente, el Tribunal debe decidir quién tiene la responsabilidad por dicho estado de las cosas y cuáles son las consecuencias jurídicas que resultan del mismo. Expresado llanamente, ¿hizo Perenco lo suficiente?

⁶¹⁵ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 2, página 528 (Testimonio de Laurent Combe).

⁶¹⁶ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 2, páginas 525-528; 536 (Testimonio de Laurent Combe).

⁶¹⁷ El Sr. Combe testificó por su lado, que Perenco esperaba “un reconocimiento de que la carta se había recibido” y “el nombramiento también de un punto focal para...[presentar] los datos” antes de proseguir: Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 2, página 536 (Testimonio de Laurent Combe).

⁶¹⁸ Por la parte de Perenco, véase el testimonio del Sr. Combe: Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 2, p. 528 (“Perenco nunca envió otra carta en estos términos”).

385. Habiendo reflexionado sobre los términos precisos de los Contratos y todas las circunstancias pertinentes, el Tribunal considera que dado que Perenco alegó que la Ley 42 tuvo un impacto sobre la economía de sus Contratos (una opinión no compartida por el Presidente Palacios cuando él describió los efectos de la Ley 42 ante el Congreso), recaía sobre Perenco promover el remedio de la cláusula 11. Para tener éxito en esta parte de su pretensión por incumplimiento contractual, Perenco debe: (i) satisfacer al Tribunal de que adoptó las medidas suficientes para llevar adelante las negociaciones, o alternativamente, que era fútil solicitar a la nueva administración a entablar negociaciones sobre modificaciones tributarias; o (ii) que habiendo ocurrido dichas negociaciones con toda la documentación pertinente presentada y la alteración de la economía de los Contratos probada, el Estado entonces se rehusó a llevar adelante de buena fe un ajuste de los Contratos.
386. En la audiencia, cuando un miembro de este Tribunal le preguntó al abogado si consideraba que era inútil invocar la cláusula 11, él mismo declaró que esa era la posición de la Demandante⁶¹⁹. Por su parte, la opinión del Ecuador es que Perenco, habiendo declarado su intención de presentar su caso económico en favor del reajuste de los Contratos, luego no actuó conforme a su intención puesto que reconoció que su economía *no* había sido alterada por el establecimiento de un precio de referencia encima de los US\$ 15/barril y la continuidad del derecho al 50% de los así llamados “ingresos extraordinarios”⁶²⁰. La respuesta de Perenco fue que no era necesario hacerlo hasta que el proceso administrativo fuera formalmente iniciado, cosa que nunca ocurrió⁶²¹.
387. Es indiscutible que Perenco si tomó el primer paso de solicitar las negociaciones. También es indiscutible que había preparado el estudio para apoyar su pretensión de que la economía de los Contratos había sido alterada, pero que no presentó el estudio a Petroecuador. También es evidente que si bien nunca hubo “comentarios oficiales” de la administración saliente, si hubo comentarios extraoficiales de que la carta no fue “bien recibida”⁶²². Finalmente, es indiscutible que los funcionarios nuevos designados por la administración entrante no fueron contactados por Perenco con el fin de pedir a la administración que actuara sobre la solicitud realizada de

⁶¹⁹ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 8, páginas 1985-1986, 2255 (Alegatos de Clausura).

⁶²⁰ Memorial de Contestación, sección 6.2.1, párrafo 481 [traducción del Tribunal].

⁶²¹ Réplica, párrafo 487.

⁶²² Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 2, página 528 (Testimonio de Laurent Combe).

forma reciente a su predecesora. Como declaró de manera franca el Sr. Combe, basados en la reacción extraoficial (de funcionarios no identificados), Perenco “...pens[ó] que era prudente esperar un poquito para reiniciar los diálogos”⁶²³.

388. Si bien por un margen estrecho, en la opinión del Tribunal, la prueba contemporánea presentada por la Demandante con respecto a la supuesta futilidad de llevar adelante las negociaciones sobre modificación tributaria es insuficiente.
389. La prueba contraria a la afirmación de Perenco de la futilidad es, primero, la experiencia entonces reciente de la empresa sobre la utilización exitosa de la cláusula de modificación, segundo, la ausencia de todo rechazo oficial sobre la solicitud al momento de la transición del gobierno, y tercero, la evaluación contemporánea de Perenco sobre la situación en el Ecuador.
390. En términos de su experiencia previa con el remedio, la carta de Perenco del Bloque 7 hacía referencia a la experiencia, reciente en ese momento, con el “[i]ncremento del Impuesto para el Ecodesarrollo de la Región Amazónica” con respecto al Contrato del Bloque 21 y expresaba la opinión de Perenco sobre lo que ocurriría en relación con el “tributo” de la Ley 42 con respecto al Contrato del Bloque 7⁶²⁴. En la audiencia, el Sr. Combe apuntó que en agosto de 2006, cuatro meses antes de las cartas del 18 de diciembre, “tuvimos negociaciones exitosas con las autoridades tributarias para ajustar los factores X para un cambio en el IVA”⁶²⁵. Se reconoció así que el remedio había sido efectivo en agosto del 2006 (un momento en que la Ley 42 ya había sido promulgada y aplicada y cuando la impugnación constitucional estaba en curso).
391. Sobre la ausencia de cualquier rechazo oficial de las solicitudes, el Tribunal nota dos cuestiones. Primero, el Tribunal considera que no es realista pensar que la administración saliente podría resolver sobre la solicitud de negociaciones sobre modificación tributaria

⁶²³ *Ibid.*

⁶²⁴ Anexos E-129, Carta del Consorcio a Petroecuador del 18 de diciembre de 2006 (Bloque 21) (en español con traducción al inglés), sección 4.1 y 4.2, y E-130, Carta del Consorcio a Petroecuador del 18 de diciembre de 2006 (Bloque 7) (en español con traducción al inglés), sección 4.1. En la carta sobre el Contrato del Bloque 21, Ecuador concedió que el aumento del tributo (de US\$ 0,10 a US\$ 0,50 por barril) tuvo un impacto sobre la “economía del contrato”, dicho cálculo había sido realizado e incluido en la primer Reforma al Plan de Desarrollo del Bloque 21. El plan reformado de desarrollo disponía de forma expresa que la Contratista, antes de comenzar la producción en el Bloque 21 conforme al plan reformado de desarrollo, debía “presenta[r] a consideración de Petroecuador el estudio para la determinación del factor de corrección que absorba el incremento de la carga tributaria por efecto del incremento en el impuesto”. (Anexo E-129, sección 4.1)

⁶²⁵ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 2, página 526 (Testimonio de Laurent Combe).

presentada en los últimos días de su continuidad en los cargos. El mismo Sr. Combe reconoció que con un cambio en la administración venía un cambio de los representantes del gobierno (“hubo un cambio en la administración en 2007. Había nuevo personal y quienes recibieron esta carta no fueron los que estaban después en funciones. Había muchas cosas que sucedían, mucha confusión”) ⁶²⁶. Segundo, aunque Perenco declaró que enviaría la información económica necesaria en apoyo de su solicitud de un ajuste de la participación, no lo hizo mientras la administración de Palacios ocupó los cargos ni cuando fue reemplazada luego por la administración de Correa.

392. Finalmente, el Tribunal considera que es importante no permitir que los hechos posteriores afecten la apreciación de la situación a principios de 2007. La solicitud de Perenco era anterior, por más de diez meses, al Decreto 662 y las medidas adoptadas por la administración de Correa para forzar la conversión de los contratos de participación a contratos de prestación de servicios. Hay insuficiente prueba contemporánea ante el Tribunal que lo lleve a concluir que, en enero de 2007, la nueva administración de Correa hubiera rechazado una solicitud de negociaciones sobre la modificación.

393. El Tribunal reconoce que dichas negociaciones no hubieran sido fáciles. Se podría haber esperado que Petroecuador alegara la opinión del Gobierno (expresada por el anterior Presidente ⁶²⁷) de que la Ley 42 no tuvo ningún impacto en la economía de los contratos y las partes posiblemente hubieran debatido sobre el significado de la ‘economía del contrato’ como lo han hecho en este proceso. De haber presentado su estudio, Petroecuador sin duda hubiera escudriñado el desempeño financiero de la empresa, tanto antes como después de la promulgación de la Ley 42, y si Perenco se hubiera desempeñado tan bien como sugiere la prueba limitada ante el presente Tribunal, puede anticiparse que Petroecuador hubiera insistido con ‘¿cuántas ganancias son suficientes?’ ⁶²⁸. Puede esperarse que gran parte de la prueba que

⁶²⁶ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 2, página 528 (Testimonio de Laurent Combe).

⁶²⁷ Cuando el Presidente presentó la Ley 42 ante el Congreso, él aseveró que “...todos los parámetros técnicos, económicos y jurídicos que fueron considerados por las empresas en sus análisis y se legisla sobre aquellos hechos que escaparon a la voluntad de las partes, como es el incremento extraordinario de los precios del crudo en el ámbito internacional”. Anexo CE-50, Proyecto de Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos, presentada por el Presidente Palacio al Presidente del Congreso, 1 de marzo de 2006 (en español con traducción al inglés), PER 01715.

⁶²⁸ En este arbitraje, Perenco, como es su derecho, optó por no entrar en dicho debate, prefiriendo en su lugar plantarse en su opinión sobre sus derechos contractuales, que no hacían referencia explícita a ningún retorno sobre

ha sido presentada por ambas Partes en el actual arbitraje sobre si la Ley 42 tuvo o no un impacto en la economía de los Contratos, incluyendo la prueba sobre las expectativas de precio y rentabilidad de las partes contratantes originales en el momento de suscripción de los Contratos, las expectativas generales de la industria y del retorno sobre la inversión, hubiera sido considerada. Pero los desafíos de negociar una modificación no pueden ser aceptados como la base para decidir no insistir por la avenida contractual y no pueden apoyar una determinación de inutilidad.

394. En definitiva, si Perenco deseaba basarse en las cláusulas 11.12/11.7, respectivamente, le correspondía a sí misma presentar su caso con la documentación apropiada en ese momento y no haber hecho eso es fatal para esta parte de su demanda.
395. El Tribunal ha considerado sí, no habiendo probado Perenco la inutilidad del proceso de modificación en ese momento, el Tribunal debería afrontar la tarea de intentar ponerse a sí mismo en el lugar de las partes en el proceso contractual de modificación. Luego de una detenida reflexión, el Tribunal no cree que sea necesario o apropiado en las circunstancias llevar adelante la cuestión de si la Ley 42 al 50% afectaba la economía de los Contratos o no. Podría haberlo hecho, pero si es ello lo que consideraba la Demandante, el procedimiento establecido en las cláusulas 11.12 del Contrato del Bloque 7 y 11.7 del Contrato del Bloque 21 estaba allí para ser utilizado.
396. Son tres los motivos adicionales por los cuales el Tribunal desiste de adivinar que podría haber ocurrido en una negociación. Primero, las cláusulas de modificación tributaria requerían que las partes determinaran el motivo para hacer un cambio en sus respectivas participaciones, es decir, un acuerdo de que el tributo nuevo o modificado había tenido un impacto en la economía del contrato. Harían eso sobre la base de la información presentada por la contratista privada en su calidad de parte impulsora de una modificación al contrato. Las partes entonces hubieran determinado el impacto del tributo sobre la economía del contrato y calculado un ajuste que absorbiera dicho impacto. En la opinión del Tribunal, las cláusulas dictaban el objetivo, pero no los medios precisos de la corrección, y eso sólo podía ser determinado mediante las

la inversión. En su Réplica, la Demandante definió las mismas como “presunciones”, “‘variables’ de un modelo hipotético” que no debían ser confundidas con los términos contractuales: “En ningún lugar dentro de los Contratos del Bloque 7 o del Bloque 21 hay una ‘aceptación’ de Oryx de que la TIR de la contratista no superaría el 15% o el 22%”. Réplica, párrafo 479.

negociaciones que llegaran a un resultado mutuamente aceptable (o, si dichas negociaciones no prosperaban, en lo sucesivo por un tribunal provisto con toda la documentación pertinente presentada por ambas partes durante las negociaciones).

397. Esto lleva al segundo punto. Si bien, como fue comentado en el párrafo 393, el Tribunal puede concebir el tipo de consideraciones que hubieran motivado a las partes en las negociaciones, con el paso del tiempo y la ausencia de información contemporánea crítica, sería un ejercicio completamente especulativo para el Tribunal intentar estimar lo que las partes hubieran hecho. Basado en los escritos y los informes periciales presentados durante el arbitraje, el Tribunal puede adivinar el tipo de argumentos que ambas partes hubieran esgrimido, pero al final de cuentas solo es una adivinanza.
398. Finalmente, la prueba más importante que necesariamente hubiera debido ser presentada durante las negociaciones - el análisis preparado por Perenco a fin de demostrar el impacto de la Ley 42 sobre los Contratos - no ha sido presentada al Tribunal⁶²⁹. Ésta es la prueba trascendental en todo el ejercicio evaluativo.
399. En suma, el Tribunal se encuentra ante un proceso de modificación contractual no probado y una invitación en la forma de una reclamación por incumplimiento contractual para ser parte de un proceso de negociación que sólo podía ser llevado a cabo por las partes de los contratos dotadas con toda la información financiera pertinente. El Tribunal considera que en dichas circunstancias, y sin tener la prueba contemporánea ante sí, no puede intentar replicar y determinar lo que hubiera ocurrido si Perenco hubiera insistido por la realización de las negociaciones de modificación.
400. En suma, el Tribunal determina que: (i) La Ley 42 cae dentro de las cláusulas de modificación de régimen tributario de ambos Contratos; (ii) siendo la parte que alega la existencia de un impacto de la ley sobre la economía de los Contratos, era deber de Perenco promover las

⁶²⁹ En lugar de presentar dicho documento contemporáneo, Perenco presentó un informe pericial elaborado para el arbitraje por el Profesor Joseph P. Kalt. El Tribunal no considera que dicho reporte lo haya asistido en su análisis sobre la cuestión actual porque al modelar el impacto de la Ley 42 sobre el Plan de Desarrollo de Perenco para el Bloque 21 en el año 2000, por ejemplo, el Profesor Kalt toma la Ley 42 como si hubiera aplicado la tarifa del 99% desde la fecha de adquisición de Perenco de sus intereses sobre los Contratos. Este análisis contrario a los hechos no arroja luz sobre la situación real prevalente desde la fecha de operación de Perenco sobre los bloques hasta principios de 2007 - el período que ocupa al Tribunal actualmente. El Profesor Kalt reconoció durante el conainterrogatorio que él no había realizado el cálculo de la Ley 42 al 50%. Transcripción, p. 1646 *et seq.*

negociaciones con la nueva administración al menos hasta que demostraran ser inútiles; y (iii) Perenco no lo hizo, optando en su lugar por una postura de ‘esperar y ver’ ante la nueva administración de Correa. En estas circunstancias, el Tribunal no considera que exista incumplimiento de las cláusulas 11.12 y 11.7 de los dos Contratos.

401. El Tribunal reconoce que requerir a Perenco que demuestre la inutilidad a fin de tener éxito en este punto puede ser considerado como una aplicación muy exigente del requisito; pero asuntos como los que afrontó Perenco a fines de 2006, principios de 2007, ocurren con frecuencia en el ámbito comercial y requieren la toma de decisiones difíciles. Al final, Perenco optó no presionar por sus derechos, considerando en cambio que “era prudente esperar un poquito para reiniciar los diálogos”⁶³⁰. Por supuesto que tenía derecho de hacerlo, pero no puede luego alegar que insistir por sus derechos conforme a la cláusula 11 era inútil, cuando muy recientemente había demostrado ser efectivo. En definitiva, las cláusulas no fueron puestas a prueba y encontradas insuficientes. Esta parte de la pretensión de Perenco es por tanto desestimada.

(6) La Ley 42 al 99%

402. La situación en el caso de la aplicación del Decreto 662 a Perenco es completamente distinta en vista de la magnitud de los “ingresos extraordinarios” exigida por el Estado y las exigencias realizadas al momento de la promulgación del decreto y en adelante de que Perenco migrara a un contrato de prestación de servicios. En este sentido, el Tribunal encontró de utilidad el análisis del Dr. Pérez Loose sobre las restricciones del derecho ecuatoriano sobre el ejercicio de la facultad *jus variandi* para la modificación de un contrato administrativo⁶³¹. El Dr. Pérez Loose aseveró que dicha facultad sólo podía ser ejercida de ciertas maneras y sujeta a ciertos límites⁶³².

⁶³⁰ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 2, página 528 (Testimonio de Laurent Combe).

⁶³¹ Si bien inicialmente se resistió a definir los Contratos de Participación como “contratos administrativos”, el Dr. Pérez Loose finalmente concedió que podían ser considerados de tal manera: Transcripción, Audiencia sobre Jurisdicción, día 2, páginas 165-166, y Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 6, 1542-1543.

⁶³² Pérez Loose, 1.º, párrafos 37-40 y 57. El Profesor Aguilar no mostró inconvenientes respecto de la aseveración del Dr. Pérez Loose sobre la aplicación general del principio *pacta sunt servanda* sobre los contratos administrativos, y no abordó la definición del último sobre la facultad de *jus variandi*. Sin embargo, puesto que el Profesor Aguilar si se basó en la opinión del Tribunal Constitucional de que el principio *pacta sunt servanda* se fracturó en relación con los términos económicos de los Contratos de Participación, argumentó que el poder de modificar los contratos

403. El límite principal, en opinión del Dr. Pérez Loose, era que la potestad unilateral de modificar los contratos administrativos existía sólo en relación con sus “aspectos no-económicos”⁶³³. En su opinión, debía considerarse que la potestad existía sólo en relación con el cumplimiento del contrato administrativo (esto es, la especificación de las obligaciones de la contratista) y no podía aplicarse al acuerdo económico celebrado entre las partes⁶³⁴.
404. El Dr. Pérez Loose aseveró además que el ejercicio de dicha potestad estaba sujeta a cuatro limitaciones que extrajo de escritos de doctrinarios del derecho civil como Raúl Granillo Campo, Hector Escola, y Miguel Marienhoff⁶³⁵:
- (i) las modificaciones deben tener una justificación razonable, (“es decir, no deben responder a una ‘desviación del poder’”⁶³⁶);
 - (ii) las modificaciones no pueden desnaturalizar el objeto mismo del contrato;
 - (iii) la administración contratante deberá respetar las garantías constitucionales que puedan resultar afectadas por su decisión de modificar el contrato; y
 - (iv) si el ejercicio del *jus variandi* llegase a impactar negativamente en los derechos económicos del contratista, la entidad contratante está obligada a compensar al contratista de tal forma que el precio pactado no sufra modificaciones⁶³⁷.

En su opinión, sólo dentro de estos límites puede la administración ejercer legítimamente la potestad de *jus variandi*.

405. El Tribunal Constitucional se ha expresado sobre los puntos (iii) y (iv) anteriores de esta prueba de cuatro partes. El Tribunal resolvió que la Ley 42 se “somet[e] íntegramente a las disposiciones de la [Constitución de 2008]” (aunque dicha decisión fue tomada antes de la promulgación del Decreto 662 y el Tribunal no puede saber cuál hubiera sido la opinión del

se extiende a la ecuación financiero-económica, y argumentó además que el derecho de buscar un reajuste del contrato es inherente a ambas partes, no sólo la contratista, es claro que adoptó una postura distinta a la del Dr. Pérez Loose del derecho sobre estas cuestiones clave (Aguilar, 3.º, párrafos 34 *et seq.*).

⁶³³ Pérez Loose, 1.º, párrafo 41.

⁶³⁴ Pérez Loose, 1.º, párrafos 39, 41.

⁶³⁵ Citado en su 1.º informe en las notas al pie 43-47.

⁶³⁶ Pérez Loose, 1.º, párrafo 38.

⁶³⁷ *Ibid.*

Tribunal Constitucional sobre el mismo)⁶³⁸. Dadas las limitaciones de la jurisdicción contractual del Tribunal, su deber de aplicar la ley vigente, y la decisión del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la Ley 42 (al menos, a partir de septiembre de 2006), el Tribunal procede sobre la base de que la ley era constitucional. Por tanto, el punto (iii) de la prueba del Dr. Pérez Loose se considera cumplido. Con respecto al punto (iv), debe acatar la decisión del Tribunal Constitucional de que el equilibrio financiero-económico de los Contratos de Participación podía ser modificado⁶³⁹.

406. Volviendo a los puntos (i) y (ii) de la prueba, en la opinión del Tribunal, este tipo de asuntos no fueron considerados por el Tribunal Constitucional (y evidentemente no podían haber sido considerados porque la sentencia del Tribunal fue más de un año anterior al Decreto 662). El Tribunal acepta la opinión del Dr. Pérez Loose de que estos dos puntos son reconocidos por el derecho ecuatoriano.
407. El Tribunal es de la opinión de que la Ley 42 al 99% constituía una violación del contrato. Con respecto al punto (i), en la opinión del Tribunal, no había justificación razonable posible para que el Estado exigiera el 99% de las “ganancias extraordinarias” por encima del precio de referencia. Si bien la naturaleza de una “desviación de poder” no está definida de forma precisa, los escritos de los tratadistas de derecho civil citados por el Dr. Pérez Loose indican que se trata de un mal uso de poder⁶⁴⁰. En la opinión del Tribunal, el Decreto 662 constituyó un acto de coerción cuando se le analiza dentro del contexto de la relación contractual de las partes y por tanto puede ser considerado una desviación de poder.
408. Ecuador no disputó que el Decreto 662 tenía la intención de impulsar renegociaciones con empresas petroleras. Durante la época de la promulgación del Decreto, la Administración comenzó a hablar de convertir los contratos de participación en contratos de prestación de servicios⁶⁴¹. Esto se convirtió en un asunto de gran importancia en la discusión de la

⁶³⁸ Anexo CA-313, Decisión del Tribunal Constitucional sobre la Ley 42, p. 27.

⁶³⁹ *Ibid.*, p. 24.

⁶⁴⁰ Anexos CA-113 Granillo Ocampo, Raúl, *Distribución de los Riesgos en la Contratación Administrativa* (1990), p. 92, y CA-125 Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A* (1978), p. 402.

⁶⁴¹ Las declaraciones de la Administración sobre la conversión de los contratos en contratos de prestación de servicios impulsaron a Perenco a escribir al Ministerio de Minas y Petróleos el 24 de octubre de 2007, solicitando una copia del contrato de prestación de servicios al que se esperaba que migraran las empresas. (Anexo CE-265,

Administración sobre las modalidades contractuales de la explotación de hidrocarburos. En su comunicado nacional del 23 de enero de 2008, por ejemplo, el Presidente Correa enmarcó las acciones del Estado dentro de la intención de regresar los contratos a “un contrato de prestación de servicios que siempre debió ser la figura preponderante en el ámbito petrolero”⁶⁴². En sus alegatos escritos en este arbitraje, la Demandada describió el Decreto 662 como “*un verdadero incentivo para que las empresas petroleras operando en el Ecuador negocien un nuevo marco contractual que disponga una asignación más justa de la renta del petróleo*”⁶⁴³.

409. En la opinión del Tribunal, la aplicación del Decreto 662 y las declaraciones de funcionarios de alto rango en relación con la misma marcaron una nueva etapa en la relación del Estado con Perenco (y con las otras empresas petroleras en circunstancias similares). Ya no era más una cuestión de que el Estado buscaba un ajuste de una relación contractual por lo demás aceptable que, en su opinión, había sido alterada por los aumentos de precios de magnitud no anticipada. En lugar de ello, la Ley 42 al 99% convirtió los Contratos de Participación unilateralmente en contratos de prestación de servicios *de facto* mientras el estado desarrollaba un nuevo modelo de dichos contratos que exigió suscribir a las contratistas⁶⁴⁴.
410. El punto (ii) también fue violado. En la opinión del Tribunal, a partir del 4 de octubre de 2007, los Contratos de Perenco eran contratos de participación sólo en nombre; el Decreto 662 modificó completamente el objeto de los Contratos tal como era entendido conforme al derecho ecuatoriano. De ello sigue que el Decreto 662 no puede ser justificado como un ejercicio legítimo de la potestad de *jus variandi* conforme al derecho ecuatoriano.
411. Por tanto, en la opinión del Tribunal, con la modificación del 50% hasta el 99%, la Demandada incumplió los Contratos de Participación. Sin importar lo que hubiera podido suceder en

Carta del Consorcio al Ministerio de Minas y Petróleos, 24 de octubre de 2007 (en español con traducción al inglés)).

⁶⁴² Anexo CE-67, Extracto del 53vo Comunicado Nacional del Presidente Rafael Correa, San Miguel de Salcedo, 26 de enero de 2008. Réplica, párrafos 287-292.

⁶⁴³ Memorial de Contestación, párrafo 622 [énfasis en el original] [traducción del Tribunal].

⁶⁴⁴ En el 53vo Comunicado Nacional, realizado el 26 de enero de 2008, el Presidente Correa declaró que las empresas petroleras tenían tres opciones: cumplir con el pago del 99% de las “ganancias extraordinarias”, renegociar sus contratos de participación y migrar a un contrato de prestación de servicios, o irse del país. Anexo CE-67, Extracto del 53vo Comunicado Nacional del Presidente Rafael Correa, San Miguel de Salcedo, 26 de enero de 2008.

negociaciones conforme a la cláusula 11 sobre el impacto en la economía de los Contratos de la Ley 42 al 50% (si hubieran ocurrido), la modificación del 50% al 99%, en la opinión del Tribunal, ya no era un intento de exigir una distribución equitativa de las ganancias extraordinarias generadas por un aumento inesperado y significativo de los precios del petróleo, y no puede ser justificado conforme a los principios aplicables del derecho ecuatoriano para el ejercicio de la potestad de *jus variandi*.

(7) La Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales y la defensa de *exceptio non adimpleti contractus*

412. Perenco argumentó que la Demandada cometió otro incumplimiento del contrato independiente al no cumplir con la Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales⁶⁴⁵. La cuestión adquiere importancia porque si Ecuador estaba obligado contractualmente a cumplir con las decisiones del Tribunal durante el transcurso del arbitraje y no lo hizo, la siguiente pregunta sería si dicho incumplimiento otorga a Perenco el derecho de considerar el incumplimiento del Ecuador como la base para el incumplimiento mutuo cuando anunció que suspendería las operaciones⁶⁴⁶.

a. ¿Estaba Ecuador obligado contractualmente a cumplir con la Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales?

413. El análisis de esta cuestión comienza con el acuerdo de las partes reflejado en la cláusula 22.2.2 de los Contratos de que se comprometen a “utilizar los medios previstos en este Contrato para dirimir dudas y controversias que puedan surgir durante su vigencia, al igual que *observar y cumplir las decisiones emitidas por...árbitros, jueces o tribunales competentes, en los casos que corresponda, según las estipulaciones de este Contrato*”⁶⁴⁷. En lo que respecta a

⁶⁴⁵ Decisión sobre Medidas Provisionales, párrafo 79, Memorial Actualizado, párrafos 222-226, en especial 224; Réplica, párrafos 507-509. Véase arriba los párrafos 277 a 279, 340 y 354.

⁶⁴⁶ Memorial Actualizado, párrafo 212.

⁶⁴⁷ Cláusulas 22.2.2 del Contrato de Participación en el Bloque 21 y CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7 [énfasis añadido]. El Tribunal toma nota de que en el original en español, la terminología relevante es “*observas y cumplió*” y “*decisiones*” (CE-10, PER 04724; CE-17, PER 04865). El Dr. Pérez Loose aseveró que dicha disposición reflejaba el abordaje general del derecho ecuatoriano sobre el poder vinculante de las decisiones de un tribunal arbitral: conforme al Artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador los “árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil, o las que consideren necesarias...” Su interpretación de esta disposición es que demuestra que los árbitros no requieren el otorgamiento de una potestad separada y específica para dictar medidas cautelares para que las partes estén obligadas a cumplir: “El simple acuerdo de someter las disputas a la decisión de árbitros es suficiente para obligar a las partes no sólo a

la reclamación contractual, Perenco argumentó que Ecuador asumió una obligación contractual de cumplir con todas las decisiones de un tribunal arbitral, incluida la Decisión sobre Medidas Provisionales⁶⁴⁸. El argumento de Perenco era que dado el impacto económico de la Ley 42, entonces al 99%, tenía derecho conforme a la ley ecuatoriana de suspender su cumplimiento de los Contratos hasta tanto Ecuador volviera al cumplimiento⁶⁴⁹.

414. De haberlo hecho, según el argumento, Perenco no hubiera estado obligada a pagar al Estado los adeudos en virtud de la Ley 42 durante el transcurso del arbitraje. Ecuador no hubiera comenzado el proceso de coactiva para embargar el petróleo de Perenco y venderlo como compensación por la deuda disputada en virtud de la Ley 42. Perenco entonces no hubiera suspendido sus operaciones, y no se hubieran dado los motivos como resultado de dicha suspensión para la declaración última de *caducidad* de los Contratos⁶⁵⁰.
415. La postura del Ecuador es que si bien las partes se comprometieron en los Contratos a someter disputas específicas al arbitraje del CIADI y a respetar el “laudo *final*”, no se habían comprometido a, y dichas obligaciones no podían constituir por implicación un compromiso a, cumplir con las recomendaciones del Tribunal sobre medidas provisionales⁶⁵¹. Alegó que la cláusula 22.2.2 estaba redactada de forma general y, conforme a los principios del derecho ecuatoriano de interpretación contractual, deben ser “interpretadas de conformidad con las otras cláusulas de los Contratos de Participación que se refieren específicamente a estos asuntos” y que en su opinión establecían “sólo que las Partes acordaron someterse *al laudo final* emitido por un tribunal del CIADI”⁶⁵². Allí donde había intención de brindar a un tribunal

cumplir con el laudo arbitral sino también a cumplir con las medidas provisionales”. (Pérez Loose, 4.º, párrafo 28).

⁶⁴⁸ Pérez Loose, 4.º, párrafo 30. Además de las cláusulas 22.2.2 de los Contratos, Perenco se basa en la cláusula 22.2 y 20.3 de los Contratos del Bloque 21 y Bloque 7, respectivamente, que conforme a su presentación incorporan el Convenio CIADI a los Contratos y por las cuales las partes se comprometen inequívocamente a resolver ciertas diferencias a través del arbitraje del CIADI. Perenco alegó que el principio de *pacta sunt servanda* era aplicable al acuerdo de arbitraje reconocido en dichas disposiciones, y como tal, había una obligación por parte del Ecuador de cumplir en buena fe con “su obligación contractual de resolver pacíficamente conflictos como este por medio del arbitraje del CIADI”, además de su obligación contractual de respetar y cumplir cualquier decisión del tribunal del CIADI. Sus acciones constituyen un incumplimiento de ambas obligaciones contractuales: Memorial Actualizado, párrafos 223 y 225. Pérez Loose, 4.º, párrafos 17 a 35. Réplica, párrafo 509.

⁶⁴⁹ Memorial Actualizado, párrafos 122-123, 127 y 133; Pérez Loose, 4.º, párrafos 36-59.

⁶⁵⁰ Memorial de Contestación, sección 6.3.2 (las acciones del Ecuador en presunta violación de las disposiciones sobre resolución de disputas conforme a los Contratos de Participación no causaron ninguna pérdida a Perenco); Dúplica, párrafos 418 y 421.

⁶⁵¹ Memorial de Contestación, párrafo 448 [énfasis añadido]; Dúplica, párrafos 422-425 [traducción del Tribunal].

⁶⁵² Memorial de Contestación, párrafo 450 [énfasis en el original] [traducción del Tribunal].

el poder de disponer medidas provisionales vinculantes y exigibles, los Contratos lo habían hecho de forma expresa (así como se había hecho en los Contratos con respecto al poder de los tribunales arbitrales locales de dictar medidas provisionales)⁶⁵³.

416. Ecuador argumentó asimismo que en cualquier caso sus acciones en presunta violación de las disposiciones de resolución de disputas no causaron ninguna pérdida a Perenco puesto que podría haber continuado las operaciones de los Bloques y optó por suspender las operaciones en julio de 2009⁶⁵⁴. Ecuador llamó la atención del Tribunal sobre su anterior instrucción en la Decisión por la que impulsaba a las partes a establecer una cuenta de depósito en garantía de forma que Perenco pagara las “sumas que se acumulen en una cuenta”⁶⁵⁵. En la opinión de la Demandada, la predisposición de Perenco de pagar los adeudos conforme a la Ley 42 al 99% en dicha cuenta demostraba que “la venta forzada de petróleo para recuperar los adeudos en virtud de la Ley 42 no dejó a Perenco en una situación económica distinta que la que hubiera prevalecido de haber accedido las Partes a las recomendaciones del Tribunal Arbitral sobre medidas provisionales”⁶⁵⁶.

417. En la opinión del Tribunal, una lectura simple de las cláusulas 22.2.2 indica que las partes contratantes acordaron que no sólo se someterían a la decisión final (es decir, en español, el ‘*laudo*’ emitido por un tribunal), sino que además, respetarían y cumplirían las decisiones (es decir, en español, las ‘*decisiones*’) del tribunal⁶⁵⁷. El último término constituye una categoría más amplia de decisiones del tribunal entre las cuales el laudo final es una parte. Así, conforme a los Contratos de Participación, Ecuador estaba obligado a cumplir con la Decisión sobre Medidas Provisionales y su incumplimiento constituyó una violación del contrato.

b. ¿Puede Perenco invocar la defensa exceptio non adimpleti contractus por su decisión de suspender las operaciones?

418. Habiendo determinado dicho incumplimiento por la contraparte de Perenco, uno de los elementos necesarios de la defensa *exceptio non adimpleti contractus* (la excepción de

⁶⁵³ *Ibid.*

⁶⁵⁴ Memorial de Contestación, párrafos 452 a 458; Réplica, párrafos 254 a 266.

⁶⁵⁵ Decisión sobre Medidas Provisionales, párrafo 63.

⁶⁵⁶ Memorial de Contestación, párrafos 455 y 457 [traducción del Tribunal].

⁶⁵⁷ Anexos CE-10, Contrato de Participación en el Bloque 21, y CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7. El Tribunal toma nota de que en el original en español, la terminología relevante es “*observas y cumplió*” y “*decisiones*” (véase CE-10, PER 04724; CE-17, PER 04865).

incumplimiento contractual) está establecido. Es necesario entonces que el Tribunal determine si Perenco argumenta de forma correcta que conforme al derecho ecuatoriano, podía responder a dicho incumplimiento mediante la suspensión del cumplimiento de sus obligaciones contractuales⁶⁵⁸.

419. La prueba del Dr. Pérez Loose mostraba que Perenco tenía derecho de invocar la defensa *exceptio non adimpleti contractus*⁶⁵⁹. (Y como resultado de ello, el Dr. Pérez Loose afirmó que Ecuador no podía pretender que estaba justificado por la suspensión de operaciones de Perenco para posteriormente declarar los Contratos terminados por la operación de *caducidad*)⁶⁶⁰.

420. El Dr. Pérez Loose aseveró que una consecuencia derivada de la postura que el principio *pacta sunt servanda* era plenamente aplicable a los contratos administrativos es que una contratista frente a una situación de incumplimiento de la entidad pública contratante puede, de conformidad con el Artículo 1505 del Código Civil ecuatoriano, “acudir ante un juez o árbitro, según el caso, para solicitarle alternativamente: a) que declare terminado el contrato, o b) que le ordene a la otra parte que deje de violar el contrato y que lo cumpla según fue pactado”⁶⁶¹. Cualquiera sea la opción escogida, la contratista tendrá derecho a reclamar el pago de daños⁶⁶². En cualquier caso, ante un incumplimiento relevante, la entidad privada contratante tiene derecho a dejar de cumplir con sus propias obligaciones contractuales, reconocida por el derecho ecuatoriano en el Artículo 1568 del Código Civil y conocida como “defensa de contrato no cumplido” o, por su expresión del derecho romano, “*exceptio non adimpleti contractus*”⁶⁶³.

421. El Artículo 1568 del Código Civil del Ecuador establece de forma general que “[e]n los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado,

⁶⁵⁸ Pérez Loose, 4.º, párrafo 57.

⁶⁵⁹ Pérez Loose, 4.º, párrafos 55 a 57

⁶⁶⁰ Pérez Loose, 4.º, párrafo 58.

⁶⁶¹ Pérez Loose, 1.º, párrafos 22-28; citando una sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador en CA-54, Corte Suprema de Justicia, *Tecco*, Gaceta Judicial Serie XIV, No. 3, pp. 679-687.

⁶⁶² Pérez Loose, 1.º, párrafo 23. El Dr. Pérez Loose aseveró que Perenco no renunció a dicho derecho, ni en los Contratos de Participación ni al someterse al derecho ecuatoriano: “Tampoco existe en la Ley de Hidrocarburos ni en la Ley de Contratación Pública, ni en cualquier otra ley, una prohibición a los contratistas petroleros como Perenco de ejercer este derecho”. (párrafo 25).

⁶⁶³ Pérez Loose, 4.º, párrafo 36.

mientras el otro no cumple su parte, o no se allana a cumplirlo en forma y tiempo debidos”⁶⁶⁴. Durante el contrainterrogatorio, el Dr. Pérez Loose aseveró que en su opinión el Artículo 1568 debía aplicarse a los contratos administrativos puesto que no hace distinción en los términos entre contratos privados y administrativos, haciendo referencia sólo al término general “contratos”⁶⁶⁵. Se refirió a la defensa como un derecho “provisional” o con “temporalidad”⁶⁶⁶ dirigida a ejercer presión sobre la otra parte contratante para que cumpla con sus obligaciones contractuales⁶⁶⁷. A fin de invocar dicha defensa, la parte que la esgrime debe demostrar: (i) una conexión recíproca entre la obligación incumplida y la obligación que tiene intención de incumplir⁶⁶⁸; (ii) que el incumplimiento original fue de naturaleza relevante (no puede estar relacionado a obligaciones accesorias, secundarias, u obligaciones relativamente insignificantes en el contexto mayor de la relación jurídica entre las partes)⁶⁶⁹; y (iii) que estaba o está listo para cumplir con sus obligaciones⁶⁷⁰.

422. Si bien aseveró que la defensa de *exceptio non adimpleti contractus* se aplica en Ecuador tanto a los contratos administrativos como a los contratos privados, el Dr. Pérez Loose reconoció ciertas limitaciones⁶⁷¹. Comentó cierta resistencia inicial a la aplicación en absoluto sobre contratos administrativos porque era necesario fomentar la continuidad de los contratos que normalmente establecían la prestación de servicios públicos, en lugar de otorgar a la contratista el derecho de interrumpir el cumplimiento si se consideraba justificado por la falta de cumplimiento de las obligaciones contractuales de la otra parte⁶⁷².

423. Aseveró, sin embargo, que esta postura “ha ido cediendo a una posición menos rígida”, reconociendo que el Estado es parte en muchos contratos que no guardan relación con servicios

⁶⁶⁴ CA-296, traducido al inglés en el párrafo 36 del 4.º Informe pericial del Dr. Pérez Loose.

⁶⁶⁵ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 6, página 1530.

⁶⁶⁶ Pérez Loose, 4.º, párrafo 37.

⁶⁶⁷ Pérez Loose, 4.º, párrafos 38-39.

⁶⁶⁸ Nota al pie 45 del 4.º Informe pericial del Dr. Pérez Loose; “[e]sto no significa que las obligaciones deban necesariamente cumplirse de forma simultánea sino que entre la obligación que el demandante ha incumplido y la que él exige que la otra parte cumpla haya una correlación. Para ello habrá que estar atento no solo a la naturaleza del contrato sino a lo que las partes hayan pactado libremente”.

⁶⁶⁹ La nota al pie 46 del 4.º Informe pericial del Dr. Pérez Loose, donde comenta que el incumplimiento no puede ser provocado por las acciones de la otra parte, y que la obligación incumplida debe ser relevante de modo tal que aun confiando en el cumplimiento de las partes restantes del contrato no sería suficiente para compensar el incumplimiento.

⁶⁷⁰ Pérez Loose, 4.º, párrafo 41.

⁶⁷¹ Pérez Loose, 4.º, párrafos 42-54.

⁶⁷² *Ibid.*

públicos. Este era el caso con los Contratos de Participación del presente arbitraje, y la parte contratista de dicho contrato administrativo podría oponer la excepción si la exigencia de continuar el cumplimiento pudiera derivar en “serias consecuencias económicas”⁶⁷³. Se basó en dos decisiones de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador⁶⁷⁴, dos opiniones de la Procuraduría General del Estado del Ecuador permitiendo que contratistas privados pospusieran el cumplimiento sin multa conforme a sus contratos con la entidad Estatal que había incumplido sus pagos⁶⁷⁵, y los escritos de tratadistas del derecho civil como Marienhoff, Dromi y Cassagne, para apoyar su opinión de que la defensa aplica a los contratos administrativos, y puede ser invocada cuando la conducta del Estado resulta en una situación que torna perjudicial para la contratista cumplir con sus obligaciones⁶⁷⁶. (El umbral de perjuicio citado por el Dr. Pérez Loose en un extracto de Marienhoff es una “razonable imposibilidad”, en lugar de “serias consecuencias económicas” que era la definición de la prueba según el Dr. Pérez Loose en su cuarto informe pericial⁶⁷⁷).

424. El Profesor Aguilar por su parte, si bien aceptó que el Artículo 1568 del Código Civil y la defensa de *exceptio non adimpleti contractus* es de “obligada aplicación en el ámbito del Derecho Privado”, rechazaba la postura de que se aplicara igualmente en el caso de los contratos celebrados con entidades Estatales, aseverando que “se admite solo *excepcionalmente* cuando entramos en el espacio del Derecho Administrativo”⁶⁷⁸. Citó doctrinarios franceses⁶⁷⁹, españoles⁶⁸⁰ y argentinos⁶⁸¹ a tal fin; y los pasajes citados de sus

⁶⁷³ Pérez Loose, 4.º, párrafos 44-45: “Hoy se acepta que en esta área no puede exigírsele al contratista a cumplir sus obligaciones a pesar del incumplimiento de la entidad contratante si de dicha exigencia podría derivarse serias consecuencias económicas para el empresario”.

⁶⁷⁴ *Ibid*, párrafos 53-54.

⁶⁷⁵ Pérez Loose, 4.º, párrafo 52, haciendo referencia a CA-319, Oficio PGE No. 004400 del 11 de enero de 2011, y a CA-320, Oficio PGE 13841 del 5 de mayo de 2010.

⁶⁷⁶ Pérez Loose, 4.º, párrafos 46-50.

⁶⁷⁷ Pérez Loose, 4.º, párrafos 46 a 50.

⁶⁷⁸ Aguilar, 3.º, párrafo 82 [énfasis añadido]. El Dr. Pérez Loose en el contrainterrogatorio enfatizó que en su opinión era significativo que el Profesor Aguilar no rechazara la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* a los contratos administrativos, alegando sólo que aplicaba bajo “circunstancias excepcionales”. Transcripción, Audiencia día 6, página 1529, línea 16 a 1530, línea 4.

⁶⁷⁹ Jean Rivero, *Derecho Administrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p 137 (Anexo No. 63 del 3.º Informe pericial): “Si es la administración la que está en falta, se descarta el derecho común que permite al cocontratante ampararse detrás de la *exceptio non adimpleti contractus* para suspender la ejecución de sus propias obligaciones: el particular permanece obligado a ejecutar, sea cual sea la falta de la administración; sólo puede dirigirse al juez en caso de una acción de compensación por daños y perjuicios, o pedir la rescisión en caso de falta muy grave”. [énfasis en el original].

manuales de derecho administrativo sugerían que la *exceptio* no se trasladaba, sin ninguna condición, a los contratos administrativos por causa de la necesidad imperativa de asegurar la continuidad del cumplimiento conforme a los contratos públicos⁶⁸². Afirmó que los textos de los tratadistas de derecho civil en los que se basó el Dr. Pérez Loose en su cuarto informe pericial, a saber, Marienhoff, Dromi y Cassagne, pueden utilizar la frase *exceptio non adimpleti contractus*, pero en sus explicaciones de la doctrina en verdad hacían referencia a “la existencia de un caso de *fuera mayor* que excusa al contratista del cumplimiento de sus obligaciones”⁶⁸³.

425. El Profesor Aguilar aseveró además que los autores apoyaban su opinión de que la *exceptio* solo puede aplicarse a los contratos administrativos en circunstancias en las que la conducta del Estado ha ocasionado una “razonable imposibilidad” para el cumplimiento de la entidad privada contratante⁶⁸⁴. Es pertinente mencionar en este sentido que el Profesor Aguilar corrigió el umbral pertinente esbozado por Marienhoff y citado por el Dr. Pérez Loose; declarando que Marienhoff utilizó la frase “razonable *imposibilidad* [*impossibility*, en la versión en inglés]”, en lugar de “razonable *incapacidad* [*inability*, en la versión en inglés]” como se mencionó previamente⁶⁸⁵. El Profesor Aguilar citó como ejemplo de “razonable imposibilidad” la

⁶⁸⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 2001, Vol. I, p. 753. (Anexo No. 57 del 3.º Informe pericial): “La excepción al mecanismo resolutorio del Código Civil es todavía más clara en los supuestos de incumplimiento de la Administración. Por lo pronto, el incumplimiento de ésta no autoriza en ningún caso al contratista a incumplir él mismo el contrato...” [énfasis en el original].

⁶⁸¹ 3.º Informe pericial de Juan Pablo Aguilar Andrade, párrafos 83 a 86, 98 a 100: (párrafo 99) “...continuidad de la ejecución contractual es un valor que se considera necesario proteger puesto que si esa ejecución satisface una necesidad colectiva, suspenderla afectaría esa necesidad y, por ende, perjudicaría a la sociedad en su conjunto”.

⁶⁸² 3.º Informe pericial de Juan Pablo Aguilar Andrade, párrafos 88-90.

⁶⁸³ Héctor Jorge Escola, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1977, Vol. I, páginas 443-444 (Anexo No. 66 del 3.º Informe pericial): “La administración pública debe cumplir sus obligaciones, y el cocontratante, frente a su incumplimiento, tiene a su disposición diversos medios para contrarrestar o compensar una incorrecta actitud de su contraparte. Pero la ejecución del contrato debe prevalecer, y por eso un traslado al campo contractual administrativo de la *exceptio* mencionada es no solo incompatible con las bases de la contratación administrativa, sino contraria al interés público comprometido” [énfasis en el original].

⁶⁸⁴ *Ibid.* El Profesor Aguilar adoptó el término “imposibilidad”. Hizo referencia a la utilización de “razonable imposibilidad” por Dromi en una oración que afirmó estaba a continuación del extracto citado en el 4.º Informe pericial del Dr. Pérez Loose en el párrafo 48.

⁶⁸⁵ 3.º Informe pericial de Juan Pablo Aguilar Andrade, párrafo 89: “Marienhoff sostiene que la *exceptio* será procedente ‘a favor del cocontratante cuando el hecho de la Administración se traduzca en una ‘razonable imposibilidad’ para que aquél cumpla sus obligaciones’”. En el texto original en español (CA-335, en p. 380) el término utilizado por Marienhoff es “razonable *imposibilidad*”. Lo mismo puede decirse de Dromi (Anexo 60 del 3.º Informe pericial de Aguilar, p. 384 del texto original), quien utiliza el término “una *razonable imposibilidad*”

situación de retraso en el pago de los valores que la administración adeuda al contratista que se haya “prolongado tanto en el tiempo y sea de tal naturaleza que desfinancie completamente al contratista y le impida contar con los recursos financieros necesarios para ejecutar los trabajos que se le hayan encomendado”⁶⁸⁶.

426. El Profesor Aguilar aceptó que su opinión era derivada de las opiniones de tratadistas jurídicos extranjeros, pero aseveró que ello era necesario puesto que “[e]n el Ecuador no ha habido desarrollos expresos de la doctrina sobre el particular, ni se ha presentado un caso concreto que permita contar con pronunciamientos jurisprudenciales”⁶⁸⁷. Rechazó el fundamento del Dr. Pérez Loose sobre dos decisiones judiciales de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, declarando que demostraban en su lugar que una reclamación invocando la *exceptio* no sería conocida cuando el contratista privado se encuentra en incumplimiento de sus obligaciones contractuales⁶⁸⁸. Aseveró de manera similar que, contrariamente a la presentación del Dr. Pérez Loose, las dos opiniones del Procurador General del Ecuador demuestran que la *exceptio* puede ser invocada por la contratista privada en un contrato administrativo, había en un caso una cláusula contractual específica que disponía que no se impondrían multas al contratista por incumplimiento si la entidad pública se encontraba en mora, y el otro caso apoya su postura de que la *exceptio* no aplicaba puesto que el “Procurador General sostiene que el retardo en el pago por parte de una institución pública no autoriza a ampliar el plazo contractual” en favor del contratista (esto es, permitir el incumplimiento por cierto tiempo hasta recibir el pago)⁶⁸⁹.

de cumplir con las obligaciones contractuales” en una sección titulada “[s]uspensión de la ejecución y “*exceptio non adimpleti contractus*”.

⁶⁸⁶ 3.º Informe pericial de Juan Pablo Aguilar Andrade, párrafo 87.

⁶⁸⁷ *Ibid*, párrafo 91.

⁶⁸⁸ *Ibid*, párrafos 91 a 93.

⁶⁸⁹ 3.º Informe pericial de Juan Pablo Aguilar Andrade, párrafos 94 a 95. Durante la audiencia, en el contrainterrogatorio, el Dr. Pérez Loose reconoció que en el primer caso había una disposición contractual que permitía al contratista dejar de cumplir sus obligaciones en caso de incumplimiento de la administración. El declaró que aún encontraba que el caso era útil puesto que brindaba la oportunidad al Procurador General de decir que para los contratos administrativos, la *exceptio* no era aplicable, pero no fue lo que el Procurador General hizo. Con respecto al segundo caso, que trataba sobre un contrato para la venta de medicación, durante el contrainterrogatorio se le sugirió al Dr. Pérez Loose que era un contrato de derecho privado, no un contrato administrativo, como había sugerido en su informe. Él concedió que podía ser caracterizado de tal manera. También acordó que en ambos casos la *exceptio* era invocada por el sector público en lugar del sector privado, pero mantuvo que ello no significaba que no estuviera disponible al sector privado. (Transcripción, día 6, páginas 1536, línea 12 a 1537, línea 22, y páginas 1542, línea 10 a 1543, línea 4.

427. El Profesor Aguilar aseveró además que su posición era apuntalada por el hecho de ser análoga al enfoque del incumplimiento contractual conforme al derecho del Ecuador; primero, según el Artículo 96(1) de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública se establece que el incumplimiento de las obligaciones de la entidad pública contratante por un término superior a 60 días autoriza al contratista sólo a terminar el contrato, y segundo, según el Artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos que no permite que el incumplimiento de la entidad pública contratante sea invocado como una excepción por el contratista privado en procesos tendientes a la declaración de *caducidad* (aunque, como reconoció el Profesor Aguilar posteriormente, si permite dicha defensa en procesos de *caducidad* si la suspensión de operaciones es por motivo de *fuerza mayor*)⁶⁹⁰.
428. Los Contratos de Participación, en la opinión del Profesor Aguilar, eran contratos en los cuales la continuidad del cumplimiento era imperativa, como reconocían sus propios términos⁶⁹¹ y el derecho constitucional ecuatoriano⁶⁹². En su opinión, el reconocimiento de la actividad de hidrocarburos como una utilidad pública sugería que había una “necesidad de dar prioridad a la continuidad contractual frente a la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*” a estos Contratos⁶⁹³. De manera acorde, el aseveró que sería inapropiado permitir la aplicación de dicha defensa.
429. Finalmente, el Profesor Aguilar aseveró que aún si la *exceptio* fuera aplicable, en lugar de permitir la suspensión de las obligaciones contractuales, en el mejor de los casos permitiría a Perenco demandar el cumplimiento, o la terminación, de los Contratos⁶⁹⁴. Hizo referencia en este sentido a los dos ejemplos jurisprudenciales de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia citados por el Dr. Pérez Loose. Si bien el Profesor Aguilar

⁶⁹⁰ 3.º Informe pericial de Juan Pablo Aguilar Andrade, párrafos 96 a 97, 102.

⁶⁹¹ En referencia a la Cláusula 5.1.3 del Contrato del Bloque 21: “Sin perjuicio de las demás obligaciones contenidas en el Contrato, la Contratista se obliga a:...iniciar dentro de los seis primeros meses a partir de la fecha efectiva y realizar en forma continua las operaciones en el Área del Contrato”.

⁶⁹² 3.º Informe pericial de Juan Pablo Aguilar Andrade, párrafos 96 a 97, 109. El Profesor Aguilar aseveró que los recursos naturales no renovables son reconocidos como uno de los sectores estratégicos del Estado conforme al Artículo 313 de la Constitución, y la continuidad como una característica del sector por la que debe velar la Dirección Nacional de Hidrocarburos en su mandato conforme al Artículo 11 de la Ley de Hidrocarburos. Más aún, el Artículo 326(15) de la Constitución “prohíbe la paralización, entre otros servicios y actividades, de la producción hidrocarburífera”.

⁶⁹³ 3.º Informe pericial de Juan Pablo Aguilar Andrade, párrafo 107.

⁶⁹⁴ 3.º Informe pericial de Juan Pablo Aguilar Andrade, párrafo 114: “...no es una autorización para incumplir el contrato. Todo lo contrario, lo que pretende la *exceptio* es impedir que quien ha incumplido sus obligaciones, demande el cumplimiento de las que corresponden a la otra parte”.

admitió que allí se aplicó la *exceptio* (aunque en su opinión, no como el Dr. Pérez Loose buscó sustento en ellos), aseveró que lo dicho por los jueces “en ambas sentencias es que los demandantes, en ambos casos personas de derecho privado, no podían presentar reclamaciones contra el Estado porque habían dejado de cumplir sus obligaciones contractuales. En otras palabras, el incumplimiento del contratante autorizaba a plantear una reclamación pero no a dejar de cumplir sus obligaciones contractuales”⁶⁹⁵.

430. Además de su opinión sobre las limitaciones a la aplicabilidad de la defensa, Ecuador afirmó que de hecho aún de aplicarse la *exceptio non adimpleti contractus*, sería necesario que Perenco demostrara que la conducta impugnada tornó imposible el cumplimiento de sus propias obligaciones. Perenco no podía hacer esto puesto que durante la etapa de medidas provisionales del proceso informó al Tribunal y al Ecuador que tenía la capacidad y la voluntad de pagar los montos exigidos por Ecuador en virtud de la Ley 42 (entonces al 99%) a una cuenta de depósito en plica mantenida en una ubicación neutral⁶⁹⁶. Ecuador argumentó que si Perenco podía operar bajo la Ley 42 al 99% haciendo los pagos de los montos disputados a una cuenta de depósito en plica, podía de igual manera operar pagando sus adeudos al Gobierno. Ello demostraba que Perenco podía pagar los adeudos en virtud de la Ley 42 y que no estaba obligada a interrumpir el cumplimiento de los Contratos por motivo de la presunta violación⁶⁹⁷.
431. Habiendo considerado las presentaciones de las partes, aunque acepta la opinión del Profesor Aguilar de que el derecho en este punto no está bien desarrollado en el Ecuador, el Tribunal determina que la defensa puede ser opuesta invocada por una parte privada en un contrato administrativo. El Artículo 1568 del Código Civil está redactado en términos generales y no apoya la posición de que sólo puede ser invocado por la entidad pública contratante que es parte del contrato.
432. El próximo asunto es si era “razonablemente imposible” (la prueba conforme a los tratadistas citados por el Dr. Pérez Loose) para Perenco cumplir con los Contratos durante el tiempo en

⁶⁹⁵ *Ibid*, párrafos 114 a 116.

⁶⁹⁶ Anexos CE-72, Carta de Perenco y Burlington al Ministerio de Minas y Petróleos y Petroecuador proponiendo una cuenta de depósito en garantía para transferir los pagos discutidos en virtud de la Ley 42, 19 de junio de 2008 (en español y en inglés); CE-215, Carta de Perenco al Ministerio de Minas y Petróleos, sobre la propuesta de acuerdo, 27 de mayo de 2009 (en español con traducción al inglés). Véase también, Memorial de Contestación, párrafo 496.

⁶⁹⁷ 3.º Informe pericial de Juan Pablo Aguilar Andrade, párrafos 82 a 117.

que Ecuador embargó su petróleo. El Tribunal considera que la prueba es concerniente a una ‘imposibilidad comercial’ en las circunstancias de cada parte contratante. El primer obstáculo que debe superar Perenco es si le era comercialmente imposible continuar las operaciones de conformidad con sus derechos y obligaciones contractuales.

433. En este sentido, Perenco se enfrentó con dos problemas. Primero, al expresar su interés en la apertura de una cuenta de depósito en plica en la cual pagaría los adeudos de la Ley 42, Perenco parece haber considerado que podía continuar operando ambos bloques mientras pagaba los adeudos de la Ley 42. Segundo, de superar el primer obstáculo, Perenco debía probar entonces que el Profesor Aguilar argumentaba de forma incorrecta que los remedios ofrecidos por el derecho ecuatoriano se extienden a la suspensión de las obligaciones de la demandante y no simplemente a procesos judiciales de terminación o daños y perjuicios.
434. Luego de revisar los hechos y la prueba pericial, el Tribunal considera que Perenco ha establecido el argumento de “imposibilidad comercial”. En la opinión del Tribunal, habiendo sido sometida la diferencia al arbitraje del CIADI, el Tribunal habiendo emitido luego la recomendación de medidas provisionales a fin de evitar el agravamiento de la diferencia, y teniendo Perenco una expectativa contractual de que Ecuador cumpliría con dicha decisión, tenía derecho a confiar en la perspectiva de la no aplicación de coactivas dirigidas al cobro de sumas pretendidas como adeudadas o sumas nuevas generadas por la explotación de los Bloques por Perenco durante el transcurso del arbitraje. Cuando las coactivas fueron aplicadas sobre la producción de Perenco, fue comercialmente imposible para la compañía continuar el negocio puesto que su producción era embargada a fin de ser vendida (con un descuento sobre el precio imperante de mercado) para pagar la deuda, mientras simultáneamente continuaba generando deuda en virtud de la Ley 42 al precio de mercado. Por cada barril de petróleo embargado y vendido por Ecuador, se incurría nueva deuda conforme a la aplicación de la Ley 42. En dichas circunstancias, continuar la producción a pérdida constituía ‘imposibilidad contractual’.
435. Con respecto al segundo punto, el Tribunal considera que el derecho ecuatoriano permite que la parte cumplidora suspenda el cumplimiento de sus obligaciones hasta tanto la parte

incumplidora se allane al cumplimiento. Por consiguiente, la defensa *exceptio non adimpleti contractus* estaba disponible para Perenco.

(8) ¿Hubo incumplimiento de la cláusula 5.1.28 del Contrato de Participación en el Bloque 7?

436. El Tribunal recuerda que la cláusula 5.1.28 del Contrato de Participación en el Bloque 7 establece:

“Las partes entienden que el tratamiento que la Contratista recibirá tanto del Gobierno del Ecuador como de PETROECUADOR, *no será menos favorable que el que reciban, en condiciones similares, otras Contratistas de participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos*”⁶⁹⁸.

437. La Demandante alega que al eximir a otra contratista, Andes Petroleum, de la aplicación de la Ley 42 con respecto a su contrato de participación en el Bloque Tarapoa⁶⁹⁹, Ecuador incumplió la cláusula 5.1.28. La respuesta del Ecuador es doble, primero, objetando la admisibilidad de la pretensión puesto que fue presentada por la Demandante por primera vez en su Réplica, y segundo, alegando que Perenco no ha probado que Perenco y Andes Petroleum estuvieran “en condiciones similares”, que hubiera trato diferenciado que por demás fuera injustificado, y que Ecuador hubiera tenido intención de favorecer a Andes Petroleum.

438. Sobre la admisibilidad de la pretensión, el Tribunal no puede aceptar el alegato del Ecuador de que la pretensión fue presentada fuera de tiempo. La Regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI establece que “una reclamación incidental o adicional...que se relacione directamente con la diferencia” “se presentará *a más tardar en la réplica*”⁷⁰⁰. No se disputa que la pretensión fue presentada en la Réplica, y el Tribunal considera por tanto que dicha objeción es infundada y que la pretensión es admisible para su conocimiento.

439. Sobre el asunto de fondo de la pretensión de incumplimiento, el Tribunal considera que Perenco no ha probado que ella y Andes Petroleum estuvieran en “condiciones similares” en la medida que concierne a sus respectivos contratos de participación. Cuando Ecuador y City Investing Company (la predecesora de Andes Petroleum) suscribieron el Contrato de

⁶⁹⁸ Anexo CE-17, Contrato de Participación en el Bloque 7, PER 04772 [énfasis añadido].

⁶⁹⁹ Anexo CE-12, Contrato de Participación en el Bloque Tarapoa.

⁷⁰⁰ Regla 40(1) y (2) (Demandas subordinadas) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

Modificación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque Tarapoa el 25 de julio de 1995⁷⁰¹, acordaron complementar la cláusula 8.1 con la siguiente estipulación:

“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 mil novecientos noventa y cinco (1,995), se distribuirá entre las Partes, en proporciones iguales”⁷⁰².

440. En julio de 2008, el entonces Presidente de Petroecuador, el Contralmirante Luis Jaramillo, solicitó una opinión formal del Procurador General, Dr. Diego García Carrión sobre si la Ley 42 y sus Reglamentos de Aplicación debían aplicarse al Contrato de Participación en el Bloque Tarapoa. En su opinión del 18 de julio de 2008, el Procurador General comentaba que el objetivo de la Ley 42 y sus Reglamentos de Aplicación era abordar las ganancias de los “excedentes de los precios de venta no pactados y no previstos”⁷⁰³. En contraste, en el caso del Contrato de Participación en el Bloque Tarapoa, las partes habían considerado el evento de ganancias extraordinarias y habían llegado a un método acordado para afrontar dicha eventualidad⁷⁰⁴. El Procurador General concluyó:

“Con los antecedentes expuestos, en el caso específico del Contrato de Participación sobre el Bloque Tarapoa, vigente con Andes Petroleum Company Ltd., no se aplica la Ley 2006-42 reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, puesto que en el contrato ya asegura una participación del Estado ecuatoriano en los beneficios económicos derivados del incremento del precio del petróleo crudo que se explote en dicho campo.

En cuanto al porcentaje de distribución, el Contrato de Participación vigente que constituye ley para las partes contratantes y no puede ser modificado sino por acuerdo entre ellas, atento el principio establecido por el artículo 1561 de la Codificación del Código Civil - *que se aplica al Contrato por estar sujeto a la legislación ecuatoriana, según lo estipula la cláusula Vigésimo Segunda, numeral 22.1 del mismo* - ha establecido una modalidad de distribución equivalente a la prevista en la Ley 2006-42, la misma que debe aplicarse en el caso de este contrato, en beneficio del principio de seguridad jurídica para las partes.

No siendo aplicable al referido contrato la Ley 2006-42, que expresamente se refiere a los excedentes de los precios de venta de petróleo no pactados o no

⁷⁰¹ Anexo CE-12, Contrato de Participación en el Bloque Tarapoa.

⁷⁰² Anexo CE-12, PER 00680.

⁷⁰³ Anexo CE-75, Opinión del Procurador General del Ecuador sobre la no aplicabilidad de la Ley 42 al contrato de Tarapoa, 18 de julio de 2008, (en español con traducción al inglés), PER 02219, citando del Decreto No. 1672.

⁷⁰⁴ Anexo CE-75, Opinión del Procurador General del Ecuador sobre la no aplicabilidad de la Ley 42 al contrato de Tarapoa, 18 de julio de 2008, (en español con traducción al inglés), PER 02219-02220.

previstos en los Contratos de Participación, tampoco son aplicables al mismo los reglamentos a dicha Ley expedidos mediante Decretos Ejecutivos Nos. 1672 publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 312 del 13 de julio del 2006; y, 662 publicado en el Registro Oficial No. 193 de 18 de octubre del 2007⁷⁰⁵.

441. Esto es prueba de la considerada evaluación del Estado sobre si la Ley 42 y sus Reglamentos de Aplicación deberían aplicar al Contrato de Participación en el Bloque Tarapoa. El Tribunal considera que la prueba demuestra que Perenco y Andes Petroleum no estaban en “condiciones similares” y por tanto el punto de comparación necesario no está presente. La Demandante no ha cumplido con la carga de probar que se le brindó tratamiento desfavorable comparado con otra empresa en condiciones similares. Esta pretensión es por consiguiente desestimada.

(9) La *caducidad* conforme a los Contratos

442. El Tribunal encuentra más eficiente abordar el asunto de la *caducidad* luego de su consideración sobre la pretensión de expropiación de la Demandante. Como se verá, el Tribunal considera que la declaración de *caducidad* tuvo como efecto una expropiación y, por analogía de razonamiento, constituyó un incumplimiento del Contrato del Bloque 21 puesto que, ante las circunstancias, habiendo ocupado los bloques y salvaguardado el interés del Estado de mantener los campos petroleros y asegurar la continuidad de las operaciones, sin despojar a Perenco de sus derechos contractuales, Ecuador no necesitaba finalizar los Contratos.

E. Síntesis de las determinaciones del Tribunal sobre las reclamaciones contractuales

443. En resumen, el Tribunal determina que (i) la Ley 42 modificó la operación de los Contratos y encuadraba dentro de las disposiciones de modificación tributaria de los dos Contratos; (ii) Perenco no ha establecido un incumplimiento contractual en relación con la Ley 42 al 50% al decidir no presionar por sus derechos contractuales y al no demostrar que el remedio de la cláusula 11 era inútil dadas las circunstancias imperantes al momento de su solicitud; y (iii) Perenco ha probado su pretensión de que la Ley 42 al 99% incumplió los Contratos.

⁷⁰⁵ [Bastardilla en el original]. Anexo CE-75, Opinión del Procurador General del Ecuador sobre la no aplicabilidad de la Ley 42 al contrato de Tarapoa, 18 de julio de 2008, (en español con traducción al inglés), PER 02220.

VII. JURISDICCIÓN SOBRE LAS RECLAMACIONES DE LA DEMANDANTE EN VIRTUD DEL TRATADO

A. El asunto pendiente sobre jurisdicción en virtud del Tratado

444. En su Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal dejó abierta la pregunta sobre si Perenco Ecuador Limited tiene legitimación para presentar una reclamación en relación con el Tratado⁷⁰⁶.
445. El Tribunal dejó en claro que la Demandante estaba constituida en virtud de las leyes del Commonwealth de las Bahamas⁷⁰⁷. Es la cuarta compañía en el peldaño más bajo de una “escalera” de compañías de las Bahamas donde la más importante es PIL⁷⁰⁸. Al momento de su muerte, Hubert Perrodo, nacional francés, era propietario del 92,9% de las acciones de PIL. El 7,1% restante de las acciones le pertenecían a otra compañía de las Bahamas, Glenmor Energy Limited⁷⁰⁹, que a su vez le pertenece en su totalidad al hijo mayor de Perrodo, François Perrodo⁷¹⁰.
446. A pesar de haber desestimado la rama principal de las objeciones de la Demandada a la jurisdicción del Tribunal en virtud del Tratado en su Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal postergó su consideración de determinados asuntos respecto de los que está pendiente la presentación de pruebas adicionales y otras presentaciones de las Partes. Al hacerlo, el Tribunal expresó dos preocupaciones.
447. En primer lugar, observó que esta parecía ser la primera vez en la que una persona jurídica, nacional de un tercer Estado, invocaba derechos y obligaciones de las partes del Tratado en virtud de este sin que hubiera al menos un nacional de uno de los dos Estados signatarios del Tratado (o una persona jurídica constituida en virtud de la ley de uno de los dos Estados

⁷⁰⁶ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 86.

⁷⁰⁷ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 3.

⁷⁰⁸ Debido a una reorganización corporativa, los nombres de varias empresas en la escalera han cambiado. Por ejemplo, la que ahora es Perenco International Ltd. era en 2006 Perenco Limited. Asimismo, la que era Perenco S.A. anteriormente era Perenco Oil and Gas S.A. Perenco Garbon S.A. antes era Perenco S.A. Véase la Carta de Debevoise & Plimpton a Dechert del 8 de julio de 2009 acompañada con la carta de Debevoise & Plimpton para el CIADI del 28 de mayo de 2008 en el Anexo E-1 de la Solicitud Enmendada

⁷⁰⁹ Anexo E-6 de la Solicitud Enmendada, Registro de Miembros de Perenco Limited, Perenco S.A., Perenco Gabon S.A. y Perenco Ecuador Limited.

⁷¹⁰ Anexo CE-252, Registro de Miembros de Glenmor Energy, sin fecha, p. 1.

signatarios) que se sumara a la reclamación en virtud del Tratado⁷¹¹. Además observó que estaba más allá de conflicto el hecho de que comúnmente una empresa de las Bahamas no podía reclamar derechos en virtud de un tratado bilateral respecto del cual el Commonwealth de las Bahamas es ajeno⁷¹².

448. En consecuencia, el Tribunal estaba algo sorprendido de la falta de afirmación de todo nacional francés, es decir, todo heredero de Hubert Perrodo, a fin de que dicho nacional, ya sea en forma individual o en forma colectiva con otros nacionales franceses, controlara ahora PIL y a través de PIL a la Demandante⁷¹³. En las circunstancias del caso, por lo tanto, el Tribunal consideró que los medios probatorios del control alegado por los nacionales franceses que habían sido aducidos por la empresa de las Bahamas al tiempo de la audiencia jurisdiccional eran exiguos⁷¹⁴.

449. En segundo lugar, respecto de la segunda parte de su objeción a la reclamación en virtud del tratado, la Demandada argumentó que la palabra “controladas” utilizada en el Artículo 1(3)(ii) del Tratado con respecto a la palabra “compañías” significa “todo organismo incorporado” que sea *directamente* controlado por nacionales de una Parte Contratante y no se extiende a todo organismo incorporado que esté *indirectamente* controlado por dichos nacionales⁷¹⁵. En la audiencia jurisdiccional, la Demandada admitió que si se probaba que nacionales franceses controlaban PIL, la empresa más importante en la escalera de empresas de las Bahamas, dicha empresa de las Bahamas —pero, *solo* esa, insistió— tendría la legitimidad necesaria para presentar una reclamación en virtud del Tratado porque era la única compañía que podría decirse que haya sido controlada *directamente* por la familia Perrodo, suponiendo que habían logrado dispensar la carga de probar que realmente estaban en control de dicha compañía⁷¹⁶.

450. Durante la fase jurisdiccional anterior, se argumentó respecto de los *travaux préparatoires* del Tratado y el Tribunal decidió deferir por el momento su decisión del asunto del control

⁷¹¹ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 90.

⁷¹² *Ibid.*, párrafo 91.

⁷¹³ *Ibid.*, párrafo 90.

⁷¹⁴ Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 104-106. Se le instruyó a la Demandante que presentara medios probatorios adicionales para apoyar su afirmación de que es controlada por los herederos de Perrodo.

⁷¹⁵ *Ibid.*, párrafos 74-79.

⁷¹⁶ Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo, día 1, p. 241.

directo/indirecto⁷¹⁷. Dado que la Demandada, aparentemente, tenía poco camino recorrido en cuanto al historial de negociación en su posesión y no había expresado su opinión respecto de si era apropiado o no en las circunstancias tener recurso a medios suplementarios de interpretación en virtud del Artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (la “**Convención de Viena**” o la “**VCLT**”, por sus siglas en inglés), el Tribunal instruyó a las partes a acercarse a las autoridades francesas a fin de obtener *travaux préparatoires* y a volver a este asunto en la siguiente fase del proceso considerando dicho historial de negociación⁷¹⁸.

451. Luego de recibir los medios probatorios y las presentaciones por escrito adicionales de las partes, el Tribunal estuvo en mejor posición para hacer una determinación apropiada de los asuntos jurisdiccionales pendientes.

(1) Hallazgos fácticos clave

452. Antes de discutir las objeciones en detalle, es necesario considerar los hechos a medida que emergieron de los testimonios escritos y orales de testigos ofrecidos por las Partes.

453. En la audiencia oral en La Haya celebrada del 8 al 16 de noviembre de 2012, François Perrodo, Roland Fox y Patrick Spink dieron testimonio sobre el asunto del control de Perenco Ecuador Limited tanto durante la vida de Hubert Perrodo como luego de su fallecimiento.

454. Con respecto a la cuestión sobre si efectivamente o no, conforme a derecho, en el momento clave (17 de octubre de 2007)⁷¹⁹ la familia Perrodo controlaba PIL, y a través de PIL y otras dos compañías interpuestas, a la Demandante, es importante considerar los siguientes puntos.

455. La evidencia de François Perrodo era que luego del inoportuno fallecimiento de su padre el 29 de diciembre de 2006 tuvo que asumir el liderazgo del Grupo Perenco y el 12 de enero de 2007 fue designado Director y Presidente del Directorio de PIL⁷²⁰. Tanto en su testimonio escrito

⁷¹⁷ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 86.

⁷¹⁸ *Ibid.*, párrafos 94-95.

⁷¹⁹ El 17 de octubre de 2007, Perenco le notificó a Ecuador que aceptaba y daba su consentimiento para la oferta de la Demandada de presentar todo conflicto relativo a toda medida que pudiera afectar las inversiones de la Demandante en Ecuador al CIADI: véase Solicitud de Arbitraje Enmendada con fecha del 30 de abril de 2008, párrafo 15.

⁷²⁰ Declaración testimonial de François Perrodo del 5 de agosto de 2011, párrafo 4.

como en su testimonio oral, sostuvo que luego de la muerte de su padre, él y su familia controlaron PIL, que a su vez controlaba las subsidiarias, incluida Perenco Ecuador Limited, y que las decisiones significativas que afectaban al Grupo Perenco o a toda compañía del Grupo se efectuaban solo con la aprobación de la familia Perrodo⁷²¹. Perrodo declaró que continuaba siguiendo las prácticas de gestión de su difunto padre y que los directores, autoridades y gerentes de las varias compañías del Grupo Perenco le consultaban sobre todo tipo de asuntos, “incluyendo posibles adquisiciones o enajenaciones, contratos importantes, comienzo o terminación de relaciones con socios, decisiones en materia de inversión, personal clave, relaciones con gobiernos y muchos otros temas”⁷²².

456. Durante su testimonio oral, Perrodo declaró que los únicos herederos de su padre eran su madre, Ka Yee Perrodo, y sus tres hijos, Nathalie Samani (apellido de soltera: Perrodo), Bertrand Perrodo y él mismo⁷²³. No hay otros descendientes con derecho a presentar reclamaciones de interés en su acervo hereditario⁷²⁴.

457. Perrodo reconoció que existía un conflicto entre su madre y sus hijos respecto de la forma en la que el acervo hereditario debería ser dividido⁷²⁵. Dado que su esposo había fallecido sin testamento, la Señora Perrodo argumentó que en virtud del régimen matrimonial aplicable, el 50% del acervo hereditario le había pertenecido a ella durante la vida de su esposo⁷²⁶. Esto habría tenido un impacto significativo en el porcentaje del acervo hereditario que cada heredero habría recibido una vez que el acervo fuera administrado⁷²⁷. Como resultado de este conflicto, el 15 de febrero de 2008, la Señora Perrodo, ante el asesoramiento de su abogado, presentó un aviso preventivo ante los tribunales de las Bahamas. (El mismo luego fue retirada el 30 de marzo de 2009)⁷²⁸.

⁷²¹ Declaración testimonial de François Perrodo, párrafo 11.

⁷²² Declaración testimonial de François Perrodo, párrafo 13. Este medio probatorio fáctico es una premisa de crítica de la posición de la Demandante sobre su legitimación para presentar reclamaciones bajo el Tratado: véase Transcripción, día 1, Alegato de Apertura de Friedman en páginas 179-180.

⁷²³ Transcripción, día 2, p. 429 (Testimonio de François Perrodo).

⁷²⁴ *Ibid.*, p. 429 y 430 (Testimonio de François Perrodo).

⁷²⁵ *Ibid.*, pp. 431-432 (Testimonio de François Perrodo).

⁷²⁶ *Ibid.*, pp. 433-434 (Testimonio de François Perrodo).

⁷²⁷ Transcripción, día 2, p. 434 (Testimonio de François Perrodo).

⁷²⁸ *Ibid.*, pp. 432 (Testimonio de François Perrodo).

458. Perrodo atestiguó además que el conflicto entre los herederos no había impedido de ninguna manera la gestión del Grupo Perenco⁷²⁹. Siempre había estado claro que la Señora Perrodo y los otros hijos Perrodo confiaban en él completamente en cuanto a la gestión de la compañía como Presidente Ejecutivo⁷³⁰.
459. Este testimonio era coherente con el de Roland Fox, quien atestiguó que en todo momento la familia Perrodo controló el Grupo Perenco⁷³¹. Cuando Hubert Perrodo estaba vivo, mantenía un estricto control sobre el Grupo Perenco⁷³², y esto se manifestaba en su calidad de accionista con la autoridad de elegir a los funcionarios ejecutivos y al Directorio de PIL⁷³³. Todas las decisiones relacionadas con el Grupo Perenco se hacían con la aprobación de Perrodo⁷³⁴. Hubert Perrodo fue sucedido por su hijo François cuando este fue designado Presidente de PIL poco después del fallecimiento de su padre⁷³⁵. Los signatarios autorizados en las cuentas bancarias de PIL se cambiaron para darle a François Perrodo la autoridad de operar en ellas sobre la base de su firma únicamente⁷³⁶. El 24 de septiembre de 2007, su madre, Ka Yee, y su hermana, Nathalie, también fueron designadas Directoras del Directorio de PIL⁷³⁷.
460. El Sr. Fox atestiguó además que al 17 de octubre de 2007, seis de los nueve Directores del Directorio de PIL eran nacionales franceses, a saber, los tres miembros de la familia Perrodo designados como tales y otros tres: Bernard Castanet, Patrick Reynis y Jean-Michel Runacher⁷³⁸.
461. Asimismo, el Sr. Fox atestiguó que François Perrodo, como Presidente del Directorio, ha estado y permanece involucrado personalmente en todas las decisiones significativas que

⁷²⁹ *Ibid.*, pp. 433 (Testimonio de François Perrodo).

⁷³⁰ *Ibid.*

⁷³¹ Primera Declaración testimonial de Roland Fox, párrafo 21; Segunda Declaración testimonial de Roland Fox, párrafo 5.

⁷³² *Ibid.*, párrafo 22

⁷³³ Primera Declaración testimonial de Roland Fox, párrafo 25.

⁷³⁴ *Ibid.*, párrafo 24.

⁷³⁵ *Ibid.*, párrafo 28; Transcripción, día 2, p. 404, líneas 19 a 21.

⁷³⁶ Segunda Declaración testimonial de Roland Fox, párrafo 6.

⁷³⁷ Segunda Declaración testimonial de Roland Fox, párrafo 7.

⁷³⁸ *Ibid.*

afectan al Grupo Perenco y también consulta con su familia antes de tomar dichas decisiones⁷³⁹. Ninguna decisión significativa se toma sin su aprobación⁷⁴⁰.

462. Fox además atestiguó que la familia Perrodo controlaba Perenco Ecuador Limited (“**PEL**”). Él mismo era el Presidente de PEL, que también tenían dos Directores de Bahamas. La administración diaria de PEL era responsabilidad del Gerente General de Ecuador, supervisado por el Gerente Regional, pero todas las decisiones sustanciales y estratégicas eran primero consultadas con Hubert Perrodo y tras su muerte con François Perrodo⁷⁴¹.
463. Fox afirmó que François Perrodo ha tomado decisiones significativas que afectan a PEL, incluida la aprobación de los gastos de PEL en el país, su presupuesto y programa de trabajo anual y cómo reaccionar ante las acciones del Ecuador que eran consideradas perjudiciales para las operaciones de PEL en dicho país⁷⁴².
464. Es importante mencionar otros dos aspectos del testimonio de Fox. El primero se relaciona con las acciones de PIL en el momento del fallecimiento de Hubert Perrodo. Fox confirmó que en el momento del fallecimiento de Hubert Perrodo, todo el capital accionario de PIL ascendía a 97.414 acciones, de las que 90.498 acciones, lo que era igual al 92,9%, del total del capital accionario emitido de PIL, pertenecían a Hubert Perrodo. Glenmor Energy LTD, que le pertenecía a Hubert Perrodo, era propietaria de las 6.916 acciones restantes, lo que era igual al 7,1%, del capital accionario de PIL⁷⁴³.
465. Fox atestiguó que en su rol de Secretario de PIL recibió la asesoría de Patrick Reynis, abogado francés del Directorio de PIL, respecto de que las 90.498 acciones de PIL formaban parte del acervo hereditario de Hubert Perrodo y que, por ministerio de la ley francesa, a su fallecimiento se convirtieron inmediatamente y en forma indivisible en propiedad de sus cuatro herederos⁷⁴⁴. Además atestiguó que el 22 de diciembre de 2011, las acciones de PIL que eran propiedad mancomunada de sus herederos estaban divididas de forma tal que cada uno de los cuatro miembros de la familia Perrodo pasó a ser propietario del 25% del total del capital

⁷³⁹ Primera Declaración testimonial de Roland Fox, párrafo 29.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, párrafo 30. Transcripción, día 2, p. 403, líneas 14 – 17.

⁷⁴¹ Primera Declaración testimonial de Roland Fox, párrafo 33.

⁷⁴² *Ibid.*, párrafo 35.

⁷⁴³ *Ibid.*, párrafo 2.

⁷⁴⁴ *Ibid.*, párrafo 3; Transcripción, día 2, pp. 386 - 388.

accionario emitido de PIL⁷⁴⁵. En esta fecha, la transferencia y reinscripción de 24.353,5 acciones se inscribieron a nombre de cada una de las siguientes personas: Ka Yee Perrodo, Nathalie Samani y Bertrand Perrodo. Alrededor de 17.437,5 acciones se inscribieron a nombre de François Perrodo porque él ya era propietario de 6.916 acciones a través de Glenmor⁷⁴⁶.

466. Otro aspecto del testimonio de Fox que es importante mencionar está relacionado con su punto de vista sobre los derechos a voto de las acciones de PIL. En este aspecto, testificó que el período entre la muerte de Perrodo y el momento en el que las acciones de PIL fueron transferidas y reinscriptas el 22 de diciembre de 2011 —el período en el que PEL dio su consentimiento al arbitraje del CIADI—, si bien las acciones eran poseídas en forma indivisible por los herederos, no había derechos a voto que surgieran de ellas porque nadie estaba en posición de votar en virtud de dichas acciones⁷⁴⁷. En este sentido, desde su perspectiva como Secretario de la Compañía, el 7,1% de las acciones indirectas de François Perrodo en PIL le daban el derecho a determinar las decisiones de los accionistas hasta que los demás accionistas fueran inscritos⁷⁴⁸. El Tribunal volverá a su testimonio en el punto siguiente.
467. Patrick Spink también atestiguó sobre el asunto del control ejercido tanto por Hubert Perrodo como por François Perrodo sobre PIL y PEL.
468. Atestiguó que el control de la familia Perrodo iba más allá de las adquisiciones y que tenía “poder de decisión sobre temas tan diversos como los gastos de capital, las relaciones con los socios comerciales, los presupuestos anuales, el personal y otros asuntos”⁷⁴⁹. Spink también aportó evidencia sobre el control de Hubert Perrodo sobre PEL y la inversión en Ecuador, que dijo estaba supervisada en forma directa por Hubert Perrodo⁷⁵⁰.
469. El peritaje de Bernard Reynis, notario francés convocado por la Demandante, abordó la devolución inmediata en virtud del derecho francés de los intereses en el acervo hereditario de Hubert Perrodo luego de su fallecimiento a su cónyuge supérstite y sus descendientes⁷⁵¹.

⁷⁴⁵ Segunda Declaración testimonial de Roland Fox, párrafos 9-10.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, párrafos 9-10.

⁷⁴⁷ Transcripción, día 2, pp. 412-413, 417 (Declaración testimonial de Roland Fox).

⁷⁴⁸ *Ibid.*

⁷⁴⁹ Segunda Declaración testimonial de Patrick Spink, párrafo 5.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 6.

⁷⁵¹ Peritaje de Bernard Reynis, párrafos 8-9.

Reynis atestiguó que el derecho francés dispone que si el difunto no ha dejado testamento, y en presencia de un cónyuge superviviente y descendientes, la sucesión pasa al cónyuge sobreviviente y a los descendientes (es decir, los herederos)⁷⁵². Los herederos adquieren esa calidad inmediatamente en relación con su interés en la sucesión “sin necesidad de formalidad alguna o de 'probate' en el sentido anglosajón” o procedimientos del estilo⁷⁵³.

470. Reynis añadió que donde existen varios herederos, esto crea una situación de indivisión y “durante el período de indivisión, los coherederos poseen la propiedad y ejercen el control sobre todos los bienes de la sucesión, lo que incluye las acciones de las que el difunto era titular en una sociedad al momento de su fallecimiento, en forma conjunta e indivisible”,⁷⁵⁴. Esta declaración testimonial era coherente con la de Fox respecto de que, desde su perspectiva como Secretario de la Compañía, los herederos poseían las acciones en forma indivisible. También fue coherente con la posición de la Demandante de que inmediatamente luego del fallecimiento de Hubert Perrodo, los herederos de Perrodo se convirtieron en propietarios de PIL y, a través de esta, de PEL.
471. Si bien la Demandada cuestionó determinados aspectos de la declaración testimonial de cada uno de los testigos anteriores, no cuestionó con eficacia los puntos centrales de dichos testimonios relacionados con el asunto del control de la familia Perrodo *de hecho* de PIL (el asunto del control legal será considerado aparte más adelante).
472. En vista de lo anterior, pueden sacarse al respecto seis conclusiones fácticas clave.
473. Primero, luego de dos rondas de audiencias orales, cada una de las que fue precedida por dos rondas de alegatos escritos, no hay evidencia de que las acciones de PIL no formaran parte de la sucesión de Perrodo de acuerdo con el derecho francés. No hay evidencia, por ejemplo, de que Perrodo haya creado un fideicomiso testamentario o de otro tipo con domicilio fuera de

⁷⁵² Peritaje de Bernard Reynis, párrafo 9; Transcripción, día 5, pp. 1305 y 1299 (Declaración testimonial de Bernard Reynis).

⁷⁵³ Peritaje de Bernard Reynis, párrafo 10; Transcripción, día 5, pp. 1305 y 1299 (Declaración testimonial de Bernard Reynis). De forma similar, otro perito de la Demandante, Brian Simms QC, atestiguó que, en su opinión, los herederos adquirirían inmediatamente título a las acciones de PIL y podrían haber registrado las acciones en todo momento y en cualquier caso, para todo fin pertinente, los herederos eran tratados como accionistas: Transcripción, día 6, pp. 1365-1366, 407 (Declaración testimonial de Brian Simms QC).

⁷⁵⁴ Peritaje de Bernard Reynis, párrafos 10-11; Transcripción, día 5, p. 13 (Declaración testimonial de Bernard Reynis).

Francia que podría haber significado que las acciones de PIL no formaban parte de la sucesión cuyos bienes adquirieron los herederos en virtud del derecho francés.

474. Por el contrario, la evidencia muestra que las acciones de PIL *efectivamente* formaban parte de la sucesión y que, en vista de la sucesión intestada de Perrodo, dichas acciones pasaron a los herederos de acuerdo con el derecho francés, según lo indicado en la *Acte de notoriété* y Certificado de Defunción de Hubert Perrodo preparados por Bernard Reynis el 11 de junio de 2007 (como se confirmó en el peritaje de Reynis en este procedimiento)⁷⁵⁵.
475. En segundo lugar, si bien surgió evidencia que demostraba que los herederos sobrevivientes de Perrodo se disputaban sus respectivas acciones de la sucesión (hecho que François Perrodo reconoció libremente ante conainterrogatorio⁷⁵⁶), no se adujo evidencia alguna que contradijera la posición de la Demandante de que, de acuerdo con el derecho francés, los herederos adquirirían la propiedad de los bienes de la sucesión inmediatamente con el fallecimiento de Perrodo. La Demandada no buscaba contradecir el peritaje de Reynis sobre el derecho francés y esta decisión fue aceptada por el perito de la Demandada experto en derecho de las Bahamas, Brian Moree QC, como una presunción para su peritaje⁷⁵⁷.
476. En tercer lugar, no se adujo evidencia alguna para sugerir que alguna otra persona nacional francesa o de otra nacionalidad se hubiera presentado para disputar el derecho colectivo de los herederos a la sucesión. Es cierto que el 15 de febrero de 2008, la Señora Perrodo presentó un aviso preventivo sobre la sucesión de Hubert Perrodo ante la Corte Suprema de las Bahamas⁷⁵⁸, pero esto fue explicado por Perrodo como una acción tomada por extrema precaución de su madre a la vista del conflicto por entonces presente entre los herederos⁷⁵⁹. No hay evidencia registrada de que alguna otra parte —de nacionalidad francesa u otra— disputara el derecho de los herederos de Perrodo a la sucesión.

⁷⁵⁵ Anexo CE-200, *Acte de notoriété* y Certificado de Defunción de Hubert Perrodo preparado por Bernard Reynis (en francés con traducción al inglés) (también presentado como parte del Anexo RFA-CE-6 de la Demandante del 1.º de noviembre de 2010 y anexo al Peritaje de Bernard Reynis como Anexo 1).

⁷⁵⁶ Transcripción, día 2, p. 432 (Declaración testimonial de François Perrodo).

⁷⁵⁷ Transcripción, día 6, p. 1364, líneas 21, y p. 1365, línea 1, y Primer Peritaje de Brian Moree QC, p. 3.

⁷⁵⁸ Anexo E-72, Advertencia presentada ante la Corte Suprema de las Bahamas por Carrie (evidentemente un equivalente anglosajón de Ka Yee) Perrodo en la Sucesión de Hubert Perrodo, con fecha del 15 de febrero de 2008.

⁷⁵⁹ Transcripción, día 2, p. 432, líneas 15-18 (Declaración testimonial de François Perrodo).

477. En cuarto lugar, la coherente evidencia de las autoridades y la administración de Perenco es que no existe duda entre el Directorio o los altos ejecutivos de la compañía respecto de la propiedad y el control continuo de la familia Perrodo de PIL luego del fallecimiento de Perrodo. Fox atestiguó que en vista del asesoramiento que había recibido de un abogado francés en el directorio, la administración hizo todo lo que pudo para facilitar la transición en el gobierno de la compañía⁷⁶⁰.
478. Al respecto, como ya se señaló, el 12 de enero de 2007, alrededor de 14 días luego del fallecimiento de Perrodo, François Perrodo fue elegido para formar parte del Directorio de PIL y fue designado su Presidente⁷⁶¹. Los directivos del Grupo Perenco atestiguaron que consultaban con François Perrodo en la misma manera en la que antes lo hacían con su padre⁷⁶².
479. En quinto lugar, François Perrodo también tenía un interés accionario del 7,1% en PIL a través de la propiedad de Glenmor⁷⁶³. Este interés accionario no fue afectado por el fallecimiento de su padre y continuó sin cambios durante el período en el que se disputaron los respectivos derechos de los herederos a la sucesión. (Existe un debate entre las Partes relativo a si las acciones del difunto Perrodo estaban “inhabilitadas” para votar hasta el momento en el que fueron reinscriptas y, en ese caso si François Perrodo controlaba PIL porque su compañía era la única accionista con derecho a voto en una asamblea de PIL celebrada en el momento en el que las otras acciones no habían sido distribuidas y los nombres de los herederos no habían sido inscriptos). Debería considerarse que Moree QC objetó al uso del término “incapacitadas” —su argumento era que los derechos todavía existían, pero no había nadie que pudiera ejercerlos⁷⁶⁴.
480. En sexto lugar, aproximadamente nueve meses luego de que François Perrodo asumiera la presidencia, se unieron a él en el Directorio de PIL su madre y su hermana⁷⁶⁵. Así, cuando el 17 de octubre de 2007 la Demandante le escribió al Ministerio de Relaciones Exteriores y al Ministerio de Minas y Petróleo con el objetivo de aceptar la oferta de presentar el conflicto

⁷⁶⁰ Transcripción, día 2, pp. 387 (Declaración testimonial de Roland Fox).

⁷⁶¹ Declaración testimonial de François Perrodo, párrafo 4.

⁷⁶² Declaración testimonial de Roland Fox, párrafo 29; Declaración testimonial de Patrick Spink, párrafo 4.

⁷⁶³ Anexo CE-252, Registro de Miembros de Glenmor Energy, sin fecha, p. 1.

⁷⁶⁴ Transcripción, día 6, pp. 1481-1482 (Declaración testimonial de Brian Moree QC).

⁷⁶⁵ Anexo CE-199, Acta de Reunión de Directorio de Perenco International Ltd., 24 de septiembre de 2007.

ante el CIADI en virtud del Artículo 25 del Convenio CIADI y el Artículo 9 del Tratado, tres de los cuatro herederos sobrevivientes de Hubert Perrodo eran miembros del Directorio de PIL⁷⁶⁶.

481. Por lo tanto, la evidencia en cuanto al *hecho* de que los herederos controlaban PIL, la compañía en la cima de la escalera de compañías de las Bahamas, es sustancial y, respecto de lo anterior, dicha evidencia no es seriamente disputada ni efectivamente contradicha en un número de aspectos.
482. Sin embargo, también es un hecho que lo que simplemente *no* había ocurrido, ya sea al momento en el que la Demandante consintió el arbitraje ante el CIADI con Ecuador el 17 de octubre de 2007 o el 30 de abril de 2008, cuando el Directorio de Perenco S.A. (actualmente PIL) autorizó la presentación de las Solicitudes de Arbitraje ante el CIADI, es la inscripción de las acciones que en el pasado le pertenecían a Hubert Perrodo a nombre de los herederos. No fue hasta el 22 de diciembre de 2011 que las Cartas de Administración fueron emitidas en las Bahamas para instruir la inscripción de los herederos como accionistas de PIL en las proporciones acordadas por los herederos⁷⁶⁷. Esta es evidentemente una de las principales objeciones que el Tribunal examina en este momento.

(2) Pretensiones sobre el asunto del control

483. Al margen de los asuntos de hecho respecto de los que adujo medios probatorios adicionales en cuanto al control, la Demandante argumentó contra el hecho de que el Tribunal utilice como fundamento lo que aquella considera que son partes “incompletas” de los *travaux préparatoires*, ya que se dijo que no proporcionan orientación para la interpretación definitiva⁷⁶⁸.

⁷⁶⁶ Anexo CE-264, Carta de Perenco Ecuador Ltd. al Ministerio de Relaciones Exteriores y al Ministro de Minas y Petróleo.

⁷⁶⁷ Anexo CE-294, correspondencia electrónica entre Roland Fox y Hematermo Thompson, con instrucciones de los herederos Perrodo adjuntas, 22 de diciembre de 2011.

⁷⁶⁸ La Demandante describió los *travaux* como “incompletos” y alegó que no proporcionan “orientación para la interpretación definitiva”: Véase el párrafo 28 de la Réplica. En la audiencia, el abogado de la Demandante describió los *travaux* como “...fragmentarios e incompletos. En estos trabajos no hay un memorando comprensivo de las negociaciones. Tampoco hay entendimientos acordados ni protocolos que subyacen al Tratado ni tampoco hay guías de por qué se utilizó un cierto término o no se utilizó otro. Entonces, lo que se les invita a hacer es ver un par de borradores que nos indican que estaban pensando los negociadores y de ahí se

484. Por su parte, la Demandada presentó lo que estaba disponible en términos de *travaux* (mientras que también objetó que era evidente que la Demandante ya tenía los documentos durante los procedimientos de jurisdicción anteriores)⁷⁶⁹.
485. La Demandada asevera que los *travaux* apoyan la idea de que los cambios entre el borrador firmado original y el texto final que fue firmado y ratificado por las partes eran sustanciales y que la inferencia interpretativa clara que debe hacerse es que las Partes Contratantes acordaron que una persona jurídica incorporada en virtud de la ley de un tercer Estado tendría legitimación para presentar una reclamación sólo si estuviera directamente controlada por nacionales de una de las dos Partes Contratantes⁷⁷⁰.
486. Dado que la Demandante no era directamente controlada por nacionales franceses sino por una compañía de las Bahamas, la Demandada argumenta que se infiere que le faltaba la legitimación necesaria para presentar esta reclamación en relación con el Tratado⁷⁷¹.

a. Las objeciones de la Demandada

487. Respecto de las objeciones de la Demandada que no fueron dispuestas en la Decisión sobre Jurisdicción del Tribunal, el caso de la Demandada puede resumirse de la siguiente forma:
488. Primero, es claro que los herederos Perrodo no habían tomado los pasos requeridos por el derecho de las Bahamas para adquirir título legal a las acciones al momento en el que la Demandante dio consentimiento para el arbitraje del CIADI.
489. En la presentación de la Demandada, lo que sea que se diga sobre su propiedad de las acciones en virtud del derecho francés y el hecho de que la ley de las Bahamas reconoció su interés benéfico en las acciones PIL⁷⁷², en cuanto al derecho de las Bahamas, dado que no estaban registrados como accionistas, no tenían el poder para participar como accionistas en PIL en la fecha crucial de consentimiento y por lo tanto no estaban en posición de controlar a dicha

puede imponer una limitación respecto del significado corriente de un término totalmente claro”. Transcripción, día 1, p. 170, líneas 17-21, p. 171, líneas 1-4.

⁷⁶⁹ Memorial de Contestación, párrafo 105.

⁷⁷⁰ Memorial de Contestación, párrafos 99-100, 103-104, 107-111.

⁷⁷¹ Memorial de Contestación, párrafos 136-137.

⁷⁷² En el Primer Peritaje de Brian Moree QC, en el párrafo 6, se dice que “de conformidad con el derecho de las Bahamas, solo los herederos tienen derecho equitativo a las acciones pendiente de su inscripción como propietarios de las acciones” [traducción del Tribunal].

compañía. En este análisis, no fue sino hasta diciembre de 2011 que estuvieron en posición de controlar PIL, de acuerdo con el derecho de las Bahamas⁷⁷³.

490. La Demandada así argumenta que en la ausencia de propiedad de título legal de las acciones, PIL misma no era controlada por nacionales franceses y la conclusión es que PEL —que derivaría su derecho de legitimación de ser controlada por PIL y esta de ser controlada por nacionales franceses— también carece de legitimación para presentar una reclamación en relación con el Tratado⁷⁷⁴.
491. Segundo, la Demandada reafirma lo que originalmente era la segunda parte de su objeción a la jurisdicción del Tribunal. Esta objeción existe independientemente de lo que se decida respecto de la primera objeción dado que incluso si se acepta que los herederos de Perrodo controlaban PIL en el tiempo sustancial, PIL no es la demandante en este arbitraje. Por el contrario, la reclamación ha sido presentada por una compañía de las Bahamas que está separada por tres estratos de compañías de las Bahamas y por lo tanto no está directamente controlada por los herederos de Perrodo. La sociedad controlante inmediata de la Demandante es Perenco S.A. y no es una empresa o un nacional francés⁷⁷⁵.
492. La esencia del argumento de la Demandada relativo a la segunda objeción es que aunque la frase “directa o indirectamente” fue utilizada en relación con “controlada” en el primer borrador del tratado negociado en 1986 – una redacción que era coherente con la práctica establecida en la elaboración de tratados de inversión bilateral francesa – eso *no* fue lo que en definitiva fue firmado y ratificado por los dos Estados en 1994⁷⁷⁶.
493. El borrador de 1986 siguió el TBI modelo francés que establecía que “compañías” incluía “...toute personne morale constituée sur le territoire de l’une des Parties contractantes, conformément a la législation de celle-ci y possédant son siège social, ou contrôlée *directement*

⁷⁷³ El 22 de diciembre de 2011, los herederos de Hubert Perrodo fueron formalmente inscriptos como accionistas de PIL. Véase Anexo CE-294, correspondencia electrónica entre Roland Fox y Heather Thompson, con instrucciones de los herederos Perrodo adjuntas, 22 de diciembre de 2011.

⁷⁷⁴ Memorial de Contestación, párrafos 84-88.

⁷⁷⁵ Anexo 6 de la Solicitud Enmendada, Registro de Miembros de Perenco Limited, Perenco S.A., Perenco Gabon S.A. y Perenco Ecuador Limited.

⁷⁷⁶ Memorial de Contestación, párrafo 99.

ou indirectement par des nationaux de l'une des Parties contractantes ...”⁷⁷⁷. Del mismo modo, el borrador rubricado en octubre de 1986⁷⁷⁸ establecía en forma similar en español que “...toda persona jurídica constituida en el territorio de una de las Partes Contratantes conforme a su legislación y que posea en el mismo su domicilio social, o controla *directa o indirectamente* por nacionales de una de las Partes Contratantes...”.

494. Sin embargo, esto no es lo que se estableció en el texto final. Es de común entendimiento que el texto del borrador del 1986 no fue terminado y ratificado por los Estados.
495. Luego de un hiato de alrededor de ocho años, se retomaron las negociaciones entre Francia y Ecuador. Para ese momento, Ecuador había redactado su propio modelo de TBI y el enfoque tomado por ese instrumento era otorgarles legitimación para presentar reclamaciones solo a personas físicas que fueran nacionales de alguna de las dos Partes Contratantes y personas jurídicas incorporadas en virtud del derecho de alguna de las dos Partes Contratantes y ubicadas en el territorio de las Partes Contratantes⁷⁷⁹. En este enfoque, las personas jurídicas incorporadas en virtud del derecho de un tercer Estado no tendrían legitimación para presentar una reclamación.
496. La Demandada enfatizó que en línea con este enfoque, Ecuador había concluido un tratado bilateral de inversión con el Reino Unido que también contenía un modelo diferente para establecer la legitimación de las personas jurídicas poco tiempo antes de retomar las negociaciones con Francia⁷⁸⁰. Ese Tratado definía “compañías” como “corporaciones, firmas y asociaciones incorporadas o establecidas en virtud del derecho aplicable en cualquier lugar del Reino Unido” o “personas jurídicas constituidas de acuerdo con el derecho aplicable en la

⁷⁷⁷ Véase Anexo E-55, *Projet d'Accord entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement sur l'Encouragement et la Protection Réciproques des Investissements*, UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium*, Volume VI, 2001 [énfasis añadido].

⁷⁷⁸ Anexo E-56, Carta del Ministerio de Relaciones Externas de Ecuador al Embajador de Ecuador en Francia con fecha del 16 de octubre de 1986 con el Borrador del Tratado entre Francia y Ecuador para el Fomento y la Protección Recíproca de las Inversiones [énfasis añadido].

⁷⁷⁹ Memorial de Contestación, párrafo 113, Anexo E-56, Carta del Ministerio de Relaciones Externas de Ecuador al Embajador de Ecuador en Francia con fecha del 16 de octubre de 1986 con el Borrador del Tratado entre Francia y Ecuador para el Fomento y la Protección Recíproca de las Inversiones.

⁷⁸⁰ Transcripción, día 1, p. 229 (Alegato de Apertura de la Demandada).

República de Ecuador”⁷⁸¹. El Tratado adoptaba, esencialmente, una prueba de “lugar de incorporación” de acuerdo con las leyes pertinentes de las Partes Contratantes en vez de una prueba de “control” y así no contemplaba que las personas jurídicas incorporadas en virtud del derecho de otros Estados tuvieran derecho de legitimación en virtud de estar controladas por nacionales de una de las Partes Contratantes. Un documento, claramente preparado por autoridades francesas antes de retomar las negociaciones con Ecuador en 1994, se refería al tratado con el Reino Unido y mencionaba los distintos requisitos para la legitimación de las personas jurídicas⁷⁸².

497. También se presentaron dos borradores sin fecha que evidentemente precedieron la versión final del Tratado. Cada uno contenía anotaciones a mano que tachaban o insertaban texto. El primer borrador sin fecha incluye marcas a mano en la definición de “sociedades”:

“el término 'sociedades' designa i) A toda persona jurídica: constituida en el territorio de una de las Partes Contratantes, conforme a su legislación y que ~~posee~~ **tiene en el mismo, su domicilio social;** o, ii) ~~Si es~~ **Toda persona jurídica** controlada directamente (o indirectamente) por nacionales de una de las Partes Contratantes, o por personas jurídicas que tengan su domicilio en el territorio de una de las Partes Contratantes⁷⁸³ [los comentarios a mano aparecen en negrita, lo que fue excluido se indica con tachado].

498. En el segundo borrador sin fecha del tratado, en el párrafo pertinente las palabras “directa” e “indirectamente” aparecen tachadas:

“sociedades” designa // i) A toda persona jurídica: constituida en el territorio de una de las Partes Contratantes, conforme a su legislación y que tiene en el mismo, su domicilio social; o, // ii) Toda persona jurídica controlada ~~directamente o indirectamente~~ por nacionales de una de las Partes Contratantes, o por personas jurídicas que tengan su domicilio en el territorio de una de las Partes Contratantes”⁷⁸⁴.

499. Al final, el Tratado firmado por Francia y Ecuador contenía una expresión de control diferente a la de los borradores anteriores a la versión rubricada de 1986. Las palabras “directa o indirectamente” fueron omitidas y, como se mencionó con anterioridad, la frase “directa o

⁷⁸¹ Anexo E-62, Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República de Ecuador para la Promoción y Protección de Inversiones, firmado el 10 de mayo de 1994 (entró en vigor el 24 de agosto de 1995), Artículo 1, traducción del Tribunal.

⁷⁸² Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 1, p. 229.

⁷⁸³ Anexo CE-188, *Travaux préparatoires* en Posesión de la Demandante desde el 5 de agosto de 2011, PER 03451.

⁷⁸⁴ *Ibid.*, PER 03442.

indirectamente” fue añadida a la definición de “inversión” en el Artículo 1(1). Es importante mencionar que contrario al por entonces recientemente concluido Tratado Ecuador-Reino Unido, el Tratado no restringía los derechos de legitimación a personas jurídicas incorporadas en virtud del derecho de cualquiera de las Partes Contratantes, pero además confería legitimación a personas jurídicas incorporadas en virtud del derecho de un tercer Estado, toda vez que dichas personas jurídicas fueran “controladas” por nacionales de una de las Partes Contratantes.

b. Los argumentos de la Demandante

500. Los argumentos de la Demandante en respuesta a esta objeción pueden resumirse de la siguiente forma:

501. Primero, argumentó que de acuerdo con los hechos que no estaban en disputa en el registro, Perenco es una sociedad “controlada” por nacionales franceses de acuerdo con el significado del Artículo 1(3)(ii) del Tratado y ha sido reconocida como tal por Ecuador⁷⁸⁵. La posición de Ecuador respecto de que el uso del Tratado del término “control” requería “control legal” y no podía extenderse al caso donde los herederos Perrodo todavía no habían obtenido Cartas de Administración en las Bahamas “se basaba en una definición limitante y formalista de ‘control’ que [era] contraria al enfoque flexible y dependiente de hechos que adopta el derecho internacional”⁷⁸⁶. La familia Perrodo de hecho estaba en control del Grupo Perenco tanto cuando Hubert Perrodo estaba vivo como luego de su fallecimiento⁷⁸⁷. En concreto, François Perrodo fue designado Presidente de PIL y estaba significativamente involucrado en decisiones relacionadas con la gestión del Grupo Perenco, incluidas las decisiones relacionadas con la gestión de Perenco⁷⁸⁸. Además, a la fecha de consentimiento del arbitraje, los herederos Perrodo poseían en forma conjunta el 100% de las acciones de PIL y esto era suficiente para

⁷⁸⁵ Réplica, párrafos 7, 10.

⁷⁸⁶ Memorial Actualizado, párrafo 10; Réplica, párrafos 10, 63, 66-68.

⁷⁸⁷ Memorial Actualizado, párrafos 75-79; Réplica, párrafos 12-14, 64, 75-78.

⁷⁸⁸ Réplica, párrafos 17 y 15 (“Inmediatamente después del fallecimiento de Hubert el 29 de diciembre de 2006, el Directorio de PIL tomó medidas para asegurarse que el control formal de la familia sobre la misma no cesara. En una sesión de emergencia celebrada el 12 de enero de 2007, aproximadamente dos semanas después del deceso de Hubert, el Directorio reconoció oficialmente a François como el nuevo jefe de Perenco. En esa fecha, el Directorio designó a François como director y Presidente de la compañía con efecto inmediato. CE-198. También transfirió la facultad de realizar ‘todos y cualesquier negocios’ que involucraran a las cuentas bancarias de Perenco, de Hubert a François, de tal suerte que François era el único integrante del Directorio facultado para realizar transacciones a sola firma”).

establecer “control” sobre la compañía (y mediante ella, a la subsidiaria que era su propiedad en su totalidad)⁷⁸⁹. El hecho de que la participación accionaria de los Perrodo no haya sido formalmente registrada en sus nombres individuales no podría quitarle valor al hecho de que en virtud del derecho francés, con el fallecimiento de Hubert Perrodo, su propiedad del 92,9% de las acciones de PIL pasaba automáticamente a sus cuatro herederos en forma mancomunada — eran los propietarios de las acciones⁷⁹⁰.

502. Perenco aseveró que incluso si el Tribunal fuera a proceder con el limitado enfoque de control alegado por Ecuador, Perenco de todas maneras estaba legalmente controlada por nacionales franceses desde el 17 de octubre de 2007 porque aproximadamente el 7,1% de las acciones de PIL le pertenecían a Glenmor Energy LTD, que, a su vez, le pertenecía completamente a François Perrodo⁷⁹¹. Esto le permitía a François Perrodo votar sobre decisiones tomadas por la administración de PIL, incluso si se presumía que los beneficiarios de la sucesión de Perrodo no podían votar respecto de las acciones que le pertenecían a Hubert Perrodo.

503. Finalmente, Perenco declaró que el Gobierno del Ecuador se había referido a Perenco como una compañía francesa⁷⁹². Se refería a las declaraciones del Presidente Correa, el Ministro Derlis Palacios y el Procurador General del Estado del Ecuador en febrero y marzo de 2009 con las que se referían a Perenco como una compañía francesa y respecto del conflicto en cuestión declararon que tenía implicaciones por su relación con el Gobierno francés⁷⁹³. Los representantes del Ecuador se reunieron con representantes del Gobierno francés no con representantes de las Bahamas⁷⁹⁴. Perenco declaró que “[c]omo explicó el Prof. Schreuer, conforme al Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI, 'el conocimiento que el Estado anfitrión posee [del] hecho objetivo [del control extranjero] sobre una compañía local' es un elemento que forma parte del análisis del control” y que “la conciencia del Estado anfitrión de

⁷⁸⁹ Memorial Actualizado, párrafo 80; véase también, Réplica, párrafos 80-89.

⁷⁹⁰ Memorial Actualizado, párrafo 83; Réplica, párrafo 14.

⁷⁹¹ Memorial Actualizado, párrafos 90- 9; Réplica, párrafos 10 y 17.

⁷⁹² Réplica, párrafos 99-104.

⁷⁹³ Réplica, párrafo 100.

⁷⁹⁴ Réplica, párrafo 101.

la nacionalidad de los controladores extranjeros ha sido un factor decisivo en la jurisprudencia del CIADI”⁷⁹⁵.

504. Segundo, Perenco alegó que el argumento del Ecuador según el que el uso de la palabra “controlada” en el Artículo 1(3)(ii) del Tratado debe leerse como “controlada directamente” debería ser rechazado porque es refutado por el lenguaje llano del mismo Tratado, por los componentes pertinentes de los *travaux préparatoires* y por la jurisprudencia previa concerniente a tratados de inversión⁷⁹⁶.

505. El claro significado de “control” no connotaba, según la perspectiva de Perenco, “control directo”⁷⁹⁷. Abarcaba tanto formas directas e indirectas de control⁷⁹⁸. Perenco argumentó que Ecuador no había ofrecido al Tribunal una cita de definición de diccionario del término que lo definía como limitado a “control directo”⁷⁹⁹. En efecto, las definiciones propuestas confirmaban que el significado original de control incluía tanto formas de control directas como formas de control indirectas⁸⁰⁰. Por ejemplo, una definición del Diccionario Black's Law ofrecida por Ecuador establecía que “controlar es: ‘Ejercer poder o influencia sobre... Tener una *participación mayoritaria* en[...]’”⁸⁰¹. Perenco argumentó que ejercer poder o influencia sobre una compañía no podía decirse razonablemente que “se limita a ser su accionista 100% directo”⁸⁰². Además, Perenco cuestionó a Ecuador por no haber ofrecido la cita completa de la definición; que continuaba en la misma página para referirse “[a]l poder directo o indirecto para dirigir la administración y las políticas de una persona o entidad, ya sea mediante propiedad de títulos con derecho a voto, por contrato o de otra forma”⁸⁰³.

⁷⁹⁵ Réplica, párrafos 102-103, en el que se cita el CA-373, Schreuer, p. 314, párrafo 819, y decisiones del CIADI sobre jurisdicción en *SOABI c. Senegal* (CA-166), párrafos 45 y 33, y *African Holding c. República Democrática del Congo* CA-143), párrafo 101 [traducción del Tribunal].

⁷⁹⁶ Réplica, párrafo 9.

⁷⁹⁷ Réplica, párrafo 20.

⁷⁹⁸ Réplica, párrafos 18-20.

⁷⁹⁹ Memorial Actualizado, párrafos 21-26; véase también, Réplica, párrafos 21-26.

⁸⁰⁰ Réplica, párrafo 21.

⁸⁰¹ Réplica, párrafo 21, donde se cita el Memorial de Contestación, párrafo 120, que a su vez cita el EL-79 [énfasis en el original].

⁸⁰² Réplica, párrafo 21.

⁸⁰³ EL-79, énfasis añadido por la Demandante [traducción del Tribunal]. La Demandante también se refirió a definiciones de diccionarios jurídicos franceses y españoles: “El diccionario jurídico francés más importante, por ejemplo, define el término “*contrôle*”, aplicado a las entidades corporativas, como “[l]a oportunidad para que una compañía determine directa o indirectamente, mediante derechos o contratos, la política de otra compañía...”

506. Perenco argumentó que los *travaux* confirmaron que las partes en negociación “no llegaron a un acuerdo para limitar el término 'control' al control directo”⁸⁰⁴. Perenco en la primera instancia argumentó que ese recurso a los *travaux* era inapropiado porque el texto del Tratado era, según su opinión, inequívoco, y que los *travaux* estaban incompletos y por esta razón no podían permanecer como definitivos⁸⁰⁵. En segunda instancia argumentó que si el Tribunal consideraba adecuado referirse a los *travaux*, era significativo que “una propuesta para limitar en forma explícita la definición de 'compañía' a 'toda persona jurídica controlada directamente por nacionales de una de las Partes Contratantes fuera de hecho rechazada’”⁸⁰⁶. Esta era una referencia a dos borradores sin fecha descritos con anterioridad en los párrafos 497-498, Perenco hacía considerable énfasis en la calificación manuscrita del término “(o indirectamente)” en el primer borrador sin fecha y luego la remoción de la frase “directa o indirectamente” en el segundo borrador que finalmente fue la versión utilizada para el texto final⁸⁰⁷. Perenco además argumentó que si “las partes hubiesen deseado restringir la definición de ‘sociedad’ como lo propone Ecuador, también podrían haber adoptado la formulación que colocaron en el Artículo 9 del Tratado, que se refiere a una sociedad ‘cuya mayoría de acciones eran propiedad, antes de la disputa, de nacionales o sociedades de las otras Partes Contratantes...’”⁸⁰⁸.
507. Además, en respuesta al argumento de Ecuador de que la inserción de la frase “indirecta o indirectamente” en la definición de “inversión” y la eliminación simultánea de la misma frase de la definición de sociedad informaba su interpretación, Perenco argumentó que “[s]i el término 'inversión' no hubiese sido expandido para incluir las inversiones pertenecientes 'indirecta o directamente' a nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, entonces los individuos que posean una minoría indirecta o un interés no controlante en la inversión no habrían estado cubiertos por el Tratado”⁸⁰⁹.

[traducción del Tribunal]. *Vocabulaire juridique*, CA-178. Asimismo, en español, el sustantivo “control” es definido como “dominio, mando, preponderancia”. *Diccionario de la lengua española*, CA-179.

⁸⁰⁴ Réplica, párrafo 20.

⁸⁰⁵ Réplica, párrafo 28.

⁸⁰⁶ Réplica, párrafo 31.

⁸⁰⁷ Réplica, párrafos 32-35.

⁸⁰⁸ Réplica, párrafo 41, donde se hace referencia al Anexo CE-7, Tratado, PER 00515.

⁸⁰⁹ Réplica, párrafos 43-44, 47-50 [énfasis en el original].

508. Finalmente, Perenco fundó sus argumentos en lo que definió como “una larga línea de jurisprudencia de arbitraje de inversión que sostiene que el término 'control' debe interpretarse en forma expansiva, a favor de jurisdicción”⁸¹⁰, y citó a *Tokios Tokelès*⁸¹¹, *Wena Hotels*⁸¹², y *Siemens*⁸¹³. Perenco argumentó que ellos demostraban una “una postura renuente a imponer un requisito de propiedad o control 'directo' cuando un tratado no incluye ese término explícitamente”⁸¹⁴. Además, se basó en las decisiones en *SOABI c. Senegal* y *AIG c. República de Kazajistán* y los caracteriza por haber reconocido la “incongruencia de restringir la definición de ‘control’ cuando ese término queda sin calificar, dada la complejidad de las estructuras de los negocios en la actualidad, que frecuentemente utilizan sociedades de inversiones intermedias a fin de estructurar sus inversiones en forma óptima”⁸¹⁵. Interpretar el término en este caso de otra manera resultaría “inédito” y pasaría por alto “realidades comerciales”⁸¹⁶.

(3) La Decisión del Tribunal

509. El Tribunal comienza por considerar que las partes Contratantes incluyeron el término “controlada” en el Tratado de manera llana. Si también hubieran retenido solo la palabra “directamente”, la objeción de la Demandada dispondría de la reclamación en virtud del Tratado. Sin embargo, la eliminación de la frase “directa o indirectamente” en referencia a “controlada” no difiere sustancialmente del uso no elaborado de la palabra “controlada” ya que, como ha probado la Demandante con varios ejemplos, los diccionarios jurídicos suelen señalar que las cortes y tribunales interpretan el término “control” en un sentido amplio, de manera que incluya control directo e indirecto⁸¹⁷.

510. Al respecto, el Tribunal está satisfecho con que la Demandante está en lo correcto en aseverar que el significado común del término “controlada” incluye control directo e indirecto.

⁸¹⁰ Réplica, párrafo 20.

⁸¹¹ CA-168, Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 31-32 (donde se niega la “solicitud de las Demandadas para restringir el alcance de inversores cubiertos mediante un examen de control”).

⁸¹² Decisión sobre Jurisdicción, p. 887.

⁸¹³ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 137.

⁸¹⁴ Réplica, párrafos 54-55.

⁸¹⁵ Réplica, párrafo 55; CA-166, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 37; CA-144, párrafo 9.4.8(3).

⁸¹⁶ Réplica, párrafo 56.

⁸¹⁷ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de la Demandante, párrafo 11.

511. La Demandada argumenta que la tarea del intérprete en virtud del Artículo 31 de la VCLT es “seleccionar de entre un número de significados posibles de la palabra ‘controlada’, el significado corriente en el contexto del Tratado como un todo”⁸¹⁸. La Demandada acepta, sin embargo, que uno de los posibles significados “del término ‘control’ comprende las formas de control tanto directas como indirectas”, incluida la propiedad mayoritaria de acciones⁸¹⁹. Donde difiere con la Demandante es sobre si este es el significado correcto cuando el intérprete sigue el requerimiento de la Convención de Viena de que lea el significado común de la palabra “controlada” en el contexto del Tratado y en vista de su objeto y propósito, y del Tratado en su conjunto.
512. Al respecto, es significativo que un objeto y propósito del Tratado era atraer inversión extranjera y no es inusual que los inversores extranjeros utilicen una variedad de vehículos corporativos para conseguir el beneficio de una inversión. Esto debe haber estado en las mentes de los equipos de negociación de ambas Partes Contratantes al finalizar el Tratado y escogieron retener la posibilidad de que una entidad legal incorporada en un tercer Estado pudiera tener legitimación activa en virtud del Tratado.
513. Sin embargo, puede aceptarse que con la lectura del Tratado, considerando los hechos de este caso, podría concluirse que la persona que controla PEL es Perenco S.A., no la última sociedad controlante de esta, es decir PIL, o la familia Perrodo. Pero dado que la Demandada “selló su destino” cuando concedió —como era completamente correcto y apropiado hacer dadas las llanas palabras del Artículo 1(3)(ii)— que PIL, incluso a pesar de que fuera una creación del derecho de las Bahamas, tenía legitimación para presentar una reclamación si podía demostrarse que estaba controlada por los herederos, uno puede preguntarse cómo es que el objeto y el propósito del Tratado podrían ser socavados por el reconocimiento del derecho de legitimación de una compañía de las Bahamas, pero no por el derecho de legitimación de otra que está llanamente y sin lugar a dudas controlada por la que estaba preparada para reconocer que sí tenía legitimación⁸²⁰.

⁸¹⁸ Réplica sobre Jurisdicción de la Demandada, párrafo 26.

⁸¹⁹ *Ibid.*

⁸²⁰ Memorial de Contestación, párrafos 37-44 [traducción del Tribunal].

514. El Tribunal regresará al asunto del título legal, pero para el presente considera que la totalidad de la evidencia, es decir, la propiedad del acervo hereditario completo de la familia Perrodo en virtud del derecho francés, el reconocimiento de ese interés de propiedad por parte del derecho de las Bahamas, los pasos tomados para permitirles a tres de los cuatro herederos, en especial a François Perrodo, participar en la dirección y control general de PIL mediante la integración del directorio previo al consentimiento de PEL del arbitraje del CIADI, la inscripción final de todas las acciones del difunto Hubert Perrodo a nombre de los herederos y en última instancia el hecho de que simplemente no hay evidencia de ninguna otra persona que afirmara un interés en el acervo hereditario, tomado en conjunto, es evidencia que, al margen del título legal a las acciones, la familia Perrodo era en todo otro aspecto llanamente propietaria de PIL de hecho y en cuanto al derecho francés antes de que dicha propiedad fuera formalizada en virtud del derecho de las Bahamas. En este sentido, a pesar de que los herederos no poseían título legal a las acciones, no está en conflicto que fueran los propietarios de la totalidad de la sucesión, incluidas las acciones, en virtud de la ley aplicable a la distribución del acervo hereditario del difunto Hubert Perrodo.
515. Esto no implica minimizar el significado del hecho de que al momento en el que PEL brindó su consentimiento para el arbitraje del CIADI ninguna de las acciones de PIL, excepto el 7,1% de la participación accionaria que le pertenecía a la sociedad controlante de François Perrodo, Glenmor Energy Limited, le pertenecían a los Perrodo en cuanto a que tuvieran título *legal* a las acciones.
516. Al respecto, el Tribunal aceptó la evidencia de Brian Moree QC, como una declaración precisa del derecho de las Bahamas. Sin embargo, Moree QC también reconoció que el derecho de las Bahamas reconocía al derecho francés como el derecho aplicable a la devolución del acervo hereditario y además que hasta el momento en el que las Cartas de Administración aplicables a la reinscripción de las acciones pertenecientes a una persona que hubiera muerto intestada se efectuaran, en virtud del derecho de las Bahamas su propiedad pasaba a un juez de la Corte Suprema. Reconoció que no era posible para un juez reducir en manera alguna el acervo hereditario ni tampoco distribuirlo de acuerdo con la ley⁸²¹.

⁸²¹ Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 6, p. 1501 (Testimonio de Brian Moree QC).

517. Moree QC también estuvo de acuerdo con la sugerencia de que el acto de la Corte Suprema de autorización de la inscripción de las acciones a nombre de los herederos era ministerial y tendría que estar disponible en caso de prueba adecuada de su titularidad⁸²². Opinó que el hecho de la inscripción es de gran importancia jurídica en cuanto implica el traspaso de dichos derechos a los accionistas tal como se hayan acumulado en su favor en virtud del derecho societario de las Bahamas⁸²³. Es la opinión del Tribunal que este sin duda es el caso.
518. Sencillamente cabe preguntarse por qué un tribunal internacional cuya jurisdicción deriva de un tratado internacional cuyos intereses específicos son la promoción y protección de inversiones recíprocas no debería interesarse en las formalidades de la ley del Estado particular en virtud del cual una compañía ha sido incorporada a la hora de considerar la propiedad y la administración de dicha compañía. El título a las acciones especifica la precisa extensión de la propiedad de los accionistas en la compañía, establece el derecho de cada accionista a participar en la toma de decisiones que pueden tomar solo los accionistas y es el medio mediante el cual los accionistas son identificados a efectos de reuniones convenidas.
519. Así, dado que la Demandante es una creación del derecho de las Bahamas, el Tribunal debe examinar la operación de dicho derecho. El asunto fue considerado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*, en el cual entendió lo siguiente:

En este campo, el derecho internacional está obligado a reconocer instituciones de leyes municipales que tengan un importante y extenso rol en el campo internacional. Esto no implica necesariamente marcar analogía alguna entre sus propias instituciones y aquellas del derecho interno, ni tampoco implica poner a disposición de las categorías del derecho interno las normas del derecho internacional. Lo único que significa es que el derecho internacional ha tenido que reconocer la entidad corporativa como una institución creada por Estados en un dominio esencialmente dentro de la jurisdicción nacional. Esto, a su vez, requiere que el derecho internacional se refiera a las normas pertinentes del derecho interno, cuando surjan asuntos legales relacionados con los derechos de los Estados respecto del trato de compañías y accionistas, y si respecto de esos derechos el derecho internacional no ha establecido sus propias normas...⁸²⁴.

⁸²² *Ibid.*, p. 1505.

⁸²³ *Ibid.*, p. 1500.

⁸²⁴ *Caso relacionado con Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España), decisión*, I.C.J. Reports 1970, p. 34, párrafo 38 (“*Barcelona Traction*”) [Traducción del Tribunal].

520. Tanto el derecho internacional general como el Tratado bilateral aplicable carecen de la especificidad y la particularidad del derecho interno (por ejemplo, el derecho francés, el derecho ecuatoriano o el derecho bahameño) en cuanto al ordenamiento de relaciones corporativas y tampoco intenta regular dichas esferas de actividad corporativa en detalle.
521. En cuanto al derecho de las Bahamas, los herederos de Perrodo no tenían propiedad de las acciones de PIL a la fecha del consentimiento. ¿No debería esto quitarles el derecho de reclamar control indirecto sobre PEL? ¿No debería el Tribunal atribuirle peso significativo a este efecto legal?
522. Dada la ausencia de normas convencionales o generales detalladas de derecho internacional que rijan la organización, operación, gestión y control de una empresa, un tribunal debería en principio guiarse por las más detalladas prescripciones del derecho interno aplicable⁸²⁵. Pero al mismo tiempo el derecho internacional no tiende a permitir que las formalidades triunfen sobre realidades fundamentales⁸²⁶. Por ejemplo, en el campo de la protección diplomática (que, dependiendo del caso, puede ser pertinente a la interpretación de un TBI), cuando las comisiones de reclamaciones y los tribunales arbitrales han determinado si es una persona con un interés jurídico o una persona con interés benéfico en acciones quien tiene derecho a buscar

⁸²⁵ *Barcelona Traction*, párrafo 38.

⁸²⁶ Véase *Banro American Resources, Inc. y Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. c. República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/19/7, Laudo en párrafo 11; *Tokios Tokelès c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Opinión Disidente del Profesor Proper Weil, párrafos 24-25. En esta Declaración Disidente de José Luis Alberro-Semerena en *Aguas del Tunari, S.A. c. República de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3 en párrafos 34-35: “En muchos casos se subraya la importancia de la potestad del Tribunal de interpretar las disposiciones de acceso sin ceñirse a las interpretaciones formales, abarcando las relaciones reales... Recurrir a una interpretación mecanicista de ‘control’ sería contrariar el desarrollo histórico del concepto”. Campbell McLachlan QC en *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (London: OUP, 2010) establece que [5.87]: “Tal vez la más sorprendente similitud entre los disensos de *AdT* y *Tokios* es que mientras si bien claramente no forman parte en el presente del desarrollo de principios sustantivos de arbitraje de inversión internacional, sin embargo, se presentan como posibles fuentes de doctrina de derecho internacional. Dicha doctrina, ante la ausencia de un sistema de precedentes, puede ser empleada por futuros tribunales y podría contribuir al rediseño del paisaje del derecho internacional incluso a medida que los contornos de dicho paisaje son dibujados. El ‘enfoque flexible’ hacia no ha sido consignado de forma alguna a los desechos del derecho internacional” [traducción del Tribunal]. Véase también *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Opinión Disidente del Profesor Brigitte Stern, párrafo 148: “En cuanto a la posición del derecho internacional sobre los propietarios beneficiarios, en casos donde el título legal y la propiedad benéfica están separadas, aquella es bastante incontrovertida, luego de una revisión profunda de la doctrina y la jurisprudencia existentes, el derecho internacional le otorga alivio al titular del interés económico” [traducción del Tribunal].

protección diplomática, han entendido en sucesivas decisiones que es el interés benéfico el que merece protección⁸²⁷.

523. Los casos de protección diplomática no están directamente relacionados porque donde los tribunales y comisiones de reclamaciones han reconocido a los propietarios de intereses benéficos, esto ha ocurrido en el contexto de determinar si dichos propietarios eran demandantes apropiados incluso si carecían de título legal a los activos respecto de los cuales reclamaban⁸²⁸. El presente caso es diferente en cuanto los propietarios benéficos de PIL en el tiempo sustancial *no* son demandantes, sino que aducen evidencia de sus intereses legales en virtud del derecho francés y sus intereses benéficos en virtud del derecho de las Bahamas a fin de demostrar que la compañía bahameña que efectivamente controlan es demandante adecuada en virtud del Tratado Francia-Ecuador.
524. Una tensión similar entre las elecciones de proceder sobre formalidades o proceder sobre las cuestiones económicas fundamentales es evidente en la doctrina del CIADI en cuanto al mero uso de la palabra “controlada” al determinar la legitimación de una persona jurídica⁸²⁹. En *Aguas del Tunari, S.A. c. República de Bolivia*, el tribunal consideró la definición de la frase “controlada directa o indirectamente”. El asunto no versaba sobre el significado de “directa o indirectamente”, sino que versaba sobre si el término “controlada” se refería a la titularidad

⁸²⁷ David J. Bederman, *Beneficial Ownership of International Claims* (1989) Int'l & Comp. Law Quarterly, Volumen 38(4) 935 y 936 (“La noción de que el propietario de propiedad benéfico (y no el nominal) es la verdadera parte interesada ante una corte internacional bien podría considerarse un principio del derecho internacional” [traducción del Tribunal]) y 945; M. Whiteman, *Digest of International Law* (1967), Vol. 8, pp. 1261-1262.

⁸²⁸ *American Security and Trust Company Claim*, (1958-II (26)) International Law Reports (London: Butterworths, 1963) en p. 322 (Comisión de Arreglo de Reclamaciones Extranjeras de los Estados Unidos): “Es claro que el carácter internacional del reclamo debe evaluarse según la nacionalidad de los titulares del interés benéfico en dicho reclamo en vez de considerando la nacionalidad del titular nominal o registrado de dicho reclamo. La jurisprudencia sobre la bien establecida propuesta anterior es tan numerosa que no es necesario documentarla con una larga lista de autoridades...” [traducción del Tribunal]; *Howard Needles Tammen & Bergendorff c. Gobierno de la República Islámica de Irán* (Caso No. 68), Irán-Estados Unidos, C.T.R. Volumen 11 (Cambridge: Grotius Publications, 1988) 302 en pp. 312-313. Considérese que un factor distintivo adicional en esta doctrina es el término utilizado en su documento constitutivo, usualmente un acuerdo de conciliación, respecto de la legitimación. El término comúnmente utilizado es “interés”, ya sea “directa o indirectamente, un interés” [traducción del Tribunal] (Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos) o “interés sustancial y de buena fe” [traducción del Tribunal] (Comisión de General de Reclamaciones entre México y los Estados Unidos).

⁸²⁹ *Aguas del Tunari, S.A. c. República de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado, 21 de octubre de 2005, párrafo 264 (“*Aguas del Tunari*”); véase también, Opinión Disidente de José Luis Alberro-Semerena, párrafos 24-26 (“Opinión Disidente de Alberro-Semerena”).

legal formal o se extendía al ejercicio efectivo del control⁸³⁰. La mayoría del tribunal concluyó que el “significado común de 'control' parecería incluir tanto el ejercicio efectivo de poder o dirección como los derechos que surgen de la titularidad de acciones”⁸³¹. También añadió que, en cuanto a la definición legal, también “involucra tanto el ejercicio efectivo de control y el derecho a control”⁸³². En su opinión disidente, José-Luis Alberro-Semerena sugirió que dado que la palabra “controladas” es un participio pasado, que involucra el efecto de una acción y no solo la capacidad de llevar a cabo dicha acción, la legitimación de una persona jurídica está establecida con evidencia de que ha recibido el efecto de acciones de la entidad controlante⁸³³. En su opinión, es “inexacto igualar los conceptos de 'controlado' y 'control'” y debería “tenerse presente el principio general de interpretación en virtud del cual un texto debería interpretarse del modo que le confiera eficacia: *ut magis valeat quam pereat*”⁸³⁴.

525. Los miembros del tribunal de *Aguas del Tunari* estuvieron de acuerdo en un aspecto significativo, es decir, la necesidad de considerar más que la capacidad formal de controlar a la entidad jurídica. No estaban de acuerdo respecto de si esto puede establecer legitimación en sí mismo.
526. En las circunstancias excepcionales de este caso, donde *excepto* título legal en virtud del derecho de las Bahamas, los nacionales franceses manifestaron todos los indicios de control sobre las acciones de PIL —incluida la titularidad legal en virtud del *lex situs* del acervo hereditario— el Tribunal considera que no puede emplear un enfoque formalista respecto de la cuestión del control. Al respecto, es importante considerar la decisión del tribunal del TCLAN en *International Thunderbird Gaming Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*. El tribunal consideró que el Artículo 1117 del TCLAN, que exige que el inversor que inicia un reclamo en representación de una empresa demuestra que “es propietaria o está en control” de la empresa, podía satisfacerse demostrando el control de hecho:

⁸³⁰ *Ibid.*

⁸³¹ *Aguas del Tunari*, párrafo 227 [traducción del Tribunal].

⁸³² *Aguas del Tunari*, párrafo 227. La Demandada en la audiencia se funda en la decisión de la mayoría, al declarar que “la prueba del control presupone una participación como titular” (Transcripción, día 1, p. 246 (Gal)). El Tribunal acepta que la mayoría en *Aguas del Tunari* enfatizó la importancia del interés de titularidad, pero no excluyó la pertinencia de la evidencia del efectivo ejercicio de control (véanse párrafos 227 a 231 de *Aguas del Tunari*).

⁸³³ Opinión Disidente de Alberro-Semerena, párrafo 26.

⁸³⁴ Opinión Disidente de Alberro-Semerena, párrafo 32 [nota al pie omitida].

El Tribunal no comparte la postura de México de que el Artículo 1117 del TLCAN obliga a probar el control jurídico. El TLCAN no define el término “control”. En la acepción ordinaria del término, puede ejercerse control de diversas maneras. *Por lo tanto, el Tribunal entiende que a los efectos del Artículo 1117 del TLCAN basta la prueba de control efectivo o “de hecho”, aunque opina que cuando no existe control jurídico, debe determinarse el control de hecho más allá de toda duda razonable.*

A pesar de que Thunderbird poseía menos del 50% de la propiedad de las EDM Minoritarias, el Tribunal encuentra en el expediente pruebas suficientes de que Thunderbird ejercía un incuestionable y sistemático control de hecho sobre esas entidades. Thunderbird estuvo en condiciones de influir significativamente sobre el proceso de adopción de decisiones de EDM y, a través de las actividades, funcionarios, recursos y experiencia técnica de Thunderbird, fue impulsor constante de las actividades empresariales de EDM en México.”⁸³⁵.

527. En vista de lo anterior, es significativo que la evidencia demuestra desde el 17 de octubre de 2007, los nacionales franceses tenían titularidad legal de las acciones en virtud del derecho francés, hecho reconocido por el derecho de las Bahamas y han establecido que a esa fecha tenían control *de facto* de PIL y, a través de PIL, de sus subsidiarias bahameñas.
528. Considerando el hecho de que el texto de la disposición aplicable del Tratado se refiere simplemente a “controlada”, el Tribunal se persuade del hecho de que la transferencia formal de las acciones del difunto Hubert Perrodo a sus herederos fue un acto administrativo o ministerial. Es cierto que ocurrió luego de que se hubiera dado consentimiento al arbitraje del CIADI, pero también es cierto que podría haber ocurrido en cualquier momento luego de que los herederos se convirtieran efectivamente en los propietarios del acervo hereditario en virtud del derecho francés, y eso ocurrió al momento del fallecimiento, es decir, el 29 de diciembre de 2006, más de diez meses antes de que se diera consentimiento al arbitraje.
529. Además, la evidencia del control francés es tan sustancial, tan convincente y sin contradicción que la opinión del Tribunal es que en las circunstancias del caso, es de gran consonancia con el enfoque empleado por el derecho internacional de darle peso al hecho de reconocimiento del derecho de las Bahamas a que los herederos eran propietarios de las acciones en virtud del

⁸³⁵ *International Thunderbird Gaming Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, 26 de enero de 2006, párrafos 106-107 [énfasis añadido] [traducción del Tribunal].

derecho francés y como resultado tenían titularidad beneficiaria de las acciones en cuanto al derecho de las Bahamas antes de la reinscripción formal de los nombres⁸³⁶.

530. Por las razones anteriores, el Tribunal desecha la objeción de la Demandada a la legitimación de la Demandante para presentar una reclamación bajo el Tratado.

VIII. RECLAMACIONES DE INCUMPLIMIENTO DEL TRATADO

531. El Tribunal comienza por identificar el derecho aplicable a las reclamaciones de incumplimiento del Tratado, antes de considerar las presentaciones de las partes y los hallazgos sobre responsabilidad.

A. Derecho aplicable a las reclamaciones relativas al Tratado

532. El Tribunal observa que, contrario a los Contratos de Participación, que especifican que el derecho ecuatoriano es el derecho aplicable, el Tratado no contiene una cláusula de derecho aplicable específica. En línea con esto, el Tribunal debe aplicar el Artículo 42(1), segunda oración, del Convenio CIADI, que establece lo siguiente:

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.

533. Esto implica que el Tribunal debe aplicar el derecho ecuatoriano y el derecho internacional. Está bien establecido que el Tratado mismo, como derecho convencional, está incluido dentro

⁸³⁶ En algunos de los comentarios o casos ha habido discusión respecto de la conveniencia de evitar indebido formalismo en cuanto al establecimiento de la legitimación del demandante para presentar una reclamación. Por ejemplo, en *Banro American Resources, Inc. y Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. c. República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/19/7, Laudo en párrafo 11, el tribunal estableció lo siguiente: “Estos pocos ejemplos demuestran que en general los tribunales del CIADI no aceptan la postura de que la competencia está limitada por formalidades y en cambio aplican la regla sobre su competencia basándose en un repaso de las circunstancias que rodean el caso y, en especial, las efectivas relaciones entre las compañías involucradas. Esta doctrina revela el deseo de los tribunales del CIADI de abstenerse de tomar decisiones sobre su competencia basadas en cuestiones formales y el deseo de tomar decisiones considerando una evaluación realista de la situación ante ellos” [traducción del Tribunal]. Los ejemplos a los que el tribunal de *Banro* hacía referencia eran casos donde el demandante, como parte que solicitaba el arbitraje, no coincidía con las partes que prestaban su consentimiento al arbitraje y el tribunal sugería que en dichos casos los tribunales están dispuestos a considerar las nacionalidades de la parte que consiente el arbitraje y el demandante al tomar decisiones respecto de la jurisdicción. *Banro* ha sido estudiado y distinguido del caso ante el tribunal en la decisión de la mayoría en *Tokios Tokelès c. Ukraine*, Caso CIADI No. ARB/02/18, párrafo 58, y ha sido estudiado en la opinión disidente del Profesor Weil en el mismo caso (véase su opinión disidente en los párrafos 25-26) y en la opinión disidente de Horacio Grigera Naón en *Murphy Exploration and Production Company International c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/4, Laudo sobre Jurisdicción, párrafos 20-21.

de la frase “aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”. El Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio consideró en este aspecto que el término “derecho internacional” como ha sido utilizado en el Artículo 42(1), segunda oración, debería ser entendido “en el sentido que le atribuye el Artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, si bien teniendo en cuenta que el expresado Artículo 38 está destinado a aplicarse a diferencias entre Estados”. Un tratado bilateral de inversión entra en la descripción del Artículo 38 de “derecho internacional”⁸³⁷.

534. Por lo tanto, el Tribunal considera que el derecho aplicable a los efectos de esta reclamación es el derecho ecuatoriano (como ya ha establecido el Tribunal) y el Tratado. En caso de que exista un conflicto entre los dos, sobre la base de principios establecidos y reconocidos en jurisprudencia arbitral y judicial internacional, así como en el Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el Artículo 3 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional, predominará el derecho internacional⁸³⁸.

B. Trato justo y equitativo de conformidad con el Artículo 4 del Tratado

(1) El Tratado

535. El Artículo 4 del Tratado dispone lo siguiente:

Cada una de las Partes Contratantes se compromete a garantizar un trato justo y equitativo, conforme a los principios del Derecho Internacional a las inversiones de los nacionales y sociedades de la otra Parte Contratante y, a hacer lo necesario para que el ejercicio del derecho así reconocido no se vea obstaculizado ni en derecho ni de hecho.

⁸³⁷ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, párrafo 40.

⁸³⁸ Como señaló la Corte Permanente de Justicia Internacional en el *Caso de las Comunidades Greco-búlgaras*: “...es un principio generalmente aceptado del derecho internacional que en las relaciones entre Poderes que son Partes contratantes de un tratado las disposiciones del derecho interno no pueden predominar por encima de las del tratado”. PCIJ Series B No. 17, p. 32 [traducción del Tribunal]. Se concluye de ese principio, como se reconoció en el Caso del Tratado de Nacionales Polacos en Danzig, que un Estado “no puede aducir contra otra Estado su propia Constitución con vista a evadir obligaciones que incumben al derecho internacional o a tratados internacionales en vigor”. PCIJ Series A/B No. 44 p. 24 [traducción del Tribunal]. Véase también, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Artículo 27, El derecho interno y la observancia de los tratados: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. En el Artículo 3 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la CDI, titulado “Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito”, se establece lo siguiente: “La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno”. Tanto el Artículo 27 como el Artículo 3 han sido aplicados constantemente por el CIADI y otros tribunales arbitrales de tratados de inversión.

En particular aunque no exclusivamente, se considerará como obstáculo de derecho y de hecho al trato justo y equitativo, cualquier restricción a la adquisición y al transporte de materias primas y materiales auxiliares, de energía y combustibles, así como de medios de producción y explotación de cualquier tipo, igualmente cualquier obstáculo a la venta y al transporte de los productos dentro y fuera país y en el extranjero, así como cualquier otra medida que tuviere efecto análogo.

Las inversiones efectuadas por los nacionales o las sociedades pertenecientes a una de las Partes Contratantes, se beneficiarán de la protección y seguridad plena y completa a otorgarse por la otra Parte Contratante.

Ninguna de las Partes Contratantes, obstaculizará la gestión, mantenimiento, uso, goce o enajenación de las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante⁸³⁹.

(2) Las posiciones de las Partes

a. La posición de la Demandante

536. Perenco argumentó que la Ley 42, tanto al 50 como al 99%, así como otras medidas que Ecuador había tomado en relación a aquella, constituía un incumplimiento de la obligación de trato justo y equitativo bajo el Artículo 4⁸⁴⁰.

537. De acuerdo con Perenco, el objetivo del estándar de trato justo y equitativo es el siguiente:

“...brindarles a las inversiones extranjeras un trato que no desvirtúe las expectativas básicas que el inversor extranjero había tenido en cuenta a la hora de realizar la inversión, siempre y cuando dichas expectativas sean razonables y legítimas y hayan servido de base para la inversión por parte del inversor”⁸⁴¹.

538. Perenco argumentó que las expectativas básicas estaban ampliamente establecidas en los Contratos de Participación⁸⁴². Perenco tenía una expectativa legítima de que Ecuador, al

⁸³⁹ Anexo CE-7, Tratado, PER 00513.

⁸⁴⁰ Solicitud Enmendada, párrafo 34.

⁸⁴¹ Memorial Actualizado, párrafo 155, con cita de Anexo CA-5, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008, párrafo 602. El tribunal de *Biwater* articuló lo anterior en relación con la explicación del contenido del estándar de trato justo y equitativo; identificó como componentes del estándar la “protección de las expectativas legítimas”, el principio según el que “las partes contratantes deben actuar de buena fe” y que “la conducta del Estado debe ser transparente, consistente y no discriminatoria” [traducción del Tribunal].

⁸⁴² Memorial Actualizado, párrafo 156: “Incluían la expectativa de que el acuerdo económico fundamental estaba decidido en base a la distribución de la participación consignada en los Contratos, de que esto constituía una base estable para invertir y de que, de surgir controversias, éstas serían resueltas mediante un proceso ordenado y pacífico de arbitraje internacional en lugar de recurrir a procedimientos locales ecuatorianos”. En su Réplica,

celebrar los Contratos de Participación, acordaba obligar la participación de las partes exclusivamente al volumen de producción generado por el contratista, y así se obligaba a desligar dicha producción de las fluctuaciones del precio del petróleo y también acordaba que eso no pondría en conflicto la negociación comercial subyacente a la que se había llegado tomando acción alguna que podría resultar en cambios drásticos en los porcentajes de participación en respuesta a las fluctuaciones de los precios en el mercado global⁸⁴³. Ecuador puso en peligro esta expectativa al promulgar y aplicar la Ley 42⁸⁴⁴. Esto se llevó a cabo mediante el aumento del porcentaje de ingresos exigidos por la Ley 42 al 99% el 4 de octubre de 2007⁸⁴⁵, con la finalidad de “obligar a las empresas tales como Perenco a 'abrir el cajón de las ganancias' —en esencia, tomar los ingresos para los que Perenco había corrido con todos los riesgos y los gastos para ganar y que, de acuerdo con las fórmulas inicialmente pactadas para la distribución, pertenecían a Perenco”⁸⁴⁶.

539. Perenco argumentó que también tenía la expectativa razonable de que los Contratos de Participación no serían enmendados considerando la cláusula 15.2, que exigía el acuerdo previo de las partes para toda enmienda, lo cual fue reforzado por declaraciones de autoridades del Gobierno de Ecuador en 2005⁸⁴⁷. Se fundó en esta interpretación de la negociación comercial subyacente cuando eligió invertir gran capital en riesgo en Ecuador⁸⁴⁸, combinado

párrafo 283 Perenco aclaró la relación entre los términos de los Contratos de Participación y sus expectativas legítimas; los Contratos de Participación “no delimitaban las expectativas del inversor que creó Ecuador”, si bien “por cierto reflejaban y reforzaban tales expectativas”.

⁸⁴³ Solicitud Enmendada, párrafo 34; Memorial Actualizado, párrafos 156-159, 169. En el párrafo 282 de la Réplica, Perenco resumió sus reclamos contra Ecuador en los siguientes términos: “Así, Ecuador creó deliberadamente un ambiente en el que un contratista podía tener la expectativa de operar de acuerdo con un modelo de participación en el que el beneficio económico se distribuiría entre el contratista y el Estado sobre la base de un porcentaje de producción acordado, de que el contratista no sería obligado en forma unilateral y coercitiva a abandonar ese modelo a favor de un contrato de servicio menos rentable, y de que las controversias relativas a dichas cuestiones económicas serían pacíficamente resueltas mediante un arbitraje internacional vinculante”.

⁸⁴⁴ Memorial Actualizado, párrafo 167; Réplica, párrafo 287. Al respecto, Perenco, en el párrafo 287 de su Réplica, caracterizó la conducta de Ecuador como una que “reconoc[ía] que la motivación de estas modificaciones contractuales era alcanzar la meta del Estado de imponer contratos de prestación de servicios en lugar de los contratos de participación, deshaciendo así lo que habían hecho los gobiernos anteriores”.

⁸⁴⁵ Anexo CE-64, Decreto No. 662, Implementación de la Ley 42. Para una descripción de los eventos que llevaron a la promulgación del Decreto Ejecutivo No. 662, véanse arriba los párrafos 100 a 109.

⁸⁴⁶ Memorial Actualizado, párrafo 167.

⁸⁴⁷ Memorial Actualizado, párrafos 160–161. La Cláusula 15.2 puede encontrarse en PER 04703 en el Anexo CE-10, Contrato de Participación del Bloque 21, y en PER 04829 del Anexo CE-17, Contrato de Participación del Bloque 7.

⁸⁴⁸ Memorial Actualizado, párrafo 159.

con varios pasos que Ecuador había tomado para fomentar la inversión extranjera en el país⁸⁴⁹. De esta forma, Perenco argumentó que estaba justificado en su “eminente razonable expectativa” de que Ecuador “no se llevaría la recompensa de la inversión una vez que hubiera resuelto con éxito la gestión del riesgo de dicha inversión”⁸⁵⁰. Al respecto, Perenco argumentó que cuando buscó de buena fe negociar con Ecuador, Ecuador respondió en forma inflexible e impredecible, ignorando su obligación de negociar un factor de corrección y de respetar la Decisión sobre Medidas Provisionales⁸⁵¹.

540. Perenco además declaró que tenía la expectativa legítima de que las controversias en cuanto a la inversión fuesen “resueltas de manera pacífica a través de un proceso de arbitraje internacional en el CIADI”⁸⁵². Esta expectativa fue reforzada por los Contratos de Participación mismos, que expresamente exigían que determinadas controversias fueran resueltas mediante un arbitraje del CIADI⁸⁵³. Perenco sostuvo que el procedimiento de resolución de controversias era un importante aspecto de su acuerdo con Ecuador (establecido en los Contratos de Participación) en el cual se apoyaba específicamente⁸⁵⁴. Al respecto, Perenco cuestionó el “desafío” del Ecuador de la Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales por considerarla como injusta e inequitativa⁸⁵⁵.

541. Perenco sostuvo que las acciones del Ecuador en contravención directa de las expectativas legítimas de Perenco efectivamente removían una porción sustancial de los ingresos a los que Perenco tenía derecho y generaba que su inversión en los Bloques 7 y 21 fuera comercialmente inviable⁸⁵⁶. Como tal, exigió que el Tribunal emitiera un laudo que declarara, entre otras cosas, que Ecuador no le había dado trato justo y equitativo a sus inversiones en los Contratos de

⁸⁴⁹ *Ibid.*, párrafo 162. Perenco declaró que Ecuador en los años anteriores a la decisión de Perenco de invertir se esforzaron activamente por atraer la inversión extranjera “a través de una amplia gama de acciones oficiales, por ejemplo, “la liberalización de las leyes que regían la industria petrolera, tal como la modificación de la [Ley de Hidrocarburos] que permitía contratos de participación” y “el activo apoyo y estímulo por parte de la Administración a la inversión en gran escala necesaria para la construcción del oleoducto de OCP”: véase Memorial Actualizado, párrafo 162.

⁸⁵⁰ Solicitud Enmendada, párrafo 34 [traducción del Tribunal].

⁸⁵¹ Memorial Actualizado, párrafo 169.

⁸⁵² Memorial Actualizado, párrafo 163.

⁸⁵³ *Ibid.*

⁸⁵⁴ Memorial Actualizado, párrafos 164-165.

⁸⁵⁵ Réplica, párrafos 297-300.

⁸⁵⁶ Solicitud Enmendada, párrafo 34.

Participación, incumpliendo con sus obligaciones en virtud del Artículo 4 del Tratado, y debería ordenársele que pague daños.

542. Además, Perenco declaró que Ecuador había incumplido con el Artículo 4 del Tratado al interferir con la gestión, uso, goce y transferencia de su inversión en los Bloques 7 y 21. Que el derecho “al uso y goce de sus inversiones incluía el que se le permitiera, dentro de los parámetros contractuales, explotar los Bloques, buscar y producir petróleo, invertir en nuevos pozos e infraestructura, dirigir las actividades de trabajadores y obtener ganancias y beneficiarse de las utilidades de conformidad con las pactadas fórmulas de distribución de la participación”⁸⁵⁷.

543. Sin embargo, como consecuencia de la Ley 42, el Reglamento de Aplicación y las acciones del Ecuador en relación con aquellas, Perenco argumentó que Ecuador “ha ido denegando cada vez más a Perenco los diversos atributos de la gestión, uso y goce de sus inversiones”.

En primer lugar, mediante la promulgación y aplicación de la Ley 42, Ecuador privó a Perenco de beneficios considerables y obstaculizó inversiones adicionales en nuevos pozos. *En segundo lugar*, interponiendo procesos de coactiva e iniciando incautaciones, Ecuador privó a Perenco de toda su producción, cargamentos e ingresos. *En tercer lugar*, haciéndose de los Bloques mismos y rescindiendo los Contratos, Ecuador privó a Perenco de toda gestión, uso o goce de las inversiones⁸⁵⁸.

b. La posición de la Demandada

544. Ecuador por su parte cuestiona si la “expectativa legítima”, como fue mencionada por Perenco, es coherente con los términos de los Contratos:

Donde se dice, como en el presente caso, que la inversión es un conjunto de derechos contractuales conferidos por el Estado, la supuesta ‘expectativa’ de un inversor según el significado del Artículo 4 del Tratado no será razonable ni será posible fundarse en ella en forma razonable donde sea coherente con los términos explícitos del contrato entre un inversor y el Estado⁸⁵⁹.

⁸⁵⁷ Memorial Actualizado, párrafo 176.

⁸⁵⁸ *Ibid.* [énfasis en el original].

⁸⁵⁹ Memorial de Contestación, párrafo 465 [cursiva en el original] [traducción del Tribunal]. En los párrafos 272–276 de su Réplica, Perenco argumentó al respecto que Ecuador afirma impropriamente que su obligación en virtud del Tratado de trato justo y equitativo está estrictamente vinculada con los términos de los Contratos de Contratos de Participación.

545. Ecuador argumentó que Perenco no ha probado que la Ley 42 modificara la negociación económica en virtud de cuyos términos se celebraron los contratos⁸⁶⁰. Argumentó que la Ley 42 no podía modificar los Contratos porque una lectura estricta de sus términos no afectaba la participación en el volumen del petróleo que Perenco tenía derecho a recibir⁸⁶¹. Los Contratos de Participación no le garantizaban a Perenco el derecho a ingresos específicos, mucho menos a ganancias sustanciales⁸⁶². Así, Perenco enfrentó una batalla cuesta arriba en cuanto a probar que la Ley 42 afectaba la economía de los Contratos de Participación y además que un factor de corrección de la participación del Consorcio en petróleo debería haber sido negociado entre las partes⁸⁶³.
546. Ecuador sugirió que la presentación de Perenco era esencialmente el argumento de que un inversor podría esperar razonablemente que las circunstancias que prevalecen en el tiempo en el que efectuó las inversiones permanecerán inalteradas⁸⁶⁴. Enfatizó que esto no era sólo contrario a la doctrina establecida en este asunto, sino que se presentaba en total contraste con la decisión de las partes contratantes de no incluir una cláusula de estabilización en sus contratos⁸⁶⁵.

⁸⁶⁰ Al respecto, Ecuador se funda en la evidencia de su perito, el Doctor Aguilar. En los párrafos 51-53 de su Tercer Peritaje declara que la Ley 42 no podría haber modificado los Contratos de Participación porque estos establecían una participación en petróleo crudo y la Ley 42 no cambiaba los porcentajes de participación en petróleo, solo “al beneficio que puede obtenerse por la venta de este último” y además, que la Ley 42 era un acto administrativo que modificaba el marco legal que regía los contratos y que no era “no fue un acto administrativo que pretendía modificar uno o más contratos determinados”. El Doctor Aguilar, en su Cuarto Peritaje, párrafos 82-84, reitera esta distinción entre el cambio en el marco legal aplicable a los Contratos de Participación y una modificación en sus términos, mientras que reconoce que es aparente que el cambio en el marco legal tuvo “un impacto en la relación contractual” [traducción del Tribunal].

⁸⁶¹ Memorial de Contestación, párrafos 24 y 469.

⁸⁶² Memorial de Contestación, párrafo 495.

⁸⁶³ Memorial de Contestación, párrafo 24.

⁸⁶⁴ Memorial de Contestación, párrafo 471, con cita de *Saluka Investments BV (Países Bajos) c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, párrafo 305 (CA-25). En el párrafo 288 de la Réplica, Perenco niega esta caracterización de su posición y declara que “Perenco no argumenta que las leyes de un Estado no puedan ser modificadas en el transcurso del tiempo, o que las circunstancias vigentes al momento de la inversión ‘permanecerían completamente inmodificadas’” cita omitida). Sin embargo, esto no significa en sí mismo que alguna reglamentación posterior cumpla con las obligaciones internacional de un Estado, en especial si el Estado creó expectativas respecto de la estructura que regiría una inversión” [énfasis en el original].

⁸⁶⁵ Memorial de Contestación, párrafos 473-475. Ecuador se funda en las declaraciones del tribunal en *Sergei Paushok, CSJC Golden East Company, CJSC Vostokneftegaz Company c. Gobierno de Mongolia*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 28 de abril de 2011 (EL-103) que sugiere que una cláusula de corrección o estabilización impositiva es un factor significativo a la hora de determinar si un inversor legítimamente tenía la expectativa de no ser expuesto a modificaciones impositivas significativas en el futuro (párrafo 302 del Laudo).

547. En relación con esto, Ecuador argumentó que, como mucho, la “única expectativa que Perenco podría haber tenido razonablemente dados los términos de sus Contratos de Participación con Ecuador era que el Estado negociaría un factor de corrección de los porcentajes de participación” en caso de una modificación impositiva que pusiera en conflicto la economía de los contratos⁸⁶⁶. Sin embargo, al respecto, Perenco no ha logrado cumplir con la carga de probar que las partes estaban obligadas a negociar un factor de corrección como consecuencia de la Ley 42 y que la falta de negociación (si era obligatoria) era atribuible al Ecuador⁸⁶⁷. Ecuador argumentó que es incumbencia de Perenco proveer a PetroEcuador los datos de impacto financiero necesarios a fin de iniciar el proceso de ajuste⁸⁶⁸.
548. Respecto del reclamo de Perenco de que Ecuador incumplió con el Artículo 4 al interferir con el uso y goce de su inversión, Ecuador argumentó que los Contratos de Participación no le impedían al Estado promulgar y aplicar la Ley 42 porque no le garantizaban a Perenco un derecho a un flujo de ingresos determinado⁸⁶⁹. Además, la Ley 42 no “obstaculizaba” inversiones adicionales según comprobado por la postura adoptada por Perenco durante la fase de Medidas Provisionales de este arbitraje según la que podría posiblemente continuar operando e incurriendo en los gastos necesarios en Ecuador si pagaba las cuotas adeudadas a Ecuador en la cuenta de depósito en garantía⁸⁷⁰.
549. Ecuador además argumentó que Perenco no podía afirmar que los eventos posteriores a la promulgación de la Ley 42 y a la terminación de los Contratos hubieran interferido con el uso y goce de su inversión dado que el Estado estaba actuando en virtud de una ley promulgada en forma legal y estaba obligado a responder a la propia conducta ilegal de Perenco⁸⁷¹.

⁸⁶⁶ Memorial de Contestación, párrafo 477 [traducción del Tribunal].

⁸⁶⁷ *Ibid.*, párrafos 479-484.

⁸⁶⁸ *Ibid.*, párrafos 478-488.

⁸⁶⁹ *Ibid.*, párrafo 495.

⁸⁷⁰ Memorial de Contestación, párrafo 496: “...Perenco debería pagar esas deudas, que ascendían a aproximadamente US\$327 millones, eran precisamente las sumas que Perenco ofreció y que el Tribunal Arbitral recomendó en la etapa de medidas provisionales, en un depósito en plica. Fue el caso de Perenco que podía continuar operando perfectamente bien y hacer las inversiones necesarias si pagaba esas deudas en el depósito en plica. En esas circunstancias, Perenco no puede afirmar razonablemente que la forma en la que la Ley 42 fue aplicada al caso, incluida la interposición de coactivas y el sistema de incautaciones de petróleo, la habrían dejado en una posición diferente de *aquella* propuesta y que el *Tribunal Arbitral* recomendaba” [énfasis en el original] [traducción del Tribunal].

⁸⁷¹ Memorial de Contestación, párrafos 495-498. Al respecto, Ecuador afirmó que el funcionamiento temporal de los Bloques y la acción con la que se buscaba la cancelación de los Contratos de Participación estaban expresamente

550. Además, Ecuador agregó que las reclamaciones de Perenco, tomadas en su mayor estimación, implicaban que la Ley 42 no les permitía la capacidad de actuar “dentro de los parámetros contractuales” de los Contratos de Participación y que esto no podía constituir un incumplimiento del estándar del Artículo 4 del Tratado pues el Artículo 4 requería que Perenco demostrara además que “todo impedimento a su capacidad de ejercer sus derechos contractuales era '*obviamente arbitraria*' o involucraba '*elementos culposos*'”⁸⁷² Perenco no ha logrado sustanciar lo anterior en sus argumentos respecto del Artículo 4⁸⁷³.

(3) La Decisión del Tribunal

551. Si bien la traducción no oficial en inglés del Tratado publicada en la serie Recueil des Traités de las Naciones Unidas utiliza la frase “*just and equitable treatment*” [trato ecuánime y equitativo], ambas Partes la interpretaron, con razón, como si dijera “*fair and equitable treatment*” [trato justo y equitativo].

552. Según lo establecido con anterioridad, los argumentos de la Demandante se enfocan en dos partes del Artículo 4: (i) lo que podría llamarse un argumento de trato justo y equitativo de acuerdo con el Artículo 4, primer párrafo, basado en las expectativas legítimas de Perenco; y (ii) un argumento algo diferente de acuerdo con el Artículo 4, cuarto párrafo, basado en el reclamo de que al promulgar la Ley 42 al 50% y al aumentarla al 99%, la Demandada impedía la gestión, preservación, uso, goce o transferencia de las inversiones de Perenco.

553. El Artículo 4 establece la obligación general de “garantizar un trato [justo] y equitativo, conforme a los principios del derecho internacional” lo que es reforzado por el deber de asegurar que el ejercicio de los derechos así garantizados no sea impedido (ya sea *de jure* o *de facto*). Ejemplos de dichos obstáculos están entonces establecidos de modo no exhaustivo en el segundo párrafo (“...en particular, aunque no exclusivamente, se considerará como obstáculo de derecho y de hecho al trato [justo] y equitativo...”). El segundo párrafo, que no ha sido

previstos en los Contratos y en el derecho ecuatoriano como respuestas legítimas al supuesto incumplimiento del contrato: Memorial de Contestación, párrafo 497.

⁸⁷² Memorial de Contestación, párrafo 500 [cursiva en el original] [traducción del Tribunal].

⁸⁷³ *Ibid.*, párrafos 500-502.

puesto de relieve por la Demandante, fue evidentemente diseñado para elaborar la última parte del primer párrafo⁸⁷⁴.

554. El cuarto párrafo, que ha sido invocado por la Demandante también utiliza la palabra “obstaculizar”. Dado el uso de este verbo, también debería pensarse que, como en el segundo párrafo, es una elaboración del tipo de conducta que podría constituir un obstáculo de derecho o de hecho. Sin embargo, también puede leerse como una obligación separada de una naturaleza un poco más amplia que las obligaciones de trato justo y equitativo establecidas en el primer párrafo. Esta es la base sobre la que la Demandante ha argumentado en el caso⁸⁷⁵. El Tribunal procederá sobre la base de que es una obligación separada.

555. El Tribunal primero abordará el reclamo del trato justo y equitativo y luego considerará el reclamo del impedimento.

a. El argumento general de incumplimiento de trato justo y equitativo y las expectativas legítimas de la Demandante

556. La reclamación de la Demandante sobre el Artículo 4 tiene un número de elementos diferentes, pero que están interrelacionados. A fin de analizar el asunto, el Tribunal diferenciará entre las expectativas demandadas relacionadas con la resolución de controversias que surgen de los Contratos de Participación —es decir, el derecho de la Demandante a un arbitraje del CIADI en virtud de los dos Contratos y la conducta de la Demandada en relación con esto— y sus expectativas de una naturaleza más sustancial —es decir, el impacto de las expectativas de Perenco de la promulgación de la Ley 42, la aplicación del Decreto 662 y varias otras medidas tomadas por Ecuador en relación con los derechos de Perenco que surgen de los Contratos de Participación. El Tribunal estima conveniente analizar estas expectativas en forma separada.

557. Respecto del enfoque general que debe tomarse respecto del significado del estándar de trato justo y equitativo, el Artículo 4 del Tratado requiere que una Parte Contratante garantice “trato

⁸⁷⁴ El tercer párrafo, que tampoco ha sido invocado por la Demandante, trata el asunto de la protección y seguridad completa, y no es necesario abordarlo.

⁸⁷⁵ La refutación de Perenco, en los párrafos 329-336 de la Réplica son de importancia. Perenco declaró que Ecuador confunde su refutación con el reclamo por el incumplimiento del trato justo y equitativo de la obligación de no impedir o deteriorar el derecho del inversor a la gestión, uso y goce; que en la opinión de Ecuador no existió incumplimiento de los términos de los Contratos de Participación. Perenco declaró que esta obligación es diferente de la obligación de garantizar trato justo y equitativo y la observancia de obligaciones contractuales (que Perenco argumenta que ocurrieron en su caso, a todo evento) no es respuesta suficiente.

[justo] y equitativo, de acuerdo con los principios del derecho internacional”⁸⁷⁶. Esta formulación particular del estándar no está relacionada con el estándar internacional mínimo de trato en virtud del derecho internacional consuetudinario⁸⁷⁷.

558. Con eso dicho, como han decidido muchos otros tribunales de tratados de inversión enfrentados con la tarea de determinar el significado de un estándar—incluso donde el tratado aplicable no contiene referencia alguna al derecho internacional consuetudinario—, hay mucho que decir por el enfoque general establecido por el tribunal en *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, que entendió que la conducta atribuible al Estado y perjudicial para el inversor viola el estándar cuando sea:

...arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo⁸⁷⁸.

559. La inclusión de palabras tales como “arbitraria”, el uso de modificadores como “notoriamente” en relación a “injusta, antijurídica o idiosincrática” y “manifiesta” en relación a la falta de justicia natural y “completa” en relación con una falta de transparencia y franqueza implica la

⁸⁷⁶ Anexo CE-7, Tratado, Artículo 4, párrafo 1, PER 00512-00513.

⁸⁷⁷ Según señaló el tribunal en *AWG Group Ltd. c. República Argentina*, CNUDMI, Decisión sobre Responsabilidad, 30 de julio de 2010, que examinaba un tratado similar entre Argentina y Francia (en el párrafo 184): “Con respecto al TBI Argentina-Francia, cabe señalar que el texto del tratado se refiere simplemente a ‘los principios del derecho internacional’, no al ‘estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario.’ La elaboración ‘estándar mínimo en virtud derecho internacional consuetudinario’ o simplemente ‘estándar internacional mínimo’ es tan bien conocido y tan bien establecida en el derecho internacional que se puede suponer que si Francia y Argentina tenían la intención de limitar el contenido de un trato justo y equitativo a las normas mínimas internacionales hubieran utilizado esta formulación específica. De hecho, no lo hicieron” [traducción del Tribunal].

⁸⁷⁸ *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (FA)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, párrafo 98. Este pasaje ha sido citado con la aprobación de muchos tribunales que no pertenecen al TLCAN, como *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008, párrafo 597: “Este umbral es muy alto. Según lo establecido por el tribunal en *Waste Management c. México (No. 2)*...” [traducción del Tribunal]. (El tribunal luego citó el párrafo 98 del laudo *Waste Management II*. En *Vannessa Ventures Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/6, Laudo, 16 de enero de 2013, párrafo 227, el tribunal comentó lo siguiente: “Los tribunales de otros casos han destacado el umbral elevado en este aspecto. En el caso *Waste Management*, el laudo hacía referencia a ‘una falta de debido proceso que deriva en un resultado que ofende la corrección judicial—como podría ser el caso del fracaso manifiesto de la justicia natural—’... El Tribunal considera que ese es el enfoque correcto” [traducción del Tribunal]. Véase también *Deutsche Bank AG c. República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/09/2, Laudo, 31 de octubre de 2012, párrafo 420: “Al respecto, el Tribunal deja en claro que el estándar ha sido—si bien no en forma exhaustiva— definido correctamente en el caso *Waste Management I*” [traducción del Tribunal] (que el tribunal luego procedió a exponer).

búsqueda de “algo más” que distinga un acto que viola el derecho internacional de la percibida injusticia ocasionada por varias acciones gubernamentales que no alcanzan a calificar como incumplimiento con el derecho internacional. El desafío es distinguir entre las dos.

560. En muchos casos se sostiene que un aspecto central del análisis de una supuesta violación del estándar de trato justo y equitativo son las expectativas razonables del inversor respecto del trato futuro de su inversión por el Estado anfitrión⁸⁷⁹. Esto requiere que el Tribunal haga una determinación objetiva de dichas expectativas, considerando todas las circunstancias pertinentes⁸⁸⁰. Las expectativas no son exclusivamente del inversor y basarse indebidamente en las expectativas subjetivas de la demandante expresadas en el contexto de un proceso adversarial años después de que se haya hecho la inversión puede tener como consecuencia una perspectiva desviada de lo que podría haberse esperado cuando se hizo la inversión. En *Saluka Investments BV c. República Checa*, el tribunal observó, luego de revisar ciertas afirmaciones de tribunales anteriores, que si dichas declaraciones se tomaban en forma muy literal, impondrían “obligaciones que serían inapropiadas y no realistas” al Estado anfitrión⁸⁸¹. La búsqueda es de un enfoque balanceado entre las razonables expectativas del inversor y el ejercicio de los poderes de regulación, entre otros, del Estado anfitrión.
561. En casos en los que existe un contrato entre un inversor y un Estado anfitrión, los términos del contrato y la legislación del Estado en relación a aquel tienen particular importancia en el análisis. Como ya se ha expuesto, los contratos administrativos pertinentes existen no solo como “ley para los contratantes” en Ecuador, sino también dentro de un marco legal más amplio que incluye el Código Civil, la Ley de Hidrocarburos y la Constitución.
562. Cuando un Estado ha considerado debidamente una política legislativa/regulatoria, como fue el caso en 1994 cuando Ecuador resolvió que era del interés de la Nación pasar de contratos de

⁸⁷⁹ *EDF (Services) Limited c. Rumanía*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo, 8 de octubre de 2009, párrafo 216; *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011, párrafo 339.

⁸⁸⁰ *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011, párrafo 356; *EDF (Services) Limited c. Rumanía*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo, 8 de octubre 2009, párrafo 219; *Saluka Investments BV (Países Bajos) c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, párrafo 304; *Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo Final, 23 de abril de 2012, párrafo 224.

⁸⁸¹ *Saluka Investments BV (Países Bajos) c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, párrafo 304. Véase también *White Industries Australia Limited c. India*, CNUDMI, Laudo Final, 30 de noviembre de 2011, párrafos 10.3.5-10.3.6 [traducción del Tribunal].

prestación de servicios a contratos de participación, las decisiones gubernamentales tomadas en adelante deben, durante la vida de dichos acuerdos contractuales, mantener la fidelidad a dicho marco de políticas. Esto no quiere decir que el marco de políticas está congelado y no puede ser cambiado porque este no es el caso a menos que el Estado haya estabilizado expresamente su ley de cara a su participación contractual⁸⁸². Pero incluso en el caso en cuestión, donde no existe una cláusula de completa estabilidad en sus contratos, todo cambio al marco de políticas aún debe hacerse en consideración de los compromisos contractuales del Estado.

563. Los Contratos de Participación estaban anclados en un marco legislativo debidamente considerado y promulgado por el Congreso de la Nación⁸⁸³. Dicho marco y su fundamento establecían ciertas características del nuevo régimen contractual que luego fueron reflejadas en los contratos posteriores concluidos con compañías petroleras⁸⁸⁴. En consecuencia, todo contratista podía razonablemente esperar que la estructura de los contratos no sería alterada por Petroecuador en forma unilateral ni que sería deshecha por la acción estatal posterior externa al contrato excepto de acuerdo con los términos de la ley del Estado.
564. No debería permitirse que el dramático aumento en los precios del petróleo en la última década confundiera lo anterior. En particular, luego de los cambios en el gobierno, el Estado debe procurar actuar en forma coherente con las relaciones comerciales de largo plazo con inversores extranjeros concluidas por sus predecesores; los gobiernos no pueden repudiarlas⁸⁸⁵. Los nuevos gobiernos deben tener presente la razón por la que el Estado se involucró en dichas relaciones en primer lugar, pues la extracción de recursos y otras inversiones intensivas de

⁸⁸² Según se consideró en *Total S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/01, Decisión sobre Responsabilidad (27 de diciembre de 2010), párrafo 101: "...Las cláusulas de estabilización son cláusulas que se insertan en los contratos del Estado concluidos entre inversores extranjeros y países anfitriones con la intención de congelar el marco legal de un Estado anfitrión específico en una fecha determinada de modo que la adopción de todo cambio en el marco regulatorio legal de la inversión en cuestión (incluso por ley de aplicación general y sin intención discriminatorio de parte del Estado anfitrión) sería ilegal" [traducción del Tribunal].

⁸⁸³ Anexo CE-4, Debates Legislativos sobre la Ley 44, PER 00403: "Tercer objetivo de las reformas: ¿Quién va a ser o quién va a invertir esos [seis] capitales de exploración? La empresa privada. En los últimos cinco años no se ha firmado un solo contrato petrolero de exploración en el Ecuador. ¿Cómo se vuelve más atractiva la inversión en el Ecuador?, mediante este nuevo tipo de contrato, el contrato de participación que lo utilizan en todos los países productores de petróleo"; véase también, Anexo CE-5, Ley 44, PER 00483: "...se requiere de mayor inversión para la exploración y explotación de hidrocarburos... es indispensable introducir en la legislación ecuatoriana modalidades contractuales, que hagan competitiva la exploración y explotación de hidrocarburos".

⁸⁸⁴ Véase arriba párrafos 57-59.

⁸⁸⁵ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007, párrafo 7.4.39.

capital con sustanciales costos “iniciales” generalmente requieren un plazo de operaciones entre mediano y largo a fin de lograr generar un retorno de inversión razonable. Dichas inversiones deben poder soportar desvíos en políticas de gobierno que podrían minar su marco contractual.

i. ¿Qué expectativas tenía Perenco al momento de efectuar su inversión?

565. No existe evidencia registrada de que la Demandada hiciera declaración específica alguna o diera afirmaciones específicas a Perenco que la indujeran a adquirir los intereses de Kerr McGee en los dos contratos.

566. Patrick Spink, que evaluó la oportunidad de Kerr McGee para Perenco, atestiguó que la compañía “confi[ó] en los términos relativamente claros de los aspectos clave de los Contratos de Participación”⁸⁸⁶ y declaró que “Ecuador también daba otras señales de su interés en la inversión extranjera en el sector petrolífero e intentó continuar apoyando un medio comercial y jurídico conducente a dicha inversión”, en referencia particular a la construcción del oleoducto OCP⁸⁸⁷. Spink atestiguó además que su percepción del compromiso de Ecuador con el desarrollo de su industria petrolera en conjunto con inversores extranjeros se “reforzó a través del contacto limitado que tuve con los funcionarios gubernamentales ecuatorianos” y mencionó que poco tiempo después de la ejecución del acuerdo Kerr McGee, él tuvo una reunión de cortesía con el ex Ministro de Energía y Minería, el Dr. Terán⁸⁸⁸. En pocas palabras, si bien Perenco se apoyó en los términos del contrato y en el proyecto OCP, Spink no aseveró que hubiera recibido compromisos expresos de parte de los funcionarios de Ecuador *antes* de que Perenco efectuara la inversión⁸⁸⁹.

⁸⁸⁶ Primera Declaración testimonial de Patrick Spink, párrafo 12. En su testimonio escrito Spink no abordó si Perenco entendió que los contratos de participación fueran de la naturaleza de contratos administrativos en virtud del derecho ecuatoriano. Para una discusión de sus diferencias, véase Aguilar, Tercero, párrafos 4-14.

⁸⁸⁷ Primera Declaración testimonial de Patrick Spink, párrafo 14.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, párrafo 17.

⁸⁸⁹ Primera Declaración testimonial de Patrick Spink, párrafos 9-16.

567. Así, las expectativas de Perenco, tal como generalmente argumentó la Demandante, se basaban básicamente en los Contratos de Participación que a su vez reflejaban las disposiciones de la Ley 44⁸⁹⁰.
568. Con respecto a las expectativas del predecesor de Perenco en cuanto a interés, Oryx/Kerr McGee, el Tribunal recuerda que el cambio de parte de Ecuador de contratos de prestación de servicios a contratos de participación fue motivado por la incapacidad de la Nación de desarrollar en forma adecuada sus recursos petroleros⁸⁹¹. En tales circunstancias, un inversor tal como Oryx/Kerr McGee podría esperar razonablemente al tiempo de la adquisición de sus derechos contractuales que en tanto haya actuado en forma coherente con sus obligaciones contractuales y legales, tendría derecho a recibir su porción de petróleo en virtud de su contrato y eso le permitiría disponer de esa porción con la expectativa de que, con sujeción al pago de todos los impuestos y demás cargas, tendría derecho a obtener cualquier ganancia remanente luego de la deducción de costos necesaria⁸⁹². Considerando el Artículo 10 de la Ley 44⁸⁹³ y el Decreto 1417⁸⁹⁴, los cuales estaban incorporados en forma expresa en los Contratos de Participación y que establecían que las enmiendas “requerían previo acuerdo de las partes”⁸⁹⁵, el contratista también podía esperar razonablemente que el contrato no sería enmendado unilateralmente por Petroecuador de forma que fuera incoherente con la ley ecuatoriana.

⁸⁹⁰ Memorial Actualizado, párrafos 159-160; Anexos CE-4, Ley 44, PER 00403, CE-5, Ley 44 y CE-303, Comunicado Oficial No. 93-225, Quito, 29 de octubre de 1993, pp. 2- 4.

⁸⁹¹ *Ibid.*; Anexo CE-13, Ley 46 sobre Promoción y Garantía de Inversiones, Registro Oficial 219 del 19 de diciembre de 1997, PER 00730.

⁸⁹² Réplica, párrafos 284-285. Perenco argumentó en respuesta que “no podía haber esperado razonablemente que disfrutaría de las ganancias bajo las condiciones favorables provenientes de las ventas de petróleo a precios más elevados totalmente exentas de alguna medida impositiva que tomara un porcentaje de dichos ingresos inesperados para el Estado” (Memorial de Contestación, párrafo 471). Perenco declaró primero que podía haber esperado y “de hecho sí esperó que beneficiaría de los precios de petróleo más elevados *en proporción a la fórmula de participación acordada en el contrato*” y la conclusión es luego que al aseverar que independientemente de si este fue el caso o no, “[c]iertamente, Perenco tenía todo derecho a esperar que Ecuador no le quitaría *totalmente* la oportunidad de disfrutar de las ganancias provenientes de las ventas de petróleo a precios más elevados”, dado que ese era un “beneficio fundamental” de los contratos de participación: Réplica, párrafo 285 [énfasis en el original].

⁸⁹³ En la que se dispone que “[s]i conviniera a los intereses del estado, los contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos podrán ser modificados por acuerdo de las partes contratantes y previa aprobación del Comité Especial de Licitación (CEL)”. Anexo CE-5, Ley 44 Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos, Registro Oficial No. 326 del 29 de noviembre de 1993, PER 00485.

⁸⁹⁴ Que establece que el proceso de modificación puede comenzar “de haberse alcanzado el respectivo acuerdo mutuo de las partes sobre las bases de la modificación contractual”. Anexo CE-6, Decreto No. 1417, Reglamento para la aplicación de la Ley de Hidrocarburos, Registro Oficial No. 364 del 21 de enero de 1994, PER 00498.

⁸⁹⁵ Véase la cláusula 15.2 de los Contratos de Participación de los Bloques 7 y 21, que describe las circunstancias en las que debería iniciarse el proceso de negociación e introducción de enmiendas al contrato: Anexos CE-10, Contrato de Participación del Bloque 21, PER 04703, y CE-17, Contrato de Participación del Bloque 7, PER 04829.

569. Coherente con su determinación previa de que los Contratos no estaban estabilizados como se entendía en el derecho ecuatoriano, el Tribunal le concede fuerza al argumento de Ecuador según el que sin una cláusula de estabilización en los contratos, el contratista no podría esperar razonablemente que los contratos estarían completamente inmunizados de futuras medidas legislativas o de otro tipo⁸⁹⁶. En consideración de lo anterior, el contratista también podría esperar razonablemente que las cláusulas de modificación impositiva podrían ser empleadas en circunstancias apropiadas⁸⁹⁷.
570. No hay indicio de que los dos Contratos no operaran de acuerdo con sus términos hasta la fecha de la venta de los intereses de Kerr McGee a Perenco. Considerando la experiencia de Kerr McGee, no había razón por la que Perenco no fuera a tener esencialmente las mismas expectativas que su predecesor en intereses⁸⁹⁸. Perenco no sugirió que los Contratos de Participación no operaran de acuerdo con sus términos hasta la primera de las medidas impugnadas, la promulgación de la Ley 42 en abril de 2006 y la reclamación inicial del 50% de los ingresos extraordinarios hecho mediante el Decreto Ejecutivo No. 1672, el decreto de implementación de la ley emitido el 11 de julio de 2006.

ii. Expectativas de arreglo de la controversia basadas en los Contratos de Participación

571. Perenco enfatizó que además de sus expectativas respecto de cómo operarían generalmente los Contratos, tenía otras expectativas legítimas, es decir, que todo otro conflicto que surgiera de

⁸⁹⁶ En su Memorial de Contestación, Ecuador incluyó un ejemplo de una cláusula de estabilización contenida en un contrato entre el Ministerio de Relaciones Exteriores, Industrialización y Pesca y Samedan Oil Corporation: Memorial de Contestación, párrafo 398, en referencia al Anexo E-125.

⁸⁹⁷ Véanse las cláusulas 11.7 (Bloque 21) y 11.12 (Bloque 7) en los Anexos CE-10, Contrato de Participación del Bloque 21, PER 04699, y CE-17, Contrato de Participación del Bloque 7, PER 04823.

⁸⁹⁸ Memorial Actualizado, párrafos 26-35, de la versión de la Demandante de las circunstancias de la adquisición del interés en los Bloques 7 y 21; véase Anexo CE-15, Memorando No. CE-015, Memorando No. 269-CEF-99, de la Comisión de Negociación de Petroecuador para el Bloque 7 con el Presidente y los Miembros de la Comisión Especial de Licitación (CEL), 13 de noviembre de 1999, PER 00752-00753. Durante la negociación del Contrato del Bloque 7, se le propuso a Oryx que en vista del comportamiento de los precios del petróleo crudo en las semanas precedentes, deberían estipularse precios diferentes para aplicarse durante el curso del término contractual, es decir “US\$17 durante 2002; desde 2003 hasta 2006, un precio de US\$16; y desde 2007 hasta 2010, un precio de US\$15”. Oryx rechazó esta propuesta porque, de acuerdo con el memorando preparado por la Comisión de Negociación de Petroecuador, “este parámetro era completamente incierto en cuanto a su comportamiento, al punto de ser US\$8 en mayo de 1998, cuando la compañía aceptó US\$15 e históricamente la tendencia había demostrado que estaba por debajo de US\$15” [traducción del Tribunal]. El memorando además registra que Oryx sobre la base del mismo razonamiento rechaza una propuesta alternativa; que un promedio de US\$17 por barril se establece, y dividir por partes iguales las utilidades que se obtuvieran del sobrante a 50% cada una.

los Contratos de Participación sería resuelto pacíficamente mediante arbitraje. Consideró al respecto:

Perenco también tenía buenos motivos para esperar que las controversias que surgieran en cuanto a la inversión fuesen resueltas de manera pacífica a través de un proceso de arbitraje internacional en el CIADI. Como ya ha resuelto el Tribunal, después que el Congreso había confirmado en 1986 su ratificación del Convenio del CIADI, los Contratos mismos expresamente preveían la resolución de controversias económicas mediante arbitraje ante el CIADI. [...] De conformidad con la Cláusula 22.1 del Contrato del Bloque 21, los contratantes hasta incorporaban el Convenio del CIADI como parte del contrato del “marco jurídico”⁸⁹⁹.

572. Este acuerdo para resolver controversias mediante arbitraje en la opinión de Perenco “sin duda implicaba un acuerdo para cumplir con las decisiones de un tribunal arbitral” y Perenco declaró que esta expectativa fue explicitada como una promesa contractual en la cláusula 22.2.2, mediante la cual ambas partes se obligaban a utilizar los medios establecidos en el Contrato “para dirimir dudas y controversias que puedan surgir durante su vigencia, al igual que a observar y cumplir las decisiones emitidas por *consultores, árbitros, jueces o tribunales competentes*, en los casos que corresponda, según las estipulaciones de este Contrato”⁹⁰⁰.

573. Habiendo establecido sus expectativas basadas en los Contratos, incluidas las disposiciones de arbitraje, Perenco aseveró que Ecuador minó dichas expectativas de los términos económicos del acuerdo al promulgar y aplicar la Ley 42⁹⁰¹. También argumentó que la iniciación del proceso de coactiva de la Demandada para cobrar las sumas que reclamaba que se adeudaban, que a la vez llevó a varias solicitudes y recomendaciones del Tribunal en relación con el proceso de consideración y finalmente otorgamiento de las medidas provisionales pretendidas por Perenco, y la subsiguiente indiferencia del Ecuador hacia la recomendación de medidas provisionales fueron causa de un incumplimiento adicional de trato justo y equitativo (así como un incumplimiento contractual)⁹⁰². Si no fuera por este último incumplimiento, Perenco

⁸⁹⁹ Memorial Actualizado, párrafo 163.

⁹⁰⁰ *Ibid.*, párrafo 164 [énfasis en el original]: Anexos CE-10, Contrato de Participación del Bloque 21, PER 04724, y CE-17, Contrato de Participación del Bloque 7, PER 04865.

⁹⁰¹ Memorial Actualizado, párrafos 169 y 225.

⁹⁰² *Ibid.*

argumentó que continuaría operando en Ecuador el día de hoy y se habría acumulado un gran balance del depósito en plica⁹⁰³.

574. Ecuador argumentó en respuesta que a fin de tener éxito en esta controversia, Perenco debería demostrar que la noción de “expectativas legítimas”, sobre la cual se basó, estaba bien fundada y era coherente con los términos de los Contratos de Participación⁹⁰⁴. Ecuador declaró que Perenco no logró hacerlo porque su argumento presuponía que se le exigía a Ecuador que cumpliera contractualmente con la “*solicitud* del 24 de febrero de 2009 y con la *recomendación* del Tribunal Arbitral de medidas provisionales”⁹⁰⁵. Afirmó que los Contratos de Participación crearon una expectativa de que las partes someterían al arbitraje del CIADI controversias específicas y cumplirían con el laudo final⁹⁰⁶. No podía apoyar la expectativa de que Ecuador estaría atado a cumplir con las recomendaciones de medidas provisionales del Tribunal⁹⁰⁷.
575. Alternativamente, Ecuador declaró que en caso de que el Tribunal entendiera que dicha expectativa estaba bien fundada, no podría decirse que las acciones de Ecuador en el alegado incumplimiento no fueran causantes de pérdida alguna para Perenco⁹⁰⁸. En concreto, no fue causa de que Perenco abandonara los Bloques⁹⁰⁹. Las acciones de Ecuador fueron declaradas como consecuencia de las acciones de Perenco y Ecuador exigió el pago de las deudas o incautó el equivalente en crudo que Perenco ya había acordado separar y declaró que podía llevar a cabo dichas acciones sin que fuera necesario que el crudo abandonara los Bloques (mediante el uso del depósito en plica)⁹¹⁰.
576. El Tribunal está de acuerdo con Perenco en que la expectativa de resolución de controversias pacífica en virtud de las cláusulas de arbitraje de los Contratos era una expectativa legítima del contratista privado (ya fuera el contratista original o su sucesor en interés); analizará la respuesta de la Demandada a la Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales por

⁹⁰³ *Ibid.*, párrafos 224-226; Réplica, párrafos 268 y siguientes.

⁹⁰⁴ Memorial de Contestación, párrafo 426.

⁹⁰⁵ *Ibid.*, párrafo 500 [cursiva en el original] [traducción del Tribunal].

⁹⁰⁶ *Ibid.*, párrafo 448.

⁹⁰⁷ *Ibid.*, párrafo 449.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, sección 6.3.2.

⁹⁰⁹ *Ibid.*, párrafo 453.

⁹¹⁰ *Ibid.*, párrafos 455-457.

separado más adelante, pero a los efectos presentes considerará la expectativa general de arreglo pacífico de controversias y si dicha expectativa ha sido satisfecha.

577. Perenco no cuestionó la Ley 42 ya fuera en virtud de los Contratos ni en virtud del Tratado hasta después de que Ecuador comenzó a aplicar el Decreto 662. (Perenco consintió el arbitraje del CIADI el 17 de octubre de 2007, unos trece días después de que el Decreto 662 fuera emitido. Presentó su Solicitud de Arbitraje el 30 de abril de 2008⁹¹¹). Dejando de lado por un momento la decisión de la Demandada de no cumplir con la Decisión sobre Medidas Provisionales, el arbitraje se ha desarrollado de acuerdo con los Contratos. Ecuador ha participado enteramente aquí, ha ejercido su derecho a hacer objeciones y ha afirmado el fondo de los reclamos luego de la Decisión sobre Jurisdicción⁹¹². En efecto, ha presentado una reconvencción contra Perenco por supuesto daño ambiental.
578. En la opinión del Tribunal, las reclamaciones de Perenco según los que Ecuador le ha negado trato justo y equitativo en relación a sus expectativas procedimentales de acceso a arreglo internacional de controversias *generalmente* no han sido establecidas.

iii. Las expectativas respecto de la Decisión sobre Medidas Provisionales

579. Tratando el más fino asunto de la expectativa reclamada por la Demandante de que Ecuador cumpliera con la Decisión sobre Medidas Provisionales, el Tribunal ya ha determinado que en cuanto al derecho ecuatoriano y a las cláusulas 22.2.2 de los Contratos⁹¹³, la Demandada había acordado cumplir no solo con todo laudo de un tribunal, sino también con una categoría más amplia de “decisiones”. Así, se justifica que la Demandante tuviera una expectativa razonable de que si una controversia surgía entre las partes, la Demandada cumpliría con todas las decisiones del tribunal constituido en virtud de los Contratos. Al haber determinado que existe un incumplimiento contractual dada la falta de cumplimiento de parte del Ecuador de la Decisión sobre Medidas Provisionales del Tribunal, según lo establecido *supra* en los párrafos

⁹¹¹ Anexo CE-264, Carta de Perenco al Ministerio de Relaciones Exteriores y al Ministerio de Minas y Petróleo.

⁹¹² El Tribunal, a los fines presentes, no hace evaluación alguna de la razonabilidad de presentar ninguna de las objeciones a fin de efectuar una determinación final de la distribución de costos en este proceso.

⁹¹³ Anexos CE-10, Contrato de Participación del Bloque 21, PER 04724, y CE-17, Contrato de Participación del Bloque 7, PER 04865.

413 a 417, el Tribunal considera que no es necesario tratar los argumentos relativos al efecto de la Decisión sobre Medidas Provisionales en virtud del Artículo 4 del Tratado.

iv. Expectativas sustantivas relativas a los Contratos

580. Al presentar su alegación de incumplimiento, la Demandante tiende a confundir una serie de medidas que fueron tomadas en diferentes momentos a lo largo de un período de unos cuatro años. En sus escritos, la Demandante tendía a combinar: (i) La Ley 42 al 50%; (ii) la promulgación y aplicación del Decreto 662; (iii) las exigencias de la administración de Correa para la migración de contratos de participación a un modelo de contratos de prestación de servicios; (iv) la posterior exigencia de una migración más rápida a los contratos de prestación de servicios que la que se buscaba inicialmente; (v) las exigencias de pagos de gravámenes que se reclamaba que se adeudaban en cumplimiento con la Ley 42; (vi) el lanzamiento de las coactivas; (vii) la decisión de aplicar las coactivas a pesar de la recomendación del Tribunal de no hacerlo mientras el laudo del arbitraje estuviera pendiente; y (viii) la ruptura en las negociaciones que generó la decisión del Consorcio de suspender las operaciones, que a la vez llevó a la iniciación del proceso que resultó en la declaración de *caducidad*⁹¹⁴.

581. Enumerar estas medidas, considerando un período de unos cuatro años, ilustra la profundización e intensificación de las exigencias y acciones del Estado. Al evaluar la legalidad internacional de la Ley 42 al 50%, sin embargo, el Tribunal considerará esta medida en forma separada de las medidas sobrevinientes. En el curso de este análisis, será claro que ciertas determinaciones del Tribunal respecto de los alegados incumplimientos contractuales adquieren importancia en el reclamo en relación con el Tratado. En cierta medida, el análisis del Tratado refleja el análisis contractual. Sin embargo, en contraste con su mandato jurisdiccional contractual, al ejercer su jurisdicción para aplicar el Tratado, el Tribunal no se

⁹¹⁴ Por ejemplo, siguiendo una oferta de arreglo propuesta por Perenco el 21 de mayo de 2009, sus representantes fueron citados para reunirse con el Ministerio de Minas y Petróleo de Ecuador cuando, según el testimonio de d'Argentré, se les había informado que el Presidente Correa estaba ofendido por la oferta de arreglo y Ecuador no cumpliría con la recomendación de medidas provisionales. Posteriormente, cuando el Ministro Palacios fue reemplazado por el Ministro Pinto el 8 de junio de 2009, los representantes de Perenco se reunieron con él para discutir los términos del arreglo. Las declaraciones del Ministro Pinto, de acuerdo con d'Argentré, que no fueron cuestionadas por Ecuador, mantenían la posición de Ecuador de que a fin de terminar con las medidas de ejecución coactiva, el Consorcio habría acordado pagar todos los valores pendientes en cumplimiento con la Ley 42 mediante un plan de pagos (entre otras condiciones). Perenco no estuvo de acuerdo. Este patrón de interacción continuó durante el curso de la subasta del crudo del Consorcio el 3 de julio de 2009 y el 20 de julio de 2009.

encuentra limitado por el derecho ecuatoriano o por la interpretación de los tribunales locales de dicho derecho, si bien se referirá a una interpretación de autoridad del derecho doméstico.

b. La Ley 42 al 50%

582. El Tribunal comienza con algunos comentarios sobre la relación entre el proceso del Tribunal Constitucional y las reclamaciones en relación con el Tratado, la caracterización de la Ley 42 en cuanto al derecho internacional y una referencia a un caso de un tratado de inversión previo que consideró impuestos a ganancias extraordinarias. Respecto de este último punto, el Tribunal considera que el aumento sustancial de los precios del petróleo en la última década no están relacionados con las expectativas de las partes originales de los Contratos de Participación y generaron ganancias extraordinarias. La prueba pericial presentada ante el Tribunal demuestra que la respuesta inicial de Ecuador a ello no fue diferente de la de muchos otros Estados.
583. Considerando la decisión del Tribunal Constitucional, el hecho de que el Tribunal Constitucional haya hablado de la constitucionalidad de la Ley 42 por supuesto que no limita la potestad de este Tribunal de ejercer su jurisdicción en virtud del Tratado para considerar la legalidad de la Ley 42. Pero al aplicar el derecho internacional, el Tribunal no actúa como un tribunal de apelación respecto de asuntos de derecho ecuatoriano. El límite de jurisdicción está bien establecido en la doctrina⁹¹⁵. El Tribunal debe reconocer la distribución de competencias entre los órganos adjudicatarios en los niveles nacional e internacional. Un tribunal internacional no puede cuestionar la interpretación de un tribunal local o la aplicación del derecho local⁹¹⁶. Al mismo tiempo, en virtud de principios establecidos del derecho internacional, tal como están codificados en el Artículo 3 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la CDI, el hecho de que una ley haya sido declarada

⁹¹⁵ *Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo, 1 de noviembre de 1999, párrafo 99; *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002, párrafo 126; *Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/19, Laudo, 3 de julio de 2008, párrafos 106-107; *Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo Final, 23 de abril de 2012, párrafo 299; *Franck Charles Arif c. República de Moldova*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo, 8 de abril de 2013, párrafo 441; *Romp petrol Group Company NV c. Rumanía*, Caso No. ARB/06/3, Laudo, 6 de mayo de 2013, párrafo 238.

⁹¹⁶ Tal como se determinó en la sección de los incumplimientos de contrato alegados, por esta razón, el Tribunal no acepta determinadas críticas del Dr. Pérez Loose.

constitucional por tribunales locales, incluso si fueran los más altos tribunales del territorio en cuestión, no es dispositivo de si se conforma con el derecho internacional⁹¹⁷.

584. En cuanto a la caracterización apropiada de la Ley 42, el Tribunal ya ha determinado que a los fines de los reclamos contractuales, la Ley 42 debe caracterizarse como una medida tributaria. En el contexto del reclamo del Tratado, se ha considerado cuidadosamente la reclamación de Perenco en cuanto al cambio “oportunista” del Ecuador en la caracterización de la medida entre el proceso del Tribunal Constitucional y este arbitraje internacional⁹¹⁸:

Ecuador no puede pretender quedarse con pan y pedazo: no puede insistir que tiene derecho a una deferencia especial al ejercer sus facultades impositivas, y al mismo tiempo insistir que no está ejerciendo actividades tributarias mientras intenta esquivar sus obligaciones contractuales en materias tributarias⁹¹⁹.

585. Si bien es posible que una medida sea caracterizada de diferente manera en diferentes sistemas jurídicos, el municipal y el internacional, la incoherencia de la Demandada en cuanto a la caracterización según el fuero y la ley aplicable es preocupante. Al final, siguiendo el enfoque utilizado en *EnCana c. Ecuador*, cuando se trata de determinar si una medida debe ser caracterizada como un impuesto en el contexto del derecho internacional, el Tribunal ha concluido que debería enfocarse en el efecto sustantivo de la Ley 42 (es decir, si se impuso responsabilidad sobre un tipo de personas para que pagaran una porción de “ingresos extraordinarios” para el beneficio del Estado)⁹²⁰. Se refuerza en esta conclusión por el hecho de que la caracterización de la ley durante el proceso del Tribunal Constitucional de ninguna manera limitaba a Perenco para caracterizarla como un impuesto que le daba lugar a su derecho a reclamar una modificación en los Contratos⁹²¹.

586. Como un último comentario introductorio, es reconocido en el arbitraje de tratados de inversión que los Estados mantienen flexibilidad para responder a circunstancias cambiantes a

⁹¹⁷ *Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo, 1 de noviembre de 1999, párrafo 98; *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006, párrafos 212-214; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán*, ARB/01/13, Resolución Procesal No. 2, 16 de octubre de 2002, párrafo 28.

⁹¹⁸ Réplica, párrafo 188.

⁹¹⁹ *Ibid.*, párrafo 191.

⁹²⁰ *EnCana Corporation c. República de Ecuador*, Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), Laudo, 3 de febrero de 2006, (EL-94), párrafo 142: “Una ley tributaria es aquella que impone a determinados grupos de personas la carga de pagar dinero al Estado para el beneficio público”.

⁹²¹ Anexos E-129, Carta del Consorcio a Petroecuador con fecha del 18 de diciembre de 2006 (Bloque 21), y E-130, Carta del Consorcio a Petroecuador con fecha del 18 de diciembre de 2006 (Bloque 7).

menos que hayan estabilizado su relación con un inversor. En *Paushok c. Mongolia*, por ejemplo, el tribunal analizó las expectativas de la demandante en relación a un impuesto a ganancias inesperadas y consideró lo siguiente:

No hay duda de que [el Impuesto a las Ganancias Inesperadas] representaba un cambio radical en el sistema tributario de la industria minera del oro en Mongolia y que tenía un serio impacto negativo en la industria en general y en GEM en particular. Pero esto no significa que la promulgación de dicha ley fuera contraria al Tratado. Un inversor, sin un acuerdo que limite o prohíba la posibilidad de aumentos tributarios, no debería sorprenderse de encontrarse con aumentos tributarios en años posteriores y dicho evento no podría considerarse “impredecible”. Mongolia está lejos de ser el único país en el mundo donde el dramático aumento imprevisto en el precio de determinados commodities ha generado importantes cambios en los regímenes tributarios de dichos commodities. Antes de concluir que un nivel tributario particular altera “la predictibilidad del marco legal y comercial, un tribunal de arbitraje internacional querrá tener una demostración clara de que, sin dicho acuerdo, dicho aumento tributario constituye un incumplimiento de una obligación internacional de dicho país⁹²².

587. El énfasis de *Paushok* en “un acuerdo que limite o prohíba la posibilidad de aumentos tributarios” pone de relieve la importancia de la conclusión del Tribunal de que a pesar de que existió dicho acuerdo en este caso, no fue buscado especialmente a fin de demostrar que había sido fútil en 2007 (hasta la aplicación del Decreto 662). También pone de relieve la conclusión anterior del Tribunal de que en tanto las expectativas de Perenco deriven de sus derechos contractuales, deben considerar los Contratos *como un todo*, incluidas sus cláusulas de modificaciones tributarias, no solo las cláusulas de “negociación económica”.
588. El Tribunal también estima de utilidad el caso *Paushok* dada su afirmación de que una consideración de expectativas legítimas debería incluir una consideración de prácticas y expectativas industriales. Dados los retornos que típicamente son esperados en la industria del petróleo y su experiencia con las respuestas del gobierno a los cambios del mercado, no sería sorprendente para una empresa petrolera experimentada que dado su acceso a los recursos naturales agotables del Estado, con el aumento sustancial en los precios del petróleo a nivel mundial, existía la posibilidad de que el Estado deseara revisar el acuerdo económico

⁹²² *Sergei Paushok, CSJC Golden East Company y CSLC Vostokneftegaz Company c. República de Mongolia*, Arbitraje del CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 28 de abril de 2011 (EL-103), párrafo 305 [traducción del Tribunal].

subyacente a los contratos⁹²³. En sus escritos, Perenco misma enfatizó sus esfuerzos de buena fe de negociar con Ecuador⁹²⁴. El Tribunal observa, en las declaraciones de Perenco y su conducta, la evidencia de este tipo de juicio comercial (si bien era uno ejercido en condiciones cada vez más difíciles). Los repetidos intentos de Perenco de alcanzar un ajuste que fuera satisfactorio para ambas partes de la relación es coherente con la descripción de Fair Links de la experiencia general de la industria del petróleo con la renegociación de los contratos de petróleo en circunstancias diferentes⁹²⁵.

589. Con estos puntos presentes, el Tribunal se dispone a la consideración de los reclamos del Artículo 4.

c. ¿Viola la Ley 42 el Artículo 4?

590. Las tres conclusiones del Tribunal respecto de las cláusulas de modificación impositiva a las que llegó en su análisis del incumplimiento contractual aplican igualmente a la reclamación del Artículo 4: (i) las cláusulas de modificación de impuestos de los Contratos fueron redactadas para incluir nuevos sistemas tributarios, como la Ley 42; (ii) los nuevos impuestos *per se* no generaron un ajuste automático en el factor 'X'; y (iii) Perenco no probó que recurrir a este remedio contractual fuera fútil.

591. El Tribunal se enfrenta a una situación en la que los órganos del Estado, excepto la contraparte contractual de Perenco, modificaron la operación de los Contratos mediante el ejercicio del poder soberano no abierto a partes contratantes comunes. Las condiciones del mercado en las que el Estado actuó fueron, según la opinión del Tribunal, bastante extraordinarias y la

⁹²³ En su Primer Informe, Fair Links comentó en el párrafo 62 lo siguiente: “...como propietarios de los recursos no renovables, los Estados inevitablemente determinarán cómo compartir los ingresos extractivos con las empresas extractivas. Donde los ingresos extractivos superan significativamente el retorno razonablemente esperado debido a los contratistas, no existe presunción general en la industria de que la empresa extractiva gozará de la totalidad de las ganancias extraordinarias. Por el contrario, los Estados generalmente sí intervienen (e históricamente han intervenido) para reafirmar una porción proporcional de los ingresos extractivos por encima de aquellos que razonablemente se adeudarían a los contratistas para sus inversiones, riesgo y rendimiento industrial, es decir, sus razonables expectativas económicas iniciales” [traducción del Tribunal]. Esto llevo a que comentara en su Resumen 3 lo siguiente: “*Dado que el Estado es el propietario de los recursos no renovables, los inversores con contratos de concesión inelásticos en cuanto al precio esperarían razonablemente que el Estado encontrara soluciones en un escenario de precios altos para reafirmar una porción proporcional de los ingresos extractivos por encima de aquellos que razonablemente se adeudarían a los contratistas para sus inversiones, riesgo y rendimiento industrial, es decir, sus razonables expectativas económicas iniciales*” [cursiva en el original].

⁹²⁴ Memorial Actualizado, párrafos 168-169.

⁹²⁵ Fair Links, párrafo 62 Primer Informe [traducción del Tribunal].

cantidad de medidas tomadas por otros Estados durante este período satisface al Tribunal respecto de que buscar un ajuste de la renta económica derivada de los recursos naturales agotables no era idiosincrático, irrazonable o arbitrario *per se*.

592. Ya se ha determinado que Petroecuador no incumplió automáticamente el contrato cuando el Congreso promulgó la Ley 42 o cuando el Ejecutivo fijó la tasa del 50%, sino que Perenco se enfrentó con una medida tomada por el Congreso que *podría* haber dado lugar a un incumplimiento contractual si Petroecuador se negaba a negociar o si, habiendo acordado negociar, se negaba a aceptar la evidencia persuasiva ofrecida por Perenco de que la Ley 42 había afectado en forma adversa la economía de los Contratos y/o se negaba a acordar un factor de corrección. Pero de la misma forma en la que no se pudo determinar que Petroecuador había incurrido en un incumplimiento contractual hasta que se evaluaron las cláusulas 11.12/11.7 y se probó que eran fútiles, con sujeción a lo que se analiza *infra*, tampoco puede determinarse que Ecuador hubiera incumplido el Artículo 4 al promulgar la Ley 42 y disponerse al cobro de los valores que se reclamaba que estaban pendientes de pago. No puede decirse a esta altura en la cronología de los eventos que luego de que Ecuador hubiera modificado la operación de los Contratos haya evitado el ejercicio del recurso intracontractual de Perenco (o en todo caso haya evitado que Perenco recurriera al arbitraje contractual y que surge en virtud del Tratado). Si se hubiera presionado la ruta contractual y si Petroecuador se hubiera negado a comenzar negociaciones en relación con la alteración alegada de la economía del Contrato o a acordar un factor de corrección, la situación ante el Tribunal habría sido diferente.

593. Además, representaría muy poca dificultad para el Tribunal sostener que un contrato completamente estabilizado que no admitiera futuro legislativo alguno u otro cambio pudiera ser cambiado unilateralmente, pero este no es el caso⁹²⁶. En cuanto a lo que respecta el trato justo y equitativo, dada la expresión precisa de los derechos y obligaciones contractuales de las partes, Perenco no ha probado que recurrir al proceso de modificación tributaria habría sido

⁹²⁶ *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011, párrafos 352, 365-368; *Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo Final, 23 de abril de 2012, párrafo 224; *Total S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/01, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010 (CA-357), párrafo 117; *Saluka Investments B.V. (Países Bajos) c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 (EL-113), párrafo 304.

fútil. Por lo tanto, el Tribunal entiende que la Demandada no cometió incumplimiento alguno al promulgar y aplicar la Ley 42.

594. Si bien Perenco está en lo correcto al señalar que el Artículo 31-A de la Ley de Hidrocarburos establecía que los contratos de petróleo pueden ser enmendados toda vez que se obtenga el consentimiento del contratista y que esta premisa legal estaba reflejada en los mismos Contratos, si el proceso mismo de negociaciones de modificación previo no fue buscado, no puede sostener que este consentimiento común no podría haber sido alcanzado. La Cláusula 15.2 de ambos Contratos demuestra que la modificación de cada contrato *viene después* de negociaciones de modificación. Si dichas negociaciones hubieran sido presionadas y hubieran resultado en un ajuste satisfactorio de los términos económicos de los Contratos, los Contratos habrían sido modificados por el consentimiento de ambas partes⁹²⁷.
595. El Tribunal le ha atribuido dicho peso a la disponibilidad del remedio contractual porque cree que, objetivamente, las condiciones del mercado de petróleo en 2006-2007 eran profundamente diferentes de aquellas presentes al tiempo de contratación y que este hecho difícilmente podía ser negado. Evidentemente, Perenco había generado buenos retornos financieros y le incumbía a ambas partes del Contrato negociar a fin de acordar qué impacto tenía la Ley 42 en la economía de los Contratos considerando las condiciones del mercado, que eran diferentes, y también acordar lo que debía hacerse al respecto.

d. La reclamación del obstáculo

596. Como se mencionó anteriormente, Perenco también se funda en la prohibición contra una Parte Contratante para obstaculizar la gestión, preservación, uso, goce o transferencia de las inversiones de nacionales o sociedades y otras Partes Contratantes. El Tribunal considera que

⁹²⁷ Por ejemplo, la cláusula 15.2 del Contrato del Bloque 21 establecía 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 sistema tributario, participación laboral de trabajadores o tratamiento de divisas, aplicables a este tipo de Contrato en el país, hayan sido modificados, a fin de restaurar la economía del Contrato; f) Por otras razones que convengan a los intereses del Estado, debidamente acordadas por el Ministerio del Ramo y la Contratista, conforme a la ley. En los casos establecidos en las letras a), b), d), e) y f), la modificación deberá contar con la aprobación del Comité Especial de Licitación, previo informes favorables del Procurador General de Estado, del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, del Consejo de Administración de PETROECUADOR y del Ministerio del Ramo. Para las causas de modificación establecida en la letra c) precedente, solamente se requerirá la autorización del Consejo de Administración de PETROECUADOR. (Anexo CE-10, PER 04703) [negrita en el original].”

si bien ciertamente la gestión, preservación, uso, etcétera de las inversiones de Perenco fueron afectadas, no fueron obstaculizadas.

597. El Tribunal se basa, para su conclusión, en la siguiente evidencia.
598. En primer lugar, la Ley 42 al 50% estaba restringida específicamente al asunto de los llamados “ingresos extraordinarios” y su objetivo no era impedir la gestión, preservación o uso de Perenco Ecuador Ltd. o sus inversiones.
599. En segundo lugar, no tenía el objetivo de alterar fundamentalmente la estructura de los Contratos. Perenco continuó teniendo derecho a los volúmenes calculados en virtud de los Contratos y el 50% de los ingresos extraordinarios generados de allí. A lo largo de este período, Perenco fue libre de utilizar sus inversiones para generar ingresos sustanciales.
600. En tercer lugar, no existe evidencia de registro persuasiva de que la Ley 42 al 50% obstaculizara inversiones adicionales⁹²⁸. El Tribunal ya se ha referido al testimonio de Spink respecto de la expectativa de Perenco de recuperar relativamente rápido el capital invertido si el petróleo se mantenía a US\$20/barril. Si podía mantenerse a US\$20/barril, podía mantenerse a, por ejemplo, US\$40/barril o US\$50/barril y las partes podían dividir los ingresos extraordinarios por encima del precio de referencia. En noviembre de 2006 (unos seis meses después de la promulgación de la Ley 42) el Consorcio ciertamente presentó una modificación al Plan de Desarrollo para el Bloque 7 relacionada con el yacimiento Oso. El Consorcio consideró tres precios posibles para el período 2007-2010; dos de los tres consideraban un precio de petróleo por encima del precio de referencia de la Ley 42 de US\$29,6 (es decir, a US\$34/barril y US\$39/barril). Los tres escenarios representaban flujos de caja significativamente positivos para los contratistas y de hecho habrían tenido como resultado flujos de caja positivos más altos si el precio del petróleo hubiera sido menor al precio de referencia⁹²⁹. Luego de que el plan fuera aprobado, al inicio de abril de 2006 y hasta octubre de 2007, el Consorcio invirtió US\$61 millones adicionales y cavó 15 pozos adicionales en el

⁹²⁸ Memorial Actualizado, párrafo 176.

⁹²⁹ Memorial de Contestación, párrafos 601-606, Anexo E-77, Plan de Desarrollo Oso 2006, p 134; Anexo E-128, Decreto No. 40 del Ministerio de Energía y Minería mediante el que se aprueba el Plan de Desarrollo Oso 2006, con fecha del 9 de marzo de 2007, p 4.

yacimiento⁹³⁰. Si la Ley 42 al 50% verdaderamente hubiera impedido la gestión, uso, etcétera de las inversiones, el Plan de Desarrollo no habría podido intentarse.

601. Sobre la base de la evidencia de registro disponible, por lo tanto, el Tribunal considera que en 2006-2007, con el precio entonces predominante del crudo de Napo y Oriente y con la Ley 42 al 50%, Perenco todavía generaba flujos de caja significativos y parecía ser bastante rentable. Obviamente, no gozaba de las ganancias extraordinarias de las que había gozado en ausencia de la Ley 42, pero hasta que el valor demandado por el Estado fue aumentado a 99%, Perenco aún generaba un flujo de caja mayor al de su caso de estudio empresarial presentado al adquirir los intereses de Kerr McGee en los dos bloques.
602. En todas las circunstancias, por lo tanto, el Tribunal concluye que la Ley 42 *per se* no representaba un incumplimiento del Artículo 4 del Tratado.

e. La Ley 42 al 99%

603. Ya se ha determinado que el Decreto 622 incumplía con los Contratos de Participación al aumentar la participación del Ecuador al 99% del valor de todas las ventas de petróleo por encima del precio de referencia y en consecuencia en efecto removía virtualmente todo el potencial en aumento por encima de los precios de referencia. También marcó el comienzo de las exigencias para que los contratistas hicieran una transición hacia los contratos de prestación de servicios.
604. Perenco argumentó en relación con el efecto del Decreto 662 lo siguiente:

No puede haber duda de que este “cambio en el ordenamiento jurídico” fue fundamental. No se necesita proceder a la disección de disposiciones contractuales individuales o a un análisis económico sofisticado para comprender que si el Estado toma el 99% de los ingresos sobre un precio de referencia dado, ello de hecho representa lo mismo que un contrato de prestación de servicios con una tarifa equivalente a ese precio de referencia. En ambos casos el inversor carece de la oportunidad de participar en las ganancias provenientes de los mayores precios del petróleo⁹³¹.

605. Elaboró este punto al analizar el laudo de *ADC c. Hungría*:

⁹³⁰ Declaración testimonial de Laurent Combe, párrafo 20.

⁹³¹ Réplica, párrafo 290.

En el caso presente, Ecuador de igual manera tuvo como objeto la fundación de los contratos y de hecho la destruyó. Su abrogación unilateral de una de las características esenciales de un Contrato de Participación, a saber, la posibilidad de ganancias bajo condiciones favorables, es similar en concepto a prohibir en total la circulación de contratos que contengan dichas disposiciones. Por supuesto, por medio de la *caducidad*, Ecuador hizo que fuera imposible continuar operando en absoluto⁹³².

606. El Tribunal ya ha llegado a la conclusión de que la Ley 42 al 99% constituía una violación del contrato (párrafos 407 a 410). Está de acuerdo con el argumento de Perenco de que la aplicación de la ley al 99% convertía un contrato de participación esencialmente en lo mismo que un contrato de prestación de servicios. Además, el Decreto 662 marcó el comienzo de una serie de medidas que incumplían el Artículo 4 tomado en relación con los Contratos de Participación, es decir: (i) la exigencia de que los contratistas acordaran abandonar sus derechos que surgían de los contratos de participación y que migraran a lo que por un considerable período fue un modelo no específico, a punto tal que los contratistas no podían discernir precisamente qué se les pedía que adoptaran; (ii) escalar las exigencias de negociación, en especial en abril de 2008, cuando el Presidente inesperadamente suspendió las negociaciones y rechazó lo que recientemente había sido acordado en un Acuerdo Parcial respecto de uno de los bloques; (iii) hacer declaraciones amenazantes y coercitivas, incluidas amenazas de expulsión de Ecuador; y (iv) tomar pasos para aplicar la Ley 42 contra Perenco (y Burlington) por falta de pago de valores que se reclamaba que se adeudaban, una porción de los cuales se ha sostenido que incumplía el Artículo 4, y cuando no se efectuó pago alguno, incautar y vender por la fuerza el petróleo producido en los Bloques 7 y 21 a fin de cobrar la deuda reclamada en virtud de la Ley 42. Esto estableció la etapa de suspensión de operaciones de parte del Consorcio y en última instancia la declaración de la *caducidad* que formalmente terminó los derechos del Consorcio a los dos bloques.
607. El Tribunal ya ha mencionado que Ecuador no ha cuestionado la aseveración de la Demandante de que el Decreto 662 tenía como objetivo forzar la renegociación de los contratos de participación a fin de migrar a las contrapartes de Petroecuador a contratos de prestación de servicios⁹³³. En la opinión del Tribunal, la modificación del 50% al 99%, con la

⁹³² *Ibid.*, párrafo 411.

⁹³³ Memorial de Contestación, párrafo 626; Dúplica, párrafos 13-14; Perenco, en el párrafo 287 de su Réplica, aseveró que la Demandada había reconocido “que la motivación de estas modificaciones contractuales era

aplicación del Decreto 662, implicó el incumplimiento del Artículo 4 del Tratado, y las medidas recién enumeradas, consideradas en conjunto, también constituyeron el incumplimiento del Artículo 4.

608. El Decreto 662 tenía como objetivo inducir al Consorcio a escribirle a Petroecuador para establecer una propuesta financiera para la renegociación de los dos Contratos de Participación. Las conversaciones entre las partes llevaron a Petroecuador y Perenco a firmar el Acta del Acuerdo Parcial del 11 de marzo de 2008 en relación con el Bloque 7, que, de implementarse: (i) le habría permitido a Perenco operar el bloque en virtud del modelo de contrato de participación para un período de cinco años luego del cual migraría a otro modelo de contrato; (ii) habría extendido el plazo del contrato, que estaba programado para vencer en 2010, hasta 2018; (iii) habría aumentado la participación del Estado para el período 2008-2010 y luego la habría relacionado a los precios del petróleo para el período 2010-2018; y (iv) habría modificado el precio de referencia establecido en la ley a US\$42,50/barril⁹³⁴.
609. El Tribunal no está seguro de concederle demasiado peso a acuerdos tentativos negociados en virtud de condiciones de tal coerción ya que Perenco puede decir razonablemente que dichas negociaciones tenían como objetivo la obtención de lo mejor de un mal momento. Dicho esto, parece que al menos parte del daño que surgió del Decreto 662 podría haber sido evitado si las partes hubieran podido poner lo que había sido acordado en el Acuerdo Parcial de marzo de 2008 en un contrato modificadorio final, firmado para el Bloque 7 (y si hubieran concluido un contrato modificadorio similar para el Bloque 21). Una revisión de los términos demuestra que era posible que el acuerdo beneficiara tanto a Perenco como al Estado y su relación contractual habría sido modificada por contrato.
610. Sin embargo, el 12 de abril del 2008, sin notificación previa a Perenco (o parecería que a ninguna de las otras empresas petroleras entonces involucradas en negociaciones con el Estado), el Presidente Correa anunció que las negociaciones serían suspendidas y que todos los contratos de participación de producción vigentes serían terminados unilateralmente, con el

alcanzar la meta del Estado de imponer contratos de prestación de servicios en lugar de los contratos de participación, deshaciendo así lo que habían hecho los gobiernos anteriores”.

⁹³⁴

Anexo E-84, *Acta de Acuerdo Parcial* firmada por Perenco y Petroecuador con fecha del 11 de marzo de 2008.

resultado de que las empresas petroleras suscribirían nuevos contratos. Al hacer este anuncio, el Presidente Correa aseveró:

Di 45 días, me parece en enero, para la renegociación de los contratos... *estuvo casi lista, pero yo mismo la he parado porque, pese a que hemos logrado grandes ventajas, creo que lo podemos hacer mejor*⁹³⁵.

611. Dos días después del anuncio, Perenco escribió al Ministro de Minas y Petróleos expresando su “profunda preocupación a raíz del anuncio del Gobierno Ecuatoriano de poner fin a las actuales negociaciones”⁹³⁶. Esto fue seguido dos semanas más tarde por una resolución del Directorio de Perenco S.A. para iniciar el arbitraje ante el CIADI contra Ecuador y Petroecuador⁹³⁷. En este punto, Perenco y Burlington comenzaron a retener los pagos adeudados en virtud de la Ley 42, depositando los mismos en una cuenta separada ubicada fuera del Ecuador⁹³⁸.
612. Los medios probatorios sugieren que Perenco podría haber aceptado el Acuerdo Parcial de marzo. Obviamente, habría preferido el régimen contractual existente y no la Ley 42, y estaba negociando bajo la considerable presión del Decreto 662, pero el Tribunal considera que los esfuerzos insistentes de Perenco para lograr una renegociación mutuamente aceptable de sus contratos apoyan la determinación de que habría aceptado los términos del Acuerdo Parcial de no haber sido repudiados en abril⁹³⁹.

⁹³⁵ Anexo CE-69, *La negociación con las petroleras se paralizó*, El Comercio (edición en línea), 13 de abril, 2008, disponible en http://www2.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id_noticia=184277&id_seccion=3, *Correa propone “modelo único” de contratos con petroleras extranjeras*, El Diario (edición en línea), 14 de abril de 2008, disponible en <http://www.eldiario.com.ec/noticias-manabi-ecuador/75940>, *El gobierno propone acuerdo de seis meses con petroleras*, El Comercio (edición en línea), 15 de abril de 2008, disponible en http://www2.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id_noticia=184439&id_seccion=6, PER 02185 [énfasis añadido].

⁹³⁶ Anexo CE-70, Carta del Consorcio a Petroecuador respecto al pago bajo protesta de las obligaciones en virtud de la Ley 42 y las negociaciones de contratos, 15 de abril de 2008, PER 02196.

⁹³⁷ Anexo CE-202, Fragmento del Acta de Reunión de Directorio de Perenco S.A., 30 de abril de 2008.

⁹³⁸ Como señaló el Tribunal en los párrafos 11 y 30 de su Decisión sobre Medidas Provisionales; Anexo CE-208, Carta de Perenco al Ministerio de Minas y Petróleo y Petroecuador, sobre la decisión sobre Medidas Provisionales, 11 de mayo de 2009, PER 03683.

⁹³⁹ En este sentido, la prueba de Eric d’Argentré, el Director General de Perenco en Ecuador en ese momento es que para “abril de 2008, Perenco estaba avanzando en mi opinión a un buen ritmo hacia un trato con el Gobierno. Dicho trato le habría otorgado a Ecuador una mayor participación de la que le correspondía bajo los Contratos de Participación, pero también contemplaba potenciales beneficios para Perenco y Burlington”: véase Primera Declaración testimonial de Eric d’Argentré, párrafo 8. De forma similar, Derlis Palacios, quien fue el Ministro de Minas y Petróleo hasta junio de 2009, confirma en su prueba escrita que Ecuador percibía la intención de Perenco en ese momento de suscribir los acuerdos transitorios con el Estado y que “Burlington se oponía”.: Primera Declaración testimonial del Ministro Derlis Palacios, párrafos 7-10.

613. La Demandada reconoció que la decisión del Presidente de acelerar la migración de los contratos de participación a contratos de prestación de servicios dentro del plazo de un año tuvo el efecto de suspender las negociaciones con todas las empresas petroleras, incluida Perenco⁹⁴⁰. En circunstancias cada vez más difíciles, Perenco continuó buscando una solución negociada.
614. Las negociaciones se reanudaron en mayo de 2008 con la presentación de Ecuador de un nuevo borrador de Acuerdo Transitorio, conforme al que: (i) las partes ofrecerían sus “mejores esfuerzos” para migrar a un contrato de prestación de servicios dentro del plazo de 120 días (cuyo modelo aún no había sido elaborado por los asesores jurídicos externos del Estado); (ii) Perenco estaría obligada a mantener los niveles de inversión propuestos originalmente en 2008; y (iii) se suspenderían los trámites ante el CIADI⁹⁴¹. Perenco objetó a los términos propuestos⁹⁴². En su opinión, eran menos ventajosos que los términos del Acuerdo Parcial de marzo, y en ese momento, el borrador propuesto de los contratos de prestación de servicios no estaba disponible para revisión, lo que significaba que el compromiso de la contratista con el Acuerdo Transitorio sería sin ver los términos del contrato al que se esperaba que migraran⁹⁴³.
615. El 10 de julio de 2008, Ecuador propuso otro borrador de Contrato Modificatorio que, de entrar en vigor, requeriría que Perenco migrara a un contrato de prestación de servicios dentro de un año de su suscripción⁹⁴⁴. También fue rechazado por Perenco por el motivo de que los

⁹⁴⁰ Memorial de Contestación, párrafo 201; Primera Declaración testimonial del Ministro Galo Chiriboga, párrafo 16: la decisión del Presidente causó “cierta confusión y temor entre las contratistas e hizo que las negociaciones se dilataran durante algunas semanas, mientras las compañías hacían sus respectivas consultas con sus representantes o Casas Matrices”.

⁹⁴¹ Anexo CE-273, borrador del “acuerdo transitorio de negociación” del Ecuador, 16 de mayo de 2008, PER 04499.

⁹⁴² Anexo CE-274, Carta del Consorcio al Ministerio de Minas y Petróleo y a Petroecuador, 13 de junio de 2008, PER 04503.

⁹⁴³ El Ministro Chiriboga confirmó en su declaración oral ante el Tribunal que, a junio de 2008, el borrador propuesto de los contratos de prestación de servicios no se había entregado a las contratistas: Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 4, p. 997.

⁹⁴⁴ Esto ocurrió mientras Perenco intentaba llegar a un compromiso con los representantes del Ministerio de Minas y Petróleos y Petroecuador en relación con los pagos disputados en virtud de la Ley 42 que ya eran exigibles o lo serían durante el transcurso del arbitraje o cualquier otro acuerdo transitorio. Por ejemplo, mediante carta del 19 de junio de 2008, Perenco buscó una reunión con Petroecuador para discutir la “posibilidad de encontrar una solución mutuamente aceptable acerca de los pagos en disputa en relación con la Ley 42 que deban efectuarse” y proponía la alternativa de transferir los pagos disputados a una cuenta de depósito en garantía mantenida por un agente de garantía independiente en una ubicación neutral: Anexo CE-72, Carta de Perenco y Burlington al Ministerio de Minas y Petróleos y a Petroecuador proponiendo una cuenta de depósito en garantía para transferir los pagos disputados en virtud de la Ley 42, 19 de junio de 2008 (en español y en inglés).

términos del nuevo acuerdo eran “sustancialmente similares” a aquellos del Acuerdo Transitorio de mayo de 2008 y eran inaceptables⁹⁴⁵.

616. A fines de julio de 2008, el Ministro Chiriboga informó a Perenco que había dado instrucciones a Petroecuador de que terminara el proceso de negociación⁹⁴⁶.
617. En este punto el historial muestra que Burlington decidió que prefería disponer de sus activos en Ecuador en lugar de migrar a un contrato de prestación de servicios⁹⁴⁷, lo que ocasionó incluso otro problema más para Perenco. Como operador del consorcio, Perenco estaba negociando en representación suya pero también, desde la perspectiva del gobierno, en representación de Burlington. De acuerdo con los términos de su relación contractual con Burlington, parece que Perenco no podía obligar a Burlington con un contrato renegociado que pudiera ser aceptable para Perenco pero no para Burlington⁹⁴⁸. Burlington renunció a ser obligada por los intentos de Perenco de lograr una solución negociada.
618. El Tribunal puede comprender por qué Burlington llegó a dicha conclusión. En su carta a Perenco, del 18 de agosto de 2008, el Ministro Chiriboga comentó:

[E]l Estado Ecuatoriano mantiene su posición de cambiar todos los contratos de participación a contratos de prestación de servicios, los cuales entre otros temas incluyen el cambio del arbitraje en el CIADI por un arbitraje regional [...]. [L]a soberanía fiscal por lo que los temas tributarios no estarán sujetos al arbitraje sino a los tribunales del país, el cumplimiento de las obligaciones contractuales de la compañía y de la ley 42, y el retiro de sus demandas ante el CIADI⁹⁴⁹.

⁹⁴⁵ El borrador del contrato modificatorio incluía una “cláusula de compromiso” a fin de que las empresas migraran a un contrato modelo de prestación de servicios dentro de un año, reemplazaba la disposición existente que trataba sobre la modificación del régimen tributario con una disposición subrogando los derechos de la contratista al régimen tributario local sin ninguna excepción o mecanismo de revisión contractual, e incluía una cláusula “modificando el Centro de Arbitraje” al Tribunal Permanente de Arbitraje, requiriendo a las partes que atravesaran una serie de consultas y mediaciones antes de someter la diferencia al arbitraje, y excluyendo las diferencias que surgieran de, o en relación con, asuntos tributarios: Anexos E-85, Carta del Ministro de Minas y Petróleos a Perenco y otras Empresas del 10 de julio de 2008 y CE-74, Carta de Perenco y Burlington al Ecuador mostrando su desacuerdo con el borrador de contrato propuesto por Ecuador, 16 de julio de 2008.

⁹⁴⁶ Anexo CE-76, Carta del Ministerio de Minas y Petróleos a Perenco terminando las negociaciones relativas a la modificación del Contrato de Participación en el Bloque 7, 28 de julio de 2008, PER 02225; Memorial de Contestación, párrafo 207; Réplica, párrafo 94.

⁹⁴⁷ Anexo E-86, Carta de Burlington al Ministro de Minas y Petróleo del 10 de septiembre de 2008.

⁹⁴⁸ Anexo E-91, Carta de Burlington a Perenco del 16 de diciembre de 2008: “...deseamos clarificar que Burlington no está bajo ninguna obligación legal de ningún tipo de firmar los borradores del acuerdo. Burlington tiene la potestad de mantener sus derechos en virtud de los Contratos de Participación existentes, y dichos derechos no pueden ser modificados sin la participación efectiva de Burlington” [traducción del Tribunal].

⁹⁴⁹ Anexo CE-279, Carta del Ministerio de Minas y Petróleos a Perenco y a Burlington, 18 de agosto de 2008, PER 04520.

619. Este era un acuerdo contractual muy distinto del que había prevalecido hasta el anuncio del Presidente Correa en abril de 2008. Más aún, si bien la negativa de Burlington a negociar cambios en sus derechos contractuales estaba fuera del control de Perenco, esencialmente se tenía esta por responsable⁹⁵⁰.
620. Sin perjuicio de los obstáculos y del enfoque del Estado distinto a lo mostrado en el primer Acuerdo Parcial, Perenco continuó en la búsqueda de una solución negociada⁹⁵¹. En octubre de 2008, se reanudaron las negociaciones y el 3 y 17 de octubre las dos partes lograron otro Acuerdo Parcial para los Bloques 7 y 21, respectivamente. En ese momento, el Acuerdo Parcial incluía los siguientes términos: (i) el principio de migrar a un contrato de prestación de servicios; (ii) un precio legal de referencia más alto (US\$42,50/barril para el Bloque 7 y US\$48/barril para el Bloque 21); (iii) la aplicación de la tarifa tributaria LET (70%) en lugar de la Ley 42 al 99%; y (iv) una inversión garantizada de US\$110 millones, respaldada con el compromiso de una garantía por una empresa controlante⁹⁵².
621. Este Acuerdo Parcial también fracasó. Perenco envió comentarios sobre los borradores del acuerdo el 31 de octubre (para el Bloque 7) y el 7 de noviembre (para el Bloque 21), y a eso le siguió una carta al equipo de negociación de Petroecuador para su acuerdo con los términos pero en la que declaraba que no podía suscribir los borradores de acuerdo que habían sido aprobados hasta ese momento por las instituciones de gobierno ecuatorianas sin haber tomado en consideración sus comentarios⁹⁵³.
622. Después de que Perenco informara a Burlington que tras intensas negociaciones había logrado un borrador de acuerdo transitorio que era “aceptable tanto para Perenco, por un lado, como para el Gobierno del Ecuador y Petroecuador, por el otro”, el mayor problema fue que

⁹⁵⁰ La prueba del Ministro Chiriboga en el párrafo 25 de su Primera Declaración testimonial muestra que era evidente en el cuarto trimestre de 2008 que “[fue] el rechazo de Burlington a aceptar cualquier nuevo acuerdo con el Estado, lo que hizo imposible llegar a un acuerdo definitivo respecto a los bloques 7 y 21 con Perenco”.

⁹⁵¹ Respuesta de Perenco a los términos de negociación de Ecuador mediante carta del 27 de agosto de 2008 actuando en nombre propio al Ministerio de Minas y Petróleos, indicando que tenía intención y estaba dispuesta para comenzar las negociaciones con Ecuador el 1 de septiembre de 2008 con el objetivo de reemplazar los Contratos de Participación por contratos de prestación de servicios e incluyendo el asunto del arbitraje ante el CIADI en la agenda: Anexo CE-280, Carta de Perenco al Ministerio de Minas y Petróleos, 27 de agosto de 2008.

⁹⁵² Anexos E-87, *Acta de Acuerdo Parcial* suscrita por Perenco y Petroecuador el 3 de octubre de 2008 (Bloque 7) y E-89, *Acta de Acuerdo Parcial* suscrita por Perenco y Petroecuador el 17 de octubre de 2008 (Bloque 21).

⁹⁵³ Anexo CE-282, Carta de Perenco a Petroecuador, 12 de noviembre de 2008.

Burlington no avanzó con el acuerdo propuesto⁹⁵⁴. Burlington informó a Perenco que no suscribiría el borrador de acuerdo transitorio⁹⁵⁵. El acuerdo no podía entrar en vigor sin la participación de Burlington.

623. El Ministerio de Energía y Petróleo informó entonces a Perenco que en vista de la imposibilidad de lograr un acuerdo debido a la “posición invariable” de Burlington, Perenco debía designar un equipo para negociar la reversión del Bloque 7 (con fecha de terminación en agosto de 2010) y que debería “designar de inmediato, a su equipo negociador para la terminación anticipada de mutuo acuerdo, del contrato del Bloque 21”, aun cuando el contrato de dicho bloque no terminaba hasta 2021⁹⁵⁶.
624. Perenco solicitó al Ministro que reconsiderara su posición en vista de que las partes estaban tan cerca de una solución amigable⁹⁵⁷. Sin embargo, el Ministro Derlis Palacios declaró públicamente el 21 de enero de 2009 que las negociaciones con Perenco y Burlington eran “prácticamente imposibles”⁹⁵⁸.
625. Como se señala más abajo, algunas negociaciones adicionales tuvieron lugar en 2009, pero también fracasaron. La Demandada argumentó que su fracaso era atribuible a Perenco⁹⁵⁹. El Tribunal no lo ve de esta manera. En su opinión, las negociaciones fracasaron debido a las crecientes exigencias del Estado y a su opinión de que Perenco era responsable de asegurar que Burlington estuviera de acuerdo con los términos de los acuerdos tentativos.
626. Con relación a la pretensión separada de incumplimiento de la disposición sobre obstáculos del Artículo 4, el Tribunal considera que aunque la administración, preservación y uso de los

⁹⁵⁴ Anexo E-90, Carta de Perenco a Burlington con fecha 27 de noviembre del 2008 [traducción del Tribunal]. Las Actas de lo que sería luego el Acuerdo Parcial del Bloque 7 habían sido previamente entregadas a Burlington y el 7 de octubre de 2008, Burlington informó a Petroecuador que no aceptaba dichos términos, reiterando su intención de disponer de sus intereses en los Bloques 7 y 21: Anexo E-88, Carta de Burlington a Petroecuador con fecha 7 de octubre de 2008.

⁹⁵⁵ Anexo E-91, Carta de Burlington a Perenco con fecha 16 de diciembre de 2008.

⁹⁵⁶ Anexo CE-81, Carta del Ministerio de Minas y Petróleos a Perenco sobre el proceso de reversión del Bloque 7 y la terminación anticipada del Contrato de Participación en el Bloque 21, 23 de diciembre de 2008; Primera Declaración testimonial de Eric d’Argentré, párrafo 18.

⁹⁵⁷ Anexo CE-289, Carta de Perenco al Ministerio de Minas y Petróleos y a Petroecuador, 8 de enero de 2009.

⁹⁵⁸ Declaración del Ministro Derlis Palacios, según cita de *El Comercio* del Ecuador en su artículo del 21 de enero de 2009 titulado “El Gobierno buscará terminar contrato con Perenco tras negociaciones”: Anexo CE-84, PER 02332.

⁹⁵⁹ Memorial de Contestación, párrafos 199, 210-211, 219.

Bloques por Perenco no estaba impedida por la aplicación del Decreto 662, el goce de su inversión si lo estaba. Ello constituye un incumplimiento separado del Artículo 4.

627. En suma, el Tribunal determina que: (i) la promulgación de la Ley 42 no fue violatoria del Artículo 4; (ii) avanzar del 50% al 99% mediante la aplicación del Decreto 662 a Perenco, además de las medidas posteriores recién mencionadas fue violatorio del Artículo 4. El Tribunal analiza a continuación los sucesos que llevaron a la declaración de *caducidad*.

f. La declaración de Caducidad

628. El Tribunal ya ha establecido la historia procesal de la Decisión sobre Medidas Provisionales en los Hechos y en el desarrollo de su decisión sobre la oposición de la defensa *exceptio non adimpleti contractus* por Perenco. Es innecesario repetir la cronología. Basta decir que el 13 de julio de 2009 el Consorcio notificó su intención de suspender las operaciones. Esto generó los eventos que condujeron a la declaración de *caducidad* el 20 de julio de 2010, que fue la causa de la terminación de los Contratos.

629. El Tribunal considera que en contraste con las reclamaciones contractuales, el análisis de la *caducidad* en el Bloque 7 desde la jurisdicción contractual del Tribunal no puede afectar su jurisdicción para considerar si las declaraciones hechas respecto de ambos Contratos implican un incumplimiento del Tratado.

630. Dado que la declaración de *caducidad* está ligada a los argumentos de las Partes sobre si Perenco sufrió una expropiación, el Tribunal retrasará el análisis de *caducidad* como un incumplimiento potencial hasta después de que haya considerado la reclamación de expropiación, que analizará ahora.

C. Expropiación según el Artículo 6 del Tratado

631. El Artículo 6 del Tratado impide a una Parte Contratante tomar medidas de expropiación o nacionalización “o cualquier otra medida cuyo efecto sea despojar directa o indirectamente, a los nacionales y sociedades de la otra Parte, (medidas designadas en adelante, con la expresión ‘medidas de expropiación’) de sus inversiones”, a menos que se cumplan las siguientes condiciones:

1. Las Partes Contratantes no tomarán medidas de expropiación o nacionalización o cualquier otra medida cuyo efecto sea despojar directa o indirectamente, a los nacionales y sociedades de la otra Parte, (medidas designadas en adelante, con la expresión “medidas de expropiación”) de sus inversiones, a no ser que sea por razones de utilidad pública y a condición de que dichas medidas no sean discriminatorias ni contrarias a un compromiso específico establecido de conformidad con la Ley de la Parte Contratante, entre esos nacionales o sociedades y el Estado receptor. La legalidad de la expropiación será revisable en proceso judicial ordinario.

Las medidas de expropiación que pudieran tomarse deberán dar lugar al pago de una indemnización justa y adecuada, cuyo monto corresponda al valor real de las inversiones consideradas y valorado con relación a la situación económica normal y anterior al inicio del proceso de expropiación.

Esta indemnización, su monto y modalidades de pago, se fijarán a más tardar en la fecha de la medida de expropiación. Será, además, efectivamente realizable, pagada sin demora y libremente transferible. Devengará réditos a la tasa de interés del mercado, hasta la fecha de su pago⁹⁶⁰.

(1) La posición de la Demandante

632. Perenco sostenía que las acciones de Ecuador al sancionar y aplicar la Ley 42 equivalían a una expropiación de sus inversiones en Ecuador porque (i) privaron a Perenco de su derecho contractual a un porcentaje de participación acordado del petróleo crudo producido en los Bloques, (ii) privaron a Perenco de los beneficios derivados de dicho derecho contractual; a saber, la oportunidad de contar con ganancias adicionales por el uso del dinero que podría haber invertido en lugar de haberse destinado a pagar los cargos derivados de la Ley 42; y (iii) como resultado del “efecto acumulativo” del proceso de coactivas, el control de Ecuador de los Bloques, y la declaración de *caducidad*, Perenco se vio privada de sus derechos y activos en Ecuador (según la presentación de Perenco, una “incautación total”).

⁹⁶⁰ Anexo CE-07, Tratado, PER 00514.

633. La Réplica de Perenco aclaró que la Ley 42 al 50% y al 99% debían considerarse por separado. La primera, debía analizarse como parte de una serie de medidas que culminaron en una incautación total, al 99%; de la Ley 42 al 99% se dijo que era “económicamente devastador para Perenco”, que constituía una expropiación “como tal”⁹⁶¹.
634. Perenco argumentó también que Ecuador no había cumplido con la carga de demostrar que dichas medidas fueron tomadas por “razones de necesidad pública”, fueron aplicadas en forma no discriminatoria y estuvieron acompañadas de “una indemnización justa y adecuada ‘equivalente al valor real de las inversiones’, ... determinada ‘a más tardar en la fecha de la expropiación’”⁹⁶².
635. En la presentación de Perenco, una medida se consideraba una expropiatoria a la luz del Artículo 6 si su efecto era privar al inversor de los derechos fundamentales de propiedad y control de sus inversiones⁹⁶³. Dicho de otro modo, una medida constituye una expropiación “cuando resulta en una privación sustancial o efectivamente inutiliza los derechos de propiedad de un inversor”⁹⁶⁴. En este sentido, Perenco afirmó que tanto *Alpha Projektholding c. Ucrania* como *Biwater Gauff c. Tanzania* han reconocido que en el caso de una expropiación indirecta basta con demostrar que el efecto de las acciones del Estado consiste en interferir con los derechos del inversor en la medida en que dichos derechos “se vuelven tan inútiles”, “aunque el Estado no pretenda haberlos expropiado y formalmente el propietario original sigue teniendo título válido de la propiedad”⁹⁶⁵.
636. Perenco sostuvo que los ‘derechos’ en cuestión podrían extenderse a derechos contractuales, afirmando que la “[l]a privación de derechos contractuales adquiridos es igualmente

⁹⁶¹ Memorial Actualizado, párrafos 192 y 194; Réplica, párrafos 338, 343, 354-374, en particular 356.

⁹⁶² Memorial Actualizado, párrafos 186-187; Réplica, párrafo 426; donde se cita el Artículo 6 del Tratado.

⁹⁶³ Memorial Actualizado, párrafos 188. Perenco recurrió a un número de decisiones de tribunales para fundamentar su postura. Por ejemplo, se refiere a *Phelps Dodge Corp., y otros c. República Islámica de Irán*, Tribunal de Reclamos Irán-Estados Unidos, Laudo, 19 de marzo de 1987 (CA-285) en cuanto a que “la prueba de fuego para determinar si una acción o serie de acciones realizadas por el Estado para aumentar el nivel de la expropiación no es la acción misma, sino más bien “los efectos de las medidas sobre el propietario” y “la realidad de su impacto” (párrafo 22).

⁹⁶⁴ Memorial Actualizado, párrafo 189.

⁹⁶⁵ *Ibid.*; *Alpha Projektholding GMBH c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/07/16, Laudo, 8 de noviembre de 2010 (CA-281), párrafo 408, que cita la decisión del Tribunal de Reclamos Irán-Estados Unidos en el caso *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems Inc, Starrett Housing International Inc c. República Islámica de Irán*, Laudo (CA-29), p. 15; véase también, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008 (CA-5), párrafo 452.

expropiatoria”⁹⁶⁶. Citó como fundamento los casos *Siemens c. Argentina* y *Eureko c. Polonia*, que afirman que “cuando un Estado ejerce su autoridad pública unilateralmente para modificar los términos clave de un contrato con un inversor, cuyo efecto es, en esencia, privar al inversor de los beneficios del contrato, tal repudio de los derechos contractuales adquiridos constituye una medida equivalente a una expropiación”⁹⁶⁷.

637. A este fin, argumentó que Ecuador expropió sus inversiones en los Contratos mediante la privación de un “derecho contractual fundamental”, definido como su “porcentaje de participación” acordado⁹⁶⁸. Por otro lado, al privar a Perenco de ese término clave, Ecuador “ha privado correspondientemente a Perenco del beneficio de la inversión, es decir, la oportunidad de obtener utilidades”⁹⁶⁹. A este efecto, se basó en el análisis económico preparado y anexo a la primera declaración testimonial del Sr. d’ Argentré, y la prueba de su perito, Profesor Kalt⁹⁷⁰. Ambos sostuvieron que en 2008, por ejemplo, el Consorcio sufrió pérdidas por US\$63 millones, en lugar de beneficiarse de las utilidades de US\$229 millones que pronosticó que ganaría (de las cuales Perenco hubiera percibido US\$127.975 millones) de no ser por la Ley 42⁹⁷¹. Perenco afirmó que entre 2006 y 2008, el Estado “aumentó su participación de un 58% a un 110%”, es decir, la proporción de ganancias netas a favor del Estado con la Ley 42 en realidad aumentaron de US\$140.448.000 en 2006 (en comparación con el monto de US\$38,471,000 para Perenco), a US\$375,800,000 en 2008 (en comparación con el monto de US\$34,939,000 para Perenco)⁹⁷².

⁹⁶⁶ Memorial Actualizado, párrafo 190.

⁹⁶⁷ *Ibid.*, párrafo 191. *Eureko B.V. c. República de Polonia*, Laudo parcial (19 de agosto de 2005) (CA-13), párrafo 241: “Hay una amplia jurisprudencia en apoyo a la proposición que, cuando un Estado priva a un inversor de los beneficios de sus derechos contractuales, directa o indirectamente, puede ser equivalente a una privación en violación de una disposición como la que figura en el Artículo 5 del Tratado. Privar de los derechos contractuales puede ser expropiatorio, tanto en el fondo como en el efecto” [traducción del Tribunal]; *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo (6 de febrero de 2007) (CA-28), párrafo 267: “Una larga práctica judicial reconoce que la expropiación no está limitada a bienes tangibles” [traducción del Tribunal].

⁹⁶⁸ Memorial Actualizado, párrafo 192.

⁹⁶⁹ *Ibid.*

⁹⁷⁰ 1.º Declaración testimonial del Sr. Eric d’Argentré, párrafos 26-32; Anexos CE-116, Cuadro, 2006-2008 “Incautación” de ganancias disponibles, y CE-117, Cuadro, Costo de inversiones perdidas; Informe pericial del Profesor Joseph P. Kalt, párrafos 144-161, Figuras 18-19.

⁹⁷¹ 1.º Declaración testimonial del Sr. Eric d’Argentré, párrafos 27-29, en referencia a los Anexos CE-116, Cuadro, 2006-2008 “Incautación” de ganancias disponibles, PER 02547 y PER 02549 y CE-117, Cuadro, Costo de inversiones perdidas.

⁹⁷² *Ibid.*

638. La prueba del Sr. d'Argentré condujo a la siguiente conclusión: “Según este análisis, el efecto acumulativo de la Ley 42 desde su promulgación hasta la fecha fue restarle al Consorcio la suma de aproximadamente \$476 millones en utilidades después de impuestos que le habría correspondido en virtud de los Contratos de Participación y, al mismo tiempo, otorgarle al Gobierno \$558 millones que no le correspondían bajo los Contratos de Participación”⁹⁷³. Según el Profesor Kalt, las consecuencias financieras de la Ley 42 cuando la alícuota se elevó del 50% al 99% fueron que “Perenco efectivamente sólo podía recuperar gastos y no se le permitió siquiera recuperar costos relativos al capital pasado o de continuación (incluyendo un retorno al capital). [...] Perenco fue colocado en la posición de proveedor de servicios y costó ingresos que no alcanzaba siquiera el nivel que un contrato 100% del tipo prestación de servicios produciría entre un vendedor *ex ante* dispuesto a prestar servicios en el ámbito petrolero y un comprador dispuesto a comprar dichos servicios”⁹⁷⁴.
639. El efecto de las coactivas, luego de las cuales Ecuador llevó a subasta la totalidad de la producción de los Bloques 7 y 21 por la mitad, y después por dos tercios, del precio de mercado, “abona[ndo] los montos de estas ventas contra la supuesta “deuda” de Perenco bajo la Ley 42”, al tiempo que continuaba con la emisión de nuevos requerimientos de pago de la Ley 42 contra Perenco, “creó la situación perversa de que Perenco ni siquiera recibía ingreso alguno en lo absoluto de su producción –ni siquiera dinero para cubrir costos operativos– sino que su “deuda” de la Ley 42 de hecho continuaba aumentando, mientras que Ecuador obtenía ganancias significativas al revender el petróleo de Perenco a los precios de mercado mucho más altos”⁹⁷⁵.
640. Por otro lado, Perenco se basó en su análisis del “lucro cesante”; es decir, las utilidades que podría haber obtenido y podría haber tenido derecho a usar, si no fuera por la Ley 42, para

⁹⁷³ *Ibid.*

⁹⁷⁴ Kalt, 1.º, párrafo 147 [bastardilla en el original].

⁹⁷⁵ Réplica, párrafo 360. Perenco argumentó que esto lo ponía en una situación imposible respecto del resto del término contractual del contrato del Bloque 7, y del futuro previsto del término contractual del contrato del Bloque 21. Se basó en la prueba del Profesor Kalt, diciendo que quedó demostrado que Perenco hubiera tenido una carga en virtud de la Ley 42 de US\$146 millones a la extinción del Contrato del Bloque 7, y con respecto al Contrato del Bloque 21, hubiera significado que Perenco tenga una carga en virtud de la Ley 42 de US\$156 millones a comienzos de 2009, y un monto adicional de US\$163 millones a finales de 2010 a pesar de que Petroecuador hubiera incautado y vendido el crudo del Bloque por dos años a ese momento. (Réplica, párrafos 361-362; Kalt, Figura 20).

profundizar la inversión y perforar nuevos pozos en los Bloques 7 y 21, para reclamar un monto adicional de US\$214 millones⁹⁷⁶.

641. En relación con el tercer aspecto del reclamo de Perenco, sostuvo que el Tribunal debe considerar el efecto acumulativo de las medidas tomadas por Ecuador relativas a la Ley 42, para lo cual se basó en *RosInvest Co UK Ltd c. Federación de Rusia*, un caso en el cual una investigación fiscal iniciada por Rusia, y ciertas medidas adoptadas en relación con ella, afectaron la capacidad de la demandante de pagar los impuestos y las multas adicionales que reclamaba el Estado, lo que llevó a que el Estado incautara y vendiera los activos de la demandante en Rusia⁹⁷⁷. El tribunal del caso *RosInvest* aceptó el argumento de que la ‘totalidad de las medidas de la Demandada’ [sic] fueron diseñadas de manera de que el resultado fue una “incautación total de todos los activos de [la inversora], lo que es equivalente a una nacionalización o expropiación” de su inversión⁹⁷⁸. Perenco argumentó en forma similar que “[e]l “efecto acumulativo” de las medidas de Ecuador, su promulgación y aplicación de la Ley 42 mediante la incautación y venta de crudos de Perenco, la toma de posesión efectiva de los Bloques y sus acciones para rescindir unilateralmente el Contrato de Participación han resultado igualmente en una “incautación total” de los activos de Perenco. Las acciones de la Demandada, por lo tanto, equivalen a una “medida de expropiación” según el Artículo 6”⁹⁷⁹.
642. La refutación de Perenco de los reclamos del Ecuador en cuanto a que las medidas eran legítimas fue que la Ley 42 perseguía un objetivo público ilegítimo, a saber, coaccionar a las compañías petroleras como Perenco para que abandonen sus Contratos de Participación⁹⁸⁰. Para ello, citó las decisiones de los casos *ADC c. Hungría* (“el derecho de un estado a regular sus asuntos interiores no es sin límites”)⁹⁸¹ y *AES c. Hungría* (“[n]o se puede considerar una

⁹⁷⁶ 1.º Declaración testimonial del Sr. Eric d’Argentré, párrafos 27-29; Anexo CE-117, Tabla de Utilidades por Inversiones Perdidas.

⁹⁷⁷ Memorial Actualizado, párrafos 193-194; *RosInvest Co UK Ltd c. Federación de Rusia*, Arbitraje V SCC (079/2005), Laudo Final (12 de septiembre de 2010) (CA-286), párrafo 611.

⁹⁷⁸ *Ibid.*, párrafos 621, 624.

⁹⁷⁹ Memorial Actualizado, párrafo 194 cf. Dúplica, párrafo 599.

⁹⁸⁰ Memorial Actualizado, párrafo 196; Réplica, párrafos 340, 390-396 cf. Memorial de Contestación, párrafos 178, 625-626; Dúplica, párrafos 562-579.

⁹⁸¹ *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/03/16, Laudo (2 de octubre de 2006) (CA-1), párrafo 424; Memorial Actualizado, párrafo 196.

medida razonable que un Estado use sus facultades gubernamentales para obligar a una parte privada a cambiar o a renunciar a sus derechos contractuales)⁹⁸².

643. En este sentido, Perenco objetó que Ecuador haya invocado la doctrina del ‘poder regulador’, argumentando que tenía limitaciones que “Ecuador no reconoce”, incluida la limitación de que “[l]a medida en cuestión también debe ser proporcional al fin público identificado”⁹⁸³. Sostuvo que “[l]a intención de la doctrina del poder regulador es reconocer la potestad soberana de un Estado para adoptar regulaciones para fines públicos de *buena fe*”, y no, como en este caso, según Perenco, “para encubrir una acción de un Estado en contra de los inversores que es arbitraria, discriminatoria, desproporcionada o irrazonable”⁹⁸⁴.
644. En forma similar, Ecuador no pudo excusar su conducta “alegando que la legislación ecuatoriana permitía o hasta exigía las acciones que tomó”⁹⁸⁵. Esto se relacionaba con la posición que Ecuador mantuvo en el Memorial de Contestación respecto de que las acciones tendientes a hacer cumplir la Ley 42 cuando Perenco suspendió los pagos, es decir a través de las coactivas, la intervención en los Bloques y la resultante declaración de *caducidad* se debieron al incumplimiento de Perenco con las leyes ecuatorianas⁹⁸⁶. En respuesta, Perenco sostuvo que Ecuador “omite el hecho de que a lo largo de este período estaba actuando en abierto desafío de la Decisión sobre Medidas [Provisionales] del Tribunal. Como cuestión de derecho internacional, fue Ecuador, no Perenco, que estaba actuando ilícitamente”⁹⁸⁷.
645. Por último, Perenco argumentó que Ecuador no podía alegar que sus acciones estaban justificadas sobre la base de la necesidad⁹⁸⁸. Actuó en forma discriminatoria y contraria a los compromisos específicos estipulados en la cláusula 8.1 de los Contratos⁹⁸⁹. Por otro lado, “no ha ofrecido, y mucho menos pagado, indemnización alguna y ha ejercido su poder soberano

⁹⁸² Réplica, párrafo 392; en referencia a *AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erömü Kft c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/22, Laudo (23 de septiembre de 2010) (EL-123), párrafo 10.3.34.

⁹⁸³ Réplica, párrafos 381, 406-411.

⁹⁸⁴ Réplica, párrafos 376-424 [bastardilla en el original], en particular 378 cf. Dúplica, sección 5.3.5.4.

⁹⁸⁵ Memorial Actualizado, párrafo 197.

⁹⁸⁶ Memorial de Contestación, párrafos 552 -553, y 559 y 561 y 563-565.

⁹⁸⁷ Réplica, párrafo 340 cf. Dúplica de Ecuador, párrafos 555-559 (“La Decisión sobre Medidas Provisionales podría haber sido emitida con la intención de supervisor la situación mientras la disputa entre las Partes estaba sin resolver respecto de la Ley 42 y el Decreto 662, pero su incumplimiento no transforma el ejercicio de una facultad legal que de otro modo sería válido luego del abandono de los Bloques en un acto de expropiación” [traducción del Tribunal]).

⁹⁸⁸ Réplica, párrafo 427.

⁹⁸⁹ *Ibid.*

para violar los derechos de Perenco mediante medidas que superan con creces cualquiera de sus privilegios contractuales”⁹⁹⁰.

(2) La posición de la Demandada

646. Por su parte, Ecuador presentó dos excepciones a la jurisdicción del Tribunal relativas a los reclamos de expropiación. En primer lugar, argumentó que el Tribunal no tenía jurisdicción porque las notificaciones relativas a las coactivas fueron emitidas por el *Juzgado de Coactivas de Petroecuador*, y el Tribunal ya había resuelto que no tenía jurisdicción sobre Petroecuador⁹⁹¹. En segundo lugar, Ecuador reiteró sus excepciones a la jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal para considerar la parte del caso de Perenco que se versa sobre el reclamo de que los decretos de *caducidad* “completaron” la expropiación de los derechos y los bienes de Perenco (o, en forma subsidiaria, objetó la admisibilidad de dicho reclamo)⁹⁹².
647. En cuanto al fondo, Ecuador sostuvo en primera instancia que Perenco había confundido erróneamente el efecto de la Ley 42 y las acciones que le siguieron en respuesta al incumplimiento por parte de Perenco de la ley ecuatoriana⁹⁹³. Sostuvo que “de acuerdo con el derecho internacional, la conducta del Estado no origina un derecho de compensación por las pérdidas que resulten de la toma de medidas reguladoras válidas y legítimas para hacer cumplir sus leyes en respuesta a la conducta ilegal de un inversor extranjero (como Perenco) [sic]”,⁹⁹⁴. Las coactivas, la intervención del Ecuador en los Bloques y la declaración de *caducidad* de los Contratos fueron acciones “tomadas en forma válida y legítima en respuesta a la conducta

⁹⁹⁰ Memorial Actualizado, párrafo 195.

⁹⁹¹ Memorial de Contestación, párrafo 444, nota al pie 372, que cita la Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 242.3. Cf. refutación de Perenco en el párrafo 346 de su Réplica: “[e]ste argumento fracasa por dos razones: (1) el Tribunal – a petición de Ecuador y de Petroecuador– determinó que Petroecuador era un *agente* del Estado (Decisión sobre la Jurisdicción, ¶ 215), y es un principio básico de derecho que las acciones del agente pueden ser imputadas a la principal; (2) conforme al derecho internacional, las acciones de una entidad del Estado son atribuibles al Estado. Véanse Artículos de la CDI, CA-33, Art. 5” [bastardilla en el original].

⁹⁹² Cf. Perenco en forma similar reiteró en respuesta sus afirmaciones sobre la arbitrariedad de los reclamos sobre caducidad en la sección II. B de su Réplica.

⁹⁹³ Memorial de Contestación, párrafo 551; Dúplica, párrafo 574.

⁹⁹⁴ Memorial de Contestación, párrafo 552 [traducción del Tribunal]; que cita R.A. Bindschedler, “*La protection de la propriété privée en droit international public*”, The Hague Academy Collected Courses, 173-306, 211, Vol. 90, 1956-II. (traducción no oficial de la versión en francés original: “[l]e principe de la protection de la propriété privée n’interdit pas la levée d’impôts sur le patrimoine, ni les amendes, ni les limitations de la propriété pour des motifs de police”), EL-122.

ilegal propia de Perenco”⁹⁹⁵. La *caducidad*, en particular, fue declarada, no porque Perenco no cumplió con los pagos de la Ley 42, sino porque “Perenco abandonó los Bloques 7 y 21 a pesar de los reiterados pedidos del Ecuador durante un periodo de 12 meses para que retome las actividades”⁹⁹⁶. Según Ecuador, esto de retener los pagos de los montos debidos en virtud de la Ley 42, que comenzó en 2008, y su decisión de abandonar los Bloques en julio de 2009, fue parte de una “estrategia de salida de autoexpropiación elaborada”⁹⁹⁷ por parte de Perenco ya que había concluido en ese entonces que “implicaría para el Consorcio un valor potencialmente grande retener los pagos debidos en virtud de la Ley 42 y el Decreto 662 en el corto plazo”, y presentar un reclamo por lucro cesante en un arbitraje que podría “ganarse mediante el pago de las deudas relativas a la Ley 42 y el Decreto 662 según lo exigido y operar los pozos hasta el final programado de los Contrato de Participación”⁹⁹⁸.

648. En la opinión del Ecuador, Perenco había estructurado intencionalmente su reclamo de expropiación como un “efecto acumulativo” porque reconoció que la sanción y aplicación de la Ley 42 al 50% por sí mismas no eran suficientes para establecer que se había cometido una violación del Artículo 6⁹⁹⁹. Solicitó que el Tribunal limite su análisis del reclamo de expropiación respecto del Artículo 6 a la sanción y aplicación de la Ley 42 a Perenco¹⁰⁰⁰.
649. En forma subsidiaria, Ecuador adujo que el “caso acumulativo” de Perenco sobre expropiación “fracas[ó] porque la Ley 42, el proceso de coactiva, la intervención interina de Ecuador luego del abandono ilegal por parte de Perenco de los Bloques y la *caducidad* [fueron] todas medidas regulatorias, no compensables, legítimas y de buena fe y, en todo caso, la Ley 42 (tanto al 50% como al 99%) no equivali[ó] a una expropiación de las inversiones de Perenco”¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁵ Memorial de Contestación, párrafos 553, y 559 y 561 y 563, 564, 565 [traducción del Tribunal]; Dúplica, sección 5.3.5, párrafos 568, 569, 571. Cf. Réplica de la Demandante, párrafo 414 (“Ecuador parece confundir dos cuestiones aquí: *primero*, el llamado principio de la legalidad, que declara que los inversores deben cumplir con las leyes locales y *segundo*, los límites internacionales a la capacidad del Estado de castigar a los malhechores, incluidos los inversores, mediante el ejercicio de su poder regulador”).

⁹⁹⁶ Dúplica, párrafos 555, 559 [traducción del Tribunal].

⁹⁹⁷ Variaciones del término usado por Ecuador en sus escritos: véase Dúplica, párrafos 293, 311, 319, 576, sección 3.4 [traducción del Tribunal].

⁹⁹⁸ Dúplica, párrafo 535 [traducción del Tribunal]; véase también, Brattle, párrafo 24.

⁹⁹⁹ Memorial de Contestación, párrafos 538-539; Dúplica, párrafo 574.

¹⁰⁰⁰ Memorial de Contestación, párrafo 539.

¹⁰⁰¹ *Ibid.*, párrafo 541 [traducción del Tribunal].

650. Ecuador argumentó que Perenco había cometido un error fundamental en sus presentaciones en este sentido; no había mencionado que la sanción de la Ley 42, el Decreto 662, el proceso de coactiva, la intervención del Ecuador en los Bloques y la *caducidad* fueron “todas formas de ejercicio legítimo y de buena fe del poder regulador de Ecuador y, en virtud del derecho internacional, las medidas legítimas y de buena fe de un Estado dentro del ejercicio de su poder regulador [no pueden] constituir una expropiación compensable”¹⁰⁰². Sostuvo que está ampliamente aceptado en la jurisprudencia del derecho relativo a inversiones que un Estado no tiene obligación de indemnizar a un inversor por las normas sancionadas de buena fe en el marco de su poder regulador¹⁰⁰³. El poder impositivo, sostuvo, “sin dudas” queda comprendido en la categoría del poder regulador del Estado, y “[f]uera de circunstancias extraordinarias, como los casos de discriminación, arbitrariedad, violación del debido proceso o abuso de poder, la carga impuesta a un inversor extranjero por los tributos del Estado no otorga derecho al extranjero a reclamar una indemnización por la apropiación de sus bienes, que es el resultado natural de la aplicación de los tributos”¹⁰⁰⁴.
651. Ecuador sostuvo, asimismo, que el poder impositivo recibió “un tratamiento especial en el derecho internacional sobre expropiaciones, ya que es el resultado del ejercicio de las atribuciones inherentes a la soberanía (el derecho a imponer tributos a extranjeros y a los bienes que poseen en su territorio)”¹⁰⁰⁵. Por otro lado, argumentó que el derecho consuetudinario internacional “no solo reconoce el poder tributario soberano como parte del poder regulador del Estado”, sino que “no impone límites a este poder” y que “límites de esa naturaleza tampoco se encuentran en tratados de inversión”¹⁰⁰⁶. La tributación es un acto

¹⁰⁰² Memorial de Contestación, párrafos 544, 568 [traducción del Tribunal]; Dúplica, sección 5.3.5, en particular párrafos 560-561.

¹⁰⁰³ Memorial de Contestación, párrafos 544, 568. Para fundamentar esta postura, Ecuador cita las siguientes decisiones: *Saluka Investments BV (Países Bajos) c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial (17 de marzo de 2006) (EL-113), párrafos 255, 262; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2 (TBI España/México), Laudo (29 de mayo de 2003) (EL-115), párrafo 119; *Telenor Mobile Communications A.S. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo, (13 de septiembre de 2006) (EL-116), párrafo 64; *Lauder c. República Checa*, CNUDMI, Laudo (3 de septiembre de 2001) (EL-117), párrafo 198; *Methanex c. Estados Unidos*, CNUDMI (TLCAN), Laudo Final (3 de agosto de 2005) (EL-111), párrafo 7.

¹⁰⁰⁴ Memorial de Contestación, párrafos 546 y 549 [traducción del Tribunal].

¹⁰⁰⁵ Memorial de Contestación, párrafo 546 [traducción del Tribunal].

¹⁰⁰⁶ Memorial de Contestación, párrafo 547 [traducción del Tribunal].

regulatorio, “que se presume no compensable”, resultado del ejercicio del poder soberano del Estado¹⁰⁰⁷.

652. Ecuador sostuvo que admitir el caso de Perenco, que se caracteriza por el argumento de que si un impuesto reduce los beneficios económicos de un arreglo contractual a un inversor es expropiatorio, equivaldría a “[negar] el poder tributario soberano de un Estado”¹⁰⁰⁸. Citó el caso *Paushok c. Mongolia*, en el cual se consideró la legalidad de un impuesto a las ganancias extraordinarias de un 68% y el argumento de la demandante de que excedía los “estándares internacionales” que limitaban el derecho de un Estado a imponer tributos¹⁰⁰⁹. El tribunal concluyó que las “[d]emandantes no ha[bían] probado la existencia de dichos estándares. A lo sumo, ha[bían] logrado demostrar que dicha legislación superaba los niveles impositivos aplicables de aquel entonces en muchos países del mundo [...]. El hecho de que un país particular justo tenga, en un momento determinado, el nivel de impuestos más altos para un cierto sector comercial no significa necesariamente que haya incurrido en una violación a un TBI”¹⁰¹⁰. El tribunal también concluyó que un impuesto por ser ‘excesivo’, no era presumiblemente arbitrario o irrazonable¹⁰¹¹.

653. A la luz de estas conclusiones, Ecuador sostuvo que Perenco debía probar, en primer término, que la Ley 42 era arbitraria e irrazonable, que extralimitaba el poder regulatorio del Estado; en segundo lugar, que tuvo un efecto expropiatorio directo o indirecto sobre la inversión en Ecuador; y, por último, que había sido aplicada en forma discriminatoria, fue abusiva en relación con su objeto o implicó una denegación del debido proceso¹⁰¹². Afirmó que la presentación de Perenco se quedó corta; es decir, no alcanzó para argumentar que “cualquier medida tomada por un Estado, incluso en el ejercicio legítimo de su poder regulatorio y en respuesta a la conducta ilegal del inversor, podría ser considerada una expropiación si afecta los derechos de propiedad del inversor [...] una proposición absurda, que no encuentra sustento en el derecho internacional”¹⁰¹³.

¹⁰⁰⁷ Memorial de Contestación, párrafo 550 [traducción del Tribunal].

¹⁰⁰⁸ Memorial de Contestación, párrafos 547-548 cf. Réplica, párrafo 377 [traducción del Tribunal].

¹⁰⁰⁹ Memorial de Contestación, párrafo 548 [traducción del Tribunal].

¹⁰¹⁰ *Ibid.*, párrafos 548 y 550 [traducción del Tribunal].

¹⁰¹¹ *Ibid.*

¹⁰¹² *Ibid.*, párrafo 551; Dúplica, párrafos 602-605.

¹⁰¹³ Memorial de Contestación, párrafo 554-556 [énfasis en el original] [traducción del Tribunal].

654. Perenco cita el caso *ADC c. Hungría* para sostener que el derecho de un Estado de regular “no es sin límites” y, en respuesta a ello, Ecuador se refirió a dicho caso por sus hechos, argumentando que el tribunal consideró legislación que no “altera radicalmente” el régimen regulatorio aplicable a la relación contractual entre las partes, sino que “torna ilegal el objeto del contrato en virtud de la ley húngara”¹⁰¹⁴. Ecuador, por su parte, hizo referencia a otras dos decisiones, *AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erömi Kft c. República de Hungría*¹⁰¹⁵ y, nuevamente, *Paushok c. Mongolia*¹⁰¹⁶, las cuales, según Ecuador, guardan más analogía con la cuestión de las ganancias “suntuosas” o “extraordinarias” y señalan justamente que es necesario que la demandante demuestre que el impuesto era arbitrario o irrazonable, y que no se puede considerar un ejercicio legítimo del poder regulatorio¹⁰¹⁷. Sostuvo que Perenco no había logrado probar esto, ni lo haría, porque la Ley 42 fue sancionada en el ejercicio de buena fe del poder regulatorio del Ecuador, tal como queda probado de la siguiente manera¹⁰¹⁸:

- (i) Ecuador tenía el mandato constitucional de distribuir equitativamente los recursos derivados de los hidrocarburos “y una obligación de legislar frente al incremento inesperado y excesivo del precio del petróleo”¹⁰¹⁹.
- (ii) El objetivo legislativo de la Ley 42 era remediar el desequilibrio “provocado por un incremento masivo e inesperado del precio del petróleo”¹⁰²⁰.
- (iii) La Ley 42 no era discriminatoria, fue una medida general adoptada por Ecuador para “restablecer la economía de los contratos de participación con todas las compañías privadas en circunstancias similares a la luz del incremento inesperado del precio del petróleo” y “no tenía como particular objetivo a Perenco ni a los inversores extranjeros exclusivamente”¹⁰²¹.

¹⁰¹⁴ Memorial de Contestación, párrafo 555 [traducción del Tribunal], donde se cita el caso *ADC* (CA-1) en los párrafos 181 y 186: luego de que se emitiera el decreto, se le informó a *ADC* que “se tornó imposible el cumplimiento futuro de los contratos y por ello [los contratos] expirarán y serán nulos desde el 1 de enero de 2001” [traducción del Tribunal]. Perenco en su Réplica, en el párrafo 380 afirma que el tratar de distinguir el caso *ADC* por los hechos no “puede restarle valor a su punto de principio”, es decir que un Estado debe cumplir las obligaciones de protección de la inversión que asumió al celebrar un tratado bilateral de inversión.

¹⁰¹⁵ Caso CIADI No. ARB/07/22, Laudo (23 de septiembre de 2010) (EL-123), párrafo 10.3.34.

¹⁰¹⁶ CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad (28 de abril de 2011) (EL-103), párrafo 319.

¹⁰¹⁷ Memorial de Contestación, párrafo 555; Dúplica, párrafos 562-566, sección 5.3.5.4 [traducción del Tribunal].

¹⁰¹⁸ Memorial de Contestación, párrafos 557-558; Dúplica, párrafo 575, 602-604.

¹⁰¹⁹ Ecuador cita, para fundamentar esta postura, el Artículo 247 de la Constitución de Ecuador de 1998. El Artículo 247 establece que los recursos no renovables se consideran “propiedad inalienable e imprescriptible del Estado”, a ser “explotados en función de los intereses nacionales” (Anexo EL-128).

¹⁰²⁰ Fair Links, 1.º, párrafo 81 [traducción del Tribunal].

¹⁰²¹ Memorial de Contestación, párrafo 557-558 [traducción del Tribunal].

- (iv) La Ley 42 fue sancionada debidamente, de acuerdo con la ley ecuatoriana.
- (v) El Tribunal Constitucional del Ecuador ratificó la constitucionalidad de la Ley 42. En su presentación, Ecuador sostuvo que “ratificó la constitucionalidad de todas las disposiciones sustantivas de la Ley 42 y el hecho de que no modificó los Contratos de Participación”¹⁰²².

En este sentido, Ecuador reiteró que el objetivo de la Ley 42 y del Decreto 662 debería considerarse por separado del proceso de coactivas y de la declaración de *caducidad*, que según Ecuador “no tenían el mismo objetivo público”, a saber, la aplicación de la ley de Ecuador¹⁰²³.

655. En caso de que el Tribunal concluya que la Ley 42 fue una “medida regulatoria ilegítima y compensable”, Ecuador sostuvo, en forma subsidiaria, que Perenco no había probado que “la Ley 42 la privó *permanentemente* de sus derechos contractuales o despojó de todo valor a su inversión en Ecuador”¹⁰²⁴. Perenco “no demostró – ni podía demostrar – que la Ley 42 reformó unilateralmente los Contratos de Participación, en particular el porcentaje de participación acordado en la Cláusula 8.1 de los Contratos de Participación (es decir, la distribución de volúmenes de crudo a la contratista)”¹⁰²⁵. Reiteró esta postura en su reclamo sobre incumplimiento contractual, enfatizando que no había una cláusula de estabilización o una disposición equivalente en la Constitución del Ecuador que restrinja al Estado en el ejercicio de su “poder soberano de sancionar nuevas leyes o reglamentaciones que pudieran afectar el marco legal de los Contratos de Participación”¹⁰²⁶, y sosteniendo que “[e]n el caso de que el Tribunal Arbitral concluya que no hubo incumplimiento de los Contratos de Participación, el reclamo por expropiación de Perenco según el Tratado debería desestimarse”¹⁰²⁷.

656. No obstante, para el caso de que el Tribunal concluya que la Ley 42 implicó una violación de los Contratos de Participación, Ecuador sostuvo que eso no podía ser considerado automáticamente una expropiación de los derechos contractuales de Perenco. Perenco tuvo que demostrar además, y Ecuador sostuvo que aceptó esta carga en sus escritos, que la violación

¹⁰²² *Ibid.* [traducción del Tribunal].

¹⁰²³ Dúplica, párrafos 576, 593, 597, 605-608, 609-623 [traducción del Tribunal].

¹⁰²⁴ Memorial de Contestación, párrafo 569 [énfasis en el original] [traducción del Tribunal].

¹⁰²⁵ Memorial de Contestación, párrafos 571-573 [traducción del Tribunal]. En el curso de esta presentación, Ecuador reitera y se refiere a los argumentos relativos a los reclamos sobre incumplimiento contractual de la sección 6.2 de su Memorial de Contestación.

¹⁰²⁶ Memorial de Contestación, párrafo 575 [traducción del Tribunal].

¹⁰²⁷ Memorial de Contestación, párrafo 573 [traducción del Tribunal].

tuvo el efecto de privar esencialmente al inversor de los beneficios de los Contratos¹⁰²⁸. Para que se acepte un reclamo de “expropiación indirecta”, el inversor debe probar que la medida, o una serie de medidas, tuvo el efecto de privar efectiva y permanentemente del “uso, goce o beneficios económicos de su inversión”¹⁰²⁹. Ecuador afirmó que Perenco no logró probar, mediante un análisis económico creíble, que la Ley 42 tuvo ese efecto¹⁰³⁰. En este sentido, Ecuador se refirió a la prueba que, según sus declaraciones, contrarrestaba cualquier indicio de que la Ley 42 provocó una pérdida casi total del valor o del control de los derechos de Perenco en virtud de los Contratos:

- (i) La primera de ellas fue la oferta de Perenco de colocar dinero en un depósito en plica en junio de 2008 (seis meses después de la sanción del decreto 662 y la aplicación de la Ley 42 al 99%). Fue el propio Perenco quien en ese momento expresó que sus “operaciones en Ecuador *generaron dinero en efectivo suficiente para pagar deudas pendientes en virtud de la Ley 42 en un depósito de plica y así continuar operando los Bloques*”¹⁰³¹.
- (ii) La segunda fue la omisión de Perenco de “presentar pruebas sobre los efectos que la Ley 42 tuvo en la práctica sobre su inversión”¹⁰³². Ecuador objetó el valor probatorio de la declaración del Sr. d’Argenté y del análisis económico presentado en forma de cuadro en los Anexos CE-116 y CE-117 de su declaración testimonial porque “(i) ni

¹⁰²⁸ Memorial de Contestación, párrafo 579, en referencia al Memorial Actualizado, párrafo 191.

¹⁰²⁹ Memorial de Contestación, párrafo 586 [traducción del Tribunal]. Cita extraída de *Methanex Corporation c. Estados Unidos*, CNUDMI (TLCAN), Laudo Final (3 de agosto de 2005) (EL-111), párrafo 6. La Demandada también hace referencia a *Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI (TLCAN), Laudo Provisional (26 de junio de 2000) (EL-140), párrafo 102; *LG&E c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad (3 de octubre de 2006) (EL-142), párrafo 191.

¹⁰³⁰ Memorial de Contestación, párrafo 580, sección 7.4.2.2.

¹⁰³¹ *Ibid.*, párrafo 583 [énfasis de la Demandada] [traducción del Tribunal]. Cf. Réplica, párrafos 368-370: Perenco argumentó que no ofreció colocar en un depósito en plica los montos adeudados *pasados* de la Ley 42 (énfasis de la Demandante en el párrafo 370 de su Réplica), solo “montos *futuros* en disputa” [énfasis en el original]. Por esta razón, la oferta de Perenco no debe considerarse una admisión de que “no hubo ninguna diferencia económica entre un escenario en el que Ecuador aplica coactivas contra Perenco y un escenario en el cual Ecuador cumple con la Decisión sobre Medidas [Provisionales]” (Réplica, párrafo 367; véase también, Decisión sobre Medidas Provisionales, párrafo 80). Ecuador respondió que el letrado de Perenco en la audiencia sobre Medidas Provisionales dejó “perfectamente en claro que su cliente estaba preparado a colocar en un depósito en plica la totalidad de los montos en disputa según las estimaciones de la Ley 42 y el Decreto 662”, lo que incluía “un depósito adicional de los pagos devengados pasados en disputa” [traducción del Tribunal]. De este modo, Perenco admitió que tenía capacidad financiera para continuar operando los Bloques en cualquiera de los supuestos del depósito en plica. (Dúplica, párrafos 548 y 554; Transcripción, Audiencia sobre Medidas Provisionales, pp. 83-84).

¹⁰³² Memorial de Contestación, párrafo 588 [traducción del Tribunal].

siquiera indican la fuente de las cifras incluidas y (ii) no tienen el sustento de un análisis económico independiente”¹⁰³³.

(iii) La tercera fue el análisis económico presentado por Perenco en el Anexo CE-116, que supuestamente demostraba el efecto de la Ley 42 al 99% en 2008 y sugería que Perenco había tenido pérdidas por primera vez en 2008 cuando debería haber tenido utilidades de US\$127.975.000. Esto lleva a concluir que “cuando la Ley 42 fue aplicada al 50%, la Ley 42 no devastó la inversión de Perenco”¹⁰³⁴.

657. Ecuador sostuvo que si bien no tenía la carga probatoria en este sentido, podía demostrar que la Ley 42, tanto al 50% como al 99%, no implicó una expropiación de la inversión de Perenco¹⁰³⁵. Señaló lo siguiente al Tribunal: “(i) los registros impositivos del Consorcio de los Bloques 7 y 21 después de la sanción de la Ley 42; (ii) el Informe Pericial de Fair Links; (iii) la valuación económica propia del Consorcio a fines de 2006 por la inversión adicional en el Bloque 7; y (iv) los informes anuales de ConocoPhillip (socio de Perenco – es decir, la empresa matriz de Burlington) luego de la sanción de la Ley 42”¹⁰³⁶.

658. Los registros impositivos del Consorcio indicaban que el Consorcio registró una utilidad bruta de US\$100 a 200 millones en los años 2006 y 2007 (es decir, durante la vigencia de la Ley 42), y que estas cifras eran superiores a las utilidades que el Consorcio había registrado en 2005, antes de la sanción de la Ley 42¹⁰³⁷.

659. Fair Links concluyó que si bien “los ingresos del Estado por el impuesto del 50% [se incrementaron] en proporciones mayores a los ingresos de la contratista”, la contratista “igual se benefici[ó] de el incremento en el precio de mercado mediante un retorno mayor de sus inversiones”, de esta forma siempre preservó las expectativas iniciales que las partes tuvieron en la negociación de los Contratos¹⁰³⁸. Fair Links presentó un ‘análisis del flujo de caja libre’ en un período de diez años (es decir, el efectivo que una compañía es capaz de generar luego de gastar los recursos necesarios para mantener el gasto de capital) con la Ley 42 y el Decreto

¹⁰³³ *Ibid.* [traducción del Tribunal].

¹⁰³⁴ *Ibid.*, párrafo 591 [traducción del Tribunal].

¹⁰³⁵ *Ibid.*, párrafos 590-637; Dúplica, párrafos 518-520.

¹⁰³⁶ Memorial de Contestación, párrafo 593-637 [traducción del Tribunal].

¹⁰³⁷ *Ibid.*

¹⁰³⁸ Fair Links, 1.º, párrafos 102-103 [traducción del Tribunal]; Memorial de Contestación, párrafo 598; Dúplica, párrafo 521.

662 en vigencia, y determinó que “no se alteró la tendencia global de los flujos de caja positivos” y que “las operaciones del Consorcio [hubieran] generado un superávit compuesto de más de \$8/bbl”¹⁰³⁹.

660. Perenco objetó la credibilidad de este análisis, argumentando que “no incluye el efecto de las coactivas” y que refleja “una situación completamente hipotética”¹⁰⁴⁰. Sostuvo que, en la prueba del Prof. Kalt, donde se analiza el efecto de las coactivas, quedó demostrado en la Figura 19 que el resultado del flujo de caja libre fue que pasó de positivo a negativo¹⁰⁴¹.

661. En respuesta, Ecuador afirmó que la prueba de ambos peritos, Brattle y Fair Links, demostró que el efecto de las coactivas para el Consorcio fue solo el de crear un incentivo financiero mayor para que el Consorcio retenga pagos y suspenda operaciones en lugar de pagar lo debido y continuar operando los Bloques¹⁰⁴². La Ley 42 y el Decreto 662 se aplicaron solo a los ingresos superiores al precio de referencia establecido en la ley y solo tuvo vigencia luego de que Perenco tuvo la oportunidad de beneficiarse del incremento extraordinario del precio del petróleo¹⁰⁴³.

662. Ecuador puso énfasis en la importancia de la reforma del Plan de Desarrollo del Bloque 7 relativo al campo Oso de noviembre de 2007 (es decir, más de dieciséis meses después de la sanción de la Ley 42). (Esto se analizó anteriormente junto con el reclamo relativo al Artículo 4 del Tratado). La respuesta de Perenco fue que la prueba del Prof. Kalt indicaba que “no contar con el beneficio de la tendencia alcista, cambi[ó] el punto medio”¹⁰⁴⁴, y que el campo Oso era “uno campo más de muchos, no el más costoso en ese sentido”¹⁰⁴⁵.

663. Ecuador también señaló que los Informes Anuales de 2006 a 2008 de ConocoPhillips (la matriz del socio del consorcio de Perenco) no mostró en sus cuentas una reducción del valor de sus activos ecuatorianos en esos años, lo cual debía informar según las normas US GAAP. Ecuador

¹⁰³⁹ Fair Links, 1.º, párrafos 109-114, Figures 14 and 15 [traducción del Tribunal].

¹⁰⁴⁰ Réplica, párrafo 366.

¹⁰⁴¹ *Ibid.*

¹⁰⁴² Dúplica, párrafos 522-527; Brattle, párrafos 59-60; Fair Links, 1.º, párrafos 109-119; Fair Links 2.º, p. 5, párrafos 47 y 54.

¹⁰⁴³ Dúplica, párrafos 523, 527; Brattle, párrafos 66(c), 105-112. Brattle sostiene que en abril de 2006 cuando entró en vigencia la Ley 42, “Perenco hubiera esperado tener una tasa de retorno cercana al 64%” [traducción del Tribunal] (Brattle, párrafo 64).

¹⁰⁴⁴ Réplica, párrafo 374. Véase Kalt, 1.º, párrafos 80-82, Figura 7B.

¹⁰⁴⁵ Réplica, párrafo 374.

sostuvo que esto sugería que no había existido dicho perjuicio desde la sanción y aplicación de la Ley 42¹⁰⁴⁶.

664. Por último, Ecuador argumentó que no puede existir una privación permanente de la inversión de Perenco porque la Ley 42 sólo se aplicó en el supuesto de que el precio de mercado del crudo ecuatoriano fuera superior el precio de referencia de la Ley 42. Hubo períodos en los cuales la Ley 42 no tuvo efecto alguno para las utilidades del Consorcio¹⁰⁴⁷.

665. Ecuador señaló que esta prueba tuvo un efecto similar cuando se analizó si la Ley 42 al 99% era expropiatoria¹⁰⁴⁸. Afirmó que Perenco, por su parte, tampoco ofreció prueba alguna para demostrar que la Ley 42 al 99% afectó sus operaciones en Ecuador:

[C]abe destacar que [Perenco] excluyó deliberadamente un análisis económico de un perito independiente sobre el efecto de la Ley 42 sobre la rentabilidad general para el Consorcio de los Bloques 7 y 21. En mérito de ello, debido a que Perenco no cumplió con su carga probatoria, el Tribunal Arbitral no necesita ahondar más. Debería desestimar los reclamos de Perenco solo tomando esto en consideración¹⁰⁴⁹.

666. Ecuador argumentó que el reclamo de Perenco sobre la Ley 42 al 99%, en tanto implica una privación permanente de sus beneficios en virtud de los Contratos¹⁰⁵⁰, no debería prosperar porque la Ley 42 solo se aplicó sobre un precio de referencia, preservando los retornos que la Contratista podría haber esperado a partir del precio base contemplado en las negociaciones hasta el precio de referencia de la Ley 42¹⁰⁵¹. Los “requisitos para determinar una expropiación indirecta según el derecho internacional son estrictos”, y “la simple reducción del valor, que no fuera provocada por la interferencia con el control o el uso de la inversión, no constituye expropiación indirecta. De otra manera, cada incumplimiento de un contrato que deriva en una reducción del valor podría constituir una expropiación”¹⁰⁵².

¹⁰⁴⁶ Memorial de Contestación, párrafos 610-612 cf. Réplica, párrafo 372.

¹⁰⁴⁷ Memorial de Contestación, párrafos 616-617. Por ejemplo, en el Bloque 7 en enero y febrero de 2009, como se indica en la carta enviada por Petroecuador (E-139), Carta de Petroecuador al Consorcio del 16 de marzo de 2009, p. 1.

¹⁰⁴⁸ Dúplica, sección 5.3.3.

¹⁰⁴⁹ Memorial de Contestación, párrafo 627 [traducción del Tribunal].

¹⁰⁵⁰ Dúplica, sección 5.3.3. Ecuador señala que los “requisitos para determinar una expropiación indirecta según el derecho internacional son estrictos” (Dúplica, párrafo 541) [traducción del Tribunal].

¹⁰⁵¹ Memorial de Contestación, párrafos 629-631; Dúplica, párrafo 543.

¹⁰⁵² Dúplica, párrafos 541 a 542 [traducción del Tribunal], donde se cita *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo del 31 de octubre de 2011 (EL-165), párrafo 256.

667. Ecuador argumentó que podía probar que “no existió una pérdida total del valor de la inversión de Perenco ni la pérdida de su control”¹⁰⁵³. A este respecto, se refirió a las conclusiones de Fair Links y Brattle en tanto “[l]as operaciones de Perenco seguían generando flujos de caja positivos luego de la sanción de la Ley 42 y el Decreto 662”¹⁰⁵⁴, la oferta de Perenco de colocar dinero en un depósito de plica¹⁰⁵⁵, al igual que la reforma del Plan de Desarrollo del Bloque 7 relativo al campo Oso y los informes anuales de ConocoPhillips correspondientes al período 2006-2008¹⁰⁵⁶. En este sentido, Ecuador subrayó que el único perjuicio que registró ConocoPhillips fue en su formulario 10-K de 2009, por la supuestamente ilegítima suspensión de las operaciones de Perenco en julio de 2009¹⁰⁵⁷. Si bien Perenco sostuvo que no tuvo más remedio que suspender las operaciones y abandonar los Bloques, Ecuador afirmó, sobre la base de la prueba de Brattle, que esto se debió a que Perenco estaba obteniendo “retornos extraordinarios resultantes del período sostenido de precios del petróleo extraordinarios e inesperados” y que “tuv[o] como incentivo para incumplir los contratos de participación la posibilidad de hacer más dinero en el corto plazo reteniendo los montos debidos en virtud de la Ley 42 y el Decreto 662 del que podría haber esperado obtener en el largo plazo mediante la producción continuada durante el resto de la vigencia de los Bloques”¹⁰⁵⁸.
668. Por último, Ecuador señaló que, en el supuesto de que el Tribunal entienda que las medidas objeto del reclamo de Perenco constituyeron una expropiación de su inversión a la luz del

¹⁰⁵³ Dúplica, párrafos 542-554 [traducción del Tribunal].

¹⁰⁵⁴ Fair Links 1.º, párrafos 109-119 [traducción del Tribunal]; Fair Links 2.º, párrafo 47, 54; Brattle, párrafos 16, 60-91, 109. Véase también, Dúplica, párrafos 528-531 (“En octubre de 2007, cuando el Decreto 662 entró en vigencia, los precios del petróleo aumentaron incluso más. El efecto neto de la suba de los precios y las utilidades extraordinarias acumuladas antes de abril de 2006 significaron que incluso al combinarse con la aplicación del Decreto 662 al 99%, la Contratista habría esperado que el Contrato del Bloque 7 generara una tasa de retorno del 64% durante la vigencia del Contrato. Viéndolo con total retrospectiva, en julio de 2012, las utilidades extraordinarias y los precios efectivamente realizados significaron que, contra el modelo inicial, incluso si la Contratista hiciera los pagos debidos en virtud del Decreto 662 al 99% generaría una tasa de retorno del 63,9%. El caso del Bloque 21, actualizando el plan de desarrollo 2000 para los precios reales del petróleo y sin cambiar las demás presunciones ex ante, era similar. En abril de 2006, cuando la Ley 42 entró en vigencia, la Contratista seguiría esperando una tasa de retorno cercana al 50%. Para octubre de 2007, cuando el Decreto 662 entró en vigencia, las utilidades extraordinarias anteriores a abril de 2006 combinadas con el incremento de los precios hubieran llevado a la Contratista a esperar una tasa de retorno del 43% de sus inversiones en el Bloque 21, incluso aplicando el Decreto 662 al 99%. En julio de 2012, mirando en retrospectiva, y aplicando los precios reales realizados a un modelo ex ante, la Contratista hubiera esperado generar una tasa de retorno del 43% sobre el Bloque 21, incluso aplicando el Decreto 662 al 99%”) [traducción del Tribunal].

¹⁰⁵⁵ Dúplica, párrafos 546-551.

¹⁰⁵⁶ Memorial de Contestación, párrafos 629-636.

¹⁰⁵⁷ Fair Links, 1.º, p. 41.

¹⁰⁵⁸ Dúplica, párrafos 533-540 [traducción del Tribunal], donde se cita a Brattle, párrafos 93, 99-101, Figuras 12-13.

Artículo 6 del Tratado, dicha expropiación fue legítima en las circunstancias¹⁰⁵⁹. La Ley 42 tenía un fin público y era necesaria¹⁰⁶⁰. Perenco no pudo demostrar que las medidas del Ecuador fueron discriminatorias¹⁰⁶¹. Por otro lado, no hubo violación de “compromisos específicos” ya que Ecuador sostiene que los Contratos no se incumplieron ni modificaron¹⁰⁶². Entiende que no tiene la obligación de pagar una indemnización porque esta condición del Artículo 6 solo opera una vez que tuvo lugar un acto de expropiación y una determinación de su existencia (ya sea en forma de una aceptación por parte del Estado o una declaración de un tribunal arbitral)¹⁰⁶³.

(3) Decisión del Tribunal

a. Las objeciones a la jurisdicción pendientes

669. Las objeciones a la jurisdicción de la Demandada pueden considerarse en forma sucinta. Se recuerda que Ecuador argumenta que el Tribunal carece de jurisdicción porque las notificaciones de las coactivas fueron emitidas por el Juzgado de Coactivas de Petroecuador y el Tribunal ya decidió que no tiene competencia sobre Petroecuador¹⁰⁶⁴. En opinión del Tribunal, la determinación de que la República, no Petroecuador, era la parte correcta en la diferencia no restringe en medida alguna la jurisdicción del Tribunal para considerar las medidas adoptadas por Petroecuador en el contexto de este reclamo basado en el Tratado. Las coactivas fueron medidas tomadas en el marco de la aplicación de la Ley 42 y son atribuibles al Estado a los efectos de la responsabilidad internacional. Las diferencias entre las distintas divisiones del Estado ecuatoriano que pueden tener alguna importancia para un reclamo contractual dirimido a la luz del derecho del Ecuador pueden no tener significancia cuando el reclamo está regido por el derecho internacional basado en un tratado. El Tribunal considera

¹⁰⁵⁹ Memorial de Contestación, párrafos 649-651.

¹⁰⁶⁰ Dúplica, párrafo 623.

¹⁰⁶¹ *Ibid.*

¹⁰⁶² *Ibid.*

¹⁰⁶³ Memorial de Contestación, párrafos 649-651 cf. Réplica, párrafo 428: Perenco entiende que debido a que el Artículo 6 estipula que la “compensación...se tienen que determinar ‘a más tardar en la fecha de la expropiación”, la “obligación de pagar la compensación de una expropiación es concomitante con ésta y no subsiguiente a la misma”.

¹⁰⁶⁴ Memorial de Contestación, párrafo 444, nota al pie 372, donde se cita la Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 242.3. Cf. Réplica, párrafo 346.

que este último caso es el presente y que, por ello, tiene competencia para considerar las coactivas a la luz del Tratado. La objeción queda desestimada.

670. En cuanto a la objeción del Ecuador sobre la jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal para considerar la parte del reclamo de Perenco relativa al hecho de que los decretos de *caducidad* “completaron” la expropiación de los derechos y bienes de Perenco (o, en forma subsidiaria, la objeción a su admisibilidad), el Tribunal considera que el impulso del procedimiento de *caducidad* y las declaraciones resultantes realizadas por el Ministerio son también atribuibles al Estado. El hecho de que el Contrato del Bloque 7 excluyó la arbitrariedad de la *caducidad* en virtud del Contrato no impide que el Tribunal considere la relación de la declaración con las obligaciones que Ecuador asumió en virtud del Tratado. La objeción también queda desestimada.

b. La Ley 42 al 50%

671. Al parecer, si bien la Demandante advirtió que la Ley 42 al 50% fue la primera de una serie de medidas que culminaron en la expropiación de su inversión, no sostuvo con firmeza que la Ley 42 al 50% constituía en sí misma una expropiación¹⁰⁶⁵. El Tribunal está de acuerdo con que la Ley 42 al 50% no constituyó una privación a la luz del Artículo 6.

672. Como cualquier otro impuesto sobre utilidades extraordinarias, la Ley 42 redujo la rentabilidad de Perenco, no privó a la Demandante de sus derechos de gestión y control de su inversión en Ecuador, ni alcanzó el nivel requerido de una disminución sustancial del valor de dicha inversión. El Tribunal es consiente en este sentido de la conclusión a la que se arribó en varios laudos en cuanto que se debe hacer una distinción entre una privación parcial del valor, que no es una expropiación, y una “*privación total o casi total del valor*”, que puede constituir una expropiación¹⁰⁶⁶. Por ello, por ejemplo, en *Tecmed c. México*, el tribunal advirtió sobre las medidas por las que “[el inversor] *se vió privad[o], de manera radical, de la utilidad económica de su inversión, como si los derechos relativos a ésta ... hubiesen cesado*” o, dicho de otro modo, “los bienes en cuestión han perdido valor o utilidad para quien se beneficia de

¹⁰⁶⁵ Réplica, párrafo 356: “Al 50%, la Ley 42 constituía un incumplimiento de los Contratos de Participación y de los estándares del trato justo y equitativo... en virtud del Tratado... Al 99%, también fue económicamente devastador para Perenco, y, contrariamente a la argumentación de Ecuador, constituyó una expropiación como tal”.

¹⁰⁶⁶ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007, párrafo 7.5.11.

los mismos ...”¹⁰⁶⁷. En *CME c. República Checa*, el tribunal señaló que una expropiación indirecta puede devenir cuando se adoptan medidas que no implican una incautación directa sino una “*neutralización efectiva de los beneficios* de los bienes del inversor extranjero ...”¹⁰⁶⁸.

673. El requisito de establecer el volumen de privación del valor antes de declarar la existencia de una expropiación indirecta se inclina hacia la determinación de un volumen muy significativo de privación. No necesita ser total, pero sí muy significativo. Esta cuestión también fue tomada en cuenta por el tribunal del caso *EnCana c. Ecuador*, donde se concluyó que la negativa a devolver el IVA no constituyó una expropiación indirecta porque no había pruebas que sugerían que la medida haya “provoca[do] la paralización de las compañías o que convirtiese al valor derivado de sus actividades en algo tan marginal o poco rentable como para privarlas efectivamente de su carácter de inversiones”¹⁰⁶⁹.

674. Sobre la base de los estándares empleados en casos anteriores, queda claro que la Ley 42 al 50% no privó significativamente a la Demandante de su inversión, ni neutralizó efectivamente el beneficio de la inversión o los derechos relativos a ella, ni tornó las actividades de Perenco marginales o poco rentables como para privarla efectivamente de su carácter de inversiones. Esta situación queda claramente ilustrada, por ejemplo, con las declaraciones de impuestos del Consorcio y el Plan de Desarrollo de Oso, que se analizaron anteriormente.

c. La Ley 42 al 99%

675. Con respecto al Decreto 662, cabe destacar que, con excepción del reclamo al 99% sobre “utilidades extraordinarias” (respecto del cual el Tribunal declaró una violación del Artículo 4), el Estado no intentó interferir con las funciones normales de gestión y control de la inversión. Esta parte del reclamo gira totalmente en torno de la cuestión de si el reclamo de pago del Estado del 99% de las “utilidades extraordinarias” importó una reducción sustancial de la inversión de Perenco al punto de constituir una expropiación indirecta.

¹⁰⁶⁷ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003, párrafo 115 [énfasis añadido].

¹⁰⁶⁸ *CME Czech Republic, B.V. (Países Bajos) c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de septiembre de 2001, párrafo 604 [énfasis añadido] [traducción del Tribunal].

¹⁰⁶⁹ *EnCana Corporation c. República de Ecuador*, Caso LCIA No. UN 3481, Laudo, 3 de febrero de 2006, párrafo 174.

676. Perenco argumentó que así fue; la incautación del 99% de los beneficios en alza de los Contratos constituyó una expropiación indirecta de su inversión, aunque haya conservado la capacidad de generar ingresos por encima o por debajo del precio de referencia, y de continuar operando comercialmente. Ecuador vislumbra la cuestión desde el otro extremo: debido a que el Decreto 662 sólo se aplicó por sobre el precio de referencia de cada Contrato, no puede haber expropiación porque las utilidades generadas por las ventas por debajo del precio de referencia eran, en general, lo que las partes esperaban se generaría cuando los Contratos fueron celebrados, y no hubo interferencia con la gestión y el control de la inversión.
677. El Tribunal ya rechazó el argumento del Ecuador de que las expectativas contractuales de Perenco quedaron satisfechas con la obtención del tipo de ingresos que se esperaban al momento de la celebración de los Contratos. Esto va en contra de la verdadera naturaleza de un contrato de participación e impide conferir suficiente peso a la asunción de riesgo por parte de Perenco. Dicho esto, hay sustento en el argumento del Ecuador sobre que el Decreto 662 no interfirió en la gestión y el control de la inversión.
678. En cuanto al efecto del Decreto 662 en las operaciones de Perenco, Ecuador se refirió a la prueba de su experto Fair Links. La Figura 14 del primer informe de Fair Links, que ilustra un análisis histórico del flujo de caja libre del Bloque 21¹⁰⁷⁰, indica que tanto el flujo de caja libre acumulado del Consorcio como el anual deberían haber permanecido establemente positivos durante la vigencia y aplicación de la Ley 42 y el Decreto 662¹⁰⁷¹. La Figura 15 ilustra un análisis histórico del flujo de caja del Bloque 7 y, de manera similar, muestra que el Consorcio se debería haber beneficiado de un incremento positivo estable del flujo de caja libre durante dicho período¹⁰⁷². Fair Links concluyó que para ambos Bloques “las contribuciones de efectivo anuales más significativas durante la operación de los [Bloques] [fueron] en 2007 en el Bloque 21 y en 2008 en el Bloque 7, es decir, cuando la Ley 42 y luego el Decreto 662 estaban en plena vigencia”¹⁰⁷³. Cabe destacar que los gráficos muestran una pendiente en el flujo de caja

¹⁰⁷⁰ El término ‘flujo de caja libre’ lo define Fair Links como “el efectivo que la compañía es capaz de generar luego de gastar los recursos necesarios para mantener o expandir su base de activos (el flujo de caja libre se calcula restando los gastos de capital del flujo de caja operativo)”: Fair Links 1.º, p. 39, párrafo 109 [traducción del Tribunal].

¹⁰⁷¹ Fair Links 1.º, Figura 14, p. 40.

¹⁰⁷² Fair Links 1.º, Figura 15, p. 40.

¹⁰⁷³ Fair Links 1.º, p 39, párrafo 111 [traducción del Tribunal].

libre anual del Bloque 21 en 2008, comparado con 2007 (aunque se mantuvo positivo)¹⁰⁷⁴. No se puede decir lo mismo para el monto del flujo de caja libre anual del Bloque 7; la Figura 15 registra un incremento en 2008 (aunque no es tan significativa como el incremento en el flujo de caja libre positivo entre 2006 y 2007 en el Bloque 7)¹⁰⁷⁵.

679. La prueba del Prof. Kalt, experto de Perenco, indicó que el efecto de la Ley 42 y del Decreto 662 debería ser considerado desde la perspectiva de la “viabilidad del campo”; es decir, la diferencia entre los ingresos asociados con la operación del campo ponderada contra los costos del capital ya incurridos y los costos operativos asociados con la producción en marcha. Perenco realizó inversiones importantes en los Bloques 7 y 21 luego de adquirir su participación en 2002, que ascendieron a aproximadamente US\$364 millones¹⁰⁷⁶. El efecto del impuesto al 99% no puede medirse solamente en relación con los costos operativos corrientes de la contratista, sino que también hay que tener en cuenta los costos hundidos de capital¹⁰⁷⁷. Su respuesta a la prueba de Fair Links fue que el Consorcio continuó generando un flujo de caja libre anual positivo durante la vigencia del Decreto 662 objetando si el margen fue “razonable’ y/o ‘suficiente’...para que fuera razonable que Perenco continuara operando bajo” los Contratos de Participación desde la perspectiva de la contratista, es decir, una perspectiva basada en la viabilidad del campo, y observando que el “carácter económico” de los Contratos según el Decreto 662 asumió la “forma más extrema de participación gubernamental – es decir, un contrato de prestación de servicios”¹⁰⁷⁸. Luego procedió a señalar que “el propio análisis de ‘efectivo libre’ de Fair Links reconoc[ió] implícitamente [que en virtud del Decreto 662] Perenco efectivamente sólo podía recuperar gastos y no se le permitió siquiera recuperar costos relativos al capital pasado o de continuación (incluyendo un retorno al capital)”¹⁰⁷⁹. En este sentido, en la Figura 17 de su informe opinó que, en virtud del Decreto 662 y antes de que se emitieran las coactivas, Perenco habría reportado un ingreso neto de la combinación de sus

¹⁰⁷⁴ Fair Links 1.º, Figura 14.

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*, Figura 15, p. 40.

¹⁰⁷⁶ Kalt, 1.º, párrafo 145.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*, párrafo 146 [bastardilla en el original].

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*, párrafo 147.

operaciones en el Bloque 7 y en el Bloque 21 de US\$60,6 millones, cuando debería haber obtenido una ganancia proyectada de US\$272 millones (sin los efectos de la Ley 42)¹⁰⁸⁰.

d. La decisión del Tribunal

680. En opinión del Tribunal, si bien el Decreto 662 fue violatorio del Artículo 4 del Tratado por las razones expuestas anteriormente, no constituyó una expropiación indirecta. Las razones del Tribunal pueden explicarse en tres pasos.
681. En primer lugar, el Tribunal recuerda las expectativas de Perenco sobre los precios relativamente estables del petróleo al momento de la adquisición de su participación en los Contratos. Según la declaración del Sr. Spink, a US\$20/barril, Perenco consideró que podría obtener un retorno de su inversión en un período corto de tiempo. Con sujeción a lo que el Tribunal tenga para decir sobre el efecto de las coactivas en el flujo de caja del Consorcio, que se analiza por separado más adelante, si esto fue así antes del Decreto 662, permaneció igual de ahí en adelante. Perenco continuó operando los Bloques y no hubo perjuicio para sus derechos de propiedad y control.
682. En el párrafo 672 de la presente, el Tribunal se refirió a tres casos en los cuales otros tribunales habían hecho hincapié en si el efecto de las medidas supuestamente expropiatorias tuvieron como efecto la casi desaparición del negocio del inversor. A estos casos, se pueden agregar otros. En *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., y otros c. Estados Unidos de América*, el tribunal concluyó que una medida no era expropiatoria si no provocaba la “total o muy significativa privación de los derechos sobre la totalidad de la inversión del propietario” y si la demandada continuó en posesión de una “empresa en marcha”¹⁰⁸¹. Estos comentarios los hizo en relación con el Artículo 1110 del TLCAN, resaltando varias decisiones que guardan cierta semejanza con los hechos del presente caso:

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*, y Figura 17 cf. Fair Links 2.º, párrafos 48-52: “...en 2008, presumiendo que Perenco había pagado los montos debidos en virtud del Decreto 662 correspondientes a todo el año ... las operaciones de Perenco hubieran generado un superávit compuesto (flujo de caja libre) superior a US\$8/bbl”. Sostuvo que el Profesor Kalt “confundi[ó] los flujos de caja y el ingreso contable y olvid[ó] considerar que la principal fuente de las pérdidas del Bloque 21 fue el tratamiento contable de las amortizaciones (cerca de \$70 millones)” [traducción del Tribunal].

¹⁰⁸¹ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., y otros c. Estados Unidos de América*, Laudo, 12 de enero de 2011, párrafo 148 [traducción del Tribunal].

148. Otros tribunales que resolvieron casos relativos al TLCAN vienen interpretando el Artículo 1110 como una disposición que requiere una privación total o muy significativa de los derechos sobre la totalidad de la inversión del propietario, y han rechazado reclamos de expropiación cuando (como en este caso) una demandante permanece en posesión de la empresa en marcha. El Laudo Provisorio del caso *Pope & Talbot* rechazó un reclamo por interferencia de las medidas en disputa con las actividades comerciales de las demandantes que supuestamente constituía una expropiación, mientras la demandante continuaba realizando exportaciones rentables de leños. Como explicó el tribunal del caso *S.D. Myers*, '[u]na expropiación generalmente implica una supresión de larga data de la capacidad de un propietario de sacar provecho de sus derechos económicos'.

149. El tribunal del caso *Feldman c. México* rechazó un reclamo de expropiación porque la demandante continuó en posesión y con capacidad para llevar a cabo otras líneas de su actividad comercial.

'[A]quí, como en *Pope & Talbot*, los actos regulatorios (cumplimiento de disposiciones de larga data de la legislación Mexicana) no han privado al Demandante del control sobre su compañía, CEMSA, no han interferido directamente en las operaciones internas de CEMSA ni han desplazado al Demandante de su posición como accionista controlante. El Demandante es libre de continuar con otras líneas de su actividad comercial, como la exportación de bebidas alcohólicas o artículos fotográficos, ... u otros productos ... [aunque] se ha visto efectivamente impedido de exportar cigarrillos. Por ello, este Tribunal cree que no hubo una "toma" según esta norma articulada en *Pope & Talbot*, en el presente caso'.

150. *Glamis Gold* se resolvió en un sentido similar.

'[T]odo análisis de panel debería comenzar por determinar si el impacto económico del conjunto de medidas alcanza para poder llegar a constituir en efecto una incautación: '[E]s necesario determinar, en primer término, si en razón de la Resolución la Demandante se vió privada, de manera radical, de la utilidad económica de su inversión, como si los derechos relativos a ésta ... hubiesen cesado'. El Tribunal está de acuerdo con estas afirmaciones y, por ello, comienza su análisis sobre si hubo una violación del Artículo 1110 del TLCAN mediante la determinación si las medidas federales o de California "perjudic[aron] sustancialmente los derechos económicos del inversor, es decir, la propiedad, el uso, el goce o la gestión de sus actividades comerciales, de tal modo de tornarlos inútiles. La mera limitación de los derechos de propiedad no constituye una incautación'¹⁰⁸².

683. El tribunal del caso *Grand River* agregó que esto se correspondía con el enfoque de tribunales ajenos al TLCAN que "sostuvieron que una expropiación debe implicar una pérdida o perjuicio muy grande de la inversión de una demandante":

¹⁰⁸² *Ibid.*, párrafos 149-150 [se omitieron las citas internas] [traducción del Tribunal].

151. ... tribunales del CIADI rechazaron reclamos de expropiación por disminución sustancial del valor de los bienes de la demandante si la demandante retuvo la propiedad y el control. Por ello, el Tribunal del caso *CMS c. Argentina* denegó un reclamo de expropiación cuando la demandante retuvo el pleno derecho de propiedad y control sobre su inversión, aunque su valor se redujo en más del 90%. El caso *LG&E c. Argentina* es similar: ‘La interferencia con la capacidad de la inversión para mantener sus actividades no es suficiente, si dicha inversión se mantiene operativa, aún cuando sus ganancias disminuyan¹⁰⁸³’.

684. Teniendo en cuenta los estrictos requisitos de los casos mencionados, el Tribunal considera que si bien el Decreto 662 violó el estándar de trato justo y equitativo, no constituyó una expropiación indirecta. Estuvo cerca de hacerlo, pero no cruzó la línea.
685. En segundo lugar, durante el período posterior a la aplicación del Decreto 662 y hasta la suspensión de las operaciones en julio de 2009, Perenco continuó operando los yacimientos e incluso pagó los montos debidos en virtud de la Ley 42 al 99% (hasta que presentó su reclamo ante el CIADI luego de que el Presidente suspendiera las negociaciones en abril de 2008) o con posterioridad depositó los montos en disputa en una cuenta bancaria afuera del Ecuador. Incluso después de que se puso en marcha el procedimiento arbitral, Perenco manifestó su voluntad de cumplir con la recomendación del Tribunal de que las Partes celebren un acuerdo de depósito en plica para que los futuros pagos de los montos en disputa queden a resguardo hasta que el Tribunal expida una decisión sobre el fondo de la diferencia. Por ello, la carga económica de pagar el 99% de los ingresos por sobre el precio de referencia, si bien fue desfavorable para Perenco, no provocó la interrupción de sus operaciones ni, volviendo a los requisitos antes mencionados, neutralizó efectivamente la inversión o la tornó extinta como si hubiera dejado de existir¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸³ *Ibid.*, párrafo 151 [traducción del Tribunal].

¹⁰⁸⁴ Luego de que el Tribunal culminó casi por completo sus deliberaciones en esta etapa del procedimiento, el 28 de mayo de 2014, Ecuador presentó una carta junto con un documento para que el Tribunal analice. Este documento, que Ecuador solicitó se incluya como Anexo E-376, consistía en un correo electrónico interno de ConocoPhillips denominado “Propuesta de Plan de Perforación de Ecuador” [traducción del Tribunal], del 9 de octubre de 2007. En este documento, los empleados de ConocoPhillips (la casa matriz del socio de Perenco en el consorcio, Burlington) hacía referencia a comunicaciones con Perenco con posterioridad a la promulgación del Decreto 662, en las cuales Perenco expresaba su opinión sobre la economía del procedimiento relativo a ciertos planes de perforación frente a las nuevas circunstancias. Mediante una carta del 14 de junio de 2014, Perenco objetó la admisión del documento en esta etapa del procedimiento. Luego de considerar el documento y las presentaciones de las Partes, el 19 de junio de 2014, el Tribunal informó a las Partes que debido a la extemporaneidad de la solicitud y los requisitos de justicia procesal, no admitiría el documento en el expediente. En opinión del Tribunal, sobre la base de su análisis de los reclamos basados en el Tratado, si se hubiera admitido, no habría modificado el contenido de esta Decisión.

686. En tercer lugar, a lo largo de 2008 y entrado el año 2009, Perenco continuó negociando con Ecuador con miras a reajustar la relación en un modo satisfactorio para ambas partes. Ya se concluyó que esto lo hizo en un clima de coerción, buscando sacar el mayor provecho de una situación desventajosa y, por esta razón, el Tribunal no le asigna mucha importancia a esta cuestión, pero sí aporta fundamentos para la opinión del Tribunal de que el Decreto 662 no provocó la extinción de la inversión.
687. Para arribar a esta conclusión, es imperativo señalar que es obvio que las limitaciones impuestas por el Decreto 662 colocaron a las condiciones de operación de Perenco muy por debajo de un nivel óptimo. El efecto inmediato del Decreto 662 (y las declaraciones siguientes de los ministros ecuatorianos en cuanto a la intención del Estado de convertir los contratos de participación en contratos de servicios) posiblemente llevó a un reducción de la inversión, generó más reclamaciones para la administración y provocó, en general, gran agobio para las actividades comerciales. Pero el punto central del análisis relativo a la expropiación no es si las condiciones de la inversión de la demandante eran óptimas, sino si la inversión fue incautada.
688. El Tribunal puso énfasis, en primer lugar, en el efecto del Decreto 662 sobre Perenco. La Demandante formula argumentos adicionales sobre la legitimidad y proporcionalidad del decreto en términos de su objetivo. De hecho, uno se puede preguntar con razón si fue apropiado que el Estado reclame el 99% de las utilidades extraordinarias y si esto fue desproporcionado en función del objetivo de política pública del Estado. Como señaló Perenco, Ecuador obtuvo beneficios con “medidas menos draconianas”, como surge de la sanción de la Ley de Equidad Tributaria y su oferta de una división 70-30 por encima de un precio de referencia mucho más alto que el que establecía la Ley 42.
689. Este argumento tiene sustento, pero en última instancia, el Tribunal no cree que una medida que puede ser desproporcionada incline la balanza hacia el lado de la determinación de una expropiación cuando la prueba de su efecto indica lo contrario. La cuestión de la desproporcionalidad era importante para determinar si el Decreto 662 constituyó una violación a la obligación de conferir un trato justo y equitativo, pero no presupone que la Demandante esté exenta de probar una expropiación indirecta en este caso.

690. En síntesis, el Tribunal sostiene que el Decreto 662 no representa una expropiación indirecta. Esto, por supuesto, no da por concluido el asunto. Aún resta analizar el efecto combinado del Decreto 662, el inicio de las coactivas, la decisión del Ecuador de no cumplir con la Decisión sobre Medidas Provisionales, la suspensión de las operaciones y el comienzo del procedimiento de *caducidad*. Después de todo, los derechos contractuales de Perenco quedaron formalmente extinguidos por la declaración de *caducidad* y la inversión en los Bloques 7 y 21 quedó extinguida desde la fecha de dicha declaración.

e. El efecto combinado del Decreto 662, las coactivas y la declaración de caducidad

691. Ecuador argumenta que el Consorcio se embarcó en una suerte de estrategia de “auto-expropiación” mientras que Perenco y Burlington, luego de calcular los costos de seguir operando los Bloques y cumplir con la Ley 42 en lugar de entregar los Bloques, basándose en el hecho de que habían depositado los montos que debían pagar en una cuenta situada afuera del territorio de Ecuador y demandando por daños en este arbitraje, a sabiendas tomaron medidas que llevarían a las autoridades a intervenir y a ejercer sus funciones legales¹⁰⁸⁵.

692. Perenco rechazó el argumento de la “auto-expropiación” señalando, en primer lugar, que expresó su voluntad de colocar los montos en disputa en virtud de la Ley 42 en un depósito en plica mientras el procedimiento arbitral estaba pendiente de resolución (específicamente los pagos futuros que de otra manera serían pagaderos luego de la apertura de dicha cuenta) y, en segundo lugar, que luego de la confiscación de su producción que los llevó a suspender las operaciones, ofreció retomar la actividad si Ecuador emprendía el cumplimiento de la Decisión sobre Medidas Provisionales del Tribunal¹⁰⁸⁶. Esto, por supuesto, no ocurrió.

693. La decisión en cuanto a si las medidas, comenzando con las coactivas hasta llegar a la declaración de *caducidad*, constituyen una expropiación de la inversión de Perenco no es tan simple de dilucidar como sugieren las partes.

694. El Tribunal ya concluyó que Perenco tenía una expectativa razonable en virtud de los Contratos de Participación de que Ecuador cumpliría todas las decisiones del Tribunal. Esta expectativa contractual se ve reforzada por la expectativa general de cualquier parte de una

¹⁰⁸⁵ Dúplica, párrafos 290, 306-311, 533-540.

¹⁰⁸⁶ Réplica, párrafos 254-266.

disputa, una vez que la diferencia se somete a arbitraje, de que ambas partes buscarán adecuar su conducta a las directivas del Tribunal, en particular para evitar que la disputa se profundice.

695. Ecuador se encontró imposibilitado de cumplir con la Decisión sobre Medidas Provisionales del Tribunal en este caso. El Tribunal puede bien comprender por qué en 2009, en aplicación de una ley interna, Ecuador desearía liquidar los montos reclamados correspondientes a 2008. No obstante, cuando se sometió la cuestión al Tribunal, la obligación del Ecuador de hacer cumplir la ley entró en conflicto con su obligación contractual de cumplir las decisiones del Tribunal. El Tribunal recomendó lo que consideraba una forma razonable de proteger los derechos de ambas partes antes de arribar a una resolución definitiva de la diferencia. Lamentablemente, esto no fue posible a la luz de las circunstancias. Perenco acertadamente señala que si el Estado hubiera optado por no actuar en relación con las coactivas, la disputa no se habría agravado en la forma en que se agravó.
696. Por ello, al Tribunal se le presenta una situación en la cual la Demandada incautó la producción petrolera de Perenco y la subastó con el fin de compensar la deuda reclamada en virtud de la Ley 42 correspondiente a 2008. Cuando Perenco (y Burlington) se negaron a destinar el dinero depositado afuera del Ecuador a pagar la deuda reclamada, era obvio que la decisión del Ecuador de emplear las coactivas tendría un grave impacto en el flujo de caja del Consorcio.
697. En cuanto a la subasta del petróleo incautado, ambas partes contribuyeron a la situación. El Estado llevó a cabo las subastas y Perenco, al parecer, amenazó con llevar a juicio a quienes compraban el petróleo incautado¹⁰⁸⁷. En consecuencia, los precios a los cuales Petroecuador adquirió el petróleo ante la ausencia de otros oferentes fue significativamente menor que el precio de mercado. Por ello, el crédito atribuido a Perenco fue mucho menor que el que se hubiera atribuido si el petróleo se hubiera vendido a precio de mercado. Ecuador compró la producción de los Bloques 7 y 21 por la mitad y luego por dos tercios del precio de

¹⁰⁸⁷ Anexo E-57, “Perenco protegerá sus derechos sobre el petróleo ecuatoriano incautado desafiando decisiones de tribunales internacionales de arbitraje”, PR Newswire, Londres, 3 de julio de 2009; Transcripción, Audiencia sobre el Fondo, día 2, p. 316 (Alegato de Apertura de la Demandada).

mercado¹⁰⁸⁸. Atribuyó estas ventas a la deuda de Perenco en virtud de la Ley 42, pero lo hizo a un precio de venta reducido en la subasta en lugar de hacerlo al precio de mercado del crudo¹⁰⁸⁹.

698. Perenco afirma que según ambos Contratos, con la Ley 42 al 99% en vigor, y con su producción de crudo incautada y subastada a un precio menor que el precio internacional de mercado, se le pedía que utilizara sus ingresos operativos no alcanzados por la Ley 42 para liquidar los montos anteriores y futuros debidos en virtud de la Ley 42¹⁰⁹⁰. Indicó que aunque podría haber “continuado operando por un periodo limitado ... al reducir las reservas de efectivo, habría continuado erosionando su rendimiento en general de las sustanciales inversiones de capital que ya había hecho en los Bloques ...”¹⁰⁹¹.

699. Apoyándose en la declaración del Prof. Kalt, Perenco señaló que la manera y el precio al que Ecuador decidió subastar el crudo la colocó en una “posición económicamente devastadora”¹⁰⁹². En relación con esto, el Prof. Kalt consideró erróneas las conclusiones de Fair Links sobre el flujo de caja libre del que el Consorcio se habría beneficiado entre 2008 y 2009 a pesar del efecto de las coactivas¹⁰⁹³ porque omitió tomar en cuenta el efecto de las coactivas sobre “los incentivos del Contratista para continuar operando”¹⁰⁹⁴. Manifestó que el “[e]l impacto de la decisión de Ecuador de tomar forzosamente la producción que correspondía a Perenco como compensación por las evaluaciones pasadas a la Ley 42 puede ser fácilmente ilustrado por el hecho de que estas tomas o embargos fueron lo suficientemente grandes como para reducir los volúmenes de ventas reales de Perenco a cero a principios del 2009. Por lo tanto, en realidad, para el año del 2009 Perenco no podría haber tenido flujo de caja positivo, ya que no estaba recibiendo entradas de efectivo de las ventas del petróleo. Al mismo tiempo, continuó incurriendo en importantes costos para continuar operando el campo y para el transporte de la producción al mercado. En tales circunstancias, el flujo de caja neto libre tiene

¹⁰⁸⁸ Réplica, párrafo 356; Anexos E-92 (cuadro de subastas del crudo para el Bloque 7) cf. CE-290 (PER 04594) (informe de auditoría de DNH de 2009 para el Bloque 7) y CE-291 (PER 04601) (informe de auditoría de DNH de 2009 para el Bloque 21).

¹⁰⁸⁹ Réplica, párrafo 360.

¹⁰⁹⁰ Réplica, párrafos 360-362.

¹⁰⁹¹ Réplica, párrafo 363.

¹⁰⁹² Dúplica, sección 5.3.2 [traducción del Tribunal]; Brattle, párrafo 93.

¹⁰⁹³ Fair Links, 1.º, pp. 39-40.

¹⁰⁹⁴ Kalt, 1.º, párrafo 153, p. 78.

que haber sido negativo, no positiva como afirma Fair Links”¹⁰⁹⁵. Por ejemplo, para el Bloque 7 en 2009, el Prof. Kalt sostuvo que en lugar de un flujo de caja libre de US\$32 millones, el Consorcio había sufrido una pérdida de US\$66 millones como resultado de la Ley 42, el Decreto 662 y las coactivas¹⁰⁹⁶.

700. En su segundo informe, Fair Links respondió los puntos del Prof. Kalt, argumentando que el “impacto del proceso de coactivas es diferente a una valuación en virtud de la Ley 42 (incluido el Decreto 662) en 2009”¹⁰⁹⁷. En su primer informe, Fair Links concluyó que, considerando que Perenco pagó las deudas devengadas del Decreto 662 correspondientes a 2008, debería haber obtenido igual un “superávit compuesto (flujo de caja libre) de más de \$8/bbl”¹⁰⁹⁸. Fair Links argumentó, en este sentido, que el Decreto 662 y las coactivas fueron dos medidas distintas, y combinarlas implicaría “distorsionar el efecto de la Ley 42”¹⁰⁹⁹. Aclaró su significado en el curso del informe, explicando que debido a que el proceso de coactivas tuvo como objetivo aplicar la Ley 42, para reclamar lo que se debería haber pagado en virtud de la Ley 42, no tenía en su mira imponer “una carga adicional más allá de la Ley 42” sino cobrar las “sumas que Perenco había obtenido en concepto de utilidades en 2008, pero que habían sido retenidas”¹¹⁰⁰. Consideró que el análisis del Prof. Kalt estaba “distorsionado por el impacto de los descuentos resultantes de las subastas” e indicó que debido a que se habían “atribuido estos descuentos a las propias acciones de Perenco tendientes perjudicar la subasta en lugar de atribuirlos al proceso legal de coactivas”, su enfoque fue que el “impacto de las coactivas debería evaluarse en forma independiente de los descuentos que fueron provocados por las propias acciones de Perenco”¹¹⁰¹.

701. El segundo perito del Ecuador, el Grupo Brattle, trazó una línea diferente y respondió extrapolando del Anexo V y los modelos de desarrollo del Prof. Kalt antes de concluir que “[s]i aislamos el impacto de los resultados de la subasta ... la prueba parece corresponderse enteramente con su análisis de los incentivos financieros del consorcio de abril de 2008, es

¹⁰⁹⁵ Kalt, párrafo 155, p. 79.

¹⁰⁹⁶ Kalt, Figura 19, p. 80.

¹⁰⁹⁷ Fair Links, 2.º, párrafo 55, p. 21 [traducción del Tribunal].

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*, párrafo 48, p. 19 [traducción del Tribunal].

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*, párrafo 55, p. 21 [traducción del Tribunal].

¹¹⁰⁰ *Ibid.*, párrafo 57, p. 21 [traducción del Tribunal].

¹¹⁰¹ Fair Links, 2.º, párrafo 58, p. 21 [traducción del Tribunal].

decir que el consorcio podría haber obtenido un valor mayor reteniendo los pagos debidos en virtud de la Ley 42 y el Decreto 662 en el corto plazo a lo que podría haber ganado si pagaba lo adeudado y operaba los yacimientos hasta la finalización programada de los contrato”¹¹⁰². Las Figuras 12 y 13 del informe de Brattle sugieren que en agosto de 2008, cuando el precio de mercado del petróleo llegó a su máximo nivel¹¹⁰³, el valor acumulado de los montos debidos en virtud de la Ley 42 comenzaron a superar el costo de continuar las operaciones para el Consorcio. Ecuador subrayó en repetidas oportunidades que la Ley 42 y el Decreto 662 sólo se aplicaban a los ingresos por encima de los precios de referencia legales más allá de las suposiciones relativas a los precios *ex ante* de las partes¹¹⁰⁴. Según Brattle, debido a que ni la Ley 42 ni el Decreto 662 redujeron el precio esperado neto de impuestos por debajo de los niveles originalmente anticipados, ninguna medida redujo los flujos de caja, la tasa interna de retorno ni el valor neto presente de los modelos financieros de los Bloques 7 y 21 por debajo de las estimaciones originales¹¹⁰⁵. De hecho, “los flujos de caja, la tasa interna de retorno o el valor neto presente de estos modelos financieros fueron muy superiores a las estimaciones originales”¹¹⁰⁶.

702. Asimismo, Ecuador señaló que la Ley 42 y el Decreto 662 entraron en vigor luego de que el precio del petróleo comenzara a subir; en otras palabras, no “privaron a Perenco de utilidades extraordinarias en masa como las que generó la suba precipitosa de los precios del petróleo de 2006”¹¹⁰⁷. La recomendación es que esto debería tenerse en cuenta en un análisis sobre si la tasa interna de retorno del 15% se cumplió en el tiempo (es decir, objetando la tasa interna de retorno del Prof. Kalt del 13% que omite los “a la alza” que Perenco ya había recibido)¹¹⁰⁸.
703. En definitiva, la estrecha cuestión que debe analizar el Tribunal es si Perenco, al recurrir al Tribunal, podría reconfortarse con el hecho de que su negativa a pagar los montos adeudados correspondientes a 2008 en virtud de la Ley 42 a Ecuador lo protegería en este arbitraje sin consecuencias potencialmente adversas. El Tribunal consideró con detenimiento las posiciones

¹¹⁰² Brattle, párrafo 24 [traducción del Tribunal].

¹¹⁰³ Fair Links, 2.º, Figura 7.

¹¹⁰⁴ Memorial de Contestación, párrafos 185, 419; Dúplica, párrafo 8, 523 etc.

¹¹⁰⁵ Brattle, párrafos 9-11 [traducción del Tribunal].

¹¹⁰⁶ Brattle, párrafo 12 [traducción del Tribunal].

¹¹⁰⁷ Dúplica, párrafos 525-527 [traducción del Tribunal].

¹¹⁰⁸ Dúplica, párrafos 526-527 cf. Kalt, párrafos 106-108, Figura 10.

de las Partes. Considera que Perenco tenía derecho a esperar que Ecuador desistiera de ejecutar las coactivas durante el arbitraje. También considera que en su decisión de retener la totalidad de los montos correspondientes a 2008 reclamados en virtud de la Ley 42, Perenco creyó que el Tribunal aceptaría su reclamo de que ningún monto debido en virtud de la Ley 42 y reclamado por el Estado estaba amparado por los Contratos o el Tratado. Debido a que los reclamos de Perenco no se relacionaban con la Ley 42 al 50%, el Tribunal sostiene que aunque Ecuador debería haber cumplido con la Decisión sobre Medidas Provisionales, las coactivas no deberían haberse incluido en el análisis del Tribunal de las medidas que, según se dijo, constituyeron en su conjunto una expropiación indirecta. (Más allá de la cuestión de la expropiación, el Tribunal considera que la decisión de Petroecuador de acreditar a la deuda impositiva del Consorcio sólo el precio recibido en la subasta fue injusto e inequitativo. Se puede suponer sin riesgo que Petroecuador hubiera vendido el petróleo al precio de mercado y al contabilizar a favor de Perenco el precio reducido de la subasta en lugar del precio de mercado del momento, simplemente tomaría más tiempo cancelar la deuda reclamada con las incautaciones. Además, en la medida en que se admitió el reclamo de Perenco relativo a que el Decreto 662 al 99% era violatorio del Artículo 4 del Tratado, según los párrafos 606-607 anteriores, la ejecución de las coactivas para cobrar el 49% restante reclamado constituyó un incumplimiento de la obligación de conferir un trato justo y equitativo, pero no constituyó una expropiación de la inversión).

f. La suspensión de las operaciones y la respuesta del Estado

704. Esto lleva al Tribunal a la suspensión de las operaciones, que puede analizarse sucintamente. Perenco argumentó que la decisión del Estado de intervenir y operar los bloques luego de la decisión de suspender las operaciones equivalía a un acto expropiatorio. Si bien el Tribunal aceptó que la defensa de *exceptio non adimpleti contractus* amparaba a Perenco, en virtud de la ley ecuatoriana y, en consecuencia, podía suspender legítimamente las operaciones frente a un incumplimiento contractual sin que su propio accionar se considere un incumplimiento, esto no debe llevar a la conclusión de que ante la suspensión de las operaciones, el Estado no tenía derecho a intervenir y que dicha intervención constituyó una expropiación.
705. En este punto, el Tribunal acepta el argumento de la Demandada de que cuando el Consorcio anunció su intención de suspender las operaciones, había razones justificadas y válidas para

que el Estado interviniera con el fin de operar los Bloques, para así garantizar su continuidad y mantener su productividad¹¹⁰⁹. La Demandada dio pruebas de las pérdidas potenciales de producción y otros problemas técnicos que hubiera tenido de haberse suspendido las operaciones. En consecuencia, el Tribunal acepta que el Estado tenía el derecho a operar y mantener los Bloques luego de que el Consorcio se había retirado¹¹¹⁰. Esta intervención – de la que no puede decirse que interfirió con el derecho del Consorcio de administrar y controlar los Bloques porque el Consorcio había abandonado dicho derecho en forma voluntaria y temporal – no constituyó una expropiación ni puede considerarse como parte de la misma.

g. La declaración de Caducidad

706. El Tribunal pasará ahora a analizar la decisión de la Demandada de iniciar el proceso de *caducidad*¹¹¹¹, lo que también puede hacerse sucintamente. Si bien acepta que el Estado tenía del derecho a intervenir y operar los bloques, el Tribunal no acepta que el Estado estaba obligado a dar por extinguidos los Contratos de la Demandante mediante una declaración de *caducidad*. El Tribunal advierte, en este sentido, que, en virtud del Artículo 74 del Capítulo IX de la Ley de Hidrocarburos, el Ministerio “*puede* declarar la *caducidad* de los contratos, si el contratista” realiza alguno de los trece diferentes tipos de actos que incluyen suspender las operaciones “sin causa que lo justifique, calificada por PETROECUADOR”¹¹¹². El Tribunal pone en relieve el hecho de que la frase de apertura del Artículo 74 expresa una prerrogativa y no una obligación. En otras palabras, el Ministerio está facultado para declarar la *caducidad* de los contratos¹¹¹¹ ante alguna de las circunstancias específicas, pero no está obligado a hacerlo.
707. El Tribunal acepta el argumento del Ecuador de que esto no fue realizado sin previo aviso al Consorcio¹¹¹³. El Ministerio y Petroecuador enviaron pedidos al Consorcio en cuatro oportunidades solicitando que retomaran las operaciones y advirtiendo que la omisión en este sentido podría derivar en la extinción de los Contratos¹¹¹⁴.

¹¹⁰⁹ Dúplica, párrafos 313-317, 614-617.

¹¹¹⁰ Dúplica, párrafos 614-617; RPS, 2.º, párrafos 7-8.

¹¹¹¹ Dúplica, párrafos 611-623.

¹¹¹² Anexo EL-90, texto del Artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos [énfasis añadido].

¹¹¹³ Dúplica, párrafo 312.

¹¹¹⁴ Anexos E-132/CE-236, Carta de Petroecuador a Perenco sobre la suspensión de las operaciones, 21 de julio de 2009; E-107, Carta de Petroecuador a Perenco y Burlington del 24 de julio de 2009; E-133/CE-239, Carta de

708. Sin embargo, en todas las circunstancias del caso, el Tribunal considera que el Ministerio debió haber frenado sus acciones y esperado el resultado de este arbitraje. No fue contrario al Artículo 6 que Ecuador haya continuado operando los yacimientos frente a la negativa de la Demandante de retomar las operaciones hasta que la cuestión de las coactivas haya sido resuelta a su satisfacción. Pero la decisión de iniciar el proceso de *caducidad* y de dar por extinguidos los derechos contractuales de Perenco durante este arbitraje constituye, en opinión del Tribunal, una violación del Artículo 6.

709. En este sentido, el Tribunal señala que cuando Ecuador primero manifestó su incapacidad para cumplir con la Decisión sobre Medidas Provisionales, declaró que no tenía intención de dar por extinguidos los Contratos de Participación:

...No obstante ello, Ecuador está empeñado en contribuir al objetivo central de la Decisión, es decir evitar que se tomen medidas que pudieran perjudicar la efectividad de algún laudo que se pudiera emitir en el futuro (en caso de que el Tribunal en última instancia confirme su jurisdicción y resuelva las cuestiones de fondo). *A tal efecto, Ecuador tiene la intención de hacer cumplir la Ley 42 de tal manera de evitar la interrupción de las actividades de Perenco. En particular, Ecuador no desea incautar los bienes del Consorcio más allá del equivalente en petróleo del valor de la deuda pendiente de pago. Tampoco desea Ecuador resolver los Contratos de Participación, o tomar acciones legales contra los representantes de Perenco*¹¹¹⁵.

710. El Tribunal reconoce que esta declaración de intención fue anterior a la suspensión de las operaciones por parte del Consorcio y al intercambio epistolar entre las partes. La potestad del Ministerio de iniciar o no el proceso de *caducidad* era discrecional y el Tribunal entiende que esta potestad debería haberse ejercido en pos de evitar el proceso de *caducidad* mientras se esperaba una declaración sobre los derechos y las obligaciones de las Partes en este procedimiento. Por ello, el Tribunal concluye que a partir de la fecha de la declaración de la *caducidad*, momento en que se extinguieron los derechos del Consorcio, la Demandada expropió los derechos contractuales de Perenco en violación del Artículo 6 del Tratado. Esta es la fecha de la expropiación; por las razones expuestas anteriormente, el Tribunal rechaza el argumento de la expropiación escalonada de Perenco.

Petroecuador a Perenco donde se solicita a Perenco retomar las operaciones, 18 de agosto de 2009; E-124, Carta del Ministerio de Minas y Petróleo a Perenco del 19 de agosto de 2009.

¹¹¹⁵ Anexo CE-212, Carta de las Demandadas sobre la Decisión sobre Medidas Provisionales del Tribunal y la Ley 42, 15 de mayo de 2009 [énfasis añadido] [traducción del Tribunal].

711. Esta declaración de *caducidad* fue, por la misma razón, violatoria del Contrato del Bloque 21, porque habiendo ocupado los bloques para salvaguardar los yacimientos, era innecesario que el Ministerio diera por extinguido el Contrato.

IX. COSTAS

712. La cuestión de las costas se resolverá en el laudo final.

X. DECISIÓN

713. Por las razones expuestas en la parte de arriba, el Tribunal decide lo siguiente:

- (1) El Tribunal tiene jurisdicción sobre todos los reclamos por incumplimiento contractual bajo la forma de disputas técnicas y/o económicas, a excepción del reclamo por la declaración de *caducidad* respecto del Contrato del Bloque 7. Este reclamo no queda comprendido por la jurisdicción contractual del Tribunal.
- (2) El Tribunal tiene jurisdicción sobre los reclamos por violación del Tratado.
- (3) Se desestima el reclamo por incumplimiento contractual respecto de la Ley 42 al 50%.
- (4) Se admite el reclamo por incumplimiento contractual respecto de la Ley 42 al 99%.
- (5) Se desestima el reclamo por incumplimiento del Contrato del Bloque 7 respecto del trato supuestamente discriminatorio de Perenco en comparación con Andes Petroleum.
- (6) Se admite el reclamo por incumplimiento del Contrato del Bloque 21 como resultado de la declaración de *caducidad*.
- (7) Se desestima el reclamo por incumplimiento del Artículo 4 del Tratado respecto de la Ley 42 al 50%.
- (8) Se admite el reclamo por incumplimiento del Artículo 4 del Tratado respecto de la Ley 42 al 99%.
- (9) Se desestima el reclamo relativo a que el Decreto 662 constituyó una violación del Artículo 6 del Tratado.

- (10) Se desestima el reclamo relativo a que la ejecución de medidas coactivas constituyó una violación del Artículo 6 del Tratado.
- (11) Se desestima el reclamo relativo a que la intervención de la Demandada en los Bloques 7 y 21 a fin de operar los yacimientos petrolíferos luego de que el Consorcio suspendiera las operaciones constituyó una violación del Artículo 6 del Tratado.
- (12) Se admite el reclamo relativo a que la declaración de *caducidad* constituyó una violación del Artículo 6 del Tratado.
- (13) Debido a que la Demandada presentó una reconvención que ya ha sido tratada en los escritos y en una audiencia, el Tribunal no está en posición de considerar la solicitud de la Demandante del párrafo 511 de la Réplica, es decir, la declaración de que Perenco no tiene obligaciones adicionales de ningún tipo para con Ecuador, Petroecuador o cualquier otra entidad o institución del Ecuador, ya sea en virtud de los Contratos de Participación o de otro instrumento, respecto de los Bloques 7 y 21; y
- (14) Habiéndose determinado que la Demandada incumplió los Contratos de Participación y el Tratado, es necesario avanzar hacia la etapa de los daños en este proceso arbitral. El Tribunal establecerá un cronograma de presentación de documentos y propondrá fechas para una audiencia sobre daños para la consideración de las partes.



Juez Peter Tomka
Presidente del Tribunal



Sr. Neil Kaplan, C.B.E., Q.C., S.B.S.
Árbitro



Sr. J. Christopher Thomas, Q.C.
Árbitro