

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

BURLINGTON RESOURCES INC.

DEMANDANTE

c.

REPÚBLICA DEL ECUADOR

DEMANDADA

Caso CIADI No. ARB/08/5

DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN

Dictada por el Tribunal de Arbitraje Integrado por:

Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Presidenta

Prof. Brigitte Stern, Árbitro

Prof. Francisco Orrego Vicuña, Árbitro

Secretario del Tribunal:

Marco Tulio Montañés-Rumayor

Fecha de envío a las Partes: 2 de junio de 2010

ÍNDICE

I.	HECHOS RELEVANTES PARA LA JURISDICCIÓN	6
1.	Las Partes	6
1.1	La Demandante.....	6
1.2	La Demandada.....	6
2.	La Controversia	6
2.1	Antecedentes de Hecho.....	6
2.2	La Adquisición de Participaciones en Contratos de Participación por parte de Burlington.....	8
2.3	Origen de la Controversia.....	11
2.3.1	Controversia relativa a la supuesta falta de seguridad en los Bloques 23 y 24.....	11
2.3.2	Controversia relativa al aumento de la participación de Ecuador bajo los CP.....	12
II.	HISTORIA PROCESAL	15
1.	La Fase Inicial	15
2.	La Fase Escrita Sobre Jurisdicción	20
3.	La Audiencia Sobre Jurisdicción	21
III.	POSICIONES DE LAS PARTES	23
1.	Posición de Burlington	23
2.	Posición de Ecuador	23
IV.	ANÁLISIS	25
1.	Cuestiones Preliminares	25
1.1	La Relevancia de Decisiones o Laudos del CIADI Anteriores.....	25
1.2	Derecho Aplicable a la Jurisdicción del Tribunal.....	25
1.3	Cuestiones No Controvertidas.....	26
1.4	Criterio para Establecer la Jurisdicción.....	27
2.	Objeciones de Ecuador a la Jurisdicción	28
2.1	Objeción a la Jurisdicción con Respecto al Reclamo por Expropiación.....	29
2.2	Objeciones a la Jurisdicción con Respecto a los Reclamos por la Ley 42 Aparte de Expropiación.....	31

2.2.1 Los Reclamos por la Ley 42 Aparte de Expropiación como “Cuestiones Tributarias” Bajo el Artículo X del Tratado	32
A. Los argumentos de Ecuador	32
(i) El Artículo X del Tratado es relevante para y aplicable a la presente controversia	32
(ii) El Tribunal no tiene jurisdicción aun si Burlington no impugna la Ley 42	35
B. Los argumentos de Burlington.....	36
(i) El Artículo X no se aplica a la presente controversia independientemente de que la Ley 42 sea o no sea un impuesto.....	36
(ii) La naturaleza y la fuente legal de la obligación de indemnizar por parte de Ecuador.....	38
C. Análisis del Tribunal	39
(i) ¿Es la Ley 42 un impuesto a efectos del Artículo X del Tratado?.....	39
(ii) ¿Suscitan los reclamos de Burlington por la Ley 42 aparte de expropiación "cuestiones tributarias" bajo el Artículo X del Tratado?.....	40
(iii) ¿Qué reclamo o reclamos específicos de Burlington constituyen una impugnación de la Ley 42?.....	43
1) Reclamos por la Violación de la Cláusula de Compromisos Contraídos o Cláusula Paraguas	43
2) El reclamo por falta de trato justo y equitativo	48
3) El reclamo por trato arbitrario.....	50
4) El reclamo por falta de protección y seguridad plenas	51
2.2.2 Observancia y Cumplimiento de los Términos de un “acuerdo de inversión” bajo el Artículo X(2)(c) del Tratado.....	52
A. Los argumentos de Ecuador	52
B. Los argumentos de Burlington.....	53
C. Análisis del Tribunal	55
2.3 Objeción a la Jurisdicción con respecto al Reclamo por Protección y Seguridad Plenas en los Bloques 23 y 24	59
2.3.1 ¿Cumplió Burlington con los Requisitos del Artículo VI del Tratado antes de Someter esta Controversia al Arbitraje CIADI?.....	59
A. Los argumentos de Ecuador	59
B. Los argumentos de Burlington.....	62
C. Análisis del Tribunal	66
(i) ¿Hubo una controversia sobre el Bloque 24?	67
(ii) ¿Hubo una controversia sobre el Bloque 23?	74

(iii)	¿Tenía Burlington la obligación de formular alegaciones de violación del Tratado?	77
2.3.2.	¿Perfeccionó Burlington el Consentimiento para Arbitrar esta Controversia?	80
V.	DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN:.....	81

SIGLAS Y ABREVIATURAS

Anexo C-	Anexos de la Demandante [Burlington]
Anexo CL-	Anexos Legales de la Demandante [Burlington]
Anexo E-	Anexos de la Demandada [Ecuador]
Anexo EL-	Anexos Legales de la Demandada [Ecuador]
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CM	Contra-Memorial sobre Jurisdicción de Burlington del 20 de octubre de 2009
Convenio CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Washington, 1965
CP	Contratos de Participación para los Bloques 7, 21, 23 y 24
Mem.	Memorial sobre Responsabilidad de Burlington del 20 de abril de 2009
OJ	Objeciones a la Jurisdicción de Ecuador del 20 de Julio de 2009
OJ de PetroEcuador	Objeciones a la Jurisdicción de PetroEcuador del 20 de Julio de 2009
Reglas de Arbitraje	Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI
Solicitud	Solicitud de Arbitraje de Burlington del 21 de abril de 2008
Solicitud de MP	Solicitud de Medidas Provisionales de Burlington del 20 de febrero de 2009
TBI o el Tratado	Tratado Bilateral de Inversión; específicamente, "Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones" del 11 de mayo de 1997
Tr. [página:línea]	Transcripción de la audiencia sobre jurisdicción del 22 de enero de 2010

I. HECHOS RELEVANTES PARA LA JURISDICCIÓN

1. Esta Sección resume los hechos de esta controversia en tanto y en cuanto tienen relevancia para decidir la objeción de Ecuador con respecto a la jurisdicción.

1. Las Partes

1.1 La Demandante

2. La Demandante, Burlington Resources Inc. (“Burlington” o la “Demandante”), es una sociedad incorporada conforme a las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de América, fundada en 1988 y dedicada a la explotación de recursos naturales.
3. La Demandante está representado en este arbitraje por los señores Alexander Yanos, Nigel Blackaby y Christopher Pugh de FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER; y por José M. Pérez y Javier Robalino-Orellana de PÉREZ BUSTAMANTE & PONCE.

1.2 La Demandada

4. La Demandada es la República del Ecuador (“Ecuador” o la “Demandada”).
5. La Demandada está representado en este arbitraje por el Dr. Diego García Carrión y el Dr. Álvaro Galindo Cardona de la Procuraduría General del Estado; y por el Prof. Pierre Mayer, el Dr. Eduardo Silva Romero, el Sr. Philip Dunham y el Sr. George K. Foster de DECHERT LLP.

2. La Controversia

2.1 Antecedentes de Hecho

6. A comienzos de los años 80’s, Ecuador, a fin de revitalizar su industria de hidrocarburos, lanzó una serie de rondas de licitaciones destinadas a estimular una mayor participación de los operadores privados en este sector. Como resultado de ello, entre los años 1983 y 1993, Ecuador lanzó seis rondas de licitación para la adjudicación de contratos de servicio para contratistas privados (Anexo C-78).
7. Conforme al contrato de servicio modelo, el Gobierno otorga un área de exploración (un ‘Bloque’) a un contratista privado, el cual se compromete a

explotar cualquier reserva de petróleo que se descubra en tal área. A su vez, el Gobierno cubre los gastos del contratista y paga además una suma mensual fija. Más importante aún, el Gobierno continúa siendo el único propietario del petróleo producido, y en consecuencia percibe las mayores ganancias resultantes de cualquier incremento en el precio del petróleo (Anexo C-82).

8. Sin embargo, en el transcurso de las seis rondas de licitación, pocas ofertas fueron presentadas. Los inversores privados demostraron poco interés en el contrato de servicio modelo en base al cual estas licitaciones fueron realizadas. Por ello, a comienzos de 1992, y a fin de generar una mayor inversión, Ecuador adoptó un nuevo marco legal para la industria petrolera basado en un contrato modelo diferente: el contrato de participación ("**CP**") (Anexos C-78, C-81).
9. Conforme al contrato de participación, el contratista privado asume todos los riesgos y costos de la exploración y explotación de las reservas de petróleo en un área determinada y a cambio tiene el derecho a una participación del petróleo producido (Anexo C-17).
10. En consecuencia, Ecuador introdujo reformas en su Constitución y modificaciones en la legislación pertinente. Específicamente, el 29 de noviembre de 1993 el Congreso de Ecuador aprobó una modificación a la ley de hidrocarburos (la "Ley de Hidrocarburos") la cual, junto con su Decreto reglamentario No. 1417, sentó las bases de un nuevo marco legal basado en el contrato modelo de producción compartida (el "Marco Legal para los Hidrocarburos") (Anexos C-13, C-15, C-78, C-85, C-88, C-89).
11. Una vez que el nuevo Marco Legal para los Hidrocarburos entró en vigor, Ecuador lanzó dos rondas de licitación adicionales basadas en el nuevo contrato modelo de producción compartida: la Ronda número Siete en enero de 1994 y la Ronda número Ocho en junio de 1995. Los inversores extranjeros fueron invitados a presentar ofertas en estas dos rondas (Anexo C-90).
12. Durante las Rondas Siete y Ocho, Ecuador adjudicó a los inversores extranjeros los CP para los Bloques 21, 23 y 24. Estos CP fueron celebrados en las siguientes fechas: i) el 20 de marzo de 1995 para el Bloque 21; ii) el 26 de julio de 1996 para el Bloque 23; y iii) el 27 de abril de 1998 para el Bloque 24 (Anexos C-2, C-3, C-4).
13. Asimismo, el 23 de marzo de 2000 Ecuador acordó convertir el contrato de servicio para la exploración y explotación del Bloque 7 en un CP (Anexo C-1).

2.2 La Adquisición de Participaciones en Contratos de Participación por parte de Burlington

14. A partir del año 2000, Burlington comenzó a adquirir participaciones en los CP para la exploración y explotación de reservas petroleras en Ecuador. Burlington realizó estas adquisiciones a través de sus subsidiarias Burlington Resources Oriente Limited ("Burlington Oriente"), Burlington Resources Andean Limited ("Burlington Andean") y Burlington Resources Ecuador Limited ("Burlington Ecuador"), de las que detenta la totalidad de las acciones (en conjunto, las "Subsidiarias de Burlington") (RFA, ¶ 1; Mem., ¶ 1).
15. En particular, entre el año 2000 y el año 2006, Burlington adquirió a través de sus subsidiarias participaciones en los CP para la exploración y explotación de reservas petroleras en cuatro Bloques: 7, 21, 23 y 24. Los cuatro Bloques se encuentran en la región amazónica ecuatoriana, y cada uno posee una superficie de 200.000 hectáreas (Anexos C-1 to C-4, C-21 to C-25).
16. Burlington adquirió participaciones en los CP conforme a la siguiente secuencia: i) en el Bloque 7, adquirió el 25% el 28 de febrero de 2002, el 5% el 13 de septiembre de 2002 y el 12.5% el 2 de octubre de 2006; ii) en el Bloque 21, 32.5% el 28 de febrero de 2002, el 5% el 13 de septiembre de 2002 y el 8.75% el 2 de octubre de 2006; iii) en el Bloque 23, el 50% el 26 de febrero de 2003; y iv) en el Bloque 24, el 100% el 9 de mayo de 2000 (Anexos C-111, C-114, C-117, C-119, C-122, C-131, C-132, C-134).
17. Como resultado de estas adquisiciones, Burlington detenta las siguientes participaciones en los Bloques 7, 21, 23 y 24:
 - 1) En el Bloque 7: el 42.5% de participación en el CP a través de su subsidiaria Burlington Oriente; otra compañía, Perenco, posee el resto de la participación y es el operador del Bloque.
 - 2) En el Bloque 21: el 46.25% de participación en el CP a través de su subsidiaria Burlington Oriente; Perenco, titular del resto de la participación, es el operador del Bloque.
 - 3) En el Bloque 23: el 50% de participación en el CP a través de su subsidiaria Burlington Andean; otra compañía, Compañía General de Combustible S.A. ("CGC"), posee el resto de la participación y es el operador del Bloque.

- 4) En el Bloque 24: el 100% de participación a través de su subsidiaria Burlington Ecuador, operador del Bloque (Anexos C-22 to C-24, C-26, C-27, C-111, C-114, C-116 to C-119, C-120, C-121, C-130 to C-134).
18. De conformidad con los términos de los CP para los Bloques 7, 21, 23 and 24, Burlington goza de los siguientes derechos y garantías:
- 1) El derecho a una participación fija de la producción de petróleo crudo y el derecho a disponer libremente de esta participación;
 - 2) Una cláusula de estabilización legal;
 - 3) Condiciones de seguridad razonables para la ejecución de los CP;
 - 4) Una cláusula de indemnización impositiva¹.
19. En primer lugar, Burlington tiene el derecho a una participación fija en la producción de petróleo crudo. Una vez producido, el petróleo crudo es transportado al así denominado Centro de Inspección y Distribución ("CID"). En el CID, la producción de petróleo crudo es examinada para determinar su volumen y calidad, después de lo cual es repartida entre el Estado y el contratista de conformidad a la fórmula establecida en cada uno de los CP (Anexos C-1, C-2 y C-4, cláusula 3.3.5; Anexo C-2, cláusula 3.3.4).
20. Luego de la asignación en el CID, el contratista deviene el titular de su participación en el petróleo crudo (la "Participación en la Producción del Contratista") y tiene el derecho de disponer de ella libremente (Anexos C-1 to C-4, cláusula 10.1).
21. En segundo lugar, los CP incluyen cláusulas de estabilización legal, *i.e.* disposiciones según las cuales la relación contractual entre las partes se rige por el derecho ecuatoriano en vigor al momento en el cual los contratos fueron celebrados. De este modo, la cláusula 22.1 del CP para los Bloques 7 y 24, cuyo lenguaje es muy similar a cláusulas análogas en los CP para los Bloques 21 y 23, establece lo siguiente:

¹ Mientras que Burlington se refiere a esta cláusula como la "cláusula de estabilización impositiva", (Mem., ¶¶ 108-113), Ecuador prefiere la expresión "cláusula de renegociación" (Tr. 17:21-24). En vista del desacuerdo semántico, el Tribunal cree que la locución "cláusula de indemnización impositiva" refleja de manera adecuada y neutral la naturaleza de esta cláusula. Por ello el Tribunal empleará la locución "cláusula de indemnización impositiva" o simplemente "cláusula de indemnización" en esta Decisión.

"Legislación aplicable: Este contrato se rige exclusivamente por la legislación ecuatoriana y *en él se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración*" (énfasis agregado) (Anexo C-3, cláusula 22.1).

22. En tercer lugar, Ecuador se comprometió a proporcionar a los contratistas condiciones de seguridad razonables para la ejecución de los CP (Anexos C-1, cláusula 5.2.5; C-2, cláusula 5.6.1; C-3 y C-4, cláusula 5.2.6). En este sentido, la cláusula 5.2.6 del CP para el Bloque 23, por ejemplo, dispone que Ecuador se compromete a:

"Proporcionar condiciones razonables de seguridad para la realización de las operaciones de este Contrato" (Anexo C-3).

23. Finalmente, los CP incluyen tres tipos de garantías impositivas. De acuerdo a la primera garantía impositiva, cada CP asegura un tope de impuestos aplicables. De este modo, el impuesto a las ganancias para los Bloques 7, 21 y 23 no puede exceder el 25%, ni el 20% para el Bloque 24 (Anexos C-1 y C-3, cláusulas 11.2.3 y 11.2.4; C-2, cláusulas 11.2.1 y 11.2.2; C-4, cláusula 11.2.3).

24. La segunda garantía impositiva es la así denominada "cláusula de indemnización impositiva". Según esta cláusula, Ecuador se compromete a absorber los efectos de cualquier medida impositiva promulgada luego de la celebración de los CP que tuviera un impacto en el equilibrio económico de los CP, como por ejemplo aumentos en las tasas de impuestos o la creación de nuevos impuestos (Anexos C-1, cláusula 11.12; C-2, cláusula 11.7; C-3 y C-4, cláusula 11.10). Esta protección está ejemplificada en el CP para el Bloque 7, que establece lo siguiente:

"Modificación del régimen tributario: En caso de modificación del régimen tributario o de creación o eliminación de nuevos tributos no previstos en este Contrato...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*" (énfasis agregado) (Anexo C-1, cláusula 11.12).

25. Según la tercera garantía impositiva, Ecuador se comprometió a eximir a Burlington del pago de regalías o tasas con respecto a cada uno de los CP (Anexos C-1 y C-4, cláusula 11.9; C-2, cláusula 11.6). A modo de ilustración, la cláusula 11.9 del CP para el Bloque 24 establece que:

"La Contratista...está exenta del pago de primas de entrada, derechos superficiales, *regalías* y aportes en obras de

compensación, así como de la contribución a la investigación tecnológica" (énfasis agregado)(Anexo C-4).

2.3 Origen de la Controversia

26. La controversia entre las Partes se origina en dos escenarios fácticos independientes: 1) La supuesta falta de protección por parte de Ecuador a las actividades de exploración y explotación de Burlington en los Bloques 23 y 24 a raíz de la oposición de grupos indígenas locales, y 2) La promulgación por parte de Ecuador de medidas que, supuestamente en violación de sus obligaciones bajo los contratos de participación y el Tratado, aumentaron unilateralmente su participación en los CP en los así denominados "ingresos extraordinarios."

2.3.1 Controversia relativa a la supuesta falta de seguridad en los Bloques 23 y 24

27. Las comunidades indígenas locales residentes en los Bloques 23 y 24 se opusieron a cualquier actividad de exploración y explotación en estos Bloques.

28. Cuando el CP para el Bloque 24 fue adjudicado por primera vez el 27 de abril de 1998, el contratista privado original, Arco, encontró resistencia por parte de las comunidades indígenas locales que se oponían a cualquier actividad de exploración y explotación en el Bloque. Arco, no pudiendo ejecutar sus obligaciones bajo el CP, solicitó el consentimiento de Ecuador para declarar el Bloque en estado de fuerza mayor (Anexo C-32).

29. El 9 de abril de 1999, Ecuador, en lugar de declarar el Bloque en estado de fuerza mayor, le concedió a Arco una suspensión de un año de sus obligaciones bajo el CP. El 6 de abril de 2000, Ecuador extendió esta suspensión por un período adicional de seis meses. De este modo, cuando el 9 de mayo de 2000 Burlington Ecuador adquirió su participación en el Bloque 24, sus obligaciones bajo el CP estaban suspendidas (Anexo C-32).

30. La oposición de las comunidades indígenas, en forma de violentos ataques y amenazas de muerte, se intensificó luego de la adquisición de Burlington Ecuador. Por lo tanto, el 6 de octubre de 2000, y nuevamente el 30 de octubre de 2000, Burlington Ecuador solicitó que el Bloque 24 fuera declarado en estado de fuerza mayor (Anexos C-142, C-144).

31. El 15 de mayo de 2001, Ecuador finalmente aceptó la solicitud y declaró el Bloque 24 en estado de fuerza mayor, suspendiendo de esa manera la ejecución del CP

por parte de Burlington Ecuador mientras se mantuviese el *status quo* (Anexo C-36).

32. Al mismo tiempo, Burlington intentó negociar y arribar a un acuerdo con las comunidades indígenas locales opuestas a las operaciones en el Bloque 24. Para superar el punto muerto en que se encontraban las negociaciones, Burlington solicitó la asistencia del Gobierno del Ecuador en diversas ocasiones (Anexos C-145 a C-150).
33. Ecuador, sin embargo, supuestamente no apoyó la iniciativa de Burlington. En consecuencia, las negociaciones no prosperaron y persistió la oposición por parte de las comunidades indígenas locales. Hasta la fecha, el Bloque 24 continúa en estado de fuerza mayor (Anexo C-151).
34. Una situación similar se produjo en el Bloque 23. Cuando Burlington Andean adquirió su participación en el CP del Bloque 23, el Bloque ya se encontraba en estado de fuerza mayor como resultado de la oposición de las comunidades indígenas locales. En consecuencia, se suspendieron las actividades de exploración que ya habían comenzado.
35. Luego de la adquisición, Burlington Andean y su socio en el Bloque, CGC, intentaron negociar y arribar a un acuerdo con las comunidades indígenas opuestas a las operaciones en el Bloque 23. Las negociaciones, sin embargo, se vieron dificultadas por varios ataques perpetrados por miembros de grupos indígenas, que resultaron, entre otros, en la destrucción de la base de estudio sísmico de los contratistas, el incendio de sus campamentos, y el secuestro de varios empleados (Anexo C-156).
36. Como consecuencia de estos episodios de violencia, CGC, el operador del Bloque 23, solicitó la asistencia de Ecuador en diversas ocasiones. Sin embargo, Ecuador supuestamente no proporcionó protección a las instalaciones, el personal y las actividades de Burlington Andean y CGC (Anexos C-153 a C-156).
37. En virtud de la supuesta falta de asistencia significativa, CGC y Burlington Andean eventualmente decidieron suspender sus actividades en el Bloque 23. Hasta la fecha, el Bloque 23 continúa en estado de fuerza mayor.

2.3.2 Controversia relativa al aumento de la participación de Ecuador bajo los CP

38. El 19 de abril de 2006 el Congreso ecuatoriano promulgó la Ley No. 2006-42 ("**Ley 42**"), la cual modificó la Ley de Hidrocarburos de la siguiente manera:

"Participación del Estado en los excedentes de los precios de venta del 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 [...]**" (Anexo C-7, Artículo 2; énfasis agregado).

39. En otras palabras, la Ley 42 impone una participación del 50% sobre los así llamados "excedentes de los precios de venta del petróleo no pactados o no previstos" a los contratistas privados que tienen Contratos de Participación en vigor con Ecuador.
40. De acuerdo con la ley 42 y su reglamentación posterior contenida en el Decreto No. 1583², luego reemplazado por el Decreto No. 1672³, la participación adicional de Ecuador debe calcularse de la siguiente manera:
1. Primero, se debe calcular el precio promedio mensual de venta de un barril de petróleo al momento de su producción (el "Precio Actual Prevalente");
 2. Segundo, se debe calcular el precio promedio mensual de venta de un barril de petróleo al momento en el cual se celebró el CP pertinente (el "Precio de Referencia");
 3. Tercero, si el Precio Actual Prevalente excede el Precio de Referencia, el contratista debe asignar 50% de tal excedente al Estado por cada barril de petróleo producido en un mes determinado.
41. El Precio de Referencia para los Bloques 7 y 21, esto es, el precio de un barril de petróleo al momento en el se celebraron los CP para esos Bloques, era alrededor de US\$ 25 y US\$ 15, respectivamente (Anexo C-178).
42. Por lo tanto, si el Precio Actual Prevalente del barril de petróleo fuese, por ejemplo, US\$ 45, el contratista debería asignar al Estado US\$ 10 por cada barril producido en el Bloque 7 (50% de US\$ 20, la suma por la que el Precio Actual Prevalente,

² Emitido el 29 de junio de 2006.

³ Emitido el 13 de julio de 2006.

- US\$ 45, excede el Precio de Referencia, US\$ 25) y US\$ 15 por cada barril de petróleo producido en el Bloque 21 (50% de US\$ 30).
43. Burlington Oriente, a través de un consorcio fiscal creado de conformidad con el derecho ecuatoriano, el cual dispone que los socios en contratos de participación deben pagar los impuestos conjuntamente (el "Consortio Fiscal de los Bloques 7 y 21"), pagó la participación adicional del 50% para los Bloques 7 y 21 bajo protesta (Anexos C-25, C-42, C-140).
 44. Mediante cartas de fecha 18 de diciembre de 2006, el Consorcio Fiscal de los Bloques 7 y 21 protestó formalmente contra la participación adicional impuesta por la Ley 42, solicitando asimismo que Ecuador absorbiera los efectos de tal participación adicional de conformidad a las cláusulas de indemnización impositiva incluidas en los CP. Ecuador aparentemente no respondió a estas cartas (Anexos C-11 y C-12).
 45. El 18 de octubre de 2007, Ecuador publicó el Decreto No. 662 (el "**Decreto 662**"; de aquí en adelante, toda referencia a la Ley 42 incluye también al Decreto 662, a menos que se indique lo contrario), por el cual modificó el Decreto No. 1672 e incrementó la participación adicional de Ecuador por excedentes de los precios de venta del petróleo "no pactados o no previstos" del 50 por ciento al 99 por ciento (Anexo C-10).
 46. Como resultado, si el Precio Actual Prevalente de un barril de petróleo fuese, como en el ejemplo anterior, US\$ 45, entonces, de conformidad al Decreto 662, el contratista debería asignar al Estado US\$ 19.8 por cada barril de petróleo producido en el Bloque 7 (99% de US\$ 20) y US\$ 29.7 por cada barril de petróleo producido en el Bloque 21 (99% de US\$ 30).
 47. Burlington Oriente, a través del Consorcio Fiscal de los Bloques 7 y 21, pagó la participación adicional del 99% bajo protesta (Anexo C-42).
 48. Asimismo, mediante cartas de fecha 28 de noviembre de 2007, Burlington le solicitó a Ecuador una declaración escrita en la que manifestara su intención de atenerse a las disposiciones de indemnización impositiva incluidas en los CP. Ecuador aparentemente no respondió a estas cartas (Anexo C-43).
 49. Para junio del 2008, el Consorcio Fiscal de los Bloques 7 y 21 había efectuado pagos, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 42, superiores a los US\$ 396.5 millones (Mem., ¶ 229).

50. Mediante carta de fecha 19 de junio de 2008, el Consorcio Fiscal le consultó a Ecuador si estaría de acuerdo en que los pagos cuestionados dispuestos por la Ley 42 se efectuasen en una cuenta de depósito en custodia hasta que la controversia fuese resuelta en forma definitiva. Ecuador no parece haber respondido a esta consulta. Por lo tanto, a partir de junio de 2009, el Consorcio Fiscal decidió efectuar todos los pagos dispuestos por la Ley 42 en una cuenta separada (Anexo C-48).
51. El 19 de febrero de 2009, Ecuador inició los así llamados procedimientos internos de coactiva contra Perenco, el operador de los Bloques 7 y 21, para ejecutar el cobro de US\$ 327.3 millones supuestamente adeudados por los operadores de los Bloques 7 y 21 de conformidad con la Ley 42 (Anexo C-55).
52. El 3 de marzo de 2009, un tribunal de ejecución ecuatoriano ordenó el embargo de la producción de petróleo crudo de los Bloques 7 y 21. En base a esta decisión Ecuador comenzó a embargar y subastar la producción de petróleo crudo de los Bloques 7 y 21 (Anexo C-58, C-64, C-65).

II. HISTORIA PROCESAL

1. La Fase Inicial

53. El 21 de abril de 2008, Burlington, junto con las Subsidiarias de Burlington (en conjunto, las "Demandantes Iniciales"), registraron una Solicitud de Arbitraje (la "Solicitud") ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("CIADI" o el "Centro") contra Ecuador y PetroEcuador (las "Demandadas Iniciales"), adjuntando cuarenta y cinco anexos (Anexos C-1 to C-45). En la Solicitud las Demandantes Iniciales presentaron las peticiones siguientes:

"(a) DECLARAR que Ecuador y PetroEcuador violaron los CP;

(b) DECLARAR que Ecuador violó:

(i) El Artículo II del Tratado al no observar sus obligaciones con respecto a las inversiones de Burlington, al no acordar a las inversiones de Burlington trato justo y equitativo ni protección y seguridad plenas, y al implementar medidas arbitrarias y discriminatorias contra las inversiones de Burlington; así como

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

- (c) ORDENAR a Ecuador y PetroEcuador que cumplan sus obligaciones bajo los CP y que paguen daños y perjuicios por sus violaciones de los CP, y a Ecuador que pague daños y perjuicios por sus violaciones del Tratado... incluyendo el pago de intereses compuestos a la tasa y por el período que el Tribunal considere justo y apropiado hasta el efectivo y completo pago de los daños otorgados; o
- (d) En caso de que Ecuador y PetroEcuador hiciesen imposible una futura colaboración, DECLARAR terminados los CP y ORDENAR a Ecuador y a PetroEcuador que paguen daños por sus violaciones de los CP y a Ecuador que pague daños a Burlington por sus violaciones del Tratado... incluyendo el pago de intereses compuestos a la tasa y por el período que el Tribunal considere justo y apropiado hasta el efectivo y completo pago de los daños otorgados;
- (e) CONCEDER toda otra reparación que el Tribunal considere apropiada; y
- (f) ORDENAR a Ecuador y PetroEcuador que paguen todos los gastos y costas procesales de este arbitraje, incluidos los honorarios legales y periciales, los honorarios y gastos de cualquier experto designado por el Tribunal, los honorarios y gastos del Tribunal y otros costos del CIADI."

- 54. El 25 de abril de 2008, el Centro, de conformidad a la Regla 5 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI (las "Reglas de Iniciación"), transmitió una copia de la Solicitud a Ecuador y a PetroEcuador.
- 55. El 2 de junio de 2008, el Secretario General Adjunto del Centro registró la Solicitud de conformidad al Artículo 36(3) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el "Convenio CIADI" o el "Convenio"). En la misma fecha, el Secretario General Adjunto remitió la notificación del acto de registro a las Partes y las invitó a proceder, lo más pronto posible, a constituir el Tribunal de Arbitraje.
- 56. De conformidad con la Regla 2(3) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (las "Reglas de Arbitraje"), las Demandantes Iniciales, a falta de acuerdo previo entre las Partes sobre otro procedimiento para la constitución del tribunal de arbitraje, optaron por la fórmula establecida en el Artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI para la constitución del tribunal de arbitraje.
- 57. De acuerdo al Artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI, "el Tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo." Las Partes posteriormente procedieron a designar a

los miembros del Tribunal de Arbitraje de conformidad con los términos de esta disposición.

58. El 4 de agosto de 2008, las Demandantes Iniciales designaron al Prof. Francisco Orrego Vicuña, de nacionalidad chilena. El 22 de septiembre de 2008, la Demandada designó a la Prof. Brigitte Stern, de nacionalidad francesa. El 27 de octubre de 2008, las Partes acordaron designar a la Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, de nacionalidad suiza, como Presidenta del Tribunal de Arbitraje.
59. El 18 de noviembre de 2008, el Secretario General Adjunto del CIADI notificó a las Partes que los tres árbitros habían aceptado sus nombramientos. De este modo, de acuerdo a la Regla 6(1) de las Reglas de Arbitraje, el Secretario General Adjunto informó asimismo a las Partes que, a partir de esa fecha, el Tribunal de Arbitraje quedaba constituido y que se iniciaban los procedimientos.
60. En la misma carta del 18 de noviembre de 2008, el Secretario General Adjunto les informó a las Partes que el Sr. Marco Tulio Montañés-Rumayor se desempeñaría como Secretario del Tribunal.
61. El 20 de enero de 2009, el Tribunal de Arbitraje celebró su primera sesión en las oficinas del Banco Mundial en París, Francia.
62. En la primera sesión, las Partes expresaron su acuerdo en que el Tribunal había sido adecuadamente constituido y declararon no tener objeciones con respecto al nombramiento de ninguno de los miembros del Tribunal. Asimismo, se debatieron y acordaron diversas cuestiones procesales incluidas en la agenda de la sesión.
63. La primera sesión fue grabada en audio, y se realizaron transcripciones, tanto en inglés como en español, que fueron distribuidas a las Partes. Se redactó un acta, la cual fue firmada por el Presidente y el Secretario del Tribunal, y transmitida a las Partes el 18 de febrero de 2009.
64. Asimismo, el Tribunal propuso un calendario procesal en la primera sesión. El 19 y el 25 de febrero de 2009, Ecuador y las Demandantes Iniciales, respectivamente, expresaron su consentimiento con este calendario procesal.
65. El 20 de febrero de 2009, Burlington Oriente, la subsidiaria que detenta las participaciones de la Demandante en los Bloques 7 y 21, presentó una Solicitud de Medidas Provisionales (la "Solicitud de MP") que incluía asimismo un pedido de medida temporal de no innovar con efecto inmediato (el "Pedido de MTNI")

solicitando que las Demandadas Iniciales se abstengan de: 1) ejecutar importes supuestamente adeudados de acuerdo a la Ley 42, 2) afectar la situación jurídica o terminar los CP de los Bloques 7 y 21, e 3) incurrir en cualquier conducta susceptible de agravar la disputa entre las Partes.

66. La Solicitud de MP se acompañó de doce anexos (Anexos C-46 a C-57), trece anexos legales (Anexos CL-1 a CL-13), y la declaración testimonial del Sr. Alex Martinez. Luego de la Solicitud de MP, las Partes se embarcaron en un prolongado intercambio de correspondencia en el cual se explayaron sobre sus posiciones con respecto al Pedido de MTNI.
67. El 4 de marzo de 2009, Ecuador presentó su Respuesta Preliminar a la Solicitud de MP de Burlington Oriente, adjuntando tres anexos (Anexos E-3 a E-5) y diecinueve anexos legales (Anexos EL-1 a EL-19).
68. El 6 de marzo de 2009, el Tribunal de Arbitraje, considerando que el Pedido de MTNI satisfacía los requisitos de las medidas provisionales, recomendó que *“las Demandadas [Iniciales] se abst[uvieran] de realizar todo acto que agrav[ara] la controversia entre las partes y/o afect[ara] el statu quo hasta que se pronunc[ara] sobre la solicitud de medidas provisionales presentada por las Demandantes o reconsider[ara] la presente recomendación, si esto último fuera primero.”*
69. El 17 de marzo de 2009, Ecuador presentó su Respuesta a la Solicitud de MP de Burlington Oriente y un Pedido de Reconsideración de la Recomendación del Tribunal de Arbitraje del 6 de marzo de 2009, acompañada de cinco anexos (Anexos E-6 a E-10) y siete anexos legales (Anexos EL-20 a EL-26).
70. Mediante carta de 25 de marzo de 2009, Burlington Oriente expresó su oposición al Pedido de Reconsideración de la Recomendación del Tribunal de Arbitraje del 6 de marzo del 2009 presentado por Ecuador.
71. El 3 de abril de 2009, el Tribunal denegó el pedido de Ecuador sobre la base de que no había un cambio de circunstancias que justificase tal reconsideración y de que la audiencia de medidas provisionales tendría lugar en breve.
72. El 27 de marzo de 2009, Burlington Oriente presentó su Réplica a la Respuesta de la Solicitud de MP de Ecuador, adjuntando once anexos (Anexos C-58 a C-68) y ocho anexos legales (Anexos CL-14 a CL-21).

73. El 6 de abril de 2006, Ecuador presentó su Dúplica a la Solicitud de MP de Burlington Oriente, adjuntando seis anexos (Anexos E-11 a E-16) y quince anexos legales (Anexos EL-27 a EL-41).
74. El 17 de abril de 2009, el Tribunal de Arbitraje celebró una audiencia de medidas provisionales en Washington D.C., en la cual estuvieron presentes los abogados de ambas Partes. Se realizaron y distribuyeron a las Partes transcripciones de la audiencia tanto en inglés como en español.
75. El 29 de junio de 2009, el Tribunal de Arbitraje emitió la Orden Procesal No. 1, referida a la Solicitud de MP de Burlington Oriente, en la que recomendó que: 1) las Partes *"dialogarán y harán todo lo posible para ponerse de acuerdo sobre la apertura de una cuenta de depósito en custodia"* en la cual Burlington Oriente efectuará *"todos los pagos, anteriores y futuros, presuntamente adeudados bajo la Ley 42 y el Decreto 662, incluidos todos los pagos efectuados por las Demandantes [Iniciales] en su cuenta separada"*; 2) las Demandadas [Iniciales] *"deberán poner término a los procedimientos pendientes... en el marco del juicio de coactivas"* para la ejecución de los pagos presuntamente adeudados de acuerdo a la Ley 42; 3) las Partes se *"abstendrán de todo acto que pueda agravar la controversia hasta el dictado del laudo."* El Tribunal asimismo dio por terminada la recomendación que había emitido el 6 de marzo 2009.
76. Mediante carta del 18 de septiembre de 2009, las Demandantes Iniciales le informaron al Tribunal que, en razón de que Ecuador había completado la expropiación de los Bloques 7 y 21 ocupándolos físicamente, las Subsidiarias de Burlington retiraban sus "reclamos contractuales, incluidos los referidos a los Bloques 23 y 24" (los "Reclamos Contractuales"), mientras que Burlington "mantenía sus reclamos bajo el Tratado."
77. Mediante carta del 22 de septiembre de 2009, las Demandadas Iniciales, negando que los Bloques 7 y 21 habían sido expropiados, afirmaron que estarían de acuerdo con el retiro de los Reclamos Contractuales siempre que fuese "con efecto de cosa juzgada". Asimismo, solicitaron al Tribunal dejar sin efecto la Orden Procesal No. 1 sobre la base de que Burlington Oriente había presuntamente abandonado sus operaciones en los Bloques 7 y 21.
78. Mediante carta del 10 de octubre de 2009, las Demandantes Iniciales (a) aceptaron que el retiro de los Reclamos Contractuales debería ser "con efecto de cosa juzgada" y (b) asintieron en que se retirase la Orden Procesal No. 1.

Posteriormente, a pedido de la Demandada, las Demandantes Iniciales confirmaron, mediante carta del 20 de octubre, que en razón de que los Reclamos Contractuales se habían retirado, PetroEcuador dejó de ser parte en estos procedimientos.

79. El 29 de octubre de 2009, el Tribunal de Arbitraje expidió la Orden Procesal No. 2, por la cual ordenó lo siguiente:

- 1) Siempre que las Demandadas [Iniciales] no presenten objeciones para el 6 de noviembre de 2009, los **Reclamos Contractuales** se considerarán **retirados** con efecto de cosa juzgada a partir de esa fecha.

Por consiguiente, a partir del 6 de noviembre de 2009, **PetroEcuador** y, sujeto a la confirmación de las Demandantes Iniciales para el 2 de noviembre de 2009, [las **Subsidiarias de Burlington**] **dejarán de ser partes de esta controversia**. Como resultado, este arbitraje versará exclusivamente sobre los reclamos de Burlington bajo el Tratado contra Ecuador.

- 2) La Resolución Procesal No. 1 queda sin efecto [con la reserva de que "las Partes continúan sujetas a la obligación de no agravar aún más la controversia"] (énfasis agregado).

80. El 2 de noviembre de 2009, las Demandantes Iniciales confirmaron, de acuerdo con la Orden Procesal No. 2, que, como resultado del retiro de los Reclamos Contractuales, las Subsidiarias de Burlington dejaron de ser parte de estos procedimientos. De igual modo, las Demandadas Iniciales no objetaron para el 6 de noviembre de 2009 el retiro de los Reclamos Contractuales con efecto de cosa juzgada.

81. Por consiguiente, a partir del 6 de noviembre de 2009, Burlington es la única Demandante en estos procedimientos, y Ecuador la única Demandada. Asimismo, los únicos reclamos pendientes son aquéllos entablados por Burlington bajo el Tratado (los "reclamos bajo el Tratado").

2. La Fase Escrita Sobre Jurisdicción

82. De acuerdo con el calendario procesal acordado después de la primera sesión, el 20 de abril de 2009, las Demandantes Iniciales presentaron su memorial (Mem.) acompañado de ciento veinte anexos (Anexos C-69 a C-188), ciento seis anexos legales (Anexos CL-22 a CL-127), las declaraciones testimoniales de Taylor Reid y Herb Vickers, y la primera declaración testimonial suplementaria de Alex Martinez. Asimismo, las Demandantes Iniciales presentaron versiones revisadas de los Anexos C-1 a C-4, incluyendo en esta ocasión autorizaciones, apéndices y traducciones completas al inglés.

83. Mediante cartas separadas de fecha 20 de mayo de 2009, Ecuador y PetroEcuador expresaron su intención de presentar objeciones a la jurisdicción del Tribunal de Arbitraje a más tardar el 20 de julio de 2009.
84. El 20 de julio de 2009, Ecuador y PetroEcuador presentaron, por separado, sus Objeciones a la Jurisdicción. Las Objeciones a la Jurisdicción de Ecuador se acompañaron de noventa y nueve anexos (Anexos E-17 a E-115), catorce anexos legales (Anexos EL-42 a EL-55), la declaración testimonial del Dr. Christian Dávalos, y los informes periciales del Prof. Juan Pablo Aguilar y del Prof. Luis Parraguez Ruiz.
85. El 20 de octubre de 2009, Burlington⁴ presentó su Contra-Memorial sobre la Jurisdicción. Junto con su presentación, Burlington adjuntó diez anexos (Anexos C-189 a C-198) y veintiún anexos legales (Anexos CL-128 a CL-148). Burlington no adjuntó ni declaraciones testimoniales ni informes periciales.
86. El 30 de octubre de 2009, el Tribunal mantuvo una conferencia telefónica con los abogados de las Partes con el propósito de organizar la audiencia sobre la jurisdicción. Asimismo, en esa fecha, las Partes enviaron una carta conjunta al Tribunal en la cual acordaban un cierto número de cuestiones relativas a la organización de la audiencia sobre la jurisdicción.
87. El 9 de noviembre de 2009, el Tribunal expidió la Orden Procesal No. 3 referida a la organización de la próxima audiencia sobre jurisdicción.

3. La Audiencia Sobre Jurisdicción

88. El 22 de enero de 2010, el Tribunal de Arbitraje celebró la audiencia sobre jurisdicción en París. Presentes en la audiencia se encontraban, además de los Miembros del Tribunal de Arbitraje y del Secretario, los siguientes representantes de las Partes:

(i) En representación de Burlington:

- Sr. Jason Doughty, de ConocoPhillips
- Sra. Aditi Dravid (via video conferencia), de ConocoPhillips

⁴ En razón de que las Demandantes Iniciales retiraron sus Reclamos Contractuales el 10 de octubre de 2009, como resultado de lo cual las Subsidiarias de Burlington eventualmente cesaron de ser parte de estos procedimientos el 6 de noviembre de 2009, solamente Burlington presentó un Contra-Memorial sobre Jurisdicción.

- Sr. Alexander Yanos, de Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP ("Freshfields")
- Sra. Noiana Marigo, de Freshfields
- Sra. Jessica Bannon Vanto (via video conferencia), de Freshfields
- Sra. Ana María Uribe, de Freshfields

(ii) En representación de Ecuador:

- Dr. Álvaro Galindo Cardona, de la Procuraduría General del Estado
- Dra. Gianina Osejo, de la Procuraduría General del Estado
- Prof. Pierre Mayer, de Dechert (Paris) LLP ("Dechert")
- Dr. Eduardo Silva Romero, de Dechert
- Sr. Philip Dunham, de Dechert
- Sr. José Manuel García Represa, de Dechert
- Sra. Véronique Camerer, de Dechert
- Sra. Edith Aupetit, de Dechert

89. Durante la audiencia, prestaron testimonio el Sr. Herb Vickers y, mediante video conferencia, el Sr. Taylor Reid.

90. Presentaron argumentos orales en representación de Ecuador el Dr. Galindo Cardona, el Prof. Mayer, el Dr. Silva Romero y el Sr. Dunham. En representación de Burlington presentó argumentos orales el Sr. Yanos.

91. La audiencia sobre jurisdicción fue grabada en audio y transcrita *verbatim*. Copias de las grabaciones y de las transcripciones fueron posteriormente distribuidas a las Partes.

* * *

92. El Tribunal de Arbitraje ha deliberado y considerado cuidadosamente los argumentos presentados por las Partes en sus presentaciones escritas y orales en

el curso de la audiencia sobre jurisdicción. El Tribunal procederá ahora a resumir las posiciones de las Partes (Sección III), a analizar los argumentos que subyacen tales posiciones (Sección IV) y finalmente, sobre la base de ese análisis, emitir una decisión sobre la jurisdicción (Sección V).

III. POSICIONES DE LAS PARTES

1. Posición de Burlington

93. En sus presentaciones escritas y orales Burlington alegó lo siguiente:

- (i) Burlington realizó una inversión en Ecuador dentro del marco tanto del Convenio CIADI como del Tratado.
- (ii) Ecuador violó sus obligaciones bajo el Tratado con respecto a las inversiones de Burlington en Ecuador.
- (iii) La violación por parte de Ecuador de sus obligaciones bajo el Tratado ha dado lugar a una diferencia de naturaleza jurídica entre Burlington y Ecuador.
- (iv) La diferencia de naturaleza jurídica entre Burlington y Ecuador surge directamente de las inversiones de Burlington en Ecuador.
- (v) Burlington y Ecuador satisfacen los requisitos de jurisdicción *ratione personae* tanto bajo el Convenio CIADI como bajo el Tratado.
- (vi) Burlington y Ecuador consintieron por escrito en someter a arbitraje CIADI los reclamos de Burlington bajo el Tratado.

94. Sobre la base de estas alegaciones, Burlington solicita que el Tribunal

Rechace en su totalidad las Objeciones a la Jurisdicción de Ecuador (CM, ¶ 86).

2. Posición de Ecuador

95. En sus presentaciones escritas y orales Ecuador sostuvo lo siguiente:

- (i) Burlington puede haber renunciado a su reclamo bajo el Tratado por expropiación.

- (ii) Las Partes no han consentido por escrito en someter al arbitraje CIADI los Reclamos bajo el Tratado de Burlington, con la excepción del Reclamo bajo el Tratado de Burlington por expropiación.
- (iii) Más específicamente, los reclamos de Burlington relacionados a la Ley 42 involucran "cuestiones tributarias" y se encuentran fuera de la jurisdicción del Tribunal, con la excepción de su reclamo por expropiación.
- (iv) Asimismo, el reclamo de Burlington de que Ecuador presuntamente no proveyó protección y seguridad plenas en los Bloques 23 y 24 se encuentra fuera de la jurisdicción del Tribunal porque:
 - a) Burlington no se atuvo al período de espera de seis meses, que es una condición a la que está sujeto el consentimiento de acuerdo al Tratado;
 - b) Burlington no perfeccionó su consentimiento antes de que Ecuador retirase su oferta de arbitrar esta clase de controversias de conformidad con su notificación bajo el Artículo 25(4) del Convenio CIADI.

96. Sobre la base de estos argumentos, Ecuador solicita que el Tribunal

- (i) Declare que los reclamos bajo el Tratado de Burlington relacionados a la promulgación y a la ejecución de la Ley 42, con excepción de sus reclamos por expropiación, están expresamente excluidos por el Tratado entre los Estados Unidos y Ecuador y fuera de la jurisdicción del Tribunal;
- (ii) Declare que no existe consentimiento válido ni bajo el Tratado entre los Estados Unidos y Ecuador ni bajo el Convenio CIADI para los reclamos bajo el Tratado relacionados a la presunta falta por parte de Ecuador de proveer protección y seguridad plenas en los Bloques 23 y 24 (además de los reclamos originados por la aplicación de la Ley 42).

(OJ, ¶ 84).

97. En el curso de su análisis, el Tribunal se referirá en mayor detalle a las posiciones de las Partes en la medida en que sea necesario.

IV. ANÁLISIS

1. Cuestiones Preliminares

98. Antes de examinar los argumentos presentados por las partes, el Tribunal abordará tres cuestiones preliminares, a saber, la relevancia de anteriores decisiones o laudos del CIADI (1.1); el derecho aplicable a la jurisdicción del Tribunal (1.2); y cuestiones que no son controvertidas por las Partes (1.3).

1.1 La Relevancia de Decisiones o Laudos del CIADI Anteriores

99. Ambas Partes han invocado decisiones o laudos del CIADI anteriores en apoyo de sus posiciones, sea para concluir que la misma solución debería adoptarse en el presente caso, sea en un esfuerzo por explicar por qué el Tribunal debería apartarse de tal solución.

100. El Tribunal considera que no está obligado a seguir decisiones anteriores⁵. Al mismo tiempo, considera que debe prestar la debida atención a las decisiones anteriores de los tribunales internacionales. La mayoría cree que, sujeto a motivos convincentes en contrario, tiene el deber de adoptar soluciones establecidas en una serie de casos consistentes. Cree asimismo que, sujeto a las particularidades de un tratado determinado y de las circunstancias del caso, tiene el deber de intentar contribuir al desarrollo armonioso del derecho de inversión, satisfaciendo de este modo las expectativas legítimas de la comunidad de Estados e inversores hacia la seguridad jurídica que emana del estado de derecho. El árbitro Stern no percibe el rol de los árbitros de la misma manera ya que considera que es su deber decidir cada caso de acuerdo a sus propios méritos, con independencia de cualquier tendencia jurisprudencial aparente.

1.2 Derecho Aplicable a la Jurisdicción del Tribunal

101. Las disposiciones relevantes del Convenio CIADI y del Tratado entre los Estados Unidos y Ecuador rigen la jurisdicción del Tribunal.

⁵ Ver e.g., *Saipem S.p.A. c. República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07, Decisión sobre jurisdicción y recomendación de medidas provisionales de 21 de marzo de 2007, párr. 67, disponible en <http://www.icsid.org>; *AES Corporation c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/17, Decisión sobre jurisdicción del 13 de Julio de 2005, párr. 30-32, disponible en http://www.investmentclaims.com/decisions/AES-Argentina_Jurisdiction.pdf.

102. De particular relevancia es el Artículo 25(1) del Convenio CIADI, el cual establece lo siguiente:

"La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado."

103. La disposición relevante del Tratado, a su vez, es el Artículo VI, de conformidad con el cual el arbitraje CIADI está disponible en los siguientes términos:

"1. A efectos del presente Artículo, una diferencia en materia de inversión es una diferencia entre una Parte y un nacional o una sociedad de la otra Parte, que se deba o sea pertinente a: a) un acuerdo de inversión concertado entre esa parte y dicho nacional o sociedad; b) una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en materia de inversiones extranjeras de una Parte a dicho nacional o sociedad, o c) una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión.

2. Cuando surja una diferencia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías, para su resolución: [...]

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

i) Del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("el Centro") establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros estados, hecho en Washington el 10 de marzo de 1965 ("Convenio del CIADI"), siempre que la Parte sea parte en dicho Convenio [...]."

104. La interpretación tanto del Convenio CIADI como del Tratado se rige por el derecho internacional consuetudinario tal como se encuentra codificado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

1.3 Cuestiones No Controvertidas

105. Las Partes no cuestionan que el Tribunal es el juez de "su propia competencia", según lo dispone el Artículo 41 del Convenio CIADI.

106. Además, las Partes no cuestionan que deben cumplirse las cuatro condiciones siguientes para que el Tribunal pueda ejercer jurisdicción de conformidad con el Artículo 25 del Convenio CIADI:

- (i) La diferencia debe ser entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante;
- (ii) La diferencia debe ser de naturaleza jurídica;
- (iii) La diferencia debe surgir directamente de una inversión; y
- (iv) Las partes deben de haber expresado su consentimiento al arbitraje CIADI por escrito.

107. Burlington sostiene, y Ecuador no cuestiona, ambos acertadamente, que las siguientes tres condiciones de jurisdicción se encuentran satisfechas en el presente caso:

- (i) La diferencia es entre Ecuador, un Estado Contratante, y Burlington, un nacional de otro Estado Contratante, a saber, los Estados Unidos;
- (ii) La diferencia es de naturaleza jurídica;
- (iii) La diferencia surge directamente de la inversión de Burlington en Ecuador.

108. Como resultado, el Tribunal considera que se encuentran cumplidas las tres condiciones de jurisdicción enumeradas en el párrafo precedente.

109. Con respecto a la cuarta condición, a saber, el consentimiento, Ecuador sostiene que no consintió en someter a arbitraje los reclamos de Burlington bajo el Tratado con excepción del reclamo por expropiación. También asevera que, si bien consintió en someter a arbitraje el reclamo por expropiación, Burlington puede haber renunciado a este reclamo. El Tribunal examinará a continuación los argumentos de Ecuador.

1.4 Criterio para Establecer la Jurisdicción

110. En la etapa jurisdiccional, la demandante debe probar que las condiciones de jurisdicción establecidas tanto en el Artículo 25 del Convenio CIADI como en el Tratado se encuentran satisfechas. Asimismo, con respecto a los hechos que conforman el fondo de la controversia, la demandante debe demostrar que los hechos que alega, de ser probados, son susceptibles de constituir una violación

del Tratado, es decir un estándar *prima facie*. El Tribunal estima que este estándar logra un equilibrio adecuado entre un estándar más exigente que requeriría un examen del fondo de la controversia, y un estándar menos exigente, que conferiría un peso excesivo a la caracterización que la demandante hace de su propio reclamo.⁶

2. OBJECIONES DE ECUADOR A LA JURISDICCIÓN

111. Ecuador objetó la jurisdicción del Tribunal en base a los tres argumentos principales siguientes:

- (i) Primero, el reclamo por expropiación de Burlington se encuentra fuera de la jurisdicción del Tribunal si el Tribunal considera que Burlington ha renunciado a todo cuestionamiento contra la Ley 42 y los Decretos (Tr. 215:1-5).
- (ii) Segundo, los reclamos de Burlington relacionados con la Ley 42, con excepción de su reclamo por expropiación (los "reclamos por la Ley 42 aparte de expropiación"), se encuentran fuera de la jurisdicción del Tribunal porque:
 - a) Involucran "cuestiones tributarias" y, por lo tanto, de conformidad con las excepción impositiva establecida por el Artículo X, están excluidas del alcance del Tratado (OJ, Secciones 2, 2.1 y 2.2);
 - b) Y Burlington no intenta ejecutar los términos de un "acuerdo de inversión", una de las categorías de reclamos que pueden someterse a arbitraje aunque guarden relación con "cuestiones tributarias", tal como esta expresión es empleada en el Artículo X (OJ, Secciones 2.3 y 2.4).

⁶ Sobre el estándar *prima facie* de violación del tratado a efectos de la jurisdicción, ver, entre otros, *UPS c. Canadá*, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de noviembre de 2002, párr. 33-37; *Siemens c. República Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004, párr. 180, disponible en <http://www.icsid.org>; *Plama c. Bulgaria*, párr. 118-120, 132; *Bayindir c. Paquistán*, párr. 185-200; *El Paso c. República Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de abril de 2006, párr. 40-45, 109, disponible en <http://www.icsid.org>; *Jan de Nul c. Egipto*, Decisión sobre Jurisdicción, 16 de junio de 2006, párr. 69-71, disponible en <http://www.icsid.org>; *Telenor c. Hungría*, Laudo, 13 de septiembre de 2006, párr. 34, 53, 68, 80, disponible en <http://www.icsid.org>.

(iii) Tercero, el reclamo de Burlington de que Ecuador presuntamente no proveyó protección y seguridad plenas en los Bloques 23 y 24 se encuentra fuera de la jurisdicción del Tribunal porque:

- a) Burlington no se atuvo al período de espera de seis meses, que es una condición a la que está sujeto el consentimiento de acuerdo al Tratado (OJ, Sección 4.1);
- b) Burlington no perfeccionó su consentimiento antes de que Ecuador retirase su oferta de arbitrar esta clase de controversias de conformidad con su declaración bajo el Artículo 25(4) del Convenio CIADI (OJ, Sección 4.2).

2.1 Objeción a la Jurisdicción con Respecto al Reclamo por Expropiación

112. Ecuador presenta una objeción condicional al reclamo de expropiación de Burlington. Durante el argumento oral, Ecuador afirmó que "si el Tribunal llegara a la conclusión de que en el último memorial Burlington prácticamente puso fin a cualquier crítica a la Ley 42 y sus decretos y cualquier medida de tributación", entonces el Tribunal no tiene jurisdicción sobre el reclamo de Burlington por expropiación (Tr. 215:1-5).

113. El Tribunal por lo tanto debe determinar (i) si se cumple la condición sobre la cual depende la objeción de la Demandada, y (ii) en el caso en que se cumpla, si la objeción está bien fundada.

114. Con respecto a la primera cuestión, en su Memorial sobre la Responsabilidad, Burlington entabló un reclamo de expropiación contra Ecuador. Este reclamo inequívocamente cuestionó la legalidad de la Ley 42 y de los Decretos. Varios ejemplos bastarán para ilustrar este punto. Primero, Burlington sostuvo que la Ley 42 y los Decretos constituyen una "expropiación en violación del Artículo III del Tratado" (Mem., ¶ 428). Segundo, Burlington manifestó que la "aplicación" de la Ley 42 a Burlington "es equivalente a una expropiación ilegítima" (Mem., § V.C.1). Tercero, Burlington alegó que Ecuador había confiscado sus "ganancias mediante un impuesto ilegítimo" (Mem., ¶ 442).

115. En sus Objeciones a la Jurisdicción, Ecuador originalmente admitió que el Tribunal tenía jurisdicción sobre el reclamo de Burlington por expropiación. En su presentación, Ecuador concluyó que:

"Todos los reclamos de Burlington bajo el Tratado relacionados a la Ley 42 y a su ejecución deberían ser desestimados por falta de jurisdicción, **con excepción del reclamo por expropiación bajo el Artículo III** (énfasis agregado)" (OJ, ¶¶ 23, 41).

116. En su Contra-Memorial sobre Jurisdicción, Burlington observó que Ecuador había "admitido que el Tribunal tiene jurisdicción sobre el reclamo de Burlington por expropiación" (CM, § 2.A). Burlington además sostuvo "el Tribunal tiene jurisdicción sobre todos los reclamos de Burlington relacionados a la Ley 2006-42 aparte de expropiación" (CM, § 2.B). En apoyo de su alegación, Burlington presentó una serie de argumentos, uno de los cuales era que "Burlington no cuestiona el derecho de Ecuador a aplicar la Ley 2006-42 en la medida en que sea un impuesto" (CM, § 2.B.1.b).
117. A efectos de pronunciarse sobre la objeción condicional de la Demandada, el Tribunal debe determinar si, en su Contra-Memorial sobre Jurisdicción, la Demandante ha renunciado a sus cuestionamientos a la "Ley 42 y los Decretos" *con respecto a sus reclamos sobre expropiación*. En opinión del Tribunal, la Demandante no ha renunciado a sus cuestionamientos de la Ley 42 y los Decretos con respecto a su reclamo por expropiación.
118. Primero, la Demandante nunca ha manifestado la intención de renunciar a sus cuestionamientos de la Ley 42 y los Decretos *con respecto a su reclamo por expropiación*. Por el contrario, la Demandante expresó que cuestionaba *incondicionalmente* la Ley 42 en el Memorial sobre Responsabilidad, en el cual articuló acabadamente sus argumentos legales. En particular, la Demandante aseveró que "sea que la Ley No. 2006-42 sea considerada un impuesto, una regalía o una violación a los derechos [contractuales] de Burlington... es una expropiación en violación de las [obligaciones] de Ecuador" (Mem., ¶ 436).
119. Segundo, esta posición categórica ha de contrastarse con la naturaleza condicional de los argumentos de la Demandante *con respecto a sus reclamos aparte de expropiación*. Con respecto a estos reclamos, Burlington cuestiona la Ley 42 sólo "en tanto que impuesto"; pero, "si no es un impuesto", la Demandante *no cuestiona* la Ley 42 (CM, § 2.B.1.b; Tr. 105:22-106:7; 113:2-11). La Demandante no hizo ningún argumento del género en la sección correspondiente a su *reclamo por expropiación* (§ 2.A). Por ende, la Demandante en ningún momento renunció a cuestionar la Ley 42 *con respecto a su reclamo por expropiación*.

120. A la luz de las consideraciones precedentes, el Tribunal estima que Burlington no renunció a sus cuestionamientos de la Ley 42 y los Decretos con respecto a sus reclamos por expropiación. La condición sobre la cual se basa la objeción de la Demandada no se cumple y, en consecuencia, su objeción a la jurisdicción desaparece de conformidad con sus propios términos.

121. Como resultado, el Tribunal tiene jurisdicción sobre el reclamo de Burlington por expropiación.

2.2 Objeciones a la Jurisdicción con Respecto a los Reclamos por la Ley 42 Aparte de Expropiación

122. La segunda objeción de Ecuador se apoya en el Artículo X del Tratado y está dirigida contra los reclamos por la Ley 42 aparte de expropiación. Esta objeción suscita las dos interrogantes siguientes:

- (i) ¿Se relacionan los reclamos por la Ley 42 aparte de expropiación de Burlington a “cuestiones tributarias” bajo el Artículo X del Tratado?
- (ii) ¿Se relacionan los reclamos por la Ley 42 aparte de expropiación de Burlington a la observancia y el cumplimiento de los términos de un “acuerdo de inversión” bajo el Artículo X(2)(c) del Tratado?

123. El Artículo X del Tratado dispone lo siguiente:

1. En lo relativo a sus normas tributarias, cada Parte deberá esforzarse por actuar justa y equitativamente en el trato de las inversiones de los nacionales y las sociedades de la otra Parte.

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

a) La expropiación, de conformidad con el Artículo III;

b) Las transferencias, de conformidad con el Artículo IV, o

c) La observancia y el cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversión, tal como se menciona en el inciso a) o el inciso b), en la medida en que estén sujetas a las disposiciones sobre la solución de diferencias de un Convenio para evitar la doble imposición tributaria concertado entre las dos Partes, o que se hayan suscitado de conformidad con dichas disposiciones y no se hayan resuelto en un plazo razonable.

124. En vista de la estructura del Artículo X, el Tribunal examinará en primer lugar si los reclamos por la Ley 42 aparte de expropiación de la Demandante se relacionan a

“cuestiones tributarias” dentro del marco del Artículo X. Si el Tribunal concluyese que estos reclamos se relacionan a “cuestiones tributarias”, procederá a analizar si se relacionan a la observancia y el cumplimiento de los términos de un “acuerdo de inversión” dentro del marco del Artículo X(2)(c) para pronunciarse sobre su jurisdicción. Por el contrario, si el Tribunal considerase que tales reclamos *no* se relacionan a “cuestiones tributarias”, las objeciones a la jurisdicción de Ecuador con respecto a los reclamos por la Ley 42 aparte de expropiación deberán ser desestimadas.

2.2.1 Los Reclamos por la Ley 42 Aparte de Expropiación como “Cuestiones Tributarias” Bajo el Artículo X del Tratado

A. Los argumentos de Ecuador

125. Ecuador aduce que los reclamos de Burlington aparte del reclamo por expropiación cuestionan la promulgación y el cumplimiento de la Ley 42, suscitando de este modo “cuestiones tributarias” que se encuentran excluidas del alcance del Tratado de acuerdo al Artículo X (OJ, ¶ 14).
126. El propósito de la excepción impositiva establecida por el Artículo X del Tratado es preservar la discreción del Estado en el ejercicio de su poder impositivo. Los Estados dependen considerablemente de este poder impositivo para generar los ingresos destinados a promover objetivos sociales y políticos, proveer a la seguridad nacional y de manera general fomentar el bienestar general (OJ, ¶¶ 18, 23).
127. Puesto que el poder impositivo promueve intereses tan fundamentales del Estado, la medida en la que Estados Unidos y Ecuador estuvieron dispuestos a someter este poder al escrutinio de un tribunal internacional que no es elegido democráticamente ni debe rendir cuentas “fue muy limitado”. Por lo tanto, Ecuador concluye, “los límites de ese consentimiento deben ser respetados” (OJ, ¶¶ 16-18, 23).
 - (i) El Artículo X del Tratado es relevante para y aplicable a la presente controversia
128. Ecuador manifiesta que el Artículo X es relevante para, y aplicable a, la presente controversia. Es relevante porque Burlington “está impugnando efectivamente la ley y sus decretos de aplicación” (Tr. 31:2-6). Numerosos pasajes del Memorial sobre la Responsabilidad, la solicitud de medidas provisionales, y la declaración

testimonial de Alex Martínez indican que "el panorama es bastante claro[:] Burlington impugna la ley 42 y sus decretos de aplicación alegando que constituyen una violación del Tratado" (Tr. 31:18-22).

129. El Artículo X es asimismo aplicable a la presente controversia. Ecuador observa que el Tratado no define la expresión "cuestiones tributarias". Sin embargo, Ecuador argumenta que los tribunales arbitrales que interpretaron el Artículo X o disposiciones similares han consistentemente adoptado una lectura amplia de esta expresión (OJ, ¶ 24).
130. En *EnCana c. Ecuador* ("*EnCana*")⁷, el tribunal arbitral, interpretando una excepción impositiva en el TBI entre Canadá y Ecuador similar a la del Artículo X, dictaminó que el significado de "impuestos" no se restringe a "impuestos directos", abarcando además "todo acto ejecutivo...en implementación de esa ley [fiscal]". Posteriormente, en *Duke Energy c. Ecuador* ("*Duke Energy*")⁸, el tribunal arbitral, aplicando el idéntico Artículo X aquí bajo examen, acogió la lectura amplia de la expresión "cuestiones tributarias" adoptada por el tribunal en *EnCana* (OJ, ¶¶ 25-26).
131. Los tribunales en *EnCana* y en *Duke Energy* proveyeron definiciones relevantes para determinar el significado de "cuestiones tributarias" (Tr. 38:11-18). En *EnCana*, el tribunal definió "ley impositiva" como una ley "que impone a una clase de personas la obligación de pagar dinero al Estado con fines públicos" (Tr. 31:19-32:1). En *Duke Energy*, el tribunal sostuvo que "el Laudo EnCana contra Ecuador...es de pertinencia particular porque se trata de una definición de la naturaleza de impuesto" (Tr. 39:2-9).
132. La Ley 42 es un impuesto en el sentido en el que este término fue definido en las decisiones en *EnCana* y *Duke Energy*. Ello en razón de que la Ley 42 impone un impuesto a los ingresos extraordinarios por aumentos en el precio del petróleo cuyos fondos "van directamente al Estado y no a PetroEcuador, forman[do] parte de los impuestos que entran en la cuenta única del Banco Central de la República" (Tr. 38:2-5). Por tal razón, los cuestionamientos de Burlington a la Ley 42 suscitan "cuestiones tributarias" dentro del marco del Artículo X del Tratado.

⁷ *EnCana Corporation c. República del Ecuador*, (CNUDMI) Laudo del 3 de febrero de 2006 (Anexo EL-45).

⁸ *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo del 18 de agosto de 2008 (Anexo CL-41).

133. Sin embargo, la Ley 42 no es un impuesto bajo el derecho ecuatoriano porque esta ley modificó la Ley de Hidrocarburos, la cual no es en sí misma una ley impositiva. Se desprende de ello que bajo el derecho ecuatoriano la Ley 42 "no es un impuesto desde el punto de vista técnico, estrechamente técnico" (Tr. 40:13-41:8). En todo caso, es irrelevante a efectos del Artículo X del tratado que la Ley 42 no sea un impuesto bajo el derecho ecuatoriano. Bajo el Artículo X, sólo importa que la Ley 42 "impone a una clase de personas la obligación de pagar dinero al Estado con fines públicos" (OJ, ¶¶ 27-28).
134. Ecuador aduce que Burlington se contradice a sí mismo al caracterizar la Ley 42. Por un lado, Burlington afirma que sólo surgen "cuestiones tributarias" bajo el Artículo X del Tratado cuando el Estado mismo "caracteriza a estas leyes como tributarias...dentro del marco legislativo nacional" (Tr. 36:6-13). Por otro lado, Burlington señala que la "Ley 42 es un impuesto" con arreglo al derecho ecuatoriano (Tr. 36:16-18). Si esto último es cierto, entonces la objeción de Burlington, en el sentido de que la Ley 42 no suscita "cuestiones tributarias", "no es procedente" (Tr. 37:2-3).
135. Asimismo, la decisión en *Occidental Exploration and Production Co. c. República del Ecuador* ("*Occidental*"), en la cual Burlington se apoya firmemente, es distinguible del presente caso. En *Occidental*, la demandante no cuestionó la ley impositiva, mientras que en el presente caso Burlington "está impugnando" la ley impositiva (Tr. 34:21-35:2). Más aún, en *Occidental* la controversia se desencadenó por una "nueva interpretación de una cláusula contractual por parte de Ecuador" y no, como en este caso, "la aprobación y la entrada en vigor de la Ley 42...una medida tributaria" (Tr. 35:5-13).
136. En suma, bajo el Artículo X del Tratado, la medida en la que Ecuador consintió en someter a arbitraje controversias relacionadas a "cuestiones tributarias" es "muy limitada". Se desprende de ello que los inversores tienen una protección limitada bajo el Tratado con respecto a cuestiones tributarias. En particular, los inversores no pueden invocar disposiciones del tratado tales como "trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, la nación-más-favorecida y trato nacional" cuando hay cuestiones tributarias de por medio (OJ, ¶ 19).
137. De este modo, los reclamos de Burlington relacionados a la promulgación y al cumplimiento de la Ley 42 aparte de expropiación suscitan "cuestiones tributarias" bajo el Artículo X del Tratado. Como resultado, Ecuador concluye que estos reclamos "deben ser desestimados por falta de jurisdicción" (OJ, ¶ 41).

(ii) El Tribunal no tiene jurisdicción aun si Burlington no impugna la Ley 42

138. Ecuador argumenta que aun si Burlington no estuviese impugnando la Ley 42, sino meramente intentando hacer valer las cláusulas contractuales de indemnización impositivas presuntamente violadas por Ecuador, los reclamos de Burlington bajo el Tratado por la Ley 42 aparte de expropiación permanecerían de todos modos fuera de la jurisdicción del Tribunal por las siguientes tres razones (Tr. 50:6-12).
139. En primer lugar, "Burlington retiró sus demandas contractuales" (Tr. 50:13-14). Por ende, el cumplimiento de disposiciones contractuales no se encuentra dentro del alcance de la jurisdicción del Tribunal.
140. En segundo lugar, "la supuesta violación de las cláusulas [de indemnización impositivas] no es igual a una violación del Tratado" (Tr. 51:7-9). A fin de sustentar esta proposición, Ecuador se basa en los laudos CIADI en *Pantechniki c. Albania* ("*Pantechniki*"), *EDF c. Rumania*, *CMS c. Argentina* ("*CMS*"), y *Duke Energy c. Ecuador* (Tr. 51:15-54:17).
141. De conformidad con *Pantechniki*, los reclamos del inversor deben caracterizarse en función del "origen normativo" del que tales reclamos derivan (Tr. 51:19-22). En este caso, los CP constituyen la fuente normativa en la que los reclamos de Burlington bajo el Tratado se basan, de donde se sigue que Burlington no está presentando ninguna "demanda bajo el Tratado" (Tr. 52:6-10). De acuerdo a *EDF c. Rumania*, "no basta que el propio Estado sea parte signataria del contrato para que la vulneración de un contrato se transforme en una violación del Tratado" (Tr. 52:19-22). Finalmente, bajo *CMS* y *Duke Energy*, "sólo" puede presentarse un reclamo bajo un tratado por violación de un contrato cuando hay "ejercicio de potestad soberana" (Tr. 53:1-14; 54:13-17).
142. En tercer lugar, la cláusula paraguas del Tratado "no ayuda a Burlington" (Tr. 54:18-20). Ello en virtud de que la cláusula paraguas es inoperante en ausencia de un vínculo legal contractual. "[S]i no hay relación [contractual] directa entre la demandante y la demandada...entonces no se puede invocar esta cláusula" (Tr. 56:14-18). Según Ecuador, la decisión de anulación en *CMS c. Argentina*, así como en los laudos *Impregilo c. Paquistán* y *EDF c. Rumania* brindan apoyo a esta conclusión (Tr. 55:15-57:8).
143. Como resultado, Ecuador alega que los reclamos de Burlington relacionados a la promulgación y al cumplimiento de la Ley 42 aparte de expropiación deben ser

desestimados por falta de jurisdicción (OJ, ¶ 84(a)). Específicamente, Ecuador concluye que los siguientes reclamos deben ser desestimados:

- (i) Falta de trato justo y equitativo (Artículo II(3)(a));
- (ii) Falta de protección y seguridad plenas (Artículo II(3)(a));
- (iii) Trato arbitrario y discriminatorio (Artículo II(3)(b));
- (iv) Violación de la cláusula de cumplimiento de compromisos contraídos (“cláusula paraguas”) (Artículo II(3)(c) (OJ, ¶ 41).

B. Los argumentos de Burlington

144. Burlington afirma que sus reclamos por la Ley 42 aparte de expropiación no suscitan “cuestiones tributarias” excluidas bajo el Artículo X, y estos reclamos están por lo tanto cubiertos por el Tratado (CM, ¶ 7).
145. Burlington discrepa con Ecuador acerca del propósito del Artículo X. Según Burlington, el propósito del Artículo X es el de excluir cuestiones tributarias del TBI “sobre la base de que los asuntos tributarios forman parte de tratados bilaterales de imposición” (Tr. 108:18-21). Por esta razón, la controversia, no estando sujeta a un tratado bilateral impositivo, cae dentro del alcance del TBI (Tr. 109:14-110:3).
146. El propósito del Artículo X no es, como Ecuador argumenta, el de “respetar un concepto amorfo de la soberanía” (Tr. 109:1-4). En cualquier caso, Burlington hace notar que no está solicitando al Tribunal que examine o restrinja el poder impositivo de Ecuador (CM, ¶ 38).
147. Según Burlington, la posición de Ecuador con respecto a la caracterización de la Ley 42 es contradictoria. Tal como Ecuador mismo lo admitiera, la Ley 42 no es un impuesto bajo el derecho ecuatoriano. Sin embargo, si la Ley 42 no es un impuesto bajo el derecho ecuatoriano, no puede ser un impuesto bajo el Artículo X del Tratado, ni suscitar “cuestiones tributarias” (CM, ¶¶ 12-14).
- (i) El Artículo X no se aplica a la presente controversia independientemente de que la Ley 42 sea o no sea un impuesto
148. La aserción primordial de Burlington es que la Ley 42 es un impuesto bajo el derecho ecuatoriano. “Si este Tribunal quiere llegar a su propia conclusión acerca de si la Ley 42 es impositiva o no es tal...la reacción más adecuada [es] que según la ley ecuatoriana sí que es [una medida] tributaria” (Tr. 102:7-12). No obstante

ello, Burlington esboza también, como se apreciará a continuación, un argumento secundario alternativo en el caso de que el Tribunal determinase que la Ley 42 no es un impuesto (CM, ¶ 15; Tr. 103:7-12).

149. Burlington formula, en resumen, los siguientes dos argumentos. Primero y de manera principal, si la Ley 42 es *un impuesto*, el Artículo X no se aplica porque Burlington no está impugnando "la imposición o la exención de un impuesto" (Tr. 113:2-8). Segundo y en la alternativa, si la Ley 42 *no es un impuesto*, Burlington sí impugna la Ley 42; no obstante, el Artículo X no se aplica de todos modos porque el Artículo X se aplica solo a "cuestiones tributarias", y si la Ley 42 no es un impuesto, no puede dar lugar a "cuestiones tributarias" (Tr. 113:8-11).
150. Burlington sostiene que la Ley 42 puede ser un impuesto a efectos del Artículo X del Tratado sólo si es un impuesto bajo el derecho ecuatoriano (CM, ¶ 14; Tr. 240:6-17). Subsidiariamente, puesto que las Partes están en desacuerdo acerca de la "cuestión básica" de si la Ley 42 es un impuesto o no, Burlington invita al Tribunal a resolver este punto junto con el fondo de la controversia (CM, ¶ 15; Tr. 100:6-101:6).
151. Los reclamos de Burlington por la Ley 42 aparte de expropiación no son "cuestiones tributarias" porque Burlington no impugna la promulgación, el cumplimiento o la validez de la Ley 42. Más bien, Burlington cuestiona el incumplimiento por parte de Ecuador de su obligación de indemnizar a Burlington por la imposición de la Ley 42, de conformidad con los CP y con el marco legal general (CM, ¶ 18; Tr. 103:19-104:1).
152. La decisión más relevante a efectos de esta controversia es *Occidental*. En ese caso, *Occidental* presentó reclamos contra Ecuador por la denegación de reembolsos por impuesto al valor agregado ("IVA"). El tribunal sostuvo que los reclamos de *Occidental* no suscitaban una cuestión de derecho tributario, sino más una cuestión de interpretación contractual (CM, ¶¶ 22-24).
153. Efectivamente, *Occidental* no objetaba la "existencia del impuesto o su porcentaje"; en cambio, alegaba que se adeudaba un reembolso bajo los términos del contrato. Del mismo modo, Burlington no objeta en este caso el impuesto creado por la Ley 42, pero reclama un ajuste adeudado de acuerdo con los términos de los CP (CM, ¶ 25).
154. Las decisiones en *EnCana* y en *Duke Energy*, en las cuales Ecuador busca apoyo, se distinguen del presente caso. Ambas decisiones, de hecho, "involucraron

impugnaciones directas a las medidas impositivas" en cuestión (CM, ¶ 26). En *EnCana*, la demandante objetó el monto del IVA computado contra sus subsidiarias, mientras que en *Duke Energy* la demandante objetó la denegación de una exención de tasas aduaneras (CM, ¶¶ 27, 30). Sin embargo, ni *EnCana* ni *Duke Energy* guardan similitud alguna con la presente controversia, ya que Burlington no impugna la validez de la Ley 42 (CM, ¶¶ 29, 32).

(ii) La naturaleza y la fuente legal de la obligación de indemnizar por parte de Ecuador

155. Bajo el Tratado, Ecuador estaba sujeto a la obligación de indemnizar a Burlington por los efectos de la Ley 42 mediante un ajuste de los respectivos porcentajes de participación en la producción de las partes. Esta obligación con base en el Tratado se cimienta tanto en los CP como en el Marco Legal de los Hidrocarburos (CM, ¶¶ 19-21, 32; Tr. 103:5-9). El incumplimiento de Ecuador de su deber de indemnizar a Burlington por los efectos de la Ley 42 constituye una violación de los derechos de Burlington bajo el Tratado a (i) un trato justo y equitativo, (ii) protección y seguridad plenas, (iii) protección bajo la cláusula paraguas y (iv) a no ser objeto de medidas arbitrarias y discriminatorias (CM, ¶ 21; Tr. 104:2-105:4).
156. Ecuador violó el derecho de Burlington bajo el Tratado a un trato justo y equitativo porque la obligación de indemnizar de Ecuador, fundada tanto en los CP como en el Marco Legal de los Hidrocarburos, "forma parte de las expectativas legítimas de la empresa Burlington [y] el frustrar estas expectativas es una violación de la disposición de trato justo y equitativo del Tratado" (Tr. 104:2-19). Asimismo, el incumplimiento de Ecuador con su deber de indemnizar a Burlington violó los derechos de Burlington a "protección y seguridad plenas" y a protección bajo la cláusula paraguas (Tr. 104:20-105:1).
157. Burlington observa que la decisión en *Pantechniki*, invocada por Ecuador con el fin de apoyar su argumento de que los reclamos de Burlington están en realidad basados en los CP y no en el Tratado, es distinguible de la presente controversia porque en ese caso no había cláusula paraguas (Tr. 116:16-117:6).
158. En suma, el Artículo X del Tratado no tiene aplicación a la presente controversia, y por lo tanto las objeciones de Ecuador a la jurisdicción del Tribunal sobre los reclamos de Burlington por la Ley 42 aparte de expropiación deben desestimarse (CM, ¶ 32).

C. Análisis del Tribunal

159. El Tribunal debe determinar si los reclamos de Burlington por la Ley 42 aparte de expropiación suscitan "cuestiones tributarias" dentro del marco del Artículo X del Tratado. El Tribunal estima que sólo pueden surgir "cuestiones tributarias" bajo el Artículo X si se está en presencia de un impuesto en el sentido previsto por esta disposición. Los argumentos de las partes presuponen asimismo este parecer. Sin embargo, las Partes están en desacuerdo acerca de qué constituye un impuesto bajo el Artículo X.
160. Como resultado, el Tribunal debe determinar (i) si la Ley 42 es un impuesto a efectos del Artículo X del Tratado y, en caso afirmativo, (ii) si los reclamos de Burlington por la Ley 42 aparte de expropiación suscitan "cuestiones tributarias" dentro del marco de tal disposición. Si el Tribunal concluyese que la Ley 42 no es un impuesto, entonces el Artículo X no tendría aplicación a la presente controversia y el Tribunal prescindiría de abordar la segunda cuestión.
- (i) ¿Es la Ley 42 un impuesto a efectos del Artículo X del Tratado?
161. La primera tarea del Tribunal consiste en examinar si la Ley 42 es un impuesto a efectos del Artículo X del Tratado. La Demandante afirma que la Ley 42 puede ser un impuesto a efectos del Artículo X "sólo si" es un impuesto bajo el derecho ecuatoriano (CM, ¶ 14; Tr. 240:6-10). El Tribunal no está de acuerdo.
162. El Artículo X forma parte de un tratado internacional entre Estados Unidos y Ecuador. Un tratado internacional se rige por el derecho internacional, no por el derecho interno de Estados Unidos o de Ecuador. Por consiguiente, la cuestión de si la Ley 42 es un impuesto a efectos del Artículo X se rige por el derecho internacional, no por el derecho ecuatoriano.
163. Por lo tanto, a efectos de la jurisdicción, el Tribunal sólo necesita decidir si la Ley 42 es un impuesto a efectos del Artículo X del Tratado y a la luz del derecho internacional. En otras palabras, no tiene sentido que el Tribunal resuelva en esta etapa del procedimiento la cuestión de si la Ley 42 es un impuesto bajo el derecho ecuatoriano. De esta manera, la cuestión de si la Ley 42 es un impuesto bajo el derecho ecuatoriano será resuelta, si es que debe ser resuelta en absoluto, junto con el fondo de la controversia.
164. Para responder a la pregunta acerca de si la Ley 42 es un impuesto a efectos del Artículo X del Tratado y a la luz del derecho internacional, el Tribunal estima que

las decisiones en *EnCana* y *Duke Energy* son ciertamente pertinentes. En *EnCana*, el tribunal sostuvo que un "impuesto" se "impone por ley" y que una "ley impositiva es una ley que impone a una clase de personas la obligación de pagar dinero al Estado con fines públicos". En *Duke Energy*, el tribunal, lidiando con el mismo Tratado aplicable a la presente controversia, manifestó que "la decisión dictada en *EnCana c. Ecuador* parece ser especialmente pertinente" para elucidar el significado de "cuestiones tributarias" bajo el Artículo X del Tratado.

165. Asentándose sobre la decisión en *EnCana*, la decisión en *Duke Energy* avala la proposición según la cual hay un "impuesto" bajo el Artículo X del Tratado si se satisfacen los siguientes cuatro requisitos: (i) una ley (ii) impone a una clase de personas la obligación (iii) de pagar dinero al Estado (iv) con fines públicos. De acuerdo con esta definición, el Tribunal considera que la Ley 42 es un impuesto.
166. En primer lugar, la Ley 42 es, tal como su propio nombre lo indica, una ley. En segundo lugar, esa ley impone una obligación a una "clase de personas", a saber, las compañías contratistas que mantienen CP vigentes con Ecuador siempre que el precio actual prevalente del petróleo exceda un precio de referencia preestablecido. En tercer lugar, de acuerdo con esta obligación, esta "clase de personas" debe pagar dinero al Estado mensualmente. En cuarto y último lugar, el Estado dispone del dinero así recaudado para sus fines públicos. Tal como Ecuador indicó, el dinero recaudado bajo la Ley 42 va "directamente al Estado...forman parte de los impuestos que entran en la cuenta única del Banco Central de la República" (Tr. 38:2-5). El Tribunal advierte además que Burlington pagó el dinero adeudado bajo la Ley 42 mediante el mismo Consorcio Fiscal que es responsable por el impuesto a las ganancias en los Bloques 7 y 21.
167. Por estas razones, el Tribunal concluye que la Ley 42 es un impuesto a efectos del Artículo X del Tratado. A raíz de esta conclusión, el Tribunal debe determinar a continuación si los reclamos de Burlington por la Ley 42 aparte de expropiación suscitan "cuestiones tributarias" dentro del marco del Artículo X.

(ii) ¿Suscitan los reclamos de Burlington por la Ley 42 aparte de expropiación "cuestiones tributarias" bajo el Artículo X del Tratado?

168. De acuerdo con el Artículo X del Tratado, las "cuestiones tributarias" están en principio excluidas del alcance del Tratado. Las Partes están de acuerdo en que una controversia suscita "cuestiones tributarias" siempre que un inversor impugna

la validez o el cumplimiento de un impuesto. Sin embargo, las Partes no están de acuerdo acerca de si la Demandante impugna la Ley 42 o no.

169. La Demandante asevera que no impugna la Ley 42, sino meramente el incumplimiento de la Demandada de su obligación de indemnizar a la Demandante por los efectos de la Ley 42 en la economía de los CP. La Demandada a su vez afirma que la Demandante impugna la Ley 42. Según la Demandada, "aunque Burlington dice que no impugna estas medidas tributarias [por la Ley 42], en realidad sí las está impugnando hecho sí lo hace[...]el panorama es bastante claro[:] Burlington impugna la Ley 42 y sus decretos de aplicación alegando que constituyen una violación del Tratado" (Tr. 23:8-14; 32:18-32:1).
170. Para determinar si la Demandante impugna la Ley 42 o no, el Tribunal tomará en cuenta la posición de la Demandante durante todo el procedimiento, incluyendo en (i) su Solicitud de Arbitraje, (ii) su Solicitud de Medidas Provisionales, (iii) su Memorial sobre la Responsabilidad, (iv) y, finalmente, en su Contra-Memorial sobre Jurisdicción y en la audiencia sobre jurisdicción.
171. En primer lugar, en su Solicitud de Arbitraje del 21 de abril de 2008, Burlington afirmó lo siguiente en la sección relativa a las presuntas "violaciones bajo el Tratado" de Ecuador:
- "La imposición por parte de Ecuador de una serie de medidas, incluyendo la Ley 2006-42, sus reglamentos de ejecución, y principalmente el Decreto 662, y su rotundo rechazo a honrar su obligación contractual de proveer a Burlington su participación en el crudo o *alternativamente* de absorber los efectos de tales medidas, abrogaron las obligaciones de Ecuador hacia Burlington bajo el Tratado [...] (énfasis agregado) (RFA, ¶ 95)."
172. En su Solicitud de Arbitraje, Burlington incluyó a la Ley 42 como parte de una "serie de medidas" que "abrogaron las obligaciones de Ecuador hacia Burlington bajo el Tratado". Burlington alegó solo "alternativamente" que la negativa de Ecuador a "absorber los efectos de la [Ley 42 y los Decretos]" también formaba parte de esa "serie de medidas". Por lo tanto, el Tribunal concluye que la alegación principal de Burlington en su Solicitud –i.e. que la Ley 42 era parte de una "serie de medidas" que violaron las obligaciones de Ecuador hacia Burlington bajo el Tratado- constituyó un cuestionamiento a la Ley 42.
173. En segundo lugar, en su Solicitud de Medidas Provisionales del 20 de febrero de 2009, Burlington solicitó una orden del Tribunal en la que recomiende que:

Ecuador...se abstenga de exigir el pago de importes *presuntamente* adeudados bajo la Ley No. 2006-42 y de comenzar cualquier acción o de adoptar cualquier decisión o resolución que pudiera conducir directa o indirectamente al pago forzoso o coaccionado de cualquier importe relacionado a la Ley No. 2006-42 (énfasis agregado)(RPM, ¶ 84(i)).

174. La Solicitud de Medidas Provisionales evidencia que la Demandante impugnaba tanto la (i) validez de la Ley 42 (“importes *presuntamente* adeudados”) como (ii) su cumplimiento (“se abstenga de exigir el pago...bajo la Ley No. 2006-42” y “de comenzar cualquier acción...que pudiera conducir...al pago forzoso o coaccionado de cualquier importe relacionado a la Ley No. 2006-42”). Por lo tanto, el Tribunal concluye que Burlington también cuestionó a la Ley 42 en su Solicitud de Medidas Provisionales.
175. En tercer lugar, en su Memorial sobre la Responsabilidad del 20 de abril de 2009, la Demandante aduce que Ecuador violó el Tratado al no “honrar su obligación de absorber los efectos de la [Ley 42]” (Mem., ¶ 370). Por las razones que se explicarán en breve, el Tribunal considera que este reclamo no constituye un cuestionamiento a la Ley 42 misma. Por otra parte, la Demandante también argumentó, por ejemplo, que Ecuador utilizó “su poder soberano de mala fe para forzar a Burlington a aceptar un nuevo contrato de servicio” (Mem., ¶ 406). De este modo, el Tribunal constata que, en su Memorial sobre la Responsabilidad, la Demandante ha impugnado la Ley 42, pero sólo en parte.
176. En cuarto lugar, en su Contra-Memorial sobre Jurisdicción del 20 de octubre de 2009, la Demandante afirmó que sus “reclamos aparte de expropiación surgen de la negativa de Ecuador a indemnizarla por los efectos de la Ley 2006-42.” En el Contra-Memorial, la Demandante no invocó ninguna otra obligación como base para sus reclamos aparte de expropiación. Durante la audiencia sobre jurisdicción del 22 de enero de 2010, la Demandante confirmó esta postura manifestando que lo que es “ilegal no es el imponer un impuesto [la Ley 42] sino el no prever una indemnización por imponerlo” (Tr. 103:19-22). Como el Tribunal indicó en el párrafo precedente, este reclamo no constituye un cuestionamiento a la Ley 42.
177. En suma, a lo largo del procedimiento, la Demandante ha formulado diversos reclamos y argumentos, algunos de los cuales impugnan, y algunos de los cuales no impugnan, la Ley 42. La pregunta por ello no es tanto si la Demandante ha impugnado la Ley 42 en términos generales, sino más bien qué reclamos específicos constituyen una impugnación a la Ley 42. En razón de ello, el Tribunal examinará individualmente los reclamos de la Demandante a fin de determinar, con respecto a cada uno de ellos, si suponen una impugnación a la Ley 42.

(iii) ¿Qué reclamo o reclamos específicos de Burlington constituyen una impugnación de la Ley 42?

178. En su Memorial sobre la Responsabilidad, la Demandante ha formulado reclamos aparte de expropiación por la violación de las siguientes disposiciones del Tratado: (i) la cláusula de cumplimiento de compromisos contraídos o cláusula paraguas; (ii) trato justo y equitativo; (iii) trato arbitrario y discriminatorio; y (iv) protección y seguridad plenas.

1) Reclamos por la Violación de la Cláusula de Compromisos
Contraídos o Cláusula Paraguas

179. La Demandante ha presentado reclamos por la presunta violación por parte de la Demandada de obligaciones cubiertas por la cláusula de compromisos contraídos o cláusula paraguas del Tratado. Esta cláusula se encuentra plasmada en el Artículo II(3)(c) del Tratado, que establece lo siguiente:

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

180. La Demandante formula tres reclamos bajo la cláusula paraguas por la violación de obligaciones que surgirían tanto de los CP como del Marco Legal para los Hidrocarburos. Primero, la Demandada no indemnizó a la Demandante por la imposición del impuesto creado por la Ley 42. Segundo, en el caso en que la Ley 42 no sea considerada un impuesto, la Demandada no eximió a la Demandante de la Ley 42. Tercero, la Demandada no garantizó a la Demandante la fracción acordada de la producción de crudo.

181. El primer reclamo bajo la cláusula paraguas se basa en la presunta negativa de la Demandada a indemnizar por la imposición del impuesto creado por la Ley 42. La Demandante no presenta este reclamo sobre la base de que la Ley 42 es ilegal o de que no debería aplicarse a la Demandante. La Demandante pretende más bien hacer valer las cláusulas de indemnización impositivas en virtud de las cuales la Demandada contrajo la obligación de absorber los efectos de nuevos impuestos o el aumento de impuesto existentes. En opinión del Tribunal, esta cláusula no suscita "cuestiones tributarias". Tal como sucediera en *Occidental*, en la cual la Demandante correctamente se apoya, este reclamo gira en torno a una cuestión contractual, no en torno a una "cuestión tributaria" (*Occidental*, ¶ 74).

182. Efectivamente, la obligación de la Demandada de indemnizar de conformidad con los CP no guarda relación con su poder fiscal en tanto que Estado soberano. Las cláusulas de indemnización contractual son tan vinculantes para el inversor como

para la Demandada. Como la Demandada indicó, las cláusulas de indemnización son cláusulas que "cualquiera de las partes podría invocar...si se trata de una reducción de la carga tributaria, pues Ecuador podría pedir una compensación [y] al revés: si aumenta la carga tributaria, la demandante también puede pedir una compensación"; en suma, las cláusulas funcionan de manera perfectamente simétrica (Tr. 32:17-22). El Tribunal está de acuerdo.

183. Por lo tanto, dos contratantes privados sin poder fiscal soberano alguno podrían negociar una cláusula de indemnización idéntica a las contenidas en los CP, *i.e.* si hay un aumento de impuestos, el precio del contrato es reducido, y viceversa. Y si alguna de las partes contratantes intentara hacer valer esta cláusula de indemnización, ello no implicaría un cuestionamiento de esa parte al impuesto que indujo la aplicación de la cláusula; más bien, esa parte simplemente *invocar*ía el impuesto para substanciar su reclamo indemnizatorio. Esta lógica no cambia cuando el Estado es una de las partes contratantes sujetas a tal cláusula. Por ende, el Tribunal considera que este reclamo no suscita "cuestiones tributarias".
184. El segundo reclamo bajo la cláusula paraguas se basa en la negativa de la Demandada a eximir a la Demandante de la aplicación de la Ley 42 *en la medida en que la Ley 42 no es un impuesto* (Mem., ¶ 370). Sin embargo, como el Tribunal concluyera previamente, la Ley 42 es un impuesto a efectos del Artículo X del Tratado, y por lo tanto este reclamo expira de acuerdo con sus propios términos.
185. El tercer reclamo bajo la cláusula paraguas descansa sobre la obligación de la Demandada de garantizar a la Demandante una participación fija en la producción de petróleo crudo de conformidad con las fórmulas establecidas en los CP. El tercer reclamo de Burlington bajo la cláusula paraguas está supeditado a que el Tribunal encuentre una violación con respecto al primer o al segundo reclamo bajo la cláusula paraguas previamente analizados. Específicamente, la Demandante presenta este reclamo "sólo en la medida" en que la Demandada omitió sea "absorber los efectos de la [Ley 42]" (primer reclamo bajo la cláusula paraguas), sea eximir a la Demandante de la "aplicación de la [Ley 42]" si la Ley 42 no es un impuesto o una regalía (segundo reclamo bajo la cláusula paraguas) (Mem., ¶ 370).
186. Puesto que el tercer reclamo bajo la cláusula paraguas depende del primer y del segundo reclamo bajo la cláusula paraguas, el tercer reclamo bajo la cláusula paraguas debe seguir el mismo destino que los reclamos de los que depende. En particular, el Tribunal anteriormente determinó que el primer reclamo bajo la

cláusula paraguas no suscita "cuestiones tributarias", y que el segundo reclamo bajo la cláusula paraguas expira de acuerdo con sus propios términos. A la luz de estas determinaciones, el Tribunal considera que, en la medida en que el tercer reclamo es contingente en el primer reclamo bajo la cláusula paraguas, no suscita "cuestiones tributarias". Por otro lado, en la medida en que el tercer reclamo es contingente en el segundo reclamo bajo la cláusula paraguas, expira de acuerdo con sus propios términos tal como sucediera con el segundo reclamo.

187. En suma, el Tribunal concluye que: (i) el primer reclamo bajo la cláusula paraguas no suscita "cuestiones tributarias" de acuerdo con el Artículo X del Tratado; (ii) el segundo reclamo bajo la cláusula paraguas expira de acuerdo con sus propios términos; (iii) el tercer reclamo bajo la cláusula paraguas no suscita "cuestiones tributarias" en la medida en que depende del primer reclamo bajo la cláusula paraguas (la "primera parte" del tercer reclamo bajo la cláusula paraguas), y expira de acuerdo con sus propios términos en la medida en que depende del segundo reclamo bajo la cláusula paraguas (la "segunda parte" del tercer reclamo bajo la cláusula paraguas).
188. Ecuador interpuso objeciones adicionales en el caso en que el Tribunal concluyese que los reclamos de Burlington bajo la cláusula paraguas no suscitan "cuestiones tributarias" bajo el Artículo X del Tratado. Puesto que el Tribunal determinó que el segundo reclamo y la segunda parte del tercer reclamo bajo la cláusula paraguas expiraron de acuerdo con sus propios términos, debe entenderse que estas objeciones adicionales se dirigen solamente contra el primer reclamo y la primera parte del tercer reclamo bajo la cláusula paraguas.
189. Como primera objeción adicional, Ecuador enfatiza que Burlington retiró sus reclamos contractuales. Si bien esto es cierto, el Tribunal advierte que el reclamo de Burlington bajo la cláusula paraguas es un reclamo fundado en el Tratado, no en el contrato. Tal como lo enunciara el tribunal en *Bayindir c. República de Paquistán* ("*Bayindir*"), la distinción entre reclamos convencionales y reclamos contractuales, la cual se remonta a la decisión del comité *ad hoc* en *Vivendi v. Argentina*, "se encuentra a esta altura bien establecida" (*Bayindir*, Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 148). Por ello, la objeción de Ecuador no puede ser acogida.
190. En segundo lugar, Ecuador aduce que los reclamos de Burlington no involucran el ejercicio de poder soberano. Este requisito, sin embargo, no encuentra apoyo en el texto de la cláusula paraguas del Tratado. Más aún, el Tribunal estima que, si bien se han expresado diversas opiniones sobre este punto, las cláusulas

paraguas pueden aplicarse aun en ausencia de ejercicio de poder soberano, lo que esta en armonía con otras decisiones tal como por ejemplo *Duke Energy (Duke Energy, ¶ 320)*. Por consiguiente, la Demandante podría invocar la cláusula paraguas del tratado aunque la Demandada no hubiese ejercido su poder soberano. Por ende, la objeción de Ecuador no puede ser acogida.

191. En tercer lugar, Ecuador argumenta que la cláusula paraguas no es de utilidad a Burlington porque no hay un vínculo legal contractual directo entre Ecuador y Burlington (la "objeción por falta de vínculo legal directo"). En apoyo de su posición, Ecuador invoca las decisiones en *Impregilo v. Paquistán ("Impregilo")* y *EDF v. Rumania*, y la decisión del comité *ad hoc* en *CMS v. Argentina*. El Tribunal examinará la relevancia de cada una de estas decisiones para la presente controversia.
192. En *Impregilo*, la cuestión consistía en establecer si la cláusula de resolución de disputas del TBI entre Italia y Paquistán se aplicaba a un ente estatal aparte de Paquistán. El tribunal dictaminó que no (Anexo EL-60, ¶¶ 214, 216). Debe destacarse, sin embargo, que el TBI aplicable a esa controversia no contenía una cláusula paraguas. Como resultado, el tribunal en ese caso lidió con una cuestión muy distinta a la que se plantea aquí. En *Impregilo*, la cuestión consistía en establecer si la cláusula de resolución de disputas era vinculante para entidades estatales aparte de Paquistán; en este caso, por el contrario, la cuestión consiste en determinar si Burlington puede invocar la cláusula paraguas del contrato para hacer cumplir obligaciones que Ecuador incuestionablemente asumió en los CP.
193. En *EDF c. Rumania*, la cuestión radicaba en resolver si la demandante podía invocar la cláusula paraguas del TBI entre el Reino Unido y Rumania, cuya redacción es similar a la del TBI aplicable a la presente controversia, para hacer cumplir obligaciones asumidas por entes estatales rumanos aparte del Estado rumano. El tribunal dictaminó que la demandante no podía valerse de la cláusula paraguas porque esta cláusula sólo se aplicaba "a obligaciones asumidas por el Estado rumano" (Anexo EL-59, ¶ 317). Sin embargo, esta no es cuestión que se plantea en este caso, pues no se cuestiona que Ecuador asumió las obligaciones incluidas en los CP. La cuestión en este caso consiste más bien en dirimir si Burlington, en tanto que inversor, puede invocar las obligaciones incluidas en esos CP.
194. Ecuador también invoca la decisión del procedimiento de anulación en *CMS c. República Argentina ("CMS")*, en la cual el Comité *ad hoc* sostuvo que "[e]l efecto

de la cláusula paraguas no es transformar la obligación en que se basa en algo distinto....[s]i esto es así, pareciera que las partes de la obligación (*i.e.*, las personas vinculadas por ella y facultadas para basarse en ella) tampoco son afectadas en razón de la cláusula paraguas" (Anexo CL-72, ¶ 95). Cabe señalar que la redacción de la cláusula paraguas en el TBI entre Estados Unidos y Argentina aplicable en *CMS* es idéntica a la del TBI entre Estados Unidos y Ecuador.

195. Según la Demandada, en *CMS* se dictaminó que "sólo si la demandada y la demandante tienen esta relación directa, privity, entonces esas obligaciones contractuales pod[r]ían elevarse a una demanda bajo el Tratado a través de la cláusula [paraguas], umbrella clause" (énfasis agregado) (Tr. 55:15-22). El Tribunal difiere con la lectura de *CMS* por parte de la Demandada. El Tribunal considera que, si bien el Comité *ad hoc* ciertamente planteó inquietudes con respecto al alcance de aplicación de las cláusulas paraguas, no se puede extrapolar una regla general de esa decisión.
196. En efecto, el Comité *ad hoc* anuló el laudo en *CMS* por "omisión en la expresión de los motivos" por los cuales *CMS* podía invocar la cláusula paraguas contra Argentina para exigir el cumplimiento de las obligaciones de Argentina hacia TGN, una compañía en la cual *CMS* era un accionista minoritario (*CMS Anulación*, ¶¶ 96-97). Puesto que el laudo fue anulado por este motivo, el Comité *ad hoc* no abordó el argumento de que la aplicación de la cláusula paraguas efectuada por el tribunal habría constituido una extralimitación manifiesta de sus facultades en razón de la falta de vínculo legal directo entre *CMS* y Argentina. Por consiguiente, el laudo en *CMS* fue anulado en última instancia por razones particulares a esa decisión. El árbitro Stern no comparte las consideraciones de los párrafos 195 y 196.
197. No obstante, el Tribunal advierte que las Partes no han debatido lo suficiente la cuestión del alcance de la cláusula paraguas. En razón de que la Demandada interpuso la objeción por falta de vínculo legal directo por primera vez durante la audiencia sobre jurisdicción, las Partes no han presentado sus puntos de vista sobre esta cuestión por escrito.
198. En consecuencia, el Tribunal decide unir junto con el fondo de la controversia su determinación final acerca de si tiene jurisdicción sobre los reclamos pendientes de Burlington bajo la cláusula paraguas y, más específicamente, acerca de si

estos reclamos requieren un vínculo legal directo entre Burlington y Ecuador (la "objección de la falta de vínculo legal directo").

199. En resumen, el Tribunal declara que: (i) el segundo reclamo y la segunda parte del tercer reclamo de Burlington bajo la cláusula paraguas expiran de acuerdo con sus propios términos; (ii) el primer reclamo y la primera parte del tercer reclamo de Burlington bajo la cláusula paraguas no suscitan "cuestiones tributarias" bajo el Artículo X del Tratado; (iii) las objeciones adicionales de Ecuador, dirigidas al primer reclamo y a la primera parte del tercer reclamo de Burlington bajo la cláusula paraguas, son desestimadas con excepción de la objeción de vínculo legal directo; (iv) la objeción de vínculo legal directo se resolverá junto con el fondo de la controversia; (v) con respecto a los reclamos pendientes de Burlington bajo la cláusula paraguas, las Partes no pueden re-argumentar o presentar nuevos argumentos sobre ninguna cuestión jurisdiccional excepto la referente a la objeción de falta de vínculo legal directo.

2) El reclamo por falta de trato justo y equitativo

200. La Demandante aduce que la Demandada violó su obligación de conceder a la Demandante un trato justo y equitativo. Esta obligación se encuentra reflejada en el Artículo II(3)(a) del Tratado, que dispone lo siguiente:

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

201. La Demandante desdobra su reclamo por falta de trato justo y equitativo en dos aspectos principales. Primero, la Demandada frustró las expectativas legítimas de la Demandante al repudiar sus obligaciones de (i) absorber los efectos de la Ley 42, (ii) eximir a la Demandante de la Ley 42, y (iii) garantizar a la Demandante una participación fija de la producción de petróleo crudo. Estas obligaciones surgen tanto de los CP como del Marco Legal para los Hidrocarburos. Segundo, la Demandada usó su poder fiscal de mala fe para forzar a la Demandante a renunciar a sus derechos bajo los CP.
202. El primer reclamo de la Demandante por falta de trato justo y equitativo se basa en la frustración de sus expectativas legítimas en relación a tres obligaciones legales diversas. El Tribunal debe por tanto examinar si cada una de estas expectativas legítimas configura un cuestionamiento a la Ley 42 y suscita así "cuestiones tributarias" dentro del marco del Artículo X del Tratado.

203. Primero, la Demandada frustró las expectativas legítimas de la Demandante porque no absorbió los efectos de la Ley 42 de conformidad con el Marco Legal para los Hidrocarburos y con los CP. Con respecto al Marco Legal para los Hidrocarburos, el Tribunal estima que la Demandante no tenía derecho, en ausencia de un contrato, a ser indemnizada por los efectos de nuevos impuestos o de un aumento de impuestos. Con respecto a los CP, el Tribunal anteriormente concluyó que la obligación de absorber los efectos de nuevos impuestos o de un aumento de impuestos no resultan en un cuestionamiento a la Ley 42 y, por consiguiente, no suscitan "cuestiones tributarias" bajo el Artículo X.
204. No obstante, fuera del contexto de la cláusula paraguas, una violación del contrato por parte del Estado puede equivaler a una violación del Tratado sólo si el Estado ejerce poder soberano (*Duke Energy*, ¶ 345). Expresado de otro modo, la presunta repudiación de las cláusulas de indemnización impositivas por parte de la Demandada podrían resultar en una violación por falta de trato justo y equitativo bajo el Tratado sólo si la Demandada hubiese ejercido su poder soberano. El Tribunal, sin embargo, ya determinó que las cláusulas de indemnización impositivas no acarrear el ejercicio de poder soberano⁹. Por lo tanto, este reclamo no satisface el relevante estándar *prima facie* porque los hechos alegados, aun si fuesen probados, no podrían constituir una violación por parte de la Demandada de su obligación bajo el Tratado de acordar a la Demandante trato justo y equitativo. En consecuencia, el Tribunal no tiene jurisdicción sobre este reclamo.
205. Segundo, la Demandante argumenta que sus expectativas legítimas se vieron frustradas porque la Demandada no la eximió de la Ley 42. La noción de que la aplicación misma de la Ley 42 a la Demandante resulta en una violación del Tratado es inherente a este reclamo. En opinión del Tribunal, ese reclamo constituye una impugnación a la Ley 42 y suscita por lo tanto "cuestiones tributarias" dentro del marco del Artículo X del Tratado. Esta conclusión permanece inalterada sea que la obligación de la Demandada surja de los CP o del Marco Legal para los Hidrocarburos.
206. Tercero, la Demandante aduce que la Demandada frustró su expectativa legítima, independiente de las otras expectativas, a una participación fija en la producción de crudo. En opinión del Tribunal, este reclamo impugna la Ley 42, pues se

⁹ Si bien esta sería una cuestión concerniente al fondo de la controversia, el Tribunal debió abordar esta cuestión en esta fase del procedimiento a fin de determinar si los reclamos de la Demandante bajo la cláusula paraguas suscitaban "cuestiones tributarias" de acuerdo con el Artículo X del Tratado.

sustenta en la noción de que la Ley 42 *misma* frustró las expectativas de la Demandante a recibir una participación fija de la producción de crudo¹⁰. Esta noción supone que la Ley 42 *misma* es ilegal porque viola una obligación. Por lo tanto, este reclamo también suscita "cuestiones tributarias" dentro del marco del Artículo X.

207. El segundo reclamo de la Demandante por falta de trato justo y equitativo se basa en la proposición según la cual la Demandada usó su poder fiscal de mala fe para forzar a la Demandante a renunciar a sus derechos bajos los CP. En opinión del Tribunal, este reclamo impugna ostensiblemente la Ley 42, así como el uso de la Demandada de su poder fiscal, y por lo tanto suscita "cuestiones tributarias". El árbitro Orrego Vicuña no comparte esta determinación.
208. En suma, el Tribunal considera que el reclamo de Burlington por falta de trato justo y equitativo basado en la presunta frustración de su expectativa legítima a que los efectos de cualquier impuesto nuevo sean absorbidos por Ecuador no satisface el estándar de jurisdicción *prima facie* de conformidad con el cual los hechos alegados, de ser ulteriormente probados, deben ser susceptibles de constituir una violación del tratado. El Tribunal estima además que los restantes reclamos de Burlington por falta de trato justo y equitativo suscitan "cuestiones tributarias" bajo el Artículo X. Por lo tanto, indagará luego si estos restantes reclamos se relacionan a la observancia y el cumplimiento de los términos de un "acuerdo de inversión" a fin de determinar finalmente si puede ejercer jurisdicción sobre ellos.

3) El reclamo por trato arbitrario

209. La Demandante manifiesta que la Demandada violó su obligación de abstenerse de promulgar medidas arbitrarias que menoscaben la inversión de la Demandante. Esta obligación aparece incorporada en el Artículo II(3)(b) del Tratado, el cual dispone que:

"Ninguna de las Partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el mantenimiento, la utilización, el usufructo, la adquisición, la expansión o la enajenación de las inversiones."

210. La Demandante apuntala su reclamo bajo el Tratado sobre la base de una serie de alegaciones. Primero, la Demandada impuso un "impuesto ilegal" dirigido

¹⁰ Cabe señalar que, en esta ocasión, la Demandante no supeditó este reclamo a que se encontrara una violación con respecto a alguno de sus dos reclamos anteriores, como sí sucedió con respecto a sus reclamos bajo la cláusula paraguas. Más bien, este reclamo es independiente de los dos reclamos anteriores.

específicamente contra "las ganancias de Burlington durante un período en el cual los precios del petróleo iban en aumento" (Mem., ¶ 421). Segundo, la Demandada promulgó medidas fiscales que "asfixiaron" la inversión de la Demandante (*id.*). Tercero, la Demandada "buscó agresivamente cobrar la cuestionada deuda de Burlington entablando el procedimiento de *coactiva*" (Mem., ¶ 423). Finalmente, "[a] partir de la promulgación de la [Ley 42]...Ecuador ha creado...un marco arbitrario para la inversión de Burlington" (Mem., ¶ 427).

211. El Tribunal considera que las alegaciones concernientes al trato arbitrario impugnan la Ley 42, y por lo tanto suscitan "cuestiones tributarias" excluidas del alcance del Tratado en virtud del Artículo X. El árbitro Orrego Vicuña no comparte esta determinación. Por ende, el Tribunal examinará posteriormente si este reclamo se relaciona a la observancia y al cumplimiento de los términos de un "acuerdo de inversión" a fin de dirimir su jurisdicción sobre este reclamo.

4) El reclamo por falta de protección y seguridad plenas

212. La Demandante asevera que la Demandada violó su obligación de proveer a la Demandante protección y seguridad plenas en cualquiera de los Bloques. Esta obligación se articula en el Artículo II(3)(a) del Tratado, que establece lo siguiente:

"Las inversiones...gozarán de protección y seguridad plenas".

213. La Demandante afirma que "al descartar el marco legal que regía" la inversión de Burlington, la Demandada "no proveyó seguridad jurídica y comercial a las inversiones de Burlington en los Bloques 7, 21, 23 y 24." En particular, esta falta dio origen al "recién creado régimen legal [que] destruye la seguridad jurídica y comercial de la inversión de Burlington" (Mem., ¶ 470).

214. El "recién creado régimen legal" al que la Demandante se refiere es la Ley 42. En efecto, en el mismo párrafo, la Demandante afirma que, si los Bloques 23 y 24 fueran a alcanzar "las fases de exploración y explotación de los CP", "la eventual aplicación de la Ley No. 2006-42 [Ley 42]...contribuirá aún más a la completa erosión del valor legal y comercial de [estos Bloques]" (Mem., ¶ 470). En breve, la Demandante alega que la aplicación de la Ley 42 a los Bloques 7 y 21 "destruye" la seguridad jurídica de su inversión, y que la eventual aplicación de la Ley 42 a los Bloques 23 y 24 provocaría similares consecuencias (*id.*).

215. Sobre la base de estas alegaciones, el Tribunal considera que el reclamo de la Demandante por falta de protección y seguridad plenas, basado en la presunta falta de provisión de *seguridad jurídica y comercial* en los Bloques 7, 21, 23 y 24

por parte de Ecuador, impugna la Ley 42 y por tanto suscita “cuestiones tributarias” bajo el Artículo X. Por consiguiente, tal como es el caso con los reclamos por falta de trato justo y equitativo y por trato arbitrario, los cuales también involucran cuestiones tributarias, el Tribunal debe analizar si estos reclamos se relacionan a la observancia y al cumplimiento de los términos de un “acuerdo de inversión” a fin de determinar si tiene jurisdicción sobre este reclamo.

216. Este reclamo, sin embargo, debe distinguirse del reclamo independiente de Burlington por protección y seguridad plenas por la presunta falta de provisión de *seguridad física* en los Bloques 23 y 24 por parte de Ecuador *debido a la oposición de comunidades indígenas*. El Tribunal abordará las objeciones de Ecuador con respecto a este otro reclamo ulteriormente en la Sección 3.3.

2.2.2 Observancia y Cumplimiento de los Términos de un “acuerdo de inversión” bajo el Artículo X(2)(c) del Tratado

A. Los argumentos de Ecuador

217. Ecuador afirma que los reclamos por la Ley 42 aparte de expropiación de Burlington no se relacionan al cumplimiento de un “acuerdo de inversión” tal como esta expresión es empleada en el Artículo X (OJ, ¶ 34). Ecuador esencialmente apuntala esta posición con dos argumentos.
218. En primer lugar, Burlington mismo no es parte de los CP y, por lo tanto, los CP no pueden caracterizarse como “acuerdos de inversión” a efectos del Artículo X(2)(c). De acuerdo con el Artículo VI(1)(a), al que el Artículo X(2)(c) se refiere, un “acuerdo de inversión” es un acuerdo entre una Parte y “un nacional o una sociedad de la otra Parte”. Aquí, Ecuador es la Parte y Burlington es el “nacional o [la] sociedad de la otra Parte”, a saber, Estados Unidos. No obstante, Ecuador y Burlington no concluyeron acuerdo de inversión alguno (OJ, ¶¶ 35, 40).
219. Ecuador alega que esta conclusión es consistente con las decisiones en *Duke Energy* y *EnCana*. En *Duke*, el tribunal, interpretando el Tratado aplicable a esta controversia, rechazó el intento de la demandante de caracterizar ciertos contratos como “acuerdos de inversión” dentro del marco del Artículo X sobre la base de que “un acuerdo de inversión debe ser el celebrado ‘entre un Estado Parte y un nacional o una empresa del otro Estado Parte’” (énfasis en el original) (OJ, ¶ 36; Tr. 43:20-44:13).

220. En *EnCana*, la demandante, invocando una excepción impositiva similar a la del Artículo X, intentó hacer cumplir los términos de ciertos CP celebrados entre sus subsidiarias incorporadas en un tercer estado y Ecuador. El tribunal sostuvo, sin embargo, que los contratos no calificaban como “acuerdos” bajo la excepción impositiva ya que la demandante no era, ella misma, parte de los CP. En consecuencia, los reclamos de la demandante bajo el tratado fueron desestimados por falta de jurisdicción (OJ, ¶ 40).
221. Ecuador afirma que los argumentos de Burlington en el sentido de que Burlington es el “verdadero inversor”, y de que la inversión es un “todo indivisible”, no tienen relevancia alguna. La cuestión no es quién es el inversor real, sino quiénes son las partes de los acuerdos de inversión. Aquí, Burlington “no es un signatario” de los acuerdos de inversión, y por lo tanto la “tercera excepción del Artículo X” es inaplicable (Tr. 45:3-46:1).
222. En segundo lugar, Ecuador alega que el Artículo VI(8) del Tratado “no tiene incidencia alguna en el presente caso” (OJ, ¶ 37). De acuerdo con esta disposición, una “compañía legalmente constituida bajo las [leyes] de una Parte”, que es controlada durante el período relevante por un nacional o una compañía de la otra Parte, será considerada como un nacional de esa otra Parte. El Artículo VI(8) sólo se aplica cuando una compañía ha sido “legalmente constituida bajo las [leyes] de una Parte”, es decir, sea de Estados Unidos o de Ecuador. Sin embargo, las Subsidiarias de Burlington no están incorporadas en ninguno de estos dos países; por el contrario, están incorporadas en las Bermudas, y por ello Burlington no puede invocar esta disposición (OJ, ¶¶ 38-39).
223. Como resultado, Ecuador concluye que los reclamos por la Ley 42 aparte de expropiación de Burlington deben desestimarse por falta de jurisdicción (¶¶ 40-41).

B. Los argumentos de Burlington

224. Burlington afirma que sus reclamos se relacionan con el cumplimiento de un “acuerdo de inversión” de conformidad con el Artículo X(2)(c) del Tratado (CM, ¶ 39).
225. Según Burlington, el enfoque adecuado para interpretar la expresión “acuerdo de inversión” es uno que se concentra en la substancia económica de la inversión, por contraposición a su forma. De acuerdo con este enfoque substantivo, Burlington es la verdadera parte del acuerdo de inversión, considerado en su totalidad, que subyace a esta controversia. El hecho de que haya invertido a través de

sociedades vehículo incorporadas en las Bermudas no altera esta conclusión (CM, ¶¶ 40, 45, 50).

226. Burlington señala cuatro hechos en apoyo de su proposición según la cual ella, y no sus Subsidiarias, es la verdadera parte del acuerdo de inversión. Primero, Ecuador buscó específicamente a Burlington, sabiendo en todo momento que Burlington, y no sus Subsidiarias, era el verdadero inversor (CM, ¶ 41). Segundo, los reclamos de Burlington no se limitan a los CP puesto que también se basan en las garantías jurídicas dispuestas en el Marco Legal para los Hidrocarburos (CM, ¶ 42).
227. Tercero, aunque Burlington no es signatario de los CP, sí proveyó, a través de su subsidiaria en Estados Unidos de la que detenta la totalidad del paquete accionario, Burlington Resources International Inc., garantías de rendimiento "que cubren todas las obligaciones de sus subsidiarias en las Bermudas bajo los CP". Como resultado, "Ecuador tiene el derecho de exigir a Burlington el cumplimiento de las obligaciones de los CP" (CM, ¶ 43). Finalmente, cuando se promulgaron la Ley 42 y el Decreto 662, fue Burlington, "como la parte con el verdadero interés", quien solicitó el cumplimiento de las cláusulas de indemnización impositivas de los CP (CM, ¶ 44).
228. Burlington advierte que hay un consistente cuerpo jurisprudencial del CIADI que se concentra en la realidad económica de las inversiones, por oposición a las formas en las cuales tales inversiones se materializan. En *Enron Corp. c. Argentina* ("*Enron*"), por ejemplo, el tribunal, haciendo eco de la noción según la cual una inversión es un "todo indivisible", rechazó el argumento de que un acuerdo de transferencia no era un acuerdo de inversión en razón de que el acuerdo había sido concluido por una compañía de gas local pero no por la demandante. El razonamiento en *Enron* es consistente con el de *Holiday Inns c. Morocco* ("*Holiday Inns*"), así como con numerosas otras decisiones CIADI que siguieron el mismo camino (CM, ¶¶ 45-49).
229. Burlington asevera que Ecuador no puede beneficiarse de la inversión de Burlington y sus garantías accesorias al mismo tiempo que busca evitar que Burlington pueda ejercer sus derechos con respecto a esas inversiones (CM, ¶ 50).
230. Finalmente, Burlington sostiene que su interpretación de la expresión "acuerdo de inversión" es la única que concuerda tanto con el objeto y el propósito del Tratado, esto es, promover la inversión extranjera, como con la amplia definición de

"inversión" bajo el Artículo I(a), que abarca inversiones directas e indirectas (CM, ¶ 51-52).

C. Análisis del Tribunal

231. El Tribunal debe determinar si los reclamos por la Ley 42 aparte de expropiación que suscitan "cuestiones tributarias", a saber, los reclamos por falta de trato justo y equitativo, por trato arbitrario y por falta de protección y seguridad plenas, se relacionan a la observancia y al cumplimiento de los términos de un acuerdo de inversión dentro del marco del Artículo X(2)(c). En su parte pertinente, el Artículo X del Tratado se refiere al Artículo VI(1):

"Artículo X.

2. [L]as disposiciones del presente Tratado...se aplicarán a cuestiones tributarias solamente con respecto a:

....

(c) La observancia y el cumplimiento de los términos de un *acuerdo* o autorización *en materia de inversión*, tal como se menciona en el inciso a) o el inciso b) [del Artículo VI(1)] [...]" (énfasis agregado).

232. El Artículo VI(1) establece a su vez lo siguiente:

"Artículo VI.

1. A efectos del presente Artículo una diferencia en materia de inversión es una diferencia entre una Parte y un nacional o una sociedad de la otra Parte, que se deba o sea pertinente a (a) un *acuerdo de inversión* concertado entre esa Parte y dicho nacional o sociedad..." (énfasis agregado).

233. De conformidad con estas disposiciones, hay jurisdicción sobre los reclamos por la Ley 42 aparte de expropiación de Burlington en la medida en que estos reclamos se relacionan a la observancia y al cumplimiento de los términos de un acuerdo de inversión. Por otra parte, no hay jurisdicción sobre estos reclamos en tanto y en cuanto estos reclamos no se relacionan a tal observancia y cumplimiento.

234. Las Partes están en desacuerdo acerca de si hay un acuerdo de inversión entre ellas en el sentido del Artículo VI(1)(a), al cual el Artículo X(2)(c) se refiere. La Demandante argumenta que Burlington es el "verdadero inversor" y que, sobre la base de esta realidad económica, hay un acuerdo de inversión entre Burlington y Ecuador. La Demandada por su parte aduce que no hay un acuerdo de inversión porque (i) los CP no se celebraron entre la Demandante y la Demandada y (ii) la

realidad económica de la inversión es irrelevante a efectos de definir qué constituye un acuerdo de inversión.

235. El Tratado no define la expresión acuerdo de inversión. Sin embargo, bajo el Artículo VI(1), el Tratado establece que el "acuerdo de inversión" debe celebrarse "entre una Parte y un nacional o una sociedad de la otra Parte". De conformidad con este requisito, los CP no constituyen acuerdos de inversión. En efecto, si bien Ecuador califica como una Parte del Tratado, las Subsidiarias de Burlington que celebraron los CP están incorporadas en las Bermudas y por lo tanto no son nacionales o sociedades "de la otra Parte" del Tratado, esto es, de Estados Unidos. El árbitro Orrego Vicuña no comparte esta determinación.
236. La Demandada propone un "enfoque económico" para dilucidar el concepto de "acuerdo de inversión", argumentando que cierto número de decisiones CIADI adoptaron tal enfoque. Sin embargo, el "enfoque económico" avalado por esos tribunales CIADI se refiere al frecuentemente concepto amplio de "inversión", y *no* al concepto más restringido de "acuerdo de inversión".
237. En particular, las decisiones sobre las cuales la Demandante expresamente se basa, a saber, *Enron* y *Holiday Inns*, así como las citas de esas decisiones a las que la Demandante dirige la atención del Tribunal, se refieren al concepto de "inversión", no al concepto de "acuerdo de inversión". En consecuencia, estas decisiones no son pertinentes para elucidar el significado de "acuerdo de inversión" aquí en cuestión.
238. En cualquier caso, el Tribunal considera que, si bien tiene sentido adoptar un enfoque económico con relación al concepto de "inversión", el concepto de "acuerdo" se presta más naturalmente a ser analizado desde un enfoque jurídico. Esto no significa que las consideraciones económicas sean completamente ajenas a la noción de "acuerdo de inversión". Simplemente significa que es el derecho y no la economía la que generalmente se encarga de circunscribir qué califica como un "acuerdo".
239. El Tribunal encuentra apoyo para un enfoque jurídico a la noción de "acuerdo de inversión" en las decisiones en *Duke Energy* y *EnCana*. En *Duke Energy*, el tribunal dictaminó que el inversor y Ecuador no habían celebrado un "acuerdo de inversión" porque la demandante no había "firmado" los contratos en cuestión ni había asumido "obligaciones" bajo esos contratos. En *EnCana*, el tribunal sostuvo de igual modo que no había acuerdo que impidiese la aplicación de la disposición

que limitaba el alcance del TBI entre Canada y Ecuador en cuestiones tributarias porque los CP en cuestión en ese caso no había sido "celebrados por el inversor en estos procedimientos...sino por sus subsidiarias incorporadas en terceros estados" (énfasis agregado) (EL-45, ¶ 167).

240. En resumen, el enfoque de los tribunales en *Duke Energy* y *EnCana* en elementos tales como la firma, la celebración del contrato y las obligaciones asumidas bajo el contrato, indica que estos tribunales adoptaron un enfoque jurídico más que económico para elucidar el significado de "acuerdo de inversión". Este Tribunal también adoptará similar enfoque.
241. La Demandante aduce que cuatro hechos evidencian que había un acuerdo de inversión entre la Demandante y la Demandada. Primero, la Demandada buscó específicamente lidiar con la Demandante. Segundo, los reclamos de la Demandante no se limitan a los CP e incluyen derechos fundados en el Marco Legal para los Hidrocarburos. Tercero, la Demandante actuó de garante de los CP en su calidad de sociedad matriz. Cuarto, cuando surgió la controversia por la promulgación de la Ley 42, la Demandante, actuando "como la parte con el verdadero interés", solicitó que la Demandada cumpliera con las cláusulas de indemnización impositivas bajo los CP.
242. En primer lugar, el hecho de que la Demandada buscó específicamente lidiar con la Demandante corrobora el interés económico de Burlington en la inversión y, en última instancia, el estatus de Burlington como el verdadero inversor detrás de la inversión. Sin embargo, este hecho no establece la existencia de un acuerdo de inversión entre la Demandante y la Demandada.
243. En segundo lugar, aun si los derechos de la Demandante pudiesen derivar no sólo de los CP sino también del Marco Legal para los Hidrocarburos, el Tribunal no considera que esta posibilidad brinda apoyo al argumento de la Demandante de que hay un acuerdo de inversión entre la Demandante y la Demandada. En opinión del Tribunal, el Marco Legal para los Hidrocarburos no creó un acuerdo de inversión entre la Demandante y la Demandada en el sentido del Artículo VI(1)(a) del Tratado.
244. En efecto, Ecuador promulgó unilateralmente el Marco Legal para los Hidrocarburos, y ello en ejercicio de su poder soberano – tal como generalmente sucede con respecto a cualquier medida legislativa. Por el contrario, un acuerdo de inversión debe ser celebrado entre dos partes específicas, *i.e.* "una Parte [del

Tratado] y un nacional o una sociedad de la otra Parte", y no involucra necesariamente el ejercicio de poder soberano por parte del Estado.

245. En tercer lugar, la Demandante expresa que había un acuerdo de inversión porque se comprometió a garantizar las obligaciones de sus subsidiarias bajo los CP. En opinión del Tribunal, estas garantías no dan lugar a un acuerdo de inversión entre la Demandante y la Demandada. La Demandante no asumió estas obligaciones directamente, sino a través de una subsidiaria estadounidense, en la que detentaba la totalidad del paquete accionario, que era por lo demás completamente ajena a su inversión en Ecuador. Por lo tanto, Burlington era sólo un garante de segundo grado.
246. Asimismo, las garantías de segundo grado de Burlington son compromisos unilaterales asumidos exclusivamente para el beneficio de Ecuador. El Tribunal por lo tanto no advierte cómo Burlington podría invocar estos compromisos unilaterales para probar la existencia de un acuerdo que por definición es bilateral. Finalmente, aun si estos compromisos unilaterales pudieran de alguna manera ser considerados "acuerdos de inversión" bajo el Tratado, Burlington no podría valerse de la excepción del Artículo X(2)(c) porque la controversia no se relaciona a la "observancia y al cumplimiento" de las obligaciones de Burlington bajo las garantías, sino más bien a la "observancia y al cumplimiento" de las obligaciones de Ecuador bajo el Tratado y posiblemente, a través del Tratado, bajos los CP.
247. En cuarto lugar, el hecho de que la Demandante, "como la parte con el verdadero interés", haya solicitado a la Demandada el cumplimiento con las cláusulas de indemnización impositivas incluidas en los CP demuestra, una vez más, su interés económico en la inversión. Sin embargo, tal como se apuntara con respecto al primer hecho invocado por la Demandante, ello no establece la existencia de un acuerdo de inversión entre la Demandante y la Demandada. Aun si fuesen considerados acumulativamente, los cuatro hechos enumerados por la Demandante no establecen la existencia de un acuerdo de inversión bilateral entre la Demandante y la Demandada.
248. A la luz de estas consideraciones, el Tribunal concluye que la Demandante y la Demandada no celebraron un acuerdo de inversión de acuerdo con el Artículo VI(1)(a) del Tratado, y por lo tanto los reclamos por la Ley 42 aparte de expropiación de Burlington no se relacionan a la observancia y al cumplimiento de los términos de un acuerdo de inversión en el sentido del Artículo X(2)(c).

249. Puesto que los reclamos por la Ley 42 aparte de expropiación de Burlington no se relacionan a la observancia y al cumplimiento de los términos de un acuerdo de inversión, el Tribunal no puede sino concluir que no tiene jurisdicción sobre los reclamos por la Ley 42 aparte de expropiación que suscitan "cuestiones tributarias" en el sentido del Artículo X del Tratado, *i.e.* (i) el reclamo por falta de trato justo y equitativo (at ¶ 208), (ii) el reclamo por trato arbitrario (at ¶ 211), y (iii) el reclamo por falta de protección y seguridad plenas (at ¶ 215).

2.3 Objeción a la Jurisdicción con respecto al Reclamo por Protección y Seguridad Plenas en los Bloques 23 y 24

250. La tercera objeción de Ecuador a la jurisdicción se dirige contra el reclamo por protección y seguridad plenas de Burlington por falta de *seguridad física* en los Bloques 23 y 24 debido a la oposición de comunidades indígenas locales. Esta objeción plantea las dos cuestiones siguientes:

- (i) ¿Cumplió Burlington con los requisitos del Artículo VI del Tratado antes de someter esta controversia al arbitraje CIADI?
- (ii) ¿Perfeccionó Burlington el consentimiento para someter a arbitraje estos reclamos antes de que Ecuador retirase su oferta de arbitraje para esta clase de disputas de conformidad con el Artículo 25(4) del Convenio CIADI?

2.3.1 ¿Cumplió Burlington con los Requisitos del Artículo VI del Tratado antes de Someter esta Controversia al Arbitraje CIADI?

A. Los argumentos de Ecuador

251. Ecuador sostiene que Burlington no cumplió con los requisitos del Artículo VI del Tratado en relación con su reclamo por protección y seguridad plenas en los Bloques 23 y 24. Los requisitos del Artículo VI constituyen condiciones previas para "la validez del "consentimiento" del inversor al arbitraje CIADI". Como resultado, el reclamo de Burlington por protección y seguridad plenas en los Bloques 23 y 24 debe ser denegado por falta de jurisdicción (OJ, ¶¶ 64, 67, 69, 75).

252. De conformidad con el Artículo VI del TBI, un inversor puede someter una controversia a arbitraje CIADI sólo si, *inter alia*, se satisfacen acumulativamente las siguientes tres condiciones: (i) hay una controversia, (ii) el inversor provee una

notificación de la controversia manifestando una o más alegaciones de violación del Tratado, y (ii) seis meses han transcurrido desde la fecha en la que surgió la controversia, esto es, desde la fecha en la que se alegó una violación del Tratado (OJ, ¶¶ 65-66)¹¹.

253. Ecuador funda su objeción en los siguientes argumentos principales:

- 1) Nunca hubo una controversia con respecto a los Bloques 23 y 24;
- 2) Aun si hubo una controversia, Burlington no proveyó una notificación adecuada de ella a Ecuador; y
- 3) Por lo tanto, Burlington no cumplió con el requerido período de espera de seis meses dispuesto por el Artículo VI del Tratado.

i) Nunca hubo una controversia con respecto a los Bloques 23 and 24

254. Ecuador aduce que "no había una disputa con respecto a los bloques 23 y 24" por las tres razones siguientes (Tr. 62:6-12).

255. Primero, nunca hubo un "desacuerdo entre las partes" en relación a la oposición indígena en los Bloques 23 y 24 (Tr. 63:17-64:1).

256. Segundo, los Bloques se encontraba en estado de fuerza mayor. Una declaración de fuerza mayor equivale precisamente a un reconocimiento de que los eventos en cuestión están fuera del control de las partes. En particular, bajos los CP, ambas partes estaban exentas de responsabilidad por la situación existente en los Bloques. Por ello, "si no hay responsabilidad que surja del contrato, no puede entonces haber una disputa" (OJ, ¶¶ 71-72; Tr. 64:21-65:9).

257. Tercero, como una muestra más de que no había una controversia, Ecuador señala que "había una clara cooperación entre las partes para resolver este tema" en los Bloques relativo a la oposición indígena (Tr. 65:20-66:8).

ii) Burlington no notificó adecuadamente a Ecuador de la controversia

258. Subsidiariamente, si había una controversia, Burlington no la notificó adecuadamente a Ecuador. En particular, hasta el registro de la Solicitud de

¹¹ El Tratado contiene además un requisito adicional según el cual el inversor no debe haber sometido la controversia a los tribunales judiciales de la Parte Contratante o a ningún otro mecanismo de resolución de disputas. Ecuador sin embargo no cuestiona que Burlington cumplió con este requisito (OJ, ¶ 66).

Arbitraje, Burlington no avisó adecuadamente a Ecuador de una presunta violación del Tratado por falta de protección y seguridad plenas con respecto a los Bloques 23 y 24, ignorando así los requisitos de notificación establecidos en el Artículo VI del Tratado (OJ, ¶ 64; Tr. 60:6-8).

259. En *Lauder v. República Checa*, el tribunal, de frente a una disposición de lenguaje similar a la del Artículo VI, sostuvo claramente "la necesidad de una notificación de la disputa". Como resultado, el incumplimiento por parte de Burlington de este requisito debe ocluir el ejercicio de jurisdicción sobre estos reclamos, en consonancia con la decisión del CIADI en *Enron v. República Argentina* (OJ, ¶ 67; Tr. 56:2-5; 69:17-70:12)¹².
260. Las cartas que Burlington invoca para afirmar que informó a Ecuador de la controversia no constituyen realmente una notificación adecuada de la controversia de conformidad con el Artículo VI del Tratado (OJ, ¶ 69; Tr. 61:20-62:1). Primero, la carta del 4 de diciembre de 2002, mediante la cual Burlington sostiene que informó a Ecuador de una disputa en relación al Bloque 23, "es una carta enviada por CGC, no por Burlington", "se refiere tan sólo a la cuestión de fuerza mayor" y no "se alega en esta carta ningún desacato del Tratado" (Tr. 67:12-68:13).
261. Segundo, la carta del 6 de octubre de 2000, mediante la cual Burlington sostiene que informó a Ecuador de una disputa en relación al Bloque 24, nuevamente "de nuevo esta carta se refiere tan sólo a la cuestión de la fuerza mayor" y no "se pretende en esta carta ningún desacato o vulneración del Tratado" (Tr. 68:14-69:3).
262. Tercero, si bien Burlington se refiere a "repetidas comunicaciones donde informan [a Ecuador] acerca de la disputa", estas comunicaciones no se refieren "a ningún desacuerdo [ni] a ninguna vulneración del tratado" (Tr. 69:4-17).
263. Cuarto, el 11 de octubre de 2007 Burlington le envió a Ecuador cuatro notificaciones idénticas (las así llamadas "Cartas Detonantes") alegando varias violaciones del TBI con relación a sus intereses en los Bloques 7, 21, 23 y 24. Sin embargo, las Cartas Detonantes se referían sólo a violaciones relativas a la Ley 42, omitiendo por lo demás toda referencia a la presunta violación por parte de Ecuador de su obligación de proveer protección y seguridad plenas contra la

¹² Estas referencias provienen de la transcripción en inglés, pues no hay una transcripción en español de este segmento específico de la audiencia. Por esta razón, la cita incluida en este párrafo es una traducción al español de la transcripción en inglés.

oposición de grupos indígenas locales en los Bloques 23 y 24 (OJ, ¶¶ 68-69). Y si bien Burlington empleó la expresión "entre otras medidas del Gobierno" en las Cartas Detonantes, esta expresión es insuficiente para notificar una controversia diferente y específica en los Bloques 23 y 24 debido a la oposición de comunidades indígenas locales. Pero sobre todo, Ecuador argumenta, las Cartas Detonantes constituyen un reconocimiento expreso por parte de Burlington de que estaba obligado a cumplir con los requisitos del Artículo VI antes de someter la disputa al arbitraje CIADI (OJ, ¶ 68; Tr. 69:18-70:19).

264. Ecuador aduce asimismo que "le incumbe a la demandante el demostrar claramente con evidencia que cualquier negociación ulterior con el Estado demandado sería inútil...[y sin embargo] Burlington no ha establecido con la menor evidencia que las negociaciones ulteriores con Ecuador hubieran sido inútiles respecto del diferendo con los indígenas" (Tr. 74:20-75:8).
265. Finalmente, al omitir notificar a Ecuador de la presunta violación de su obligación de proveer protección y seguridad plenas con relación a los Bloques 23 y 24, Burlington en efecto impidió que Ecuador pudiera tomar medidas para remediar la situación y emprender negociaciones significativas (OJ, ¶ 70; Tr. 73:16-75:6).
266. En suma, Ecuador concluye que Burlington ha hecho un "uso oportunista de [su] Solicitud de Arbitraje para presentar reclamos superficiales en relación a los Bloques 23 y 24" (OJ, ¶ 74).

B. Los argumentos de Burlington

267. Burlington afirma que cumplió con los requisitos del Artículo VI del Tratado con respecto a su reclamo de protección y seguridad plenas para los Bloques 23 y 24 antes de someter la controversia al arbitraje CIADI. Burlington también resalta que, de conformidad con el Artículo VI, sólo sometió su reclamo al arbitraje CIADI seis meses después de la fecha en que surgió la controversia (CM, ¶¶ 55-57, 62).
268. Contrariamente a lo que alega Ecuador, Burlington afirma que (i) había una controversia en relación con los Bloques 23 y 24 y (ii) que Ecuador supo de la existencia de la controversia en numerosas ocasiones. En consecuencia, Burlington cumplió con los requisitos del Artículo VI.

- (i) *Las controversias en los Bloques 23 y 24 surgieron inmediatamente después de la inversión de Burlington.*

269. Burlington sostiene que la controversia surgió en los Bloques 23 y 24 inmediatamente después que Burlington adquirió su participación en el CP para la exploración y explotación de tales Bloques. La controversia se ocasionó por la oposición de las comunidades indígenas locales a las actividades hidrocarburíferas en esos Bloques (CM, ¶ 58).
270. La controversia surgió, específicamente, cuando Burlington hizo su “pedido inicial de protección y seguridad a raíz de la oposición de los indígenas en los Bloques 23 y 24”. Los primeros pedidos de protección se hicieron tan temprano como el 6 de octubre de 2000 para el Bloque 24 y el 4 de diciembre de 2002 para el Bloque 23. Estos pedidos iniciales fueron seguidos por “repetidas comunicaciones” al mismo efecto (CM, ¶¶ 58, 61).
271. Burlington señala que el argumento de Ecuador que el estatus de fuerza mayor de los Bloques significaba que ninguna de las partes era responsable de la situación existente en los Bloques “es una cuestión de fondo” (CM, ¶ 61 n.76).

(ii) *El TBI no requiere notificación formal*

272. Burlington argumenta que, contrariamente a lo que sostiene Ecuador, no existe el requisito de la notificación de acuerdo al Artículo VI del Tratado. No es necesario para la demandante “informar formalmente de la disputa... [!]o único que hay que establecer claramente es que existía una disputa dentro de lo dispuesto por el Tratado y que duró más de seis meses y que tras ello entonces el consentimiento fue debidamente pronunciado” (Tr. 120:7-19). Además, para que exista una controversia no se requiere “alegar específicamente un incumplimiento del Tratado”, sino simplemente “demostrar que ha surgido una controversia.” Una vez que la controversia “surgió”, el propósito del período de espera de seis meses es dar al Estado la oportunidad de corregir el problema (CM, ¶¶ 59-60).
273. A pesar de ello, cuando Burlington informó a Ecuador la controversia resultante por la sanción de la Ley 42 y la consiguiente violación de sus derechos de acuerdo al Tratado, “[e]l Gobierno pues no hizo nada para indicar que estaba tomando en cuenta estos reclamos...no hizo nada para indicar a Burlington que estaba dispuesta a negociar con Burlington en cuanto a sus reclamos bajo el Tratado” (Tr. 89:11-15).
274. En opinión de Burlington, los tribunales no exigen a los demandantes presentar todos sus reclamos en el período de solución amigable, reconociendo que este enfoque sería excesivamente formalista y podría entorpecer el proceso de

negociación. En sus cartas a Ecuador, Burlington no necesitaba transmitir en detalle sus reclamos legales, sino simplemente hacer referencia a sus derechos “en términos generales” (CM, ¶ 67; Tr. 128:11-22). En *Generation Ukraine c. Ucrania*, por ejemplo, el tribunal sostuvo que “el requisito de consultar y negociar... no tiene como finalidad obligar al inversor a fundar jurídicamente su caso en múltiples ocasiones. Insistir en ello [la presentación específica de los reclamos legales del inversor] sólo produciría como efecto el enfriamiento de la consulta y la negociación” (CM, ¶ 67; Tr. 129:1-11).

(iii) *Ecuador tuvo conocimiento de la existencia de la controversia en numerosas ocasiones*

275. Burlington alega que Ecuador tenía conocimiento de la existencia de una controversia en los Bloques 23 y 24 más de seis meses antes de que Burlington presentara su Solicitud de Arbitraje el 21 de abril de 2008 (CM, § C.1). En particular, Ecuador tuvo conocimiento de la existencia de la controversia en los tres momentos diferentes siguientes:

- (i) Primero, inmediatamente después que Burlington hizo sus inversiones en estos Bloques, esto es en 2000 para el Bloque 24 y en 2002 para el Bloque 23;
- (ii) Segundo, cuando Ecuador recibió las notificaciones de Burlington del 11 de octubre de 2007, *i.e.* las “Cartas Detonantes”;
- (iii) Tercero, cuando Burlington registró su Solicitud de Arbitraje en abril de 2008 (CM, ¶¶ 62, 68-69, 70-71).

276. Primero, Burlington informó a Ecuador, poco después de haber invertido en los Bloques 23 y 24, de las dificultades que estaba enfrentando en esos Bloques por causa de la oposición de comunidades locales. Como ya se mencionara, Burlington realizó pedidos iniciales de protección y seguridad el 6 de octubre de 2000 para el Bloque 24 y el 4 de diciembre de 2002 para el Bloque 23. Burlington reiteró repetidamente estas solicitudes enviando cartas a PetroEcuador, a los Gobernadores y al Ministerio de Energía y Minas (CM, ¶¶ 58, 61).

277. De acuerdo con lo manifestado por Burlington, hay dos cartas que son “emblemáticas” del carácter amplio de las discusiones que tenían lugar entre Burlington y Ecuador. El contenido de esas cartas puso a Ecuador suficientemente en conocimiento de las controversias en los Bloques debido a la oposición de los

indígenas. La primera carta, fechada el 31 de enero de 2005, se refiere al Bloque 24 y la segunda, de fecha 21 de diciembre de 2005, se refiere al Bloque 23 (Tr. 127:7-128:5; 132:22-133:7).

278. Asimismo, como lo demuestra el Decreto Ministerial No. 197 del 23 de abril de 1999, Ecuador sabía que grupos indígenas se oponían a la explotación de los Bloques 23 y 24 y que tenía la obligación de ocuparse de solucionarlo (CM, ¶ 60).
279. Segundo, aún en el supuesto de que estas cartas no informaran suficientemente a Ecuador de la controversia con Burlington en relación con los Bloques 23 y 24, las Cartas Detonantes lo hacían. Las Cartas Detonantes explícitamente decían que la inacción de Ecuador violaba su obligación de proporcionar protección y seguridad plenas para estos Bloques (CM, ¶¶ 63-65).
280. Las manifestaciones de Burlington en las Cartas Detonantes no se limitaban a las medidas de la Ley 42. En verdad, las Cartas Detonantes afirmaban que las medidas de la Ley 42, “entre otras medidas del Gobierno”, constituían una violación de la obligación de Ecuador de proporcionar protección y seguridad plenas a la inversión de Burlington en los Bloques (énfasis añadido por la Demandante) (CM, ¶ 64). En el contexto de las cartas previas de protesta y pedido de ayuda de Burlington, la referencia a estas “otras” medidas necesariamente incluía la inacción de Ecuador con respecto a los Bloques 23 y 24 (CM, ¶ 65).
281. Por consiguiente, las Cartas Detonantes ponían en conocimiento con suficiente detalle la existencia de una controversia en relación con los Bloques 23 y 24, colocando a Ecuador en situación de tomar las medidas adecuadas para resolver la controversia de manera amistosa. Esto es todo lo que exige el Tratado, que no impone ninguna obligación de notificación formal (CM, ¶¶ 66, 68-69).
282. Tercero y último, Ecuador tuvo nuevamente conocimiento de la existencia de la controversia cuando Burlington registró su Solicitud de Arbitraje el 21 de abril de 2008. En su Solicitud de Arbitraje, Burlington detalló todos los hechos y el derecho de la controversia relativa al alegado fracaso de Ecuador de proporcionar protección y seguridad plenas a la inversión de Burlington en los Bloques 23 y 24 (CM, ¶¶ 70-71).
283. En conclusión, Burlington cumplió con el Artículo VI del Tratado porque sometió la controversia relativa a los Bloques 23 y 24 al arbitraje CIADI cuando habían

transcurrido más de seis meses de la fecha en que surgió la controversia (CM, ¶¶ 61-62).

C. Análisis del Tribunal

284. El Tribunal debe determinar si la Demandante cumplió con los requisitos del Artículo VI del Tratado en relación con su reclamo de protección y seguridad plenas para los Bloques 23 y 24. En su parte relevante, el Artículo VI del Tratado dispone lo siguiente:

"1. A efectos del presente Artículo, una diferencia en materia de inversión es una diferencia entre una Parte y un nacional o una sociedad de la otra Parte, que se deba o sea pertinente a: a) un acuerdo de inversión concertado entre esa parte y dicho nacional o sociedad; b) una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en materia de inversiones extranjeras de una Parte a dicho nacional o sociedad, o c) una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión.

[...]

3. (a) Siempre y cuando...hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio [del CIADI]."

285. Las Partes discrepan en dos temas principales. Primero, si bien existe coincidencia en que el Artículo VI requiere la existencia de una controversia, las Partes discrepan si en este caso existió realmente una controversia con respecto a los Bloques 23 y 24. Segundo, las Partes discrepan acerca de si el Artículo VI requiere de la posible demandante dar aviso de la controversia alegando violaciones de las disposiciones del Tratado que presuntamente se hubiesen producido y, en caso afirmativo, si Burlington cumplió con ese requisito.

286. Por lo expuesto, el Tribunal debe analizar (i) si existió una controversia en relación con los Bloques 23 y 24 y (ii) si Burlington tenía la obligación de dar aviso de la controversia a Ecuador alegando violaciones del Tratado y, en caso afirmativo, (iii) si Burlington cumplió con esta obligación.

(i) *¿Hubo una controversia con relación a los Bloques 23 y 24?*

287. Hay coincidencia entre las Partes en que el Artículo VI del Tratado exige la existencia de una controversia. Las Partes también están de acuerdo en el significado del término "controversia" de acuerdo al Artículo VI(3) del Tratado.

288. La Demandante ha afirmado que una “controversia” es un “desacuerdo” entre las Partes “sobre sus obligaciones y derechos respectivos”; además, ambas partes deben estar conscientes de este “desacuerdo” (Tr. 247:15-248:7). De manera similar, la Demandada ha sostenido que existe una “controversia” cuando se produce “un desacuerdo...[y] para que un desacuerdo exista, alguien tiene que decirle al otro que está en desacuerdo con tal o cual cosa, o no está usted haciendo tal o cual cosa” (Tr. 63:17-21; 230:19-231:2).
289. En conclusión, ambas Partes coinciden en que una “controversia” de acuerdo al Artículo VI implica (i) un desacuerdo entre las partes sobre sus derechos y obligaciones, una oposición de intereses y puntos de vista, y (iii) haberlo puesto de manifiesto, a fin de que ambas partes estén conscientes del desacuerdo. El Tribunal concuerda con esta definición, y la aplicará ahora a los hechos de este caso.
290. La Demandante afirmó que hizo sus primeros pedidos de protección y seguridad el 6 de octubre de 2000 para el Bloque 24, y el 4 de diciembre de 2003 para el Bloque 23. En consecuencia, por razones cronológicas el Tribunal analizará en primer lugar el Bloque 24.

(i) *¿Hubo una controversia sobre el Bloque 24?*

291. La Demandante alega que hizo su primer pedido de protección para el Bloque 24 mediante carta del 6 de octubre de 2000 dirigida al Ministerio de Energía y Minas y a PetroEcuador. En esa carta la Demandada expresaba que se dirigía a ellos a fin de:

“Notific[ar] que existe una situación de Fuerza Mayor de conformidad con el [CP para el Bloque 24[...]. Burlington continúa enfrentando una activa oposición de parte de las comunidades indígenas que habitan en el Bloque 24 [...] Burlington declara que las condiciones descritas... constituyen Fuerza Mayor” (Anexo C-142).

292. Si bien la carta del 6 de octubre de 2000 se refiere al hecho de que “Burlington continúa enfrentando una activa oposición por parte de las comunidades indígenas que habitan en el Bloque 24”, esto sólo se menciona como la razón por la cual el Bloque debería ser declarado en fuerza mayor. La carta del 6 de octubre de 2000 no contiene ningún pedido de protección y seguridad, ni revela que exista un desacuerdo con respecto al nivel de seguridad que Ecuador estaba proporcionando en el Bloque.

293. El propósito de la carta del 6 de octubre de 2000, como la propia Demandante lo reconoce en su Memorial, fue “evitar un incumplimiento de su obligación de cumplir en los plazos establecidos... de acuerdo con el CP” (Mem., ¶ 184). El Tribunal concuerda con el punto de vista de la Demandada que esta carta “se refiere tan sólo a la cuestión de la fuerza mayor” (Tr. 68:20-69:1). En consecuencia, esta carta no plantea una “controversia” en el sentido del Artículo VI del Tratado.
294. La Demandante argumenta, sin embargo, que envió otras comunicaciones a la Demandada solicitando protección y seguridad para el Bloque 24. La Demandante se refiere en particular a su carta del 31 de enero de 2005 como “emblemática” del carácter de las discusiones que tenían lugar entre la Demandante y la Demandada (Tr. 133:1-7). En razón de la calificación que realiza la misma Demandante esta carta requiere especial atención.
295. La carta de la Demandada del 31 de enero de 2005, de tres páginas, fue dirigida por el Sr. Vickers, de Burlington Ecuador, al Ministerio de Energía y Minas y a Ecuador. En sus partes relevantes, expresa que:

"Durante el año 2004 el Bloque 24 continuó en estado de fuerza mayor, debido a las dificultades para lograr acuerdos con las comunidades locales e indígenas, que nos permitan [a Burlington Resources] ingresar e iniciar las actividades exploratorias.

La mayoría de los esfuerzos de Burlington durante el año 2004 fueron dirigidos a establecer un diálogo claro y abierto con las diferentes comunidades y grupos indígenas en el bloque, que permitan alcanzar acuerdos e iniciar las actividades. Así mismo[sic], *Burlington trabajó en conjunto con ciertas dependencias del Ministerio de Energía y Minas, para intentar lograr una solución y resolver definitivamente la presente situación.*

Burlington Resources ha trabajado conjuntamente con el Gobierno y los indígenas para desarrollar un programa de beneficios para los indígenas del bloque...[a continuación se describe el programa].

.....

A través de esta propuesta, los indígenas del área podrán participar directamente de los beneficios económicos que se deriven de las actividades petroleras del bloque. Lamentablemente *a pesar de que tanto el Gobierno como los indígenas parecen estar abiertos y respaldando esta propuesta*, no existe hasta el momento una resolución definitiva a la situación de Fuerza Mayor.

A finales del año 2004, pareció existir un progreso en las negociaciones, como resultado de la oferta de ayuda comunitaria antes indicada y *del apoyo realizado por el Gobierno para sentar a los indígenas en una mesa de negociación para lograr ingresar al área del Bloque 24*. Estos aparentes avances se encontraron nuevamente con las presiones de un grupo de indígenas liderados por grupos externos...

.....

Desafortunadamente....Burlington teme que no se logre alcanzar un acuerdo dentro de un corto tiempo....

Esperamos que dentro de las siguientes semanas existan acciones por parte del Gobierno y proceda de manera enfática y solucione estos asuntos, de tal manera que Burlington Resources no se vea obligada a tomar la alternativa...[de] "Caso de Fuerza Mayor Indefinida".

....

Como se mencionó antes, Burlington Resources permanece optimista que los esfuerzos realizados permitan alcanzar los acuerdos necesarios para iniciar el programa de exploración en el Bloque 24 (énfasis agregado)(Anexo C-147).

296. Pueden extraerse tres observaciones de esta carta. Primera, la Demandante menciona, en cuatro ocasiones, que en una u otra forma la Demandada ha asistido a la Demandante para tratar de solucionar la oposición indígena en el Bloque. Segunda, hacia el final de la carta la Demandante expresa "su confianza en que en las próximas semanas el Gobierno tome medidas y proceda enfáticamente y solucione estas cuestiones". Tercera, la carta termina con una nota optimista, con la Demandante expresando su confianza de que podría alcanzarse un acuerdo definitivo con las comunidades indígenas.
297. La expectativa de la Demandante de que la Demandada "tome medidas y proceda enfáticamente y solucione estas cuestiones" es la única parte de la carta que podría ser considerada relevante para la existencia de una "controversia". Sin embargo, en la opinión del Tribunal esta expectativa es insuficiente para alcanzar al nivel de "controversia" que requiere el Artículo VI(3) del Tratado.
298. Si bien la expectativa de la Demandante es posiblemente una forma diplomática de pedir mayor ayuda en relación con la oposición indígena en el Bloque, este pedido no expresa desacuerdo con la manera en que la Demandada ha cumplido con su obligación de proporcionar protección y seguridad en el Bloque. En sí mismo, un pedido de ayuda no expresa desacuerdo sobre los derechos y obligaciones de las Partes, a menos que el contexto circundante sugiera otra cosa, por ejemplo, que la parte cuya ayuda se solicita no haya cumplido posteriormente con su deber de asistencia.
299. El contexto del pedido de ayuda, sin embargo, lejos de sugerir que la Demandada no ha hecho lo suficiente o no ha cumplido con su deber de ayuda, concentra su atención en los avances logrados en parte *gracias a* la ayuda de la Demandada. La carta finaliza asimismo con un tono optimista, que indican circunstancias

auspiciosas. En ninguna parte de la carta la Demandante expresa desacuerdo con el modo en que la Demandada ha cumplido su obligación de proporcionar protección y seguridad plenas en el Bloque.

300. El Tribunal ha analizado asimismo el resto de la correspondencia relacionada con el Bloque 24 enviada antes de la Carta Detonante, y concluye que ellas tampoco ponen en evidencia la existencia de un desacuerdo con respecto a la obligación de la Demandada de proporcionar protección y seguridad plenas en el Bloque (Anexos. C-144, C-145, C-146, C-148 y C-150).
301. El Tribunal entiende que puede ser difícil encontrar un equilibrio adecuado entre diplomacia y firmeza. El Sr. Vickers, que firmó muchas de las cartas enviadas por la Demandante a la Demandada, declaró en la audiencia: "Cuando se le pide asistencia a un Gobierno en una carta que se dirige al Gobierno, no se puede decir: "Miren, estimados funcionarios públicos, [ustedes] no están haciendo nada". Claramente hay que decir: "Agradecemos toda su asistencia". Y al decirle "gracias por todo lo que hicieron", después se le dice "pero por favor hagan más"" (Tr. 160:10-16). Sin embargo, esta dificultad no exime a la Demandante de expresar la existencia de un desacuerdo tal como lo requiere el Artículo VI del Tratado.
302. De manera similar, el Tribunal considera que el Decreto Ministerial No. 197 del 23 de abril de 1999 no es una muestra de que la Demandada conocía la existencia de una controversia con la Demandante en relación con la pretendida falta de protección y seguridad en el Bloque 24. En su parte relevante, el Decreto Ministerial No. 97 dispone que:
- "El Estado Ecuatoriano...coordinará y efectuará las políticas y acciones que sean necesarias para que la industria petrolera, declarada de utilidad pública, pueda desarrollarse con normalidad (CM, ¶ 60)."
303. El Tribunal observa que la Demandante sólo adquirió su participación en el Bloque 24 el 9 de mayo de 2000. Por esta razón, el Tribunal no advierte de qué manera el Decreto Ministerial de fecha 23 de abril de 1999 podía ser demostrativo de un desacuerdo *con la Demandante*, ya que ésta en ese momento no tenía participación en el Bloque.
304. En cualquier caso, el Decreto no expresa un *desacuerdo* en relación con el presunto incumplimiento de la Demandada de su obligación de proveer protección y seguridad en el Bloque debido a la oposición indígena. El Decreto simplemente articula la política general de la Demandada con respecto a la industria del

petróleo, y podría en el mejor de los casos interpretarse como un reconocimiento de que tal industria estaba atravesando dificultades.

305. En virtud de estas conclusiones, el Tribunal debe proceder a examinar si la así llamada Carta Detonante para el Bloque 24 informó a la Demandada de una controversia en relación con su obligación de proveer protección y seguridad en el Bloque.
306. La Carta Detonante para el Bloque 24 es de fecha 11 de octubre de 2007 y expresa lo siguiente:

El 29 de marzo de 2006, el Gobierno aprobó la Ley no. 2006-42 que, junto con el Decreto no. 1672 de 11 de julio de 2006, impuso una nueva y unilateral participación del 50% a favor del Gobierno sobre los llamados excedentes de precio del petróleo crudo, entre otras medidas. El 4 de octubre de 2007, el Gobierno aprobó el Decreto no. 662, que incremento unilateralmente esta participación unilateral del 50% en los excedentes de precio al 99%. La Ley no. 2006-42, el Decreto no. 1672 y el Decreto no. 662, *entre otras medidas del Gobierno*, alteran manifiestamente las condiciones en las cuales las Compañías invirtieron en Ecuador, perjudican severamente la viabilidad de la inversión de las Compañías y han dañado sustancialmente la inversión de la compañía y el valor de la inversión.

Estas medidas, *entre otras*, constituyen una violación de las obligaciones de Ecuador según el TBI hacia la inversión de Burlington Resources en Ecuador, obligaciones que *incluyen, pero no se limitan a* las de (i) conceder un trato justo y equitativo a las inversiones, (ii) *conceder plena protección y seguridad a las inversiones*, (iii) no menoscabar, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias, o discriminatorias, la dirección, la explotación, el mantenimiento, la utilización, el usufructo, la expansión o la enajenación de las inversiones, (iv) cumplir los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones, y (v) no expropiar o nacionalizar directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización, salvo que ello se efectúe con fines de interés público, de manera equitativa y mediante pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el artículo II(3) del TBI (énfasis agregado por la Demandante)(Anexo C-45).

307. La Demandante argumenta que la Carta Detonante afirma explícitamente que la Demandada violó su obligación de proveer protección y seguridad plenas contra la oposición indígena en el Bloque porque la carta se refiere a la Ley 42 y a "otras" medidas; esta referencia a "otras" medidas, interpretada en el contexto de las anteriores cartas de protesta de la Demandante, necesariamente incluye tal violación por parte de la Demandada. El Tribunal no puede seguir esta línea de argumentación.

308. Como el Tribunal acaba de señalar, las cartas que la Demandante envió con anterioridad a la Carta Detonante no informaron a la Demandada de una controversia en relación a su obligación de proveer protección y seguridad en el Bloque. Si estas cartas no informaron a la Demandada de la controversia, el Tribunal no advierte cómo ellas podrían proveer el contexto relevante para considerar que la referencia a "otras" medidas en la Carta Detonante comprende tal controversia.
309. De este modo, en ausencia de contexto relevante provisto por las cartas anteriores, la referencia a "otras" medidas es insuficiente para informar a la Demandada de una controversia en relación con su obligación de proveer protección y seguridad en el Bloque *debido a la oposición de las comunidades indígenas*. En breve, en la Carta Detonante la Demandante no articula tal desacuerdo con un razonable grado de especificidad.
310. El Tribunal debe a continuación examinar si la Demandante informó suficientemente a la Demandada de la controversia cuando registró su Solicitud de Arbitraje el 21 de abril de 2008.
311. El Tribunal concuerda en que la Solicitud de Arbitraje adecuadamente informa a la Demandada de una disputa en relación con su obligación de proveer protección y seguridad contra la oposición de las comunidades indígenas en el Bloque 24. En la Solicitud, luego de describir brevemente el problema de la oposición de las comunidades indígenas locales en el Bloque, la Demandante concluye que "Ecuador omitió proveer [a Burlington] un apoyo real para resolver los problemas, y omitió asimismo proveer seguridad a las instalaciones de Burlington, así como a su personal y a sus actividades en relación con los hidrocarburos" (RFA, ¶ 79).
312. Sin embargo, la Solicitud de Arbitraje es un momento tardío para informar a la Demandada de la controversia. El requisito del período de espera de seis meses del Artículo VI está diseñado precisamente para conceder al Estado una oportunidad para solucionar la controversia antes de que el inversor decida someterla a arbitraje. La Demandante sólo informó a la Demandada de esta controversia cuando sometió la disputa a arbitraje CIADI, privando de este modo a la Demandada de la oportunidad, acordada por el Tratado, de solucionar la controversia *antes* de que se someta a arbitraje.
313. Con respecto a la controversia que surgió a raíz de la promulgación de la Ley 42, la Demandante afirma que la Demandada "no hizo nada para indicar que estaba

tomando en cuenta estos reclamos...no hizo nada para indicar a Burlington que estaba dispuesta a negociar con Burlington en cuanto a sus reclamos bajo el Tratado" (Tr. 89:11-15). Este comentario sugiere que las negociaciones entre la Demandante y la Demandada habrían sido fútiles con relación al problema de la oposición indígena en el Bloque 24. Dos observaciones se justifican a este respecto.

314. En primer lugar, de acuerdo a la propia versión de los acontecimientos de la Demandante, los hechos que subyacen a la controversia en el Bloque 24 por la oposición indígena precedieron cronológicamente a la controversia en relación a la Ley 42 por más de cinco años. En opinión del Tribunal, el hecho de que las negociaciones resultaron infructuosas en esta segunda controversia no significa que las negociaciones sobre una controversia anterior y diversa hubieran también resultado infructuosas. En cualquier caso, la Demandante no afirmó ni presentó evidencia alguna que sugiriese que las negociaciones hubieran sido infructuosas.
315. En segundo lugar, al imponer a los inversores una obligación de expresar sus desacuerdos al menos con una antelación de seis meses a la sumisión a arbitraje de una controversia relativa a una inversión, el Tratado efectivamente le acuerda a los Estados receptores el derecho a ser informados de la controversia al menos seis meses antes de que sea sometida a arbitraje. El propósito de este derecho es conceder al Estado receptor la *oportunidad* de solucionar la controversia antes de que el inversor someta la controversia a arbitraje. En este caso, la Demandante privó al Estado receptor de esta oportunidad. Ello es suficiente para negar jurisdicción.
316. A la luz de las consideraciones precedentes, el Tribunal encuentra que, antes del registro de la Solicitud de Arbitraje, no había una controversia, suficientemente expresada en términos jurídicos, entre la Demandante y la Demandada en relación con la obligación de esta última de proporcionar protección y seguridad plenas en el Bloque 24 debido a la oposición de las comunidades indígenas. Y si bien sí había una controversia una vez registrada la Solicitud de Arbitraje, el momento era ya tardío para que la Demandante pudiese cumplir a su respecto con el período de espera de seis meses que establece el Artículo VI.
317. En consecuencia, la Demandante no cumplió con las condiciones de aceptación de la oferta de arbitraje CIADI que establece el Artículo VI(3)(a) del Tratado con respecto al reclamo de protección y seguridad plenas para el Bloque 24, y este reclamo es en consecuencia inadmisibile.

318. Por lo tanto, el Tribunal hace lugar a la objeción de la Demandada y declara que carece de jurisdicción para entender en el reclamo, basado en el Tratado, de la Demandante por la alegada falta de proporcionar la debida protección y seguridad plenas en el Bloque 24 a raíz de la oposición de las comunidades indígenas locales.

(ii) ¿Hubo una controversia sobre el Bloque 23?

319. La Demandante afirmó que su primer pedido de protección para el Bloque 23 se documentó por carta del 4 de diciembre de 2002 dirigida al Presidente Ejecutivo de PetroEcuador. En la carta CGC, el operador del Bloque, expresaba que:

"Molestamos vuestra atención para notificar a usted nuevos actos de violencia suscitados el día de hoy en el bloque 23 de la región amazónica ecuatoriana, que impide el desarrollo normal de las actividades de la Operadora Compañía General de Combustibles S.A., CGC. Al respecto cumpelenos manifestar lo siguiente:

[Descripción de los hechos, en la cual se menciona que la base sísmica fue destruida y que ocho empleados fueron secuestrados].

.....

Con tales antecedentes, *insistimos* de la manera más comedida, se dignen interpelar sus buenos oficios, como instrumentar las medidas que creyere necesarias, en el propósito de que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, actúen decididamente en procura de lograr la liberación de los retenidos, así como para facilitar la ejecución del proyecto de sísmica que se viene desarrollando...

No escapará a su ilustrado criterio, la permanente vocación de diálogo y apertura demostrada por mi representada la Compañía CGC, en mérito de concretar acuerdos y soluciones saludables con las mencionadas comunidades, pues de otra parte, *le corresponde al Estado Ecuatoriano, y particularmente a Petroecuador, el garantizar la seguridad de las operaciones*, conforme reza el texto contractual que nos vincula y la respectiva norma constitucional" (énfasis agregado) (CM, ¶ 58, Anexo C-153)."

320. En opinión del Tribunal, la carta del 4 de diciembre de 2002 es suficiente para suscitar una "controversia" en el sentido del Artículo VI(3) del Tratado. Si bien el objetivo principal de la carta es solicitar ayuda a PetroEcuador con respecto a los episodios de violencia y la oposición que se presentaron en el Bloque, el tono y el contexto de la carta expresan indudablemente un desacuerdo sobre derechos y obligaciones.

321. De acuerdo a la descripción de los hechos que fundamentan el pedido de ayuda, CGC, el operador del Bloque, "insiste" que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional deben actuar para asegurar la liberación de los rehenes y para que

puedan continuar las operaciones en el Bloque. El mismo uso de la palabra “insiste” sugiere que el pedido había sido hecho con anterioridad sin éxito.

322. Asimismo, hacia el final de la carta se recuerda a la Demandada que es su “deber” “garantizar la seguridad de las operaciones”. Este recordatorio, en un contexto que sugiere que no fueron escuchados pedidos de seguridad previos, indica un desacuerdo con respecto a derechos y obligaciones.

323. Además, el Tribunal debe analizar la importancia de la carta “emblemática” de la Demandante para el Bloque 23. Esta carta está fechada el 21 de diciembre de 2005 y también está dirigida al Presidente Ejecutivo de PretoEcuador. Expresa que:

"La Asociación conformada por mi representada, la Compañía General de Combustibles S.A. y la Compañía Burlington Resources Ltd, mantienen con el estado ecuatoriano representado por Petroecuador, el Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 23 de la región amazónica ecuatoriana, en adelante El Contrato.

Es de conocimiento de PetroEcuador [que el Bloque 23 se encuentra en estado de Fuerza Mayor].

Frente a esta situación de fuerza mayor, en innumerables ocasiones hemos solicitado a PETROECUADOR, de cumplimiento a su obligación estipulada en la cláusula 5.2.6 del Contrato, de: "**proporcionar condiciones razonables de seguridad para la realización de las operaciones**"...

No obstante los reiterados planteamientos y solicitudes de la contratista para que el Estado adopte las medidas necesarias que permitan la realización de las actividades contractuales, que sin duda están orientadas a favorecer el horizonte de reservas del Estado ecuatoriano, no hemos logrado que PETROECUADOR y las autoridades energéticas intervengan en forma efectiva para superar los impedimentos que motivan la fuerza mayor.

Por demás [sic] señalar que le corresponde al Estado ecuatoriano, a través de la fuerza pública, adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los ciudadanos en el territorio nacional...

[CGC ha trabajado]...con todas y cada una de las comunidades del área de dicho bloque, sin que, para estos efectos, lamentablemente, haya obtenido el compromiso o colaboración indispensable de su contraparte, PETROECUADOR y el Estado ecuatoriano.

...Acompañamos una carpeta en la que consta prueba documental e incontrastable de [los daños sufridos como resultado de la inseguridad en el Bloque].

En este contexto, resulta imperativo que PETROECUADOR en representación del Estado Ecuatoriano, cumpla con su obligación y adopte medidas compensatorias por los perjuicios ocasionados a mi representada, mientras con su participación se resuelvan los problemas conducentes a superar los hechos que ocasionaron la paralización de las actividades

exploratorias del Bloque 23 y calificadas como circunstancias de Fuerza Mayor" (énfasis en el original) (Anexo C-176).

324. Con esta carta, la Demandante inequívocamente pone en conocimiento de la Demandada que existe una controversia en relación con su obligación de proporcionar seguridad en el Bloque 23 debido a la oposición de las comunidades indígenas. La carta expresa un abierto desacuerdo con el modo en que la Demandada ha cumplido sus obligaciones de brindar seguridad en el Bloque hasta ese momento. La referencia a pedidos de protección hechos en "repetidas" e "innumerables" ocasiones, el énfasis sobre las obligaciones de proporcionar seguridad por parte de Ecuador, y el pedido de medidas compensatorias indican indudablemente la existencia de una controversia.
325. La Demandada sostiene que de ninguna manera había controversia porque el Bloque se encontraba en fuerza mayor y porque las Partes colaboraron en diferentes ocasiones para solucionar los problemas en el Bloque. En opinión del Tribunal, estos son temas para el fondo. A los fines de la jurisdicción, la Demandante ha puesto de manifiesto un desacuerdo sobre derechos y obligaciones legales con respecto a la falta de seguridad en el Bloque 23, y esto es todo lo que el término "controversia" requiere en el sentido del Artículo VI(3) del Tratado
326. Finalmente, la Demandada afirma que estas cartas no pueden suscitar una controversia entre la Demandante y la Demandada porque era CGC, el operador del Bloque, quien firmaba las cartas. De acuerdo con la Demandada, estas cartas podrían a lo sumo suscitar una controversia entre CGC y la Demandada, no entre la Demandante y la Demandada. El Tribunal no está de acuerdo.
327. Durante la audiencia de jurisdicción el Sr. Vickers declaró que "es corriente en la industria en Ecuador, y además lo pidió el Gobierno mismo, que el operador sea [el] representante [del Bloque]" (Tr. 180:1-5). El Tribunal encuentra confirmación de esta "práctica de la industria" en los procedimientos de coactiva que sustentaron el reclamo de medidas provisionales de la Demandante en conexión con la controversia suscitada por la Ley 42 en los Bloques 7 y 21(see *supra* at ¶ 55).
328. En los procedimientos de coactiva, un tribunal de ejecuciones de PetroEcuador inició procedimientos para ejecutar el cobro de US\$ 327.3 millones que se adeudaban por el petróleo producido en los Bloques 7 y 21 de acuerdo a la Ley 42. Como se mencionó inicialmente, Burlington posee una participación significativa en

estos dos Bloques: 42.5% en el Block 7 y 46.25% en el Block 21. Sin embargo, como lo ponen en evidencia los procedimientos de coactiva, ellos *sólo* fueron iniciados contra Perenco, el operador, por el *total* de la deuda presuntamente debida por la producción de los Bloques 7 y 21 y no únicamente por la parte proporcional de la deuda de Perenco (Anexo C-55, C-58 y C-65).

329. En opinión del Tribunal, esto prueba suficientemente la declaración del Sr. Vickers a efectos de que, para el Bloque 23, "CGC representaba al consorcio ante el Gobierno" (Tr. 185:8-10). Teniendo en cuenta que CGC era el representante del Bloque 23 ante el Gobierno, sus cartas también fueron enviadas en nombre de Burlington, que poseía una participación del 50% en el Bloque a través de su subsidiaria Burlington Andean.
330. El Tribunal concluye que las cartas de CGC del 4 de diciembre de 2002 y del 21 de diciembre de 2005 a PetroEcuador fueron también enviadas en nombre de la Demandante. El Tribunal es consciente que estas cartas fueron dirigidas a PetroEcuador más que a Ecuador. Sin embargo, como ha argumentado Ecuador desde el comienzo de esta controversia, PetroEcuador era su representante legal a los fines de los CP (OJ, ¶¶ 10, 12; OJ de PetroEcuador, § 2.1). En consecuencia, toda comunicación dirigida a PetroEcuador en relación con los CP debe considerarse como habiendo sido dirigida también a Ecuador. Por lo tanto, las cartas de CGC del 4 de diciembre de 2002 y del 21 de diciembre de 2005 fundadamente suscitaron una controversia entre la Demandante y la Demandada en el sentido del Artículo VI(3) del Tratado.
331. En resumen, el Tribunal concluye que existía una controversia entre la Demandante y la Demandada con respecto a las obligaciones de seguridad de esta última en el Bloque 23, y que la Objeción de la Demandada debe por lo tanto ser rechazada. El Tribunal considerará a continuación la siguiente objeción de la Demandada.

(iii) ¿Tenía Burlington la obligación de formular alegaciones de violación del Tratado?

332. La Demandada aduce que, en cualquier caso, el Tribunal carece de jurisdicción sobre este reclamo porque la Demandante no proveyó una notificación adecuada de la controversia. Según la Demandada, de acuerdo con el Artículo VI del Tratado, una "notificación adecuada" de la controversia requiere que se formulen alegaciones de violación del Tratado. La Demandante por su parte afirma que el Artículo VI del Tratado no contiene un requisito de notificación formal, y mucho

menos aún un requisito de que tal notificación deba contener alegaciones de violación del Tratado.

333. El Artículo VI del Tratado, en su parte relevante para esta cuestión, establece lo siguiente:

"1. A efectos del presente Artículo, una **diferencia en materia de inversión** es una diferencia entre una Parte y un nacional o una sociedad de la otra Parte, **que se deba o sea pertinente a...c) una supuesta infracción de cualquier derecho** conferido o establecido **por el presente Tratado** con respecto a una inversión.

2. Cuando surja una diferencia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías, para su resolución:

(c) Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo.

[...]

3. (a) Siempre y cuando...hayan transcurrido seis meses **desde la fecha en que surgió la diferencia**, la sociedad o el nacional interesado podrá optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio [del CIADI]" (énfasis agregado).

334. El Artículo VI(1)(c) define "diferencia en materia de inversión" como una diferencia que es pertinente a "una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión".¹³ El Artículo VI(3)(a) a su vez dispone que una diferencia puede someterse a arbitraje siempre que "hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la *diferencia*" (énfasis agregado). El Tribunal considera que el significado de "diferencia" en el Artículo VI(3)(a) remite a la definición de "diferencia en materia de inversión" del Artículo VI(1)(c). En efecto, el Artículo VI(1) define diferencia en materia de inversión "a efectos del presente Artículo [VI]", del cual el párrafo 3 es sin duda una parte integrante. El uso de los vocablos "diferencia en materia de inversión" y luego sólo "diferencia" en el párrafo 2 demuestra que estos dos términos designan una y la misma cosa. El Tribunal concuerda en este punto con la decisión en *Lauder*, sobre la cual se apoya la Demandada. En esa decisión se arribó a la misma conclusión con respecto a una cláusula de resolución de controversias con

¹³ Puesto que los reclamos de Burlington por falta de protección y seguridad plenas debido a la oposición de grupos indígenas locales en los Bloques 23 y 24 genera reclamos únicamente bajo el Tratado, los Artículos VI(1)(a) y VI(1)(b) son inaplicables a esta controversia específica.

lenguaje similar incluida en el TBI entre Estados Unidos y la República Checa¹⁴ (see *Lauder*, ¶ 184).

335. En breve, la "diferencia" a la que el Artículo VI(3)(a) se refiere es una que se relaciona a "una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión". Expresado de otro modo, en tanto y en cuanto no se alegue una supuesta violación del Tratado, no surgirá una diferencia que dé acceso a arbitraje bajo el Artículo VI. Este requisito tiene sentido pues ofrece al Estado una oportunidad de remediar una posible violación del Tratado y de evitar de ese modo procedimientos arbitrales bajo el TBI, lo que no sería posible sin conocimiento de que se alegan violaciones del Tratado.
336. Puesto que una diferencia bajo el Artículo VI(3)(a) sólo surge una vez que se alega una violación del Tratado, el período de espera de seis meses sólo comienza a correr a partir de ese momento. En este caso, Burlington no efectuó alegaciones de violación del Tratado con respecto a la oposición indígena en los Bloques 23 y 24 antes de someter su Solicitud de Arbitraje. De este modo, el período de espera del Artículo VI(3)(a) no comenzó a correr. Y si bien Burlington sí formuló alegaciones de violación del Tratado una vez que registró su Solicitud de Arbitraje, en cuyo momento surgió una diferencia, no cumplió con el período de espera de seis meses, como debió haberlo hecho, antes de registrar la Solicitud. Como resultado, el Tribunal no puede sino concluir que el reclamo de Burlington por el Bloque 23 es asimismo inadmisibles.
337. Si bien el Tribunal coincide con la Demandante en que el Artículo VI no impone un requisito formal de notificación, considera que el Artículo VI requiere algún tipo de evidencia de que se formularon alegaciones de violación del Tratado. A modo de ejemplo, bastarían actas de reuniones que contengan evidencia de que se formularon alegaciones de violación del Tratado. Sin embargo, la Demandante no presentó ninguna evidencia del género.

¹⁴ El Artículo VI(1) del TBI entre Estados Unidos y la República Checa dispone lo siguiente: "A efectos de este Artículo, una diferencia en materia de inversión se define como una diferencia que involucra...(c) una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o creado por este Tratado con respecto a una inversión." El Artículo VI(3)(a) a su vez establece lo siguiente: "En cualquier momento luego de que hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, el nacional o la compañía en cuestión puede consentir por escrito a someter la controversia para su resolución por conciliación o arbitraje vinculante". Como puede apreciarse, tanto el lenguaje como la estructura del Artículo VI del TBI entre Estados Unidos y la República Checa exhiben un alto grado de similitud con el Artículo VI del TBI entre Estados Unidos y Ecuador.

338. El Tribunal considera que el requisito según el cual se deben formular alegaciones de violación del Tratado no obstaculizaría el proceso de negociación, tal como lo sugiere la referencia de la Demandante a la decisión en *Generation Ukraine*. El Artículo VI no requiere que el inversor articule en detalle sus argumentos legales durante el proceso de negociación inicial; el Artículo VI ni siquiera exige que el inversor invoque a ese punto disposiciones específicas del Tratado. Más bien, el Artículo VI simplemente requiere que el inversor informe al Estado receptor que está de frente a alegaciones de violación del Tratado que podrían eventualmente comprometer su responsabilidad ante un tribunal internacional. En otras palabras, requiere que el inversor le avise al Estado receptor de las posibles consecuencias que se producirían si las negociaciones fracasan.
339. Finalmente, la Demandante asevera que la Demandada no puso en marcha ninguna maquinaria gubernamental con respecto a las alegaciones de violación del Tratado que la Demandante sí formuló en relación con la controversia por la Ley 42. En opinión del Tribunal, sin embargo, ello no puede eximir a la Demandante del cumplimiento de los requisitos del Tratado con respecto a una controversia diferente.
340. Por lo tanto, el Tribunal concluye que el reclamo de Burlington por falta de protección y seguridad plenas en el Bloque 23 es inadmisibles de conformidad con el Artículo VI del Tratado. Añade asimismo que en el arbitraje CIADI el efecto de un reclamo inadmisibles es el mismo que el de un reclamo que no cumple con los requisitos de jurisdicción bajo el Artículo 25 del Convenio CIADI o bajo el TBI, a saber, que el Tribunal no puede ejercer jurisdicción sobre tal reclamo.

2.3.2. ¿Perfeccionó Burlington el Consentimiento para Arbitrar esta Controversia?

341. A la luz de las conclusiones del Tribunal según las cuales los reclamos por protección y seguridad plenas de Burlington por falta de seguridad física en los Bloques 23 y 24 son inadmisibles, es innecesario abordar la restante objeción de Ecuador, esto es, que retiró su oferta de arbitraje CIADI de conformidad con el Artículo 25(4) del Convenio CIADI antes de que Burlington aceptara tal oferta.

V. DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN:

342. Por las razones expuestas anteriormente, el Tribunal de Arbitraje declara que:

- A. Tiene jurisdicción sobre el reclamo siguiente: El reclamo de Burlington por expropiación bajo el Artículo III del Tratado;
- B. Resolverá junto con el fondo de la controversia la cuestión acerca de si tiene jurisdicción sobre el primer reclamo de Burlington de la Ley 42 bajo la cláusula paraguas, y sobre la primera parte del tercer reclamo bajo la cláusula paraguas del Artículo II(3)(c) del Tratado;
- C. El segundo reclamo de Burlington de la Ley 42 bajo la cláusula paraguas, y la segunda parte del tercer reclamo de Burlington bajo la cláusula paraguas del Artículo II(3)(c) del Tratado expiraron de acuerdo con sus propios términos;
- D. No tiene jurisdicción sobre los siguientes reclamos:
 - 1. El reclamo de Burlington por falta de trato justo y equitativo bajo el Artículo II(3)(a) del Tratado;
 - 2. El reclamo de Burlington por trato arbitrario bajo el Artículo II(3)(b) del Tratado;
 - 3. El reclamo de Burlington por falta de protección y seguridad plenas bajo el Artículo II(3)(a) del Tratado;
- E. Los siguientes reclamos son inadmisibles de conformidad con el Artículo VI(3) del Tratado:
 - 1. El reclamo de Burlington por falta de protección y seguridad plenas en el Bloque 24 bajo el Artículo II(3)(a) del Tratado;
 - 2. El reclamo de Burlington por falta de protección y seguridad plenas en el Bloque 23 bajo el Artículo II(3)(a) del Tratado.
- F. Tomará los pasos necesarios para que el procedimiento continúe hacia el fondo de la controversia, de conformidad con la Regla 41(4) de las Reglas;
- G. Reserva la decisión sobre costos para su adjudicación posterior.

[firmado]

Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler
Presidenta del Tribunal

[firmado]

Profesor Francisco Orrego Vicuña
Arbitro

[firmado]

Profesora Brigitte Stern
Arbitro