

CASO OXY:

DEFENSA JURÍDICA  
DE UNA DECISIÓN SOBERANA  
Y EN DERECHO DEL ESTADO ECUATORIANO



GESTIÓN 2008•2014  
DIEGO GARCÍA CARRIÓN

CASO OXY:

**DEFENSA JURÍDICA**  
**DE UNA DECISIÓN SOBERANA**  
**Y EN DERECHO DEL ESTADO ECUATORIANO**

# ÍNDICE

---

<i>Prólogo</i> .....	7
<b>1. LOS HECHOS DEL CASO</b> .....	13
1.1. La operación de OXY en el Ecuador .....	13
1.2. La transacción “Farm-in”: OXY transfirió los derechos y obligaciones a AEC y formó un consorcio .....	15
1.2.1. El Contrato “Farm-out” .....	15
1.2.2. El Contrato de Operación Conjunta .....	18
1.3. OXY escondió y falseó la participación de AEC .....	20
1.3.1. Las Demandantes y AEC organizaron una reunión con Ecuador .....	20
1.3.2. Sucesos después de la reunión del 24 de octubre de 2000 .....	21
1.3.2.1. Carta enviada por OXY el 25 de octubre de 2000 .....	21
1.3.2.2. Ecuador descubrió el fraude .....	23
1.3.2.3. A raíz de la divulgación de OXY del Farm-out, Ecuador declaró la Ca- ducidad en forma oportuna y apropiada .....	25
1.3.2.4. En paralelo, AEC vendió la entidad que tenía el título sobre la Propiedad Farm-out a Andes, una entidad china .....	27
<b>II. HISTORIA PROCESAL</b> .....	31
2.1. El registro del arbitraje y la constitución del Tribunal .....	31

2.2. Las cuatro fases principales del Arbitraje .....	33	3.2.2.1. La negligencia de OXY según el Tribunal .....	62
2.2.1. Medidas Provisionales .....	33	3.2.3. El Tribunal no debió sustentar su Laudo en un “principio” de proporcionalidad que no existe en el contrato de participación, ni en el derecho ecuatoriano, ni en el tratado, ni en el derecho internacional .....	68
2.2.2. Jurisdicción .....	33	3.2.4. El Tribunal no demostró en su Laudo, de que forma la disposición sobre Tratamiento Justo y Equitativo del TBI, podría servir de sustento para evitar la aplicación del Contrato de Participación .....	81
2.2.3. Responsabilidad .....	37	3.2.5. El Tribunal no demuestra, que conforme al derecho internacional, exista un “principio de proporcionalidad” que anule el principio de <i>pacta sunt servanda</i> .....	83
2.2.4. Daños .....	38	3.2.6. El Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al no revelar en su decisión las supuestas alternativas a la caducidad que en su criterio existían, para su determinación de daños y perjuicios .....	86
2.3. El Laudo .....	41	3.2.7. El Tribunal se apartó gravemente de una norma fundamental de procedimiento cuando, el 15 de febrero de 2011, el Presidente del Tribunal anunció por correo electrónico la determinación final y no motivada sobre la responsabilidad de Ecuador .....	87
2.4. Anulación .....	43	3.3. Daños .....	91
<b>III. CAUSAS PARA LA ANULACIÓN DEL LAUDO</b> .....	47	3.3.1. El Tribunal no indicó la motivación para basarse exclusivamente en un modelo de flujo de caja descontado para determinar el valor justo de mercado de la inversión de OXY .....	93
3.1. Jurisdicción .....	47	3.3.2. El Tribunal se excedió de manera expresa en sus poderes al plantear un nuevo argumento a favor de OXY y conceder USD\$ 943 millones con base a dicho argumento .....	96
3.1.1. El Tribunal no tenía jurisdicción para decidir sobre los reclamos de OXY relativos a la Caducidad. ....	48	3.3.3. El Tribunal no debió aplicar la ley internacional (incluyendo el TBI) para determinar el valor justo de mercado de la inversión de OXY .....	101
3.1.2. El Tribunal no indicó las razones para rechazar la objeción del Ecuador de que la matriz Occidental Petroleum Corporation (OPC) no tenía la calidad de “inversionista” bajo el Tratado Bilateral de Protección de Inversiones entre Ecuador y los Estados Unidos de América, y por lo tanto no podía presentar ningún tipo de reclamo. ....	49	3.3.4. El Tribunal excedió de manera evidente sus poderes al ejercer una jurisdicción de <i>aplicación</i> personal sobre la compañía china Andes .....	103
3.1.3. El Tribunal tampoco expresó las razones para rechazar la objeción alternativa de Ecuador de que los reclamos de las demandantes eran prematuros. ....	50		
3.1.4. El Tribunal no exigió que surtiera efecto el requisito obligatorio de negociación previsto en el artículo VI.3 del TBI. ....	52		
3.2. Responsabilidad .....	55		
3.2.1. El Tribunal debió indicar las razones en las que basó su resolución de que las reclamaciones de OXY eran cosa juzgada .....	56		
3.2.2. El Tribunal no expuso sus motivos y se excedió abiertamente en sus facultades al resolver que la violación a la Ley de Hidrocarburos y al Contrato de Participación fue una mera negligencia de OXY. ....	60		

3.3.5. El Tribunal excedió de manera evidente sus poderes al incumplir la aplicación de los principios de ley internacional aplicable para la evaluación de daños .....	107
3.3.6. La mayoría del Tribunal, se extralimitó manifiestamente en sus facultades, al aplicar el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos de manera aislada, y sin tener en cuenta todas las demás disposiciones de esa Ley .....	108
3.3.7. El Tribunal no expresó los motivos en los que basó su decisión de declarar inexistente el Acuerdo Farm-out bajo la legislación ecuatoriana y la ley de Nueva York .....	110
3.3.8. El Tribunal no motivó la decisión, que lo llevó a no aplicar la Ley 42-2006, al establecer los daños y perjuicios de OXY .....	115
3.3.9. El Tribunal omitió expresar los motivos, en los que basó su decisión de no tomar en consideración la Ley Interpretativa del IVA en la valoración de los daños de OXY .....	122
<b>ENSAYOS JURÍDICOS</b> .....	129
<b>El Laudo en el caso Occidental: una visión general</b>	
<i>Paul S. Reichler</i> .....	131
<b>Períodos de reflexión o espera en el arbitraje de inversiones</b>	
<i>George Von Mehren y Stephan Adell</i> .....	144
<b>Occidental c. Ecuador (ii): La conclusión del Tribunal sobre “negligencia”.</b>	
<i>Stephen P. Anway y Raúl B. Mañón</i> .....	155
<b>Del supuesto “principio de proporcionalidad” como mecanismo de moderación contractual</b>	
<i>Eduardo Silva Romero</i> .....	166
<b>El “argumento 60/40” en el caso OXY</b>	
<i>Pierre Mayer y Audrey Caminades</i> .....	185

*...Ecuador es un país que no persigue ni condena la inversión privada nacional ni extranjera. El Ecuador es un país que promueve la inversión, pero obviamente promueve la inversión exigiendo por parte de los contratistas el respeto de la ley ecuatoriana y el respeto de las cláusulas de los contratos que han celebrado libremente con el Estado ecuatoriano.*

*Dr. Diego García Carrión  
Procurador General del Estado  
Discurso de Apertura  
de Audiencia sobre Jurisdicción.  
París, 22 de mayo de 2008.*

## **Prólogo**

*Durante los seis años de ejercicio de la defensa del Estado, desde que fuera nombrado por la Asamblea Nacional Constituyente, en abril de 2008, uno de los más grandes retos que debí asumir como Procurador General del Estado fue el hacerme cargo del proceso de arbitraje internacional planteado por la empresa americana Occidental Petroleum Company contra la República del Ecuador, con motivo de la declaratoria de caducidad del contrato para la exploración y explotación del Bloque 15.*

*Y si bien el caso no era una novedad para mí, pues había ocupado el cargo de Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República en el Gobierno del Dr. Alfredo Palacio González, en mayo de 2006, cuando el Ministro de Energía y Minas de entonces adoptó la decisión de declarar la caducidad del contrato, en esta ocasión me correspondía la responsabilidad de hacerme cargo de la defensa del Estado en un arbitraje de inversiones que marcaría un difícil camino en el ámbito de una controversia internacional sin precedentes para el Ecuador. Nunca antes un caso de esta importancia, complejidad y cuantificación económica había sido manejado por la defensa del Estado.*

*Durante mi primera reunión con el Presidente de la República, Ec. Rafael Correa Delgado, luego de haber sido designado por la Asamblea Nacional Constituyente, fue clara la importancia que el Gobierno Nacional daba al caso OXY, como un proceso emblemático para la defensa de una causa de interés nacional, como parte de una visión hacia el fortalecimiento de la protección de los intereses del Estado desde su defensa judicial, en que el interés público se defiende como propio. Un llamado así, más allá del gran honor y del enorme reto profesional, se convirtió en un elevado compromiso con el país.*

*Llegué en un momento clave en la discusión de la jurisdicción del Tribunal Arbitral bajo el convenio CIADI. Asumí el cargo días antes de la fecha fijada por el Tribunal para la presentación del memorial de fondo y un mes antes de la fecha de la audiencia de jurisdicción prevista para fines de mayo en París.*

*Dos semanas antes de mi posesión como Procurador, mi antecesor había incorporado al equipo de defensa a una segunda firma internacional de abogados, Dechert LLP, que vino a sumarse a Squire Sanders LLP, que venía ya trabajando con la Procuraduría desde el año 2007. Y si bien se trataba de dos firmas de abogados de gran prestigio en el mundo del arbitraje internacional, la inesperada salida del anterior Procurador no permitió que estos grupos de profesionales de alto nivel, pero cada uno con estructuras y sistemas de trabajo propios, hubieran tenido la oportunidad de empezar a trabajar como equipo. Este fue el primer reto que encontré a*

*mi llegada. Una semana antes de viajar a París, una reunión en Quito con Eduardo Silva Romero y George Von Mehren, líderes de los equipos de cada firma, nos permitió sentar las bases para una fructífera relación profesional, que ahora hace posible que presentemos a ustedes el resultado de una defensa sólida en la presentación de los hechos y los argumentos jurídicos, que exponemos con absoluta transparencia para conocimiento general.*

*El caso OXY marca la dura historia de un Estado soberano y su lucha dentro de un sistema de administración de justicia internacional diseñado por y para los inversionistas y la defensa de sus intereses. El desarrollo de este proceso de arbitraje de inversiones dentro de un sistema que presta pocas seguridades a los Estados receptores de inversión y poca deferencia para el ejercicio del poder regulador del Estado y para su legislación interna e incluso para los acuerdos de inversión, bajo el paraguas de tratados bilaterales de protección de inversiones celebrados con más entusiasmo que conocimiento por nuestros propios países, refleja un esquema de inseguridad jurídica tal que finalmente tendrá que cambiar o estará destinado al fracaso. La historia y el desarrollo de esta controversia, que ustedes podrán conocer con detalles gracias a esta publicación, son un claro ejemplo de las falencias del sistema.*

*El Estado ecuatoriano no ha escatimado esfuerzo alguno en la defensa de este proceso arbitral. Todos los hechos, argumentos y pruebas fueron presentados y defendidos con oportunidad y solidez jurídica. Aunque*

*en su momento el Estado no designó su árbitro, como podía hacerlo de acuerdo con las reglas CIADI, como parte de su estrategia inicial para oponerse al arbitraje, posteriormente la defensa del Estado decidió intervenir en todas y cada una de las etapas del proceso, bajo protesta y con reserva de sus derechos, pero presentando contundentes argumentos tanto en materia de jurisdicción como en los méritos de la controversia. La comparecencia del Ecuador siempre partió de su objeción a la jurisdicción, tal como en el derecho procesal ecuatoriano es posible la oposición de competencia al momento de comparecer a juicio, sin que ello signifique una renuncia a tal excepción.*

*En esta publicación, por motivos de espacio, la presentación de los argumentos se hará partiendo de la presentación del caso en anulación. Lo absurdo y arbitrario del Laudo, en parte revelado en el durísimo voto disidente de la profesora Stern, nos permite presentarlo de esta forma, abordando los puntos más importantes de la controversia, incluidos en la solicitud de anulación del Laudo presentada por el Estado, de manera que su lectura pueda ser comprensible al lector; aun para quienes no son abogados o especialistas en arbitraje de inversiones.*

*Pero antes de entrar en el análisis de los argumentos de derecho, hemos creído que nada puede reflejar con mayor claridad la razón que le asiste al Ecuador que el relato de los hechos, tal y como sucedieron y de la forma en que le fueron presentados al Tribunal. La lectura de los hechos nos da una visión clara y contundente*

*de la manera en que actuó Occidental, ocultando una cesión de derechos no autorizada por el Estado, cuando contractual y legalmente debió obtenerla, habiendo conocido y aceptado las consecuencias de su acción y, lo que lo hace aun más grave, habiendo conocido y pactado los efectos de tal omisión en el contrato que suscribió con el Estado. La lectura de los hechos les hará inentendible la decisión del Tribunal, como lo fue para el equipo de defensa estatal.*

*Es imposible en una publicación como ésta abordar al mínimo detalle todos y cada uno de los argumentos jurídicos expuestos a lo largo de más de 7 años de debate legal, en un proceso sin precedentes no solo para el Ecuador, sino en toda la historia del arbitraje internacional de inversiones. Un proceso con 9 audiencias orales e interminables memoriales escritos, muchos de ellos más extensos que esta publicación, simplemente desbordan cualquier intento editorial. Esta publicación, sin embargo, tiene por objeto servir de memoria histórica del ejercicio de una defensa profesional y responsable, que, a pesar del respaldo de los hechos y los argumentos legales, ha debido llegar hasta la etapa de anulación del Laudo, cuando el proceso nunca debió pasar de la etapa de jurisdicción.*

*Al lector le parecerá increíble que pese a que el contrato previó expresamente que la declaratoria de caducidad no era materia arbitrable, el Tribunal unánimemente haya encontrado que podía declararse competente y argumentar para ello simplemente que la exclusión de la arbitrabilidad no estuvo incluida en*

la cláusula que contiene el compromiso arbitral. El lector se preguntará entonces ¿qué quisieron decir los contratantes cuando expresaron que la caducidad no era arbitrable? Así de claro, así de sencillo, esa declaración expresa de voluntad de los contratantes no tuvo significado para el Tribunal Arbitral del caso OXY. Esa decisión, absurda y arbitraria, llevó al Tribunal a dictar un Laudo que incluye la mayor condena que se haya mandado a pagar a un Estado en la historia del arbitraje bajo reglas CIADI.

Por si esto fuera poco, el Tribunal comete el gravísimo error de no respetar el período de enfriamiento de seis meses previsto en el Tratado Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones suscrito entre el Ecuador y los Estados Unidos, al permitir que Occidental haya presentado su demanda de arbitraje solo dos días después de declarada la caducidad, cuando el convenio preveía seis meses de espera, subestimando lo acordado por los países signatarios del Tratado. Otros Tribunales CIADI han reconocido ya que esta exigencia es parte del consentimiento para el arbitraje y, por tanto, un requisito para la jurisdicción del Tribunal.

Y si bien esta historia de desaciertos se inicia con una poco elaborada motivación, el Tribunal se reservó para más adelante sus errores más graves, que incluyen interpretaciones absurdas y contradictorias, al punto que una de los coárbitros, la profesora Stern, en un insólito pronunciamiento disidente, revela la imposibilidad de seguir el razonamiento del punto A al B. El lenguaje del disenso de la profesora Stern evidencia aun más el

derecho del Ecuador de obtener una declaratoria de nulidad del Laudo arbitral.

Increíblemente, la mayoría del Tribunal acepta que OXY cedió el 40% de sus derechos a un tercero, sin contar con la autorización de la autoridad estatal exigida por la ley, y sin embargo, a efectos de indemnizarlo por el 100% de sus derechos, declara inexistente la cesión, interpretando la ley ecuatoriana, para concluir que la nulidad a la que se refiere la Ley de Hidrocarburos se produce automáticamente, equivaliendo a inexistencia, todo ello agravado por el hecho de que el titular de esos derechos no estaba amparado por el Tratado Bilateral de Protección de Inversiones suscrito entre el Ecuador y los Estados Unidos, por no ser un nacional de los Estados suscriptores.

La controversia jurídica sigue en la etapa de anulación del Laudo solicitada por el Ecuador y se espera que concluya en este mismo año, una vez que ha terminado su sustanciación ante el Comité de Anulación nombrado por el Centro CIADI. De los argumentos de las partes, del Laudo del Tribunal Arbitral, de la opinión parcialmente disidente de la profesora Stern y de lo que resuelva el Comité de Anulación se seguirá hablando por muchos años en el Sistema de Solución de Controversias Inversionista Estado. Tal vez ésta sea la oportunidad del propio sistema para que los cambios necesarios surjan desde adentro.

Esta publicación responde a la credibilidad de los argumentos expuestos por la defensa del Ecuador a lo largo de un proceso que ha durado más de 8 años.

Un abogado no puede asegurar el resultado de un juicio a su cliente, tiene prohibición legal expresa para hacerlo. No voy hacerlo. Pero sí puedo asegurar que la defensa del Estado hizo un gran trabajo y actuó con capacidad profesional y con lealtad con su representado. Esta publicación es un testimonio de ese trabajo y del compromiso de la Procuraduría General del Estado y de su equipo de abogados con los grandes intereses del país.

Esta es la historia de la defensa legal de una decisión soberana, que no hizo otra cosa que aplicar la ley y el contrato. Es una historia que los ecuatorianos debemos conocer. Actuamos bajo la ley y nos defendimos bajo el amparo del derecho. Cumplimos con nuestra responsabilidad histórica. Solo queda pendiente la justicia y aun es posible obtenerla.

Mi reconocimiento a los Presidentes de la República, Dr. Alfredo Palacio González, a cuyo Gobierno

le tocó la responsabilidad de tomar la decisión de caducidad; y al Ec. Rafael Correa Delgado, quien respaldó la actuación de la Procuraduría General del Estado en la defensa del país, respetando la autonomía técnica de nuestras actuaciones, pero siguiendo siempre de cerca que éstas mantuvieran una visión clara de defensa del interés nacional. Sin la decisión y actuación histórica de las autoridades y abogados que han sido parte de esta causa nacional, no hubiese sido posible defender los intereses del país.

Mi agradecimiento también a todos los abogados y asistentes legales de la Procuraduría General del Estado y de las firmas de abogados que fueron parte de nuestro equipo de trabajo, por un trabajo profesional a nivel de la excelencia. Mi reconocimiento a los expertos legales y técnicos, a los testigos de hechos y a todos quienes asumieron la responsabilidad de contribuir con la defensa del Estado.

Dr. Diego García Carrión  
**Procurador General del Estado**

Quito, junio de 2014

“OEPC (Occidental Exploration and Production Company) transfirió derechos a AEC (Alberta Energy Company) y formó un consorcio sin la autorización del Ministerio. El Ecuador no consintió en ello y no podía consentir ya que nadie puede consentir en lo que desconoce.

Cuando el Ecuador descubrió la verdad, impuso la misma sanción que OEPC había acordado en el Contrato de Participación como la consecuencia apropiada y por ende proporcional por su conducta.

Con igual fuerza, la evidencia en la audiencia demostró que la conducta de OEPC constituyó un patrón de engaño en su trato con el Ecuador desde que celebraron su transacción con AEC en 2000, hasta su intento de encubrimiento cuando los auditores de la DNH descubrieron los documentos Farm-out en 2004”.

**Dr. Diego García Carrión**  
**Procurador General del Estado**

Discurso de apertura de  
Audiencia sobre Daños.

Washington , 04 de noviembre de 2009

“[...] Adicionalmente, los distinguidos miembros del Tribunal Arbitral, podrán verificar como los Demandantes han abusado de este proceso; por ejemplo, reclamando una indemnización por el 100% del valor del Contrato de Participación, cuando ha quedado probado en este procedimiento que OEPC le transfirió a AEC el 40% del interés económico resultante del Contrato de Participación”.

**Dr. Diego García Carrión**  
**Procurador General del Estado**

Discurso de apertura de  
Audiencia sobre Daños.

Washington , 04 de noviembre de 2009

## I. LOS HECHOS DEL CASO

### 1.1. La operación de OXY en el Ecuador

El 25 de enero de 1985, Occidental Petroleum Company (OXY) y la compañía estatal petrolera del Ecuador (CEPE), que devendría posteriormente en PETROECUADOR, celebraron un contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 15. Bajo esa modalidad contractual, si OXY descubría petróleo crudo, aun cuando éste pertenecía a PETROECUADOR, la compañía tenía derecho al reembolso de sus costos y otros gastos de acuerdo con el contrato.

OXY y su casa matriz son compañías de los Estados Unidos, registradas de conformidad con las leyes de Delaware y California, y domiciliadas en Los Ángeles, California.

En mayo de 1993, OXY identificó reservas de crudo explotables en el Bloque 15. Ese mismo año, la Ley de Hidrocarburos fue enmendada introduciendo la figura de los “*contratos de participación*”. Al igual que antes, las contratistas emprendían y financiaban actividades que se requerían para explorar y producir crudo, pero

recibían compensación solo a través de una participación en la producción, la cual se calculaba de acuerdo con una fórmula contractual.

El 21 de mayo de 1999, OXY y la compañía petrolera estatal PETROECUADOR celebraron un contrato modificatorio al Contrato de Prestación de Servicios y lo convirtieron en un Contrato de Participación. Los derechos contractuales de OXY con respecto al Bloque 15 debían terminar el 22 de julio de 2012 para las áreas designadas como las áreas “*base de producción*”, y el 22 de julio de 2019 para las áreas “*de exploración adicional*”.

El contrato establecía de manera expresa que OXY tenía impedimento para transferir o ceder sus derechos y obligaciones bajo el Contrato de Participación a cualquier tercero, sin autorización previa del entonces Ministerio de Energía y Minas. De manera similar, OXY tenía impedimento para participar o crear un consorcio que involucrara al Contrato de Participación sin autorización previa del Estado. La omisión en obtener dicha autorización se constituía en causal para



Instalaciones del Bloque 15 de la Región Amazónica del Ecuador

la terminación del Contrato de Participación a través del procedimiento de *Caducidad*, previsto también en la Ley de Hidrocarburos. Las normas pertinentes del contrato son:

#### “CAPÍTULO IX

##### *Caducidad, Sanciones y Transferencias*

*Art. 74. El Ministerio de Energía y Minas podrá declarar la caducidad de los contratos, si el contratista:*

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

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

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

*[...] Art. 75.- La declaración de caducidad de un contrato implica la inmediata devolución al Estado de las áreas contratadas, y la entrega de todos los equipos, maquinarias y otros elementos de exploración o de producción, instalaciones industriales o de transporte, sin costo alguno para PETROECUADOR (2) y, además, la pérdida automática de las cauciones y garantías rendidas según la Ley y el contrato, las cuales quedarán en favor del Estado.*

*Art. 76.- Previamente a la declaración de caducidad de un contrato, el Ministerio del Ramo notificará al contratista fijándole un plazo no menor de treinta ni mayor de sesenta días, contado desde la fecha de notificación, para el cumplimiento de las obligaciones no atendidas o para que desvanezca los cargos.*

*Art. 77.- El incumplimiento del contrato que no produzca efectos de caducidad o la infracción de la ley o de los Reglamentos se sancionará con una multa impuesta por el Director Nacional de Hidrocarburos, de doscientos a tres mil dólares estadounidense según la gravedad de la falta, además de la indemnización de los perjuicios y la reparación de los daños producidos.*

*[...] Art. 79.- La transferencia de un contrato o la cesión a terceros de derechos provenientes de un contrato, serán nulas y no tendrán valor alguno si no precede autorización del Ministerio del Ramo, sin perjuicio de la declaración de caducidad según lo previsto en la presente Ley.*

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

De forma simultánea a la celebración del contrato modificatorio, OXY y PETROPRODUCCIÓN suscribieron contratos de operación conjunta para la explotación unificada de los yacimientos comunes en los campos Edén Yuturi y Limoncocha (los “**Convenios de Operación Conjunta de los Campos Unificados**”). Estos convenios permitían que la compañía operase esos campos unificados de la misma manera y en conformidad con los mismos derechos y obligaciones que tenía de acuerdo con el Contrato de Participación, salvo que compartía con PETROPRODUCCIÓN los derechos de administración y operación sobre los campos unificados.

## 1.2. La transacción “Farm-in”: OXY transfirió los derechos y obligaciones a AEC y formó un consorcio

### 1.2.1. EL CONTRATO “FARM-OUT”

OXY y AEC suscribieron un Contrato Farm-out el 19 de octubre de 2000. Esta operación sin embargo ya se había iniciado mucho antes.

En 1999, el mismo año en que se suscribieron los Contratos de Participación, OXY y AEC (en ese momento, City Investing)<sup>1</sup> iniciaron las negociaciones originalmente para la venta del Bloque 15 a AEC y posteriormente para el “Farm-in” de AEC en el Bloque 15.

En cumplimiento con el mecanismo de “Farm-in”, OXY cedía y transfería a AEC un interés del 40% en el Bloque 15 con todos los derechos y obligaciones concomitantes en los términos de los Contratos de Participación. Dentro del arbitraje, OXY sostuvo que el mecanismo de “Farm-in” constaba de dos fases: una primera fase (“Fase Uno”) en la cual OXY traspasó a AEC un 40% del “interés económico” en el Bloque 15, y por el cual AEC pagaba a OXY dinero por petróleo; y una segunda fase (“Fase Dos”), en la cual OXY traspasaría formalmente a AEC el “título legal” sobre el 40% de sus derechos en el Contrato de Participación.

Esta forma de contratación era en realidad una simulación, ya que a través del Contrato Farm-out OXY transfirió de inmediato a AEC el interés del 40% en el Contrato de Participación, sin entregar el título legal nominal. Tanto fue

así que cuando AEC intentó vender el 40% del interés en el Contrato de Participación a un tercero, en un documento denominado el “Memorando de Información AEC” se describió a sí misma como “socio de pleno derecho” en la operación del Bloque 15 durante la Fase Uno:

*“Encana tiene participación en calidad de socio en una ‘joint venture’ en el bloque aun cuando el título legal para el interés del 40% de Encana (aunque devengado totalmente) aun tiene que transferirse. De acuerdo al procedimiento de votación se requiere la concurrencia de Encana para todos los votos clave como, por ejemplo, la aprobación de los planes de desarrollo de campos, y el programa de trabajo anual [...]. Durante este período, el interés del 40% de Encana ha estado en posesión de Occidental, aunque en todos los aspectos materiales Encana es un socio de pleno derecho en la operación del bloque”<sup>2</sup>.*

Este Memorando de Información AEC –redactado durante la Fase Uno del Farm-out– contradujo directamente la posición que OXY adoptó frente al Tribunal

de que nunca transfirió derechos en el Contrato de Participación. Inclusive se negaron a presentar de manera voluntaria este documento y lo hicieron solo luego de la orden dictada por el Tribunal.

En este Memorando de Información, AEC confirmó el lenguaje llano de los Contratos Farm-out y el testimonio de múltiples testigos dentro del arbitraje, de que AEC era en todos los aspectos esenciales un “socio de pleno derecho”, con plenos derechos y responsabilidades, en la operación del Bloque 15 durante la Fase Uno. Como resultado, se evidenció que la transacción de OXY con AEC fue, desde el principio, una transferencia que requería la aprobación previa del Estado ecuatoriano.

Según el Contrato Farm-out, OXY “acordó traspasar a [AEC] [...] todas las obligaciones que se originaren, acumularan u originaren después del Tiempo de Vigencia con respecto a, un 40% del interés económico [...] en la Propiedad Farm-out”<sup>3</sup>. El término “Propiedad Farm-out” incluía todos los derechos y obligaciones y los activos y pasivos de

OXY, cualesquiera fuera su naturaleza, de acuerdo con los Contratos de Participación o cualquier otro instrumento legal relativo al Bloque 15, que existiere hasta el 1 de octubre de 2000<sup>4</sup>.

El Artículo 2.01 del Contrato Farm-out aclaró además que “El Interés Farm-out que se ha de transferir a [AEC] al [1 de octubre de 2000] incluye un ‘interés económico directo o interés de participación’ en los Contratos de Participación y el Bloque 15”, y que OXY debía “mantener el título legal a los Contratos y el Bloque 15 en calidad de ‘tenedor nominativo del título’” en nombre de AEC<sup>5</sup>.

Esta disposición también indicaba que OXY estaba obligada a “actuar con respecto al Interés Farm-out de [AEC] según [AEC] ordenare cada cierto tiempo como si [AEC] fuere una parte en los Contratos

de Participación que posee el título legal a un 40% de interés en los Contratos de Participación y los intereses que allí otorgados en el Bloque 15”<sup>6</sup>.

Es decir, desde el inicio OXY y AEC eran directamente responsables de los derechos y obligaciones que se

*Los derechos y obligaciones de OXY correspondientes a la Propiedad Farm-out, incluso durante la Fase Uno, se limitaban al 60%*

1. Alberta Energy Company Ltd. (“AEC”) estaba en la provincia de Alberta, compañía de exploración y producción de petróleo y gas con sede en Canadá. En mayo de 1999, Alberta Energy, a través de una de sus subsidiarias, adquirió City Investing Company Limited (“City Investing”), una compañía de Barbados registrada para hacer negocios en Ecuador y que operaba ciertos bloques de petróleo (que no fueron parte en este proceso) en Ecuador. Posteriormente, Alberta Energy International, Ltd. (“AEIL”), otra subsidiaria de Alberta Energy, asumió la propiedad de City Investing y City Investing nuevamente domiciliada en Bermudas. En diciembre de 2001, City Investing cambió su nombre a AEC Ecuador, Ltd. (“AEC”). En abril de 2002, Alberta Energy se fusionó con PanCanadian Energy Corporation (“PCE”), una compañía canadiense, para formar Encana Corporation (“Encana Corp.”), compañía canadiense. Posteriormente, AEIL (la compañía principal directa de AEC Ecuador) cambió su nombre a Encana International, Ltd. (“Encana International”).

2. Memorando Informativo de Encana Corporation “Desinversión Propuesta de la Empresa de Encana en Ecuador”, de fecha 1 de julio de 2004.

3. Contrato Farm-out, § 2.0. La “Hora Efectiva” eran las 04:00 a.m. hora local de Ecuador, el 1 de octubre de 2000.

4. *Ib.*, § 1.01.

5. *Ib.*, § 2.01.

6. *Ib.*, § 2.01.

originaren de, o fueren concomitantes a sus respectivos porcentajes de propiedad en la Propiedad Farm-out a partir de la Fase Uno<sup>7</sup>. En consecuencia, si bien el título nominal sobre el 100% de la Propiedad Farm-out quedaba de manera ficticia con OXY durante la Fase Uno, AEC pasó de inmediato a “tener derecho a los derechos y beneficios atribuibles a [su] Interés Farm-out [...] de la misma manera y en la misma medida como si [AEC] tuviere el título legal sobre un 40% de interés económico en calidad de participante en la Propiedad Farm-out [...]”<sup>8</sup>. Los derechos y obligaciones de OXY correspondientes a la Propiedad Farm-out, incluso durante la Fase Uno, se limitaban al 60%<sup>9</sup>.

Conociendo que la ley ecuatoriana no reconocía este mecanismo ficticio de tenencia de acciones carente de las condiciones necesarias durante la Fase Uno, OXY y AEC acordaron disfrazar las consecuencias sujetas a tributación de su operación. Al respecto, ellos “reconoc[ieron] y acord[aron] que los rubros imposables atribuibles al Interés Farm-out tendrán que incluirse en las declara-

*ciones de la renta ecuatorianas de la sucursal de OXY registrada en Ecuador y que OXY pagará la parte del Interés Farm-out [de AEC] del Impuesto Ecuatoriano en nombre de [AEC]”*<sup>10</sup>. Sin embargo, revelando la verdadera naturaleza de la operación, “[AEC] acord[ó] reembolsar a OXY por todos los Impuestos Ecuatorianos a pagar por OXY, o su sucursal en Ecuador, que son atribuibles al Interés Farm-out”<sup>11</sup>.

Las partes se encontraban tan conscientes de que requerían la aprobación del Gobierno Ecuatoriano para este contrato que específicamente establecieron que cualquiera de las partes estaba contractualmente en derecho a terminar el Contrato Farm-out “sin ninguna responsabilidad civil u obligación si dicha aprobación gubernamental no se obtuviera”<sup>12</sup>.

### 1.2.2. EL CONTRATO DE OPERACIÓN CONJUNTA

A fin de permitir que AEC pudiera ejercer sus derechos durante la Fase Uno, las partes acordaron suscribir

un contrato de operación conjunta (el “**Contrato de Operación Conjunta**”)<sup>13</sup>. Este contrato “debía regir la exploración, explotación, desarrollo, mantenimiento, operación y producción del Bloque 15”<sup>14</sup>. En el Contrato de Operación Conjunta, OXY y AEC buscaron “definir sus respectivos derechos y obligaciones con respecto a sus operaciones de acuerdo a los Contratos de Participación”<sup>15</sup>.

El Artículo 3.2.1 disponía que este interés de participación:

- a. Se transferiría de inmediato al cierre de la transacción;
- b. Sería económicamente equivalente a lo que AEC poseería si tuviere el “título legal nominal” como una parte formal en el Contrato de Participación; y,
- c. Daría derecho a AEC a la parte en todos los beneficios que se derivaren del Contrato de Participación a partir de la “Fecha de Vigencia” (i.e., el 1 de octubre de 2000).

El Contrato de Operación Conjunta describió más con precisión la relación de las partes. Dejó en claro que OXY y AEC “poseían [...] de acuerdo con sus respectivos Intereses de Participación [...] todos los derechos e intereses en y de acuerdo con los Contratos de Participación, toda la Propiedad Conjunta y todo el Petróleo Conjunto producido desde el Área del Contrato”.

Igualmente, el Contrato de Operación Conjunta estableció un Comité de Gestión integrado por OXY y AEC, el cual tenía la “potestad y la obligación de autorizar y supervisar las Operaciones Conjuntas que fueren necesarias o convenientes para cumplir los Contratos de Participación y explorar y explotar de manera apropiada el Área del Contrato [...]”<sup>16</sup>. En esencia, OXY tenía que solicitar la aprobación previa del Comité de Gestión para llevar a cabo cualquiera de sus obligaciones de acuerdo con el Contrato de Participación<sup>17</sup>.

El Contrato de Operación Conjunta también impuso a OXY un sinnúmero de deberes adicionales relacio-

7. *Ib.*, § 2.02.

8. *Ib.*, § 2.02.

9. *Ib.*, § 2.02 (“al Cierre, OXY estará obligada a cumplir todas las obligaciones y asumir y pagar todos los costes, cargas, gastos y pasivos atribuibles al interés del 60% restante en la Propiedad de Farm-out en posesión y tenencia de OXY por su propia cuenta, y estará en posición de ejercer los derechos y beneficios atribuibles a dicho interés del 60% restante, acumulado desde y después y atribuible a los periodos de tiempo después de la Hora Efectiva de acuerdo con, y en sujeción a los términos y disposiciones del [Acuerdo de Operación Conjunta] aplicable a OXY en calidad de Operadora y propietaria de dicho interés del 60% restante”).

10. *Ib.*, § 2.03.

11. *Ib.*, § 2.03.

12. *Ib.*, § 2.07.

13. *Ib.*, § 2.02.

14. *Ib.*

15. Acuerdo de Operación Conjunta, último “considerando”, §§ 1.51 y 3.1.1.

16. *Ib.*, §§ 5.1, 5.2. El Acuerdo de Operación Conjunta previó dos tipos de operaciones: “Operaciones Conjuntas”, cuyos costes podían cargarse en forma proporcional a OXY y AEC de acuerdo con sus intereses de participación; y las “Operaciones Exclusivas”, cuyos costes asumía solamente la parte que propusiera la operación. Sin embargo, el Contrato establecía requisitos estrictos y muy onerosos para cada parte que propusiera Operaciones Exclusivas. § 7. E incluso entonces, el Acuerdo de Operación Conjunta disponía que “Toda Parte [...] tendrá derecho a participar en la operación [exclusiva] propuesta”. § 7.2.2. En general, el Acuerdo de Operación Conjunta promovía y requería las “Operaciones Conjuntas”.

17. Por ejemplo, Acuerdo de Operación Conjunta, §§ 5.2, 6.1-6.7, 10.1-10.3 y 11.1-11.2.

nados con el Contrato de Participación<sup>18</sup>, por ejemplo la presentación de informes sobre las actividades de OXY en el Bloque 15, información que era sin duda confidencial de acuerdo con el Contrato de Participación.

En definitiva, el Contrato Farm-out y el Contrato de Operación Conjunta (los “**Contratos Farm-out**”) otorgaron a AEC un control significativo sobre las operaciones del Bloque 15.

Sin embargo, OXY nunca comunicó al Ecuador nada sobre estos acuerdos.

### 1.3. OXY escondió y falseó la participación de AEC

Mediante una serie de actuaciones orquestadas de manera cuidadosa e intencionada, OXY escondió la existencia de esos Contratos Farm-out al Ecuador hasta 2004. La razón: sabían que la divulgación total de la transacción consumada habría provocado el escrutinio intenso del Estado y posiblemente el inicio de los procesos de *Caducidad*. Por esa razón, OXY optó por describir de manera simulada a los funcionarios del Estado Ecuatoriano la magnitud total de su contrato con AEC.

#### 1.3.1. LAS DEMANDANTES Y AEC, ORGANIZARON UNA REUNIÓN CON ECUADOR

El fraude sobre la verdadera naturaleza de los contratos con AEC se dio por primera vez en una reunión de octubre de 2000 con el entonces Ministro de Energía y Minas de Ecuador, Ing. Pablo Terán Ribadeneira. El 19 de octubre de 2000 o alrededor de esa fecha, OXY programó una reunión con el Ministro Terán para el 24 de octubre de 2000.

Durante la reunión las petroleras informaron al Ministro Terán que, durante la Fase Uno, OXY transferiría a AEC un “*interés económico*”, el cual OXY y AEC describieron como si “*AEC [...] estuviera proveyendo el financiamiento del 40 por ciento, y a cambio ellos recibirían crudo hasta la segunda fase de la transacción*”. Durante el arbitraje, el Gerente de OXY testificó que el “*interés económico*” era “*en realidad nada más que un derecho al 40 por ciento de la parte de Occidental de crudo producido del Bloque 15*”. El Gerente de la compañía dentro del arbitraje advirtió que él informó al Ministro Terán que no habría ningún cambio en los derechos y obligaciones de OXY.

En concordancia con esta descripción engañosa del “*interés económico*”, los gerentes dijeron al Ministro Terán que AEC adquiriría solo la categoría de un “*socio de pleno derecho*” después de la transferencia del título legal y sujeto a la aprobación del Ecuador.

A la fecha de la reunión, OXY y AEC ya habían suscrito el Contrato Farm-out y, en menos de una semana,

estaban planeando (i) cerrar el Farm-out; (ii) suscribir el Contrato de Operación Conjunta; (iii) traspasar de inmediato importantes derechos en el Bloque 15; y (iv) transferir de inmediato USD 67 millones de AEC a OXY. OXY y AEC conocían estos hechos cuando estuvieron en la reunión del 24 de octubre de 2000 con el Ministro Terán, pero nunca le informaron nada de eso.

Al contrario, OXY y AEC informaron al Ministro Terán que ellos aun estaban “*negociando*”, y no indicaron cuándo se traspasaría el interés económico, engañando de manera evidente al funcionario.

#### 1.3.2. SUCESOS DESPUÉS DE LA REUNIÓN DEL 24 DE OCTUBRE DE 2000

##### 1.3.2.1. Carta enviada por OXY el 25 de octubre de 2000

El 25 de octubre de 2000, el día siguiente a la reunión con el Ministro Terán, el gerente de OXY le envió una carta para dejar constancia de lo que, según él, había ocurrido en la reunión del 24 de octubre de 2000. La carta decía:

*“En nuestra reunión mantenida el 24 de octubre de los corrientes, tuvimos la oportunidad de notificarle sobre la inminente transacción mediante la cual Occidental Exploration and Production Company (OXY), intenta ceder a [AEC] el 40% de sus intereses económicos en el Contrato de Participación para la Explotación y la Exploración Adicional de Hidrocarburos en el Bloque 15 (el*

*Contrato del Bloque 15). Esta cesión incluirá los derechos de OXY en los Convenios Operacionales de Explotación Unificada de los Campos Unificados Edén Yuturi y Limoncocha.*

*Posteriormente a la ejecución de esta transacción, OXY continuará siendo la única entidad Contratista bajo el Contrato del Bloque 15. Una vez que [AEC] haya cumplido sus obligaciones contempladas en el acuerdo de cesión, OXY transferirá a [AEC] el título legal correspondiente a un 40% de sus intereses en el Contrato del Bloque 15 y en los Convenios Operacionales de Explotación Unificada, sujeta a las aprobaciones que el Gobierno del Ecuador requiera en esa oportunidad.*

*Esta transacción no afectará negativamente ninguna de las operaciones contempladas en el Contrato del Bloque 15 o en los Convenios Operacionales de Explotación Unificada.*

*Estamos seguros, que esta transacción traerá beneficios significativos para el Gobierno del Ecuador y las compañías. Por lo tanto, solicitamos muy comedidamente que el Ministerio de Energía y Minas confirme a la brevedad posible, su consentimiento con respecto a la transferencia de los intereses económicos anteriormente indicados a favor de [AEC]”.*

Esa carta era inexacta, confusa y engañosa:

- Se refería de manera engañosa a la transacción como

18. *Ib.*, § 4.2.2.

“inminente”, cuando de hecho la transacción se había consumado el 19 de octubre de 2000 con la suscripción del Contrato Farm-out. Esta confusión se acrecentó cuando la carta decía que OXY “tiene la intención de traspasar” un interés económico a AEC, cuando en realidad OXY ya había traspasado ese interés económico el 19 de octubre de 2000.

- Solicitaba el *consentimiento del Ministro* para la transacción, lo cual es incoherente con la posición de OXY en el arbitraje de que su conclusión luego de la reunión el 24 de octubre de 2000 era que el consentimiento del Ecuador no era necesario. No obstante, solo un día después de la reunión solicitó específicamente el consentimiento del Gobierno.

Mediante la hábil y cuidadosa redacción de la carta, que era a la vez confusa y, por lo tanto, contraria a lo que *todos* recordaban había ocurrido en la reunión el día anterior, parecería que OXY confiaba en que podía obtener una respuesta rápida y afirmativa del Ministro (quien realmente no conocía la verdadera naturaleza del denominado “interés económico”), que le sirviera para después sostener que éste como representante del Gobierno habría “*aprobado*” los contratos, cuando en realidad no lo hizo.

Por desgracia para OXY, el ex Ministro Terán fue más cuidadoso de lo que ellos esperaban.

El ex Ministro Terán envió la carta al Director de la entonces Dirección Nacional de Hidrocarburos (DNH).

Seis días después del envío de su carta del 25 de octubre de 2000, OXY no había recibido una respuesta del Ministerio, sin embargo procedió a cerrar el Contrato Farm-out.

Lo hizo sin notificación previa al Ministerio y mientras la solicitud de aprobación presentada por OXY y AEC aun estaba pendiente.

El Contrato Farm-out entró en vigencia retroactiva al 1 de octubre de 2000, y OXY y AEC suscribieron el Contrato de Operación Conjunta. Como resultado del cierre, AEC traspasó aproximadamente USD 67 millones a OXY. Pese a no haber tenido ninguna noticia de Ecuador sobre su solicitud de consentimiento, OXY y AEC suscribieron una liberación mutua de responsabilidad en la que se eximían de todos y cada uno de los requisitos para la aprobación del Gobierno<sup>19</sup>.

El Director de la DNH respondió a la carta del 25 de octubre de 2000 y, bajo la premisa de que se trataba de una solicitud de aprobación para cesión de derechos, de conformidad con la Ley de Hidrocarburos solicitó información con respecto a la solvencia financiera de AEC como el primer paso para determinar si el Ministerio otorgaría la aprobación requerida.

La carta del Director de la DNH sin duda causó en OXY graves preocupaciones. La carta decía específicamente que se *requería* la aprobación previa del Estado para la transacción propuesta. Sin embargo, OXY ya había cerrado la transacción sin esa aprobación, había

emitido liberaciones de responsabilidad y había recibido más de USD 67 millones de AEC.

Fingiendo “*confusión*” con la carta del Director de la DNH, OXY solicitó una reunión supuestamente “*para asegurarse que no hubiera ningún malentendido acerca del Farm-out*”, según lo dicho por el Gerente de OXY. Esa reunión tuvo lugar el 14 de diciembre de 2000, en las oficinas de la DNH, a la que asistieron el Vicepresidente de Relaciones con el Gobierno de OXY y dos de sus colegas.

Aunque ya se había realizado la firma y cierre de los Contratos Farm-out, OXY no proveyó copias de ningún contrato al Director de la DNH. Según sus propias palabras durante el arbitraje, el vicepresidente aseguró al Director de la DNH que “[*AEC*] no va a operar el bloque”.

El 17 de enero de 2001, el ex Ministro Terán envió su respuesta a la carta de OXY de 25 de octubre de 2000. La carta del Ministro Terán expresaba:

*“Acuso recibo de su comunicación [...] de octubre 25 de 2000, en la que su representada hace conocer a esta Cartera de Estado la intención que tiene para en el futuro ceder el 40% de los derechos y obligaciones del bloque 15, incluyendo los Convenios Operacionales de Explotación Unificada de los Campos Unificados Edén Yuturi y Limoncocha a favor de [AEC], y en base a la reunión mantenida con funcionarios de Occidental, manifiesto lo siguiente:*

*El Decreto Ejecutivo No. 809, en el que se expide el Reglamento al art. 79 de la Ley de Hidrocarburos, publicado en R.O. No. 197 de mayo 31 de 1985, en su artículo 1 estipula que la transferencia total o parcial de los derechos y obligaciones derivados de un contrato, podrán cederse a favor de terceros, previa la autorización del Ministro del Ramo, caso contrario será nula y dará origen a la caducidad del contrato.*

*En la reunión mantenida en la Dirección Nacional de Hidrocarburos, funcionarios de Occidental manifestaron que la transferencia del 40% de los derechos y obligaciones mencionados, no se llevará a cabo todavía, por lo tanto, una vez que su representada decida realizar dicha cesión solicitará a este Portafolio de Estado la autorización respectiva y la emisión del Acuerdo Ministerial por el cual se legalice la misma, previo el pago de las primas de traspaso y mejoramiento de las condiciones económicas del contrato, como lo estipula el art. 1 del Decreto Ejecutivo 2713, publicado en R.O. 694 de mayo 12 de 1995”.*

En síntesis, Ecuador nunca supo la verdadera naturaleza del Farm-out.

### 1.3.2.2. Ecuador descubrió el fraude

El Farm-out continuó siendo un secreto durante más de tres años. Solo cuando los auditores de la DNH lo descubrieron, mediante una auditoría a OXY, en 2004, éste salió a la luz.

19. Carta enviada por OXY a AEC de fecha 31 de octubre de 2000.



Edificio Matriz de la Procuraduría General del Estado, en la ciudad de Quito

En 2003, la DNH contrató a la firma auditora Moores Rowland para que llevase a cabo la auditoría anual prevista por la Ley de Hidrocarburos a OXY.

Durante su auditoría, Moores Rowland analizó las facturas emitidas por OXY a AEC por la venta de petróleo crudo durante el año calendario 2002. Moores Rowland advirtió primero las transacciones de OXY con AEC en el contexto del “examen del rubro de intereses ganados por OXY en 2002”. OXY informó que estos se originaban en una cuenta por cobrar por la venta de cartera a la casa matriz de OXY. Durante

el arbitraje se estableció que OXY y AEC contabilizaron falsamente “ventas” inexistentes en un intento de prevenir la divulgación y el descubrimiento del Farm-out. Para ocultar la transacción, AEC canalizó los pagos por intermedio de la “compañía matriz” (i.e., la compañía principal) OPC en Los Angeles, en lugar de OXY en Ecuador. Esto hizo que el descubrimiento de la transacción fuera en extremo difícil para los auditores y las autoridades fiscales en Ecuador.

En el mes de febrero de 2004, por accidente, OXY entregó a la auditora copias no firmadas de los Contratos Farm-out.

Moores Rowland dio a conocer este descubrimiento a la DNH durante la primera semana de marzo de 2004, en una reunión de trabajo y por instrucciones de la DNH solicitó un ejemplar del Farm-out firmado. OXY se negó.

Esto demuestra que OXY estaba consciente de que había transferido los derechos en el Bloque 15 a AEC sin aprobación previa de Ecuador, y estaba sumamente preocupada acerca de las consecuencias de sus acciones, llegando incluso a sugerir a la auditoría que le diera poca importancia a este hecho.

En una carta enviada por OXY el 15 de marzo de 2004, confirmaba por primera vez que OXY había suscrito la transacción con AEC y que volvía a repetir la misma descripción falsa del “interés económico”<sup>20</sup>.

El 15 de julio de 2004, OXY solicitó al entonces Ministerio de Energía y Minas la autorización para ceder sus derechos a AEC.

### 1.3.2.3. A raíz de la divulgación de OXY del Farm-out, Ecuador declaró la Caducidad en forma oportuna y apropiada

El 24 de agosto de 2004, el Procurador General del Estado, Dr. José María Borja, remitió una comunicación al nuevo Ministro de Energía y Minas, Sr. Eduardo López Robayo, y le solicitó que terminase el Contrato de Participación. Esta carta en la parte pertinente decía lo siguiente:

*“Con fundamento en lo previsto en [...] la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado solicito de usted que, previo el cumplimiento del trámite previsto en la Ley de Hidrocarburos y en el Contrato de Participación de Exploración y Explotación de Hidrocarburos del Bloque 15 suscrito el 21 de mayo de 1999 entre PETROECUADOR y Occidental Exploration and Production Company, aplique las disposiciones de la Ley y el contrato en ciernes, en lo relativo a las causales de caducidad del mismo.*

*Conviene advertir que de acuerdo con el Contrato de Participación del Bloque 15 suscrito el 21 de mayo de 1999, Occidental Exploration and Production Company quedó facultada para explorar y explotar hidrocarburos en este Bloque, advirtiéndose que únicamente la mencionada compañía se encontraba autorizada para realizar estas actividades hidrocarburíferas.*

*Los fundamentos de mi pedido [...] [son que] el 1 de noviembre de 2000, Occidental Exploration and Production Company transfirió el 40% de los derechos y obligaciones del Contrato de Participación de Exploración y Explotación de Hidrocarburos del Bloque 15, a favor de [AEC], sin contar con la autorización del Ministerio de Energías y Minas, conforme lo manda el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos y el propio contrato de participación”<sup>21</sup>.*

20. Carta enviada por OXY a Moores Rowland de fecha 15 de marzo de 2004.

21. Carta enviada por el Procurador General al Ministro de Energía y Minas de fecha 24 de agosto de 2004,

El mismo día, el Procurador General del Estado envió una carta similar a PETROECUADOR, con la que solicitaba que PETROECUADOR notificase a OXY, en conformidad con lo que dispone la Sección 21.2 del Contrato de Participación, sobre su violación a la Ley de Hidrocarburos y al Contrato de Participación<sup>22</sup>.

El 8 de septiembre de 2004, el Ministro López solicitó al Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR que iniciase el procedimiento de *Caducidad* en conformidad con la Sección 21.2 del Contrato de Participación<sup>23</sup>.

El 15 de septiembre de 2004, PETROECUADOR notificó a OXY sobre su violación al Contrato de Participación y sobre el inicio del procedimiento de *Caducidad*, y le otorgó 10 días para remediar el incumplimiento. OXY respondió el 24 de septiembre de 2004<sup>24</sup>.

Un grupo constituido especialmente dentro de PETROECUADOR concluyó finalmente que la *Caducidad* se requería por dos razones independientes: (i) porque OXY había incurrido en una cesión no autorizada de derechos y obligaciones del Contrato de Participación; y

(ii) porque OXY era violadora reincidente de la Ley de Hidrocarburos<sup>25</sup>.

Finalmente, el 2 de agosto de 2005 y después de considerar a cabalidad las pruebas existentes, el Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR, Carlos Pareja, solicitó que el entonces Ministro de Energía y Minas, Iván Rodríguez, declarase la *Caducidad* del Contrato de Participación<sup>26</sup>.

OXY sostuvo dentro del proceso arbitral que, durante este período, hubo “*presión política*” para que el Gobierno declarase la *Caducidad* y que el Ministro Rodríguez fue objeto de esa presión política. La verdad es totalmente contraria. Ante el Tribunal, la defensa del Estado ecuatoriano probó que fue OXY quien ejerció presión diplomática y política, y consiguió el apoyo del Gobierno de los Estados Unidos<sup>27</sup>.

El 15 de noviembre de 2005, el Ministro Rodríguez dio a OXY 60 días de plazo para presentar descargos. El 7 de febrero de 2006, OXY respondió con un escrito extenso pero jurídicamente insuficiente<sup>28</sup>. Ninguna de

*“Ecuador ha sostenido que declaró la caducidad en aplicación de lo que decían el contrato y la Ley de Hidrocarburos para el caso en que la compañía contratista cediera sus derechos a un tercero sin contar con la autorización del Ministro de Energía y Minas, que fue lo que sucedió. El Ecuador cumplió con lo que establece la Ley y cuando se firmó el contrato, la empresa conocía lo que podía pasar en eventuales rompimientos e incumplimientos de la Ley”.*

Dr. Diego García Carrión  
Expreso, 1 de julio de 2011

las pruebas ni argumentos propuestos por OXY podía cambiar los sencillos términos del Contrato Farm-out o el Contrato de Operación Conjunta o, lo que es más, las flagrantes y reiteradas violaciones de OXY a la Ley de Hidrocarburos y al Contrato de Participación.

El 15 de mayo de 2006, el Ministro Rodríguez, declaró la *Caducidad* del Contrato de Participación,

conforme lo dispone la ley ecuatoriana y fue acordado por OXY en el Contrato de Participación. La decisión estaba incluida en un Decreto de Caducidad, el cual, en cumplimiento de las disposiciones de la Ley de Hidrocarburos y el Contrato, terminó el Contrato de Participación y exigió que OXY devolviese en forma ordenada a PETROECUADOR la operación del Bloque.

#### **1.3.2.4. En paralelo, AEC vendió la entidad que tenía el título sobre la Propiedad Farm-out a Andes, una entidad china**

El 30 de agosto de 2005, AEC (ya conocida en ese tiempo como Encana) suscribió un Contrato de Compraventa de Acciones con Andes Petroleum Co. (“**Andes**”), mediante el cual AEC vendió AEC Ecuador a Andes.

De manera concomitante al Contrato de Compraventa de Acciones, AEC y Andes también suscribieron un Contrato de Indemnización Suplementaria que se adjuntó como Apéndice 1 al Contrato de Compraventa de Acciones. Este Contrato de Indemnización Suplementaria dejó en claro que AEC y Andes conocían muy

22. Carta enviada por el Procurador General del Estado a PETROECUADOR de fecha 24 de agosto de 2004.

23. Carta enviada por el Ministro de Energía y Minas al Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR de fecha 8 de septiembre de 2004.

24. Carta enviada por OXY a PETROECUADOR de fecha 24 de septiembre de 2004.

25. Carta enviada por PETROECUADOR al Ministro de Energía y Minas de fecha 2 de agosto de 2005.

26. Carta enviada por PETROECUADOR al Ministro de Energía y Minas de fecha 2 de agosto de 2005.

27. Por ejemplo: mensaje enviado por correo electrónico por el Departamento de Estado de los Estados Unidos a OXY de fecha 27 de julio de 2001, donde se describe la próxima reunión con el funcionario ecuatoriano en nombre de las Demandantes; mensaje enviado por correo electrónico por el Departamento de Estado de los Estados Unidos a OXY de fecha 20 de agosto de 2001, donde se analiza la declaración del representante del Departamento de Estado que

se iba a presentar ante el Gobierno Ecuatoriano en nombre de las Demandantes; mensaje enviado por correo electrónico por el Departamento de Estado de los Estados Unidos a OXY de fecha 27 de febrero de 2002, donde se reporta la conversación con el funcionario ecuatoriano que involucraba a las Demandantes; mensaje enviado por correo electrónico por el Departamento de Estado de los Estados Unidos a OXY de fecha 28 de febrero de 2002 donde se analizan los esfuerzos diplomáticos que van a ser realizados directamente por el Presidente de los Estados Unidos: Declaraciones de la Embajadora de los Estados Unidos, Linda Jewell, ante Ecuador, “Se trata de un diferendo entre Estados”: Jewell, *El Comercio*, 24 de mayo de 2006 (donde la Embajadora Jewell se refiere a la diferencia con Occidental como la razón por la cual los Estados Unidos habían suspendido las negociaciones del Acuerdo de Libre Comercio con Ecuador, “[e]l tratamiento que reciben los inversionistas estadounidenses en Ecuador no puede separarse de las negociaciones de un TLC”).

28. Carta enviada por OXY a PETROECUADOR de fecha 7 de febrero de 2006; Carta enviada por OXY a la Dirección Nacional de Hidrocarburos (DNH) de fecha 7 de febrero de 2006; carta enviada por OXY al Ministro de Energía y Minas de fecha 7 de febrero de 2006.

bien el procedimiento de *Caducidad* y el hecho de que Ecuador no había aprobado los Contratos Farm-out previos entre AEC y OXY. Para explicar la posibilidad de la *Caducidad*, AEC (en calidad de parte vendedora) “acordó indemnizar a la Compradora [Andes] o su cesionario autorizado de acuerdo con lo previsto en este Contrato en caso de que las Autoridades Gubernamentales pertinentes adoptaren ciertas acciones con respecto al Contrato para el Bloque 15”<sup>29</sup>.

El 22 de febrero de 2006, apenas dos semanas después del escrito de OXY a PETROECUADOR con el que se oponía al Informe de la Comisión de PETROECUADOR, suscribió una carta compromisoria con Andes y formó así un frente unificado para enfrentarse a la declaración de *Caducidad* anunciada.

De acuerdo con la Carta Compromisoria de 2006:

- i. Andes liberó a OXY de toda responsabilidad que se originare en el procedimiento de *Caducidad* y reconoció que OXY no tenía ninguna obligación de compensar a Andes en caso de *Caducidad*. Esta disposición rezaba así:

“Ni AEC ni Occidental harán ningún reclamo contra el otro por responsabilidad civil o culpa en conexión con el Procedimiento de *Caducidad* o el hecho de que la Transferencia haya ocurrido

y la Compañía y Occidental se liberan específicamente entre sí de todos y cada uno de cualquiera de los reclamos y responsabilidad civil”<sup>30</sup>.

- ii. OXY acordó compartir con Andes el 40% de cualquier Laudo monetario que OXY recibiere como resultado del Proceso de *Caducidad*:

“Si Occidental recibiere algún Laudo monetario del Gobierno de Ecuador como resultado de las acciones del Gobierno para exigir la ejecución de la *caducidad* y terminare el contrato de Occidental con respecto al Bloque 15, Occidental está de acuerdo en que la Compañía tenga derecho a una participación en el 40% de la cantidad neta recibida, después de que todas las costas y gastos del Procedimiento de *Caducidad* hayan sido reembolsadas o pagadas (en el cálculo de dicha cantidad no habrá doble conteo)”<sup>31</sup>.

Esta obligación nueva, adicional, de compartir la cantidad de cualquier Laudo monetario no se encuentra en absoluto en los Contratos Farm-out y estuvo totalmente desconectada del *interés económico* del 40% de Andes en la Propiedad Farm-out. Bajo esta nueva obligación, OXY prometió a Andes una participación del 40% de cualquier Laudo monetario que recibiera de Ecuador.

29. Contrato de Compraventa de Acciones de Encana International y Andes Petroleum Co. de fecha 30 de agosto de 2005.

30. Carta Compromisoria de 2006, Cláusula 2(a).

31. Carta Compromisoria de 2006, Cláusula 2(g).

*“En esta audiencia los testigos, expertos y abogados del Ecuador procederán a demostrar una vez más que Occidental cometió las tres faltas señaladas, que Occidental ocultó al Estado la existencia y verdadera naturaleza de los contratos que celebró con la empresa canadiense AEC, que el Decreto de Caducidad era la consecuencia jurídica justa e inevitable de la estrategia de ocultamiento de Occidental; que el Decreto de Caducidad fue válidamente dictado en cuanto al fondo y la forma, y que en suma el Ecuador actuó en este caso como siempre lo ha hecho y hace como en un honesto Estado de derecho.”*

*Dr. Diego García Carrión  
Procurador General del Estado  
Discurso de apertura  
de Audiencia de Fondo.  
Washington, 13 de diciembre de 2008*

*“Hemos demostrado ante este Tribunal que Occidental transfirió derechos y formó un consorcio sin autorización previa del Ministerio del ramo. Hemos demostrado que Occidental decidió ocultar tales violaciones. Hemos demostrado que la única sanción prevista en la ley ecuatoriana y en el Contrato de Participación por dichas violaciones era la caducidad. Hemos demostrado que dicha sanción fue aplicada con arreglo a derecho y de la manera más justa.*

*Ecuador está aquí presente sin perjuicio de las objeciones jurisdiccionales que esgrimió en su momento. Ecuador está hoy aquí sin perjuicio de todos sus argumentos en cuanto a su ausencia de responsabilidad en este caso. Para que no quepa la menor duda, la presencia de la República del Ecuador en esta audiencia no puede ni debe ser interpretada de ninguna manera como una admisión de responsabilidad alguna”.*

*Dr. Diego García Carrión  
Procurador General del Estado  
Discurso de apertura de Audiencia sobre  
Daños - interrogatorio de peritos.  
Washington, 30 de junio 2011*

## II. HISTORIA PROCESAL



París, sábado 5 de abril de 2014, Oficinas de Dechert LLP. Reunión preparatoria para la audiencia sobre la anulación caso OXY. El Procurador expone sus criterios respecto a la presentación de la historia procesal del caso.

### 2.1. El registro del arbitraje y la constitución del Tribunal

El 17 de mayo de 2006, dos días después de haberse declarado la *Caducidad*, OXY y su casa matriz, Occidental Exploration Corporation, OPC (en adelante y conjuntamente OXY), presentaron ante el Centro Internacional para la Solución de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) una Solicitud de Arbitraje (la

“**Solicitud de Arbitraje**”) contra la República del Ecuador y PETROECUADOR.

En su Solicitud de Arbitraje, OXY invocó el consentimiento de Ecuador al arbitraje ante el CIADI incluido en el Tratado para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscrito entre Ecuador y Estados Unidos, y nombró al Sr. David A.R. Williams, QC, como su árbitro de parte.

El 13 de julio de 2006, el Secretario General Adjunto del CIADI registró la Solicitud de Arbitraje de las Demandantes bajo el Número CIADI ARB/06/11.

Según OXY, la declaratoria de caducidad del Contrato implicaba una violación del Ecuador a sus obligaciones bajo el Tratado Bilateral de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscrito entre Ecuador y Estados Unidos (TBI).

Varios meses después, el 29 de septiembre de 2006, las Demandantes enviaron una carta al CIADI en la

que pretendían retirar todos sus reclamos contra PETROECUADOR, solicitud que fue aceptada por la Secretaría del CIADI, a pesar de la petición de Ecuador y PETROECUADOR para comentar sobre el punto.

El 13 de octubre de 2006, y ante la falta de nombramiento de árbitro por parte de Ecuador, OXY solicitó al CIADI que nombrase el árbitro que aun no había sido nombrado y designase un árbitro para que fuese el presidente del Tribunal, de acuerdo con lo previsto por el Artículo 38 de la Convención del CIADI y la Regla de Arbitraje del CIADI 4(1).

### Fase preliminar

17 de mayo de 2006 al 23 de julio de 2007

#### Firma del acuerdo Farmout

El 19 de octubre de 2000, OXY y AEC firmaron el acuerdo Farmout.  
El 31 de octubre de 2000, OXY y AEC formalizaron un Acuerdo de Operación Conjunta ("JOA").

19 de octubre de 2000

#### Inicio del procedimiento de Caducidad

Dado que dicho acuerdo no fue suscrito con la debida autorización, el Ministro de Energía y Minas solicitó al Presidente Ejecutivo de Petroecuador el inicio del procedimiento de la Caducidad de acuerdo con la cláusula 21.2 del Contrato de Participación.

8 de septiembre de 2004

#### Declaratoria de Caducidad Bloque 15

Decisión del Ministerio de Energía y Minas que dio por terminado el Contrato de Participación.

15 de mayo de 2006

#### Solicitud de Arbitraje presentada por OXY

Notificación al Estado del inicio de Arbitraje.

17 de mayo de 2006

#### Registro del Arbitraje ante el CIADI

Decisión del Secretario General del CIADI sobre si la controversia planteada en la solicitud del arbitraje era admisible o manifestamente ajena a su competencia.

13 de junio de 2006

#### Constitución del Tribunal

Designación y aceptación de los árbitros:  
Yves Fortier (Presidente),  
Brigitte Stern, David A. R. Williams.

2 de febrero de 2007

El 25 de enero de 2007, el CIADI nombró al Sr. L. Yves Fortier, QC, en calidad de presidente del Tribunal, y a la profesora Brigitte Stern como co-árbitro.

El 6 de febrero de 2007, el CIADI informó a las Partes que el Tribunal estaba constituido.

## 2.2. Las cuatro fases principales del Arbitraje

Las fases escritas y orales del arbitraje comenzaron con una teleconferencia preliminar, el 16 de febrero de 2007, y concluyeron con el Laudo Final del Tribunal, el 5 de octubre de 2012. Las fases del arbitraje se tramitaron de manera paralela, lo que significó para el Ecuador el cumplimiento simultáneo de una serie de compromisos procesales.

El proceso arbitral se dividió en cuatro fases principales: (i) una fase de medidas provisionales; (ii) una fase jurisdiccional; (iii) una fase sobre responsabilidad; y (iv) una fase sobre daños.

### 2.2.1. MEDIDAS PROVISIONALES

En la fase de medidas provisionales, OXY solicitó que el Tribunal le restituyera la operación del Bloque 15.

Específicamente, solicitó que el Tribunal ordenara a Ecuador que:

- i. Cesarsa la ocupación del Bloque 15 y las facilidades de OXY;

- ii. Ordenara a Ecuador que tomara todas las medidas necesarias para permitir que OXY reanudase sus operaciones en el Bloque 15;

- iii. Prohibiera a Ecuador disponer de la participación de OXY en la producción del Bloque 15; y

- iv. Prohibiera a Ecuador celebrar contratos para llevar a cabo actividades de exploración y explotación en el Bloque 15<sup>32</sup>.

Las partes presentaron sus alegatos escritos sobre la solicitud de medidas provisionales de acuerdo con un calendario establecido por el Tribunal. El 17 de agosto de 2007, el Tribunal emitió su decisión sobre Medidas Provisionales y concluyó, en forma unánime, que OXY no había logrado demostrar que una orden de medidas provisionales se justificase. Por lo tanto, el Tribunal rechazó la solicitud de las Demandantes.

### 2.2.2. JURISDICCIÓN

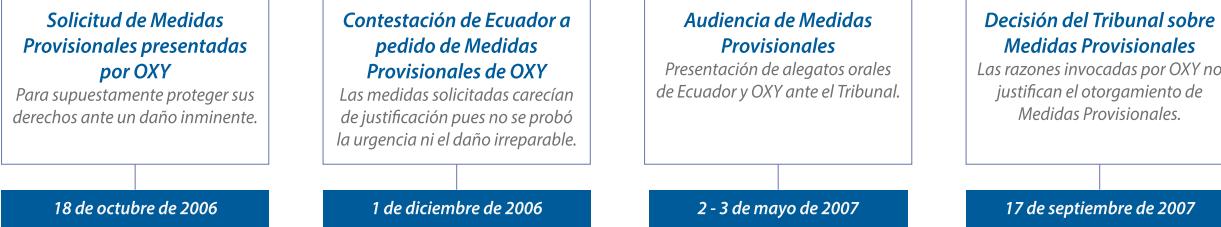
La segunda fase del arbitraje se dedicó a las objeciones de Ecuador a la jurisdicción del Tribunal. Ecuador planteó varias objeciones a la jurisdicción:

- a. Que la legalidad de la *Caducidad* no era arbitrable y solo un Tribunal administrativo ecuatoriano podía decidirla, por dos razones: (i) las diferencias con respecto a la legalidad de la *Caducidad* son no arbitrables según la ley ecuatoriana, la cual rige

32. Solicitud de Arbitraje presentada por las Demandantes de fecha 17 de mayo de 2006.

## Fase de medidas provisionales

19 de octubre de 2006 al 17 de agosto de 2007



el Contrato de Participación; y (ii) el Contrato de Participación, por sus términos, impide el arbitraje del CIADI con respecto a la *Caducidad*.

- b. Que OXY, habiendo iniciado el arbitraje ante el CIADI solo dos días después de la declaración de *Caducidad*, no respetó el período de negociación obligatorio de seis meses de acuerdo al Tratado.
- c. Que la compañía matriz Occidental Exploration Corporation no era signataria en el Contrato de Participación y que no era un “inversionista” dentro del significado del Tratado, por lo que no podía plantear sus reclamos.
- d. Ecuador alegó también que los reclamos de OXY eran prematuros y, por ende, inadmisibles porque las Demandantes no han intentado anular el Decreto de *Caducidad* ante los Tribunales administrativos ecuatorianos.

Las Partes presentaron sus respectivos escritos y pruebas sobre estas cuestiones, y el Tribunal celebró una audiencia probatoria del 22 al 23 de mayo de 2008. El 9 de septiembre de 2008, el Tribunal emitió su Decisión sobre Jurisdicción (la “Decisión sobre Jurisdicción”), en un acto de manifiesto exceso de sus poderes, declarándose competente para conocer las demandas de OXY.

En esta Decisión, el Tribunal decidió lo siguiente:

### - En relación con la caducidad:

“73. Dado su texto, la Cláusula 22.2.1 no puede interpretarse como excepción o renuncia a la jurisdicción del CIADI con respecto a diferencias relacionadas con la caducidad. El Contrato de Participación contiene toda clase de referencias expresas y amplias a la caducidad, en la sección inmediata anterior a aquella en que se encuentra la Cláusula 22.2.1. Las partes conocían cabal-

## Fase de Jurisdicción

18 de octubre de 2006 al 9 de septiembre de 2008



mente el significado del término “caducidad” en relación con la potencial renuncia a mecanismos del Contrato de Participación, y las diferencias consiguientes. **Si hubieran querido exceptuar esas diferencias de la jurisdicción del CIADI y conferir competencia exclusiva a los Tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos en esa materia, podrían haberlo hecho.** Como no lo hicieron, el Tribunal no admite que esa exclusión esté implícita en la referida cláusula” (el resaltado me pertenece).

### - En relación con los 6 meses de espera según el TBI:

“92. Como respuesta, las Demandantes enfatizaron que la finalidad misma del requisito del período de espera consistía en permitir a las partes entablar negociaciones de buena fe antes de iniciar el arbitraje. No es preciso respetar este requisito

si los intentos de llegar a una solución negociada han resultado inútiles, que según las Demandantes fue lo ocurrido en las presentes circunstancias.

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

94. Además, el Tribunal acepta, aunque sin pre-juzgar sobre el fondo del asunto, que en efecto, en las circunstancias del caso, los intentos de llegar a una solución negociada fueron inútiles”. (el resaltado me pertenece).



París, lunes 7 de abril de 2014, Sala del Banco Mundial, minutos antes de iniciar la audiencia del caso OXY.

Sin embargo, el Tribunal no dio razones para rechazar el argumento de que OPC no es un “*inversionista*” al amparo del TBI. El Tribunal tampoco motivó las razones por las que rechazó el argumento de Ecuador de que el Decreto de Caducidad, es intrínsecamente no arbitrable según la ley ecuatoriana. En su decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal también rechazó sin fundamentación alguna la objeción relativa a inadmisibilidad basada en la naturaleza prematura del reclamo de las Demandantes.

### 2.2.3. RESPONSABILIDAD

La tercera fase del proceso, que comenzó antes de que el Tribunal emitiera su Decisión sobre Jurisdicción, se dedicó a la responsabilidad.

El 23 de julio de 2007, OXY presentó su demanda solicitando que el Tribunal declare que el Ecuador había violado sus obligaciones bajo el TBI, el derecho internacional y el Contrato y declarara, por tanto, el derecho de la compañía a ser indemnizada por los daños ocasionados.

El 16 de junio de 2008, ratificando sus objeciones a la jurisdicción del Tribunal y haciendo reserva de sus derechos, el Ecuador, a través de la PGE presentó su contestación a la demanda que, de manera fundamental, establecía que:

- i. El Decreto de Caducidad cumplió con la Ley Ecuatoriana. La cesión de derechos entre OXY y Encana activó las causales de Caducidad detalladas en el Artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos. Por tanto, la Caducidad fue apropiada y proporcional.

## Fase de Responsabilidad

23 de julio de 2007 al 5 de octubre de 2012

<p><b>Escrito sobre Responsabilidad presentado por OXY</b> Ecuador incumplió con sus obligaciones con base en TBI y el derecho internacional.</p>	<p><b>Contestación sobre Responsabilidad presentada por Ecuador</b> Ecuador cumplió con el TBI, OXY no recurrió a los medios legales en contra de la Caducidad.</p>	<p><b>Réplica de Responsabilidad presentada por OXY</b> La caducidad violentó los estándares de protección de la inversión según el TBI.</p>	<p><b>Audiencia sobre Responsabilidad</b> Presentación de alegatos orales de Ecuador y OXY ante el Tribunal.</p>	<p><b>Dúplica sobre Responsabilidad presentada por Ecuador</b> La Caducidad era una medida jurídica obligatoria de acuerdo con la legislación ecuatoriana.</p>
23 de julio de 2007	16 de junio de 2008	11 de agosto de 2008	13 - 20 de diciembre de 2008	9 de septiembre de 2008

- ii. OXY engañó al Estado ecuatoriano respecto de la verdadera naturaleza de los contratos suscritos con Encana, que constituían una cesión de derechos del Contrato y no una simple cesión de intereses económicos, tal cual lo informó extraoficialmente al Ecuador.
- iii. Ecuador observó el debido proceso para OXY durante el procedimiento de Caducidad y le otorgó la oportunidad de impugnar el Decreto ante la justicia ecuatoriana.
- iv. Ecuador no violó el Contrato de Participación, el TBI ni la Ley Internacional.
- v. Los reclamos de OXY son defectuosos porque no impugnó el Decreto de Caducidad frente a los Tribunales Ecuatorianos.
- vi. Ecuador no expropió la inversión de OXY. La Terminación del Contrato de acuerdo con la Ley Aplicable no constituye una expropiación.

Además, la defensa del Estado formuló contrademandas en contra de la compañía:

1. La conducta destructiva e ilícita de OXY después del decreto de caducidad.
2. La falta de pago por parte de OXY del cargo de cesión y de una negociación de un contrato de participación más favorable al Estado.

El Tribunal realizó la Audiencia sobre Responsabilidad en Washington del 13 al 20 de diciembre de 2008. Los alegatos finales sobre Responsabilidad se presentaron en otra Audiencia que se celebró entre el 20 y 21 de marzo de 2009.

Después de que se habían presentado todos los escritos y más de un año después de que las partes habían presentado sus argumentos de cierre sobre responsabilidad, mediante un mensaje enviado por correo electrónico, el 15 de febrero de 2011, el Tribunal informó a las Partes que había llegado al punto en sus deliberaciones donde necesitaba más información sobre los daños del caso. Así las cosas, el Ecuador no pudo sino concluir que el Tribunal había llegado a una decisión sobre responsabilidad y había fallado en su contra. Sin embargo, ni en ese mensaje enviado por correo electrónico ni en ninguna otra comunicación durante los siguientes ocho meses, el Tribunal proveyó en ningún momento razón alguna para su decisión<sup>33</sup>.

#### 2.2.4. DAÑOS

La cuarta fase del proceso tuvo que ver con los daños que las Demandantes alegaron haber sufrido como consecuencia de la supuesta violación del Ecuador al TBI. Durante esta cuarta fase, la cual se traslapó con la fase sobre responsabilidad, las Partes presentaron sus respectivos escritos y pruebas previos a la audiencia sobre daños.

El 17 de septiembre de 2007, OXY presentó su memorial sobre daños en el que solicitó al Tribunal:

- a. *“Declarar que Ecuador violó sus obligaciones derivadas del Tratado y del derecho internacional.*
- b. *Declarar que Ecuador violó sus obligaciones derivadas del Contrato de Participación y del derecho ecuatoriano.*
- c. *Ordenar que Ecuador abone a las Demandantes el valor justo de mercado del Contrato de Participación, que asciende a USD 2,705 mil millones.*
- d. *Ordenar que Ecuador abone a las Demandantes una indemnización por daños indirectos, por un monto de USD 201,2 millones.*
- e. *Ordenar que Ecuador abone los intereses sobre los importes mencionados en (c) y (d) a la tasa de interés mensual de las Letras del Tesoro de los Estados Unidos, compuestos en forma mensual, hasta la fecha del pago completo y efectivo de tales montos.*
- f. *Ordenar que Ecuador reintegre a las Demandantes todas sus costas y honorarios”.*

El 9 de marzo de 2009, la PGE presentó su memorial de contestación, en el que de manera previa hizo notar al Tribunal que comparecía a la etapa de daños a pesar de la inexistencia de un Laudo sobre responsabilidad.

Las posiciones de las Partes fueron presentadas du-

rante la audiencia sobre Daños celebrada del 3 al 7 de noviembre de 2009.

Durante toda la etapa, el Estado ecuatoriano sostuvo, que aun en el supuesto no consentido de que el Tribunal Arbitral concediera una indemnización a OXY, a este valor deberían aplicarse las siguientes deducciones:

1. Un valor derivado de la aplicación de la excepción de Ecuador de “la culpa compartida de OXY”. Es decir, la compañía en cualquier caso contribuyó a la existencia de los daños que dijo haber sufrido.
2. En cualquier caso, OXY solo tendría derecho al 60% del valor de la indemnización, pues es un hecho indiscutible que la compañía cedió el 40% de sus derechos sobre el contrato. Otorgarle el 100% del valor derivaría en un enriquecimiento ilícito que no es aceptable bajo el derecho ecuatoriano.
3. Deberían deducirse los valores que la compañía debía pagar en concepto de la Aplicación de la Ley 42 y de la Ley Interpretativa del IVA.

Durante la fase de daños, el Tribunal también solicitó a las Partes que presentasen escritos separados sobre el impacto en los daños de la Ley 42 y la Ley Interpretativa del IVA.

Como ya se dijo, el 15 de febrero de 2011, el Tribunal escribió a las partes para informarles que había llegado a una decisión sobre responsabilidad contra Ecuador, pero sin dar a conocer su motivación. En ese

33. Mensaje del Tribunal enviado por correo electrónico a las Partes de fecha 15 de febrero de 2011.

## Fase de Daños

17 de septiembre de 2007 al 5 de octubre de 2012

<p><b>Escrito sobre Daños presentado por OXY</b></p> <p>OXY reclamó una indemnización pecuniaria por daños debido a los supuestos incumplimientos de Ecuador.</p>	<p><b>Contestación sobre Daños y Contrademanda sobre Daños presentadas por Ecuador</b></p> <p>Los cálculos presentados por OXY fueron sobrevalorados y exagerados. OXY tuvo una conducta destructiva e ilegal.</p>	<p><b>Contestación de OXY a Contrademanda de Daños</b></p> <p>Ecuador no probó los daños y perjuicios infringidos por OXY.</p>	<p><b>Audiencia sobre Daños</b></p> <p>Presentación de alegatos orales de Ecuador y OXY ante el Tribunal.</p>	<p><b>Audiencia sobre Daños - Revisión de peritaje conjunto sobre Daños</b></p> <p>Presentación de alegatos orales sobre cesión de derechos sin autorización.</p>	<p><b>Orden del Tribunal Arbitral para que las partes presentara sus escritos sobre efectos de la cesión de derechos sin autorización</b></p> <p>OXY reclamó el 100% del valor del bloque. Ecuador consideró que solo tendría derecho al 60%.</p>	<p><b>Audiencia sobre Daños-efectos de la cesión de derechos sin autorización</b></p> <p>Presentación de alegatos orales de Ecuador y OXY ante el Tribunal. (cierre del proceso arbitral).</p>
17 de septiembre de 2013	9 de marzo de 2009	12 de junio de 2009	3 -7 de noviembre de 2009	30 de junio de 2001	6 de octubre de 2011	12 de abril de 2012

mismo mensaje, el Tribunal requirió “*la asistencia de los peritos [en daños] de ambas partes, Sr. Joseph Kalt y Sr. Daniel Johnston a fin de que ayudasen al Tribunal a evaluar el cálculo apropiado de los daños*”. Ambas partes plantearon preocupaciones acerca del método del Tribunal.

En un intento de retractarse de su indicación previa de que había fallado contra Ecuador sobre responsabilidad pero sin proveer sus razones, el Tribunal aseveró que las deliberaciones en cuanto a responsabilidad y daños supuestamente continuaban. No obstante, el Tribunal modificó la orden procesal preestablecida y requirió de

los peritos en daños la emisión de un informe conjunto sobre la estimación del valor justo de mercado (VJM) del Bloque 15, al 16 de mayo de 2006. Para el cálculo requerido el Tribunal, en una evidente anticipación de criterio, estableció una serie de parámetros sobre los que debían emitir su informe los peritos en daños. Este informe fue emitido el 11 de abril de 2011 y fue objeto de críticas por ambas Partes.

Durante once meses el Tribunal no dijo nada, hasta que de manera inesperada planteó un nuevo argumento a favor de las Demandantes.

En efecto, las Partes recibieron un mensaje por correo electrónico enviado por el Tribunal el 6 de octubre de 2011. Este mensaje llegó sin notificación previa y más de cinco años después del comienzo de este caso, después de incontables presentaciones escritas, y después de numerosas audiencias en persona. En el mensaje enviado por correo electrónico, el Tribunal invitó a las Partes a comentar sobre un nuevo argumento, el cual *solo podía beneficiar a OXY, y sobre el que nunca antes argumentó ninguna de las partes*.

Fue sobre la base de este nuevo argumento que el Tribunal otorgaría posteriormente a las Demandantes USD 943 millones adicionales.

En este mensaje de última hora enviado por correo electrónico, el Tribunal solicitó a las Partes sus comentarios sobre la posibilidad de que, si el Tribunal coincidiera con la tesis del Ecuador de que OXY había transferido ilegalmente el 40% de sus derechos en el Contrato de Participación, el Tribunal podía entonces anular la transferencia, hacer que el 40% se devuelva a OXY, y OXY posea nuevamente el 100% de los derechos en el Bloque 15 y así recuperar también el 100% de los daños.

El 12 de abril de 2012, el Tribunal –después de expresar su renuencia a escuchar a Ecuador sobre la materia– realizó una audiencia de un día sobre su argumento de reciente descubrimiento. A la conclusión de esa audiencia, el Presidente Fortier declaró que el proceso estaba cerrado.

*“Ecuador ha alegado que Occidental representa sólo el 60% de lo que reclama porque cedió el restante 40% a Encana y ésta, a su vez, a una empresa china que ni siquiera está protegida por el Tratado Bilateral de Inversiones entre Ecuador y Estados Unidos”.*

Dr. Diego García Carrión  
Vanguardia, 20 junio de 2011

### 2.3. El Laudo

El 5 de octubre de 2012, un Tribunal, claramente dividido, emitió el Laudo. El Tribunal concluyó:

- “Que el Contrato de Participación establecía que Ecuador podía declarar la Caducidad si OXY transfiriera cualquiera de sus derechos a un tercero sin aprobación del Gobierno;*
- Que OXY había transferido de hecho tales derechos a un tercero sin aprobación del Gobierno.*
- No obstante, el Tribunal decidió que Ecuador pudo no declarar la Caducidad. La explicación lógica para esta aparente non sequitur fue que algún principio amorfo de “proporcionalidad” impedía que Ecuador ejerciera sus expresos derechos contractuales. En otras palabras, el Tribunal concluyó que las Demandantes violaron el Contrato de Participación*

“A lo largo del proceso se ha probado que cuando Occidental cedió los derechos en el Contrato de Participación que tenía con el Estado ecuatoriano no contó con la autorización del Ministro de Energía y Minas, como exigía la Ley de Hidrocarburos de esa época. Y ese Contrato disponía que aquello era causal de caducidad”.

Dr. Diego García Carrión  
El Comercio, 18 de abril de 2012

y la Ley de Hidrocarburos al transferir derechos a AEC sin autorización previa del Gobierno, pero también determinó –paradójicamente– que aunque esta violación exigía expresamente la Caducidad, la declaración de Caducidad fue “desproporcionada” y, por tanto, ilegal”.

Los daños que emanan de esta singular conclusión son nada menos que sorprendentes.

La mayoría del Tribunal, conformada por el Presidente Fortier y el Árbitro Williams, fue incluso más lejos: incrementó la indemnización por daños en otros USD 943 millones, cuando adoptó el argumento que el propio Tribunal había planteado. La mayoría consideró que la transferencia fue ilegal y, por lo tanto,

debía declararse nula, lo cual significaba que el interés del 40% se devolvería a OXY, quien entonces tendría derecho al 100% de la indemnización por daños.

En respuesta a esta conclusión sorprendente, la profesora Stern emitió uno de los más firmes votos disidentes en la historia de la jurisprudencia de tratados de inversión (el “Voto disidente”). Con duras críticas a la decisión de la mayoría, la profesora Stern usó el lenguaje exacto tomado de la Convención que exigiría la anulación del Laudo:

“[...] existe una imposibilidad fundamental para que yo siga las diferentes afirmaciones en el Laudo en relación con el efecto que este Tribunal debería dar al Contrato Farm-out. **La posición de la mayoría sobre el efecto del Contrato Farm-out es, en mi opinión, tan flagrante en términos jurídicos y tan lleno de contradicciones, que yo no podía sino expresar mi disenso.** En mi opinión, existen dos fundamentales aspectos cuestionables en el enfoque de la mayoría con respecto a la cuestión de la efectividad del Contrato Farm-out: el primero es el análisis de la cuestión de la efectividad de una actuación legal de acuerdo a la ley ecuatoriana, la cual se basa en una total falta de razones, con la consecuencia de que **no puede seguir el ‘razonamiento del punto A al punto B, así como los errores evidentes en derecho en la pretendida interpretación del contenido de la ley ecuatoriana; el segundo, el cual en mi opinión es incluso una cuestión más grave, es el manifiesto**

**exceso de poder del Laudo que anula un contrato concerniente a una compañía que no solo no era una parte en el arbitraje, sino que, más que nada –incluso si hubiera sido una parte– no podía ser considerada, por ser una compañía china, como un inversionista sobre el cual el Tribunal tuviera jurisdicción de acuerdo al TBI entre los Estados Unidos y Ecuador**”<sup>34</sup>.

La profesora Stern también discrepó rotundamente con el tratamiento de la mayoría de otros tres principios jurídicos que motivaron su Laudo de indemnización por daños sin precedentes. *Primero*, la profesora Stern explicó que las Demandantes deberían ser proporcionalmente responsables por un 50% de su pérdida, en lugar del 25% que determinó la mayoría. *Segundo*, la profesora Stern estuvo en desacuerdo con la conclusión de la mayoría de que la Ley 42 de Ecuador no debía tomarse en cuenta para reducir la indemnización por daños de las Demandantes porque, de acuerdo con la mayoría, ésta no era un impuesto, aun cuando la mayoría describió la Ley 42 como materia tributaria. *Por último*, la profesora Stern discrepó de la conclusión de la mayoría de que la Ley Interpretativa del IVA no debía tomarse en cuenta porque, de acuerdo con la mayoría, ésta violaba el Contrato de Participación.

El 9 de octubre de 2012, Ecuador presentó oportunamente su Solicitud de Anulación.

## 2.4. Anulación

Ante las inconsistencias reveladas por la opinión disidente, así como por otros excesos cometidos por el Tribunal durante la tramitación del caso, de los que se hizo expresa reserva de manera oportuna, la defensa del Estado, liderada por la PGE, presentó ante el CIADI una solicitud de anulación del Laudo, el 9 de octubre de 2012. Esta solicitud fue registrada dos días más tarde, esto es, el 11 de octubre de 2012.

El 4 de diciembre de 2012, la Secretaria General del CIADI notificó a las partes su intención de recomendar al Presidente del Consejo de Administración del CIADI el nombramiento de Juan Fernández Armesto, Florentino Feliciano y Rodrigo Oreámuno como miembros del Comité de Anulación.

El 11 de diciembre de 2012, OXY se opuso al nombramiento de uno de los árbitros propuestos debido a que le generaba preocupaciones sobre su independencia e imparcialidad.

El CIADI rechazó esta oposición y el 18 de enero de 2013 notificó a las partes que el Comité Ad-hoc que resolverá sobre la solicitud de anulación se encontraba constituido conforme su comunicación de 4 de diciembre de 2012.

Las causales de anulación invocadas por el Ecuador fueron:

34. Voto disidente, § 5.

El Tribunal se excedió de manera manifiesta en el ejercicio de sus competencias.

Sus decisiones fueron tomadas sin motivación o con motivación insuficiente o contradictoria.

Se violaron reglas fundamentales del procedimiento que, según el Convenio CIADI, son causa de nulidad de un Laudo.

Según lo previsto en el Convenio, una vez efectuado el registro de la solicitud de anulación, se suspendió la ejecución del Laudo debido a la expresa solicitud del Estado ecuatoriano. El 13 de febrero de 2013, OXY presentó una solicitud para el levantamiento de dicha suspensión. Ante ello, la Procuraduría argumentó que debido a las violaciones de derecho contenidas en la decisión arbitral, al daño irreparable que tendría su ejecución para Ecuador y a la ausencia de prueba de que el Estado ecuatoriano haya incumplido sus obligaciones internacionales en el pasado, el Comité de Anulación debía mantener suspendida la ejecución del Laudo mientras se desarrollara el proceso de anulación. El Tribunal fijó la realización de una audiencia para conocer esta petición que se llevó a cabo en París el 13 de mayo de 2013. La suspensión fue ratificada por unanimidad por el Comité Ad-hoc el 30 de septiembre de 2013.

Del 7 al 10 de abril de 2014, se llevó a cabo en la ciudad de París la audiencia convocada por el Comité de Anulación para recibir las alegaciones orales de Ecuador y de OXY. En dicha audiencia la Procuraduría expuso los argumentos jurídicos por los cuales considera que el Laudo debe ser anulado.

*“El inicio de este proceso de Anulación genera gran expectativa en el equipo de defensa jurídica de Ecuador, y de seguro en los demás Estados soberanos que tienen arbitrajes en el CIADI, en tanto abre la posibilidad de que se corrijan los graves errores de los que adolece el Laudo emitido por el Tribunal el 5 de octubre de 2012, cuyas inconsistencias pusieron en tela de duda la credibilidad e imparcialidad de todo el Sistema de Arbitraje Internacional de Inversiones”.*

*Dr. Diego García Carrión  
Procurador General del Estado  
Boletín de Prensa de la PGE  
Quito, 15 de enero de 2013*

*“El Ecuador estaba esperando recibir una decisión del Tribunal fundada en Derecho y, en su lugar, recibió una decisión tomada por árbitros que, erigiéndose en amigables componedores en una manifiesta extralimitación de sus facultades y dando razones incomprensibles o contradictorias, tomaron sus decisiones sin analizar la argumentación jurídica de la República del Ecuador, olvidaron el régimen de Derecho, e impusieron su noción, totalmente caprichosa, de justicia.*

*Ecuador quiere que recuerden el increíble párrafo del Laudo (348) que hace el elogio de los hombres de negocios petroleros, aquellos que, a diferencia de todos los demás mortales, no deben detenerse en ‘detallitos’ jurídicos, y no deben prestarle atención a las recomendaciones de sus abogados. Cualquiera que sea lo que hagan –mentir, engañar, ocultar–, estos personajes serán siempre para el Tribunal, a lo sumo, meramente negligentes. Un prejuicio semejante es inaceptable de parte de un Tribunal de Derecho”.*

*Dr. Diego García Carrión  
Procurador General del Estado  
Discurso de apertura de  
Audiencia de Anulación.  
París, 7 de abril de 2014*

## III. CAUSAS PARA LA ANULACIÓN DEL LAUDO

Las causales de anulación invocadas por Ecuador se basan en una serie de errores y excesos cometidos por el Tribunal en cada una de las etapas, que justifican suficientemente la anulación del Laudo y que se detallan en las siguientes páginas de esta publicación.

### 3.1. Jurisdicción

En su Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal rechazó las objeciones de Ecuador sin indicar las razones para hacerlo e incurriendo en un manifiesto exceso en el ejercicio de sus atribuciones.

Las objeciones de Ecuador a la jurisdicción fueron presentadas por el Procurador General del Estado, en mayo de 2008, cuando, al presidir el equipo de defensa del Ecuador en la audiencia de jurisdicción fijada por el Tribunal dentro del proceso iniciado por OXY, ratificó las objeciones a la jurisdicción presentadas anteriormente por la República; pero además explicó al Tribunal su esencia, es decir que obedecían a una



*París, sábado 5 de abril de 2014, Oficinas de Dechert LLP. Reunión preparatoria para la audiencia sobre la anulación caso OXY. El Procurador realiza comentarios a los argumentos del alegato de apertura para la presentación del Ecuador. A su derecha: Pierre Mayer (Dechert LLP).*

exigencia del Estado ecuatoriano de que los firmantes de cualquier contrato, y por supuesto OXY, tienen la obligación de respetar y atenerse a las cláusulas legítimamente acordadas.

Ecuador argumentó que el Tribunal carecía de jurisdicción para conocer el reclamo de OXY por las siguientes razones:

- i. Que los reclamos relacionados con la *Caducidad* no eran arbitrables;
- ii. Que la compañía matriz de OXY no estaba en posición legal de entablar una demanda al amparo del tratado;
- iii. Que los reclamos de OXY eran prematuros y, por ende, inadmisibles porque no había impugnado el Decreto de *Caducidad* ante las cortes administrativas ecuatorianas; y
- iv. Que no se había cumplido el plazo obligatorio de seis meses previstos en el Tratado Bilateral de Protección de Inversiones suscrito entre Ecuador y USA, para que se cumpla una fase de negociaciones directas entre Ecuador y OXY.

En vista de que el Laudo de Jurisdicción del Tribunal, en un manifiesto exceso de poder, desestimó dichas objeciones, dentro de la acción de anulación, la Procuraduría General del Estado ha presentado los siguientes argumentos:

### 3.1.1. EL TRIBUNAL NO TENÍA JURISDICCIÓN PARA DECIDIR SOBRE LOS RECLAMOS DE OXY RELATIVOS A LA CADUCIDAD

En la fase jurisdiccional, Ecuador argumentó que los reclamos relacionados con la Caducidad no eran arbitrables, según la Constitución Ecuatoriana de 1998 por lo que el Tribunal no tenía jurisdicción para tratar sobre los reclamos de OXY.

El Artículo 196 de la Constitución de 1998, establecía la jurisdicción exclusiva del Tribunal Contencioso Administrativo para conocer los reclamos relativos a la legalidad o validez de los actos administrativos, como el decreto de Caducidad dictado por el entonces Ministro de Energía y Minas respecto del Contrato para la exploración y explotación del Bloque 15.

En respuesta a esta objeción, el Tribunal, en el párrafo 86 de su Decisión sobre Jurisdicción, se limitó a: (i) sostener que “[...] la Demandada no puede invocar su ley interna con el fin de evitar la jurisdicción del CIADI al amparo del Tratado [...]”; y (ii) en referencia al Artículo 163 de la Constitución Ecuatoriana que “[...] reconoce que los tratados internacionales debidamente ratificados por la República del Ecuador prevalecerán sobre todas las leyes en Ecuador [...]”.

Estas conclusiones del Tribunal solo reflejan que no entendió la posición de Ecuador, ni apreció la distinción significativa entre la objeción a la arbitrabilidad presen-

tada por Ecuador y la objeción de Ecuador basada en el argumento de que las partes excluyeron los reclamos relativos a la Caducidad del alcance de la competencia del Tribunal por *ratione materiae* mediante las cláusulas 22.2.1 y 21.4 del Contrato de Participación.

La confusión del Tribunal contradice el párrafo 42 de la Decisión sobre Jurisdicción, que dice:

*“La Demandada caracteriza su primera objeción jurisdiccional como un obstáculo doble. En palabras de la Demandada:*

*‘Existen dos razones separadas y distintas por las cuales los reclamos de OEPC son no arbitrables. Primera, las diferencias relativas a una declaración de caducidad son intrínsecamente no arbitrables según la ley ecuatoriana, sobre la cual ambas partes están de acuerdo en que es la ley que rige el Contrato de Participación. Segundo, el propio Contrato de Participación impide el arbitraje del CIADI con respecto a la caducidad. Lo que es importante, el Tribunal debe superar ambos obstáculos antes de que pueda ejercer la jurisdicción de los reclamos de OEPC’”.*

El rechazo a la objeción de Ecuador a la Arbitrabilidad no fue motivada, lo que genera la nulidad de acuerdo con el Artículo 52 (1) (e) del Convenio CIADI. Y al ejercer una competencia que no le correspondía, se extralimitó manifiestamente en sus facultades, lo que también justifica la anulación del Laudo de acuerdo

con el Artículo 52 (1) (b) del Convenio.

### 3.1.2. EL TRIBUNAL NO INDICÓ LAS RAZONES PARA RECHAZAR LA OBJECCIÓN DEL ECUADOR DE QUE LA MATRIZ OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION (OPC) NO TENÍA LA CALIDAD DE “INVERSIONISTA” BAJO EL TRATADO BILATERAL DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES ENTRE ECUADOR Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, Y POR LO TANTO NO PODÍA PRESENTAR NINGÚN TIPO DE RECLAMO

Esta objeción se basó en dos premisas:

*Primera:* OPC no demostró su control sobre Occidental Ecuador y, por lo tanto, no podía considerarse como “inversionista”.

*Segunda:* la *Caducidad* afectó directamente a Occidental Ecuador y, como consecuencia, OPC solo replicaba los reclamos basada en el tratado, lo cual está prohibido por el derecho internacional.

Después de resumir brevemente la posición de Ecuador con respecto a la falta de posición legal de OPC, en un solo párrafo, el Tribunal rechazó las objeciones de Ecuador en dos oraciones:

*“Se desprende que el Tribunal tiene jurisdicción sobre los reclamos de las Demandantes de acuerdo al Contrato de Participación, así como también del Tratado. Por esta razón, el planteamiento de la*

*Demandada de que la Demandante OPC, la ‘compañía principal de más alto nivel’ de OEPC, carece de posición legal para hacer valer reclamos como un inversionista dadas las circunstancias porque no es signataria en el Contrato de Participación es irrelevante y no necesita resolverse como parte de esta Decisión sobre Jurisdicción”<sup>35</sup>.*

Sin duda, el Tribunal no trató sobre: (i) la falta de prueba de control de OPC sobre Occidental Ecuador; y (ii) que la *Caducidad* afectó solo a Occidental Ecuador y no a su matriz. Esta objeción era independiente de otras objeciones a la jurisdicción del Tribunal y, por lo tanto, tenía que resolverse independientemente y no podía ignorarse. La ausencia de toda explicación, de la naturaleza que fuere, sobre cómo el Tribunal determinó que tenía jurisdicción *ratione personae* sobre OPC justifica una anulación del Laudo.

### 3.1.3. EL TRIBUNAL TAMPOCO EXPRESÓ LAS RAZONES PARA RECHAZAR LA OBJECIÓN ALTERNATIVA DE ECUADOR DE QUE LOS RECLAMOS DE LAS DEMANDANTES ERAN PREMATUROS

Esta objeción se basó en el hecho de que OXY no había hecho ningún intento por impugnar el acto administrativo contentivo de la declaración de *Caducidad* ante el

Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo. El arbitraje se inició solo dos días después de que se declaró la *Caducidad*. Como consecuencia, Ecuador solicitó que, mientras estuviere vigente el derecho de OXY de presentar la acción ante las cortes administrativas ecuatorianas, se suspendiese el arbitraje.

En su Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal, una vez más, rechazó la objeción de Ecuador en un solo párrafo:

*“Por último, se recuerda que la Demandada ha solicitado, como parte de su segunda objeción jurisdiccional, ‘una orden de que se suspenda este arbitraje hasta que OEPC impugne el Decreto de Caducidad en la corte administrativa ecuatoriana competente y que esa corte emita un dictamen definitivo sobre dicha impugnación’. Esta solicitud se hace sobre la base de la alegación de que los reclamos de las Demandantes son prematuros porque las Demandantes no han hecho ningún intento de impugnar el Decreto de Caducidad ante las cortes administrativas ecuatorianas. Por las razones expuestas en esta Decisión sobre Jurisdicción, las Demandantes no estaban obligadas a hacerlo y, por consiguiente, esta solicitud se rechaza”<sup>36</sup>.*

Una vez más, no se expusieron las razones por las que se rechazó la objeción de Ecuador, con lo que se infringe el Artículo 52 (1) (e) del Convenio generando así la nulidad del Laudo.



París, domingo 6 de abril de 2014, Oficinas de Dechert LLP. Reunión preparatoria para la audiencia sobre la anulación caso OXY. Los abogados del equipo de defensa del Ecuador, liderados por el Dr. Diego García Carrión, intercambian criterios sobre los argumentos a desarrollarse en la audiencia. De izquierda a derecha: Audrey Caminades (Dechert LLP), Dr. Diego García Carrión (Procurador General del Estado), Dra. Blanca Gómez de la Torre (PGE), Ab. Diana Moya (PGE), Dr. Juan Espinosa (PGE), George von Mehren (Squire Sanders), Stephen Anway (Squire Sanders), Stephan Adell (Squire Sanders), Eduardo Silva Romero (Dechert LLP).

35. Decisión sobre Jurisdicción, § 89.

36. Decisión sobre Jurisdicción, § 96.

### 3.1.4. EL TRIBUNAL NO EXIGIÓ QUE SURTIERA EFECTO EL REQUISITO OBLIGATORIO DE NEGOCIACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO VI.3 DEL TBI

El Tribunal excedió de manera manifiesta sus atribuciones al no exigir el cumplimiento de los requisitos procesales que establece el Artículo VI.3 del TBI, que son exigencias previas que los inversionistas deben cumplir antes de que puedan invocar la jurisdicción de un Tribunal arbitral al amparo del Tratado.

El Artículo VI.3 del Tratado dispone:

*“A condición de que el nacional o compañía en cuestión no haya presentado la diferencia para su solución según el párrafo 2 (a) o (b) [ante las cortes nacionales o en conformidad con alguno de los procedimientos de solución de diferencias que se acordaren previamente] y que hayan transcurrido seis meses contados a partir de la fecha en la cual se haya originado la diferencia, el nacional o compañía en cuestión podrá optar por consentir por escrito el sometimiento de la diferencia para su solución mediante arbitraje”<sup>37</sup>.*

La frase “a condición de que” de este artículo especifica dos condiciones acumulativas: (i) debe haber una “diferencia” que sea objeto de arbitraje; y (ii) el inversionista debe esperar seis meses después de que la diferencia se haya originado, antes de iniciar el arbitraje.

Estas son condiciones previas a cuyo cumplimiento Ecuador sujetó su consentimiento para un arbitraje vinculante.

Pero el Tribunal reivindicó erróneamente su jurisdicción concluyendo erróneamente que:

- i. OXY habría cumplido el período de espera obligatorio de seis meses contemplado en el Tratado; y
- ii. Las negociaciones entre las dos Partes habrían sido fútiles en cualquier caso.

Pero estas conclusiones son incorrectas.

**En primer lugar.-** Las Demandantes no cumplieron el período de espera obligatorio de seis meses previsto en el Tratado.

El Tribunal determinó que la “diferencia” no surgió con la declaración de *Caducidad*. Sobre esta premisa incorrecta, el Tribunal determinó que OXY acató el período de seis meses, y que tenía jurisdicción sobre los reclamos, porque “el procedimiento de caducidad en cuestión en este arbitraje se inició de hecho en 2004”<sup>38</sup> (y por consiguiente, antes de que Ecuador tomara alguna decisión oficial).

Antes del Decreto de *Caducidad*, OXY no reclamó –y no podía haber reclamado– una violación del Tratado, porque el Estado no había decidido declarar la *Caducidad*.

La misma compañía estableció que la “diferencia” surgió como consecuencia de la emisión del acto administrativo contentivo de la declaración de *Caducidad* y no del proceso que concluyó con la declaratoria. En la Solicitud de Arbitraje y en el Memorial sobre Responsabilidad, OXY dejó en claro que la diferencia en la que basa sus reclamos es el Acto Administrativo que declara la *Caducidad*, no el inicio del procedimiento de *Caducidad*. En la Solicitud de Arbitraje, OXY afirmó:

*“[...] al adoptar el Decreto de Caducidad, Ecuador ha privado por completo a las Demandantes de sus intereses contemplados en el Contrato de Participación y los Contratos de Operación, así como también del beneficio de la propiedad de [...] sus inversiones en Ecuador. Lo ha hecho de manera discriminatoria y arbitraria, [...] por lo tanto, Ecuador ha actuado en violación de sus obligaciones previstas en el Artículo III (I) del Tratado”<sup>39</sup>.*

En su Memorial sobre responsabilidad, OXY insistió en que la declaración de *Caducidad* dictada por el Ecuador causó las violaciones al Tratado de las que acusaba a Ecuador.

OXY nunca argumentó que el solo inicio del procedimiento de *Caducidad* fuera una violación del Tratado. La *Caducidad* se declaró el 15 de mayo de 2006, y una diferencia con respecto a la legalidad y las con-

*La comparecencia del Ecuador al CIADI no implica, en ningún momento, un reconocimiento o aceptación, porque hemos comparecido a litigar bajo las objeciones de jurisdicción que se hicieron desde el principio del proceso y que el Ecuador mantiene.*

*Dr. Diego García Carrión*  
El Universo, 15 de junio de 2011

secuencias de la declaratoria de *Caducidad* no podía originarse antes de esa fecha. En consecuencia, lo más temprano que la diferencia pudo haber surgido fue solo ese día, y por tanto OXY no podía haber cumplido el período de seis meses de espera pues presentó su Solicitud de Arbitraje apenas dos días después.

De hecho, la “diferencia” surgió en realidad solo el día en que OXY presentó su Solicitud de Arbitraje, porque ese fue el primer día que Ecuador fue notificado de esos reclamos.

Más grave aun es la conclusión del Tribunal, cuando otros Tribunales internacionales y ante disposiciones similares han concluido que una diferencia basada en un Tratado no surge cuando las supuestas violaciones ocurren (i.e. en el presente caso, cuando se declaró la

37. Tratado, Artículo § VI.3.

38. Decisión sobre Jurisdicción, § 93.

39. Solicitud de Arbitraje presentada por la Demandante el 17 de mayo de 2006, § 63.

*Caducidad*) sino, más bien, cuando el inversionista *notifica* al Estado la existencia de una “diferencia” de acuerdo con el tratado<sup>40</sup>.

Lo que es más, otros Tribunales de inversiones, al resolver sobre el mismo Artículo VI.3 del TBI Ecuador-EUA (*casos Burlington contra Ecuador*<sup>41</sup> y *Murphy contra Ecuador*<sup>42</sup>) concluyeron que carecían de jurisdicción debido a que las compañías demandantes no notificaron al Estado sobre sus reclamos.

El Tribunal en el caso *Burlington*, aplicando el mismo tratado, estableció que: “*La Solicitud de Arbitraje es un momento demasiado tardío para notificar a la Demandada sobre una diferencia. El requisito del período de espera de seis meses previsto en el Artículo VI tiene precisamente la finalidad de proveer al Estado la oportunidad de resolver la diferencia antes de que el inversionista decida someter la diferencia a arbitraje*”<sup>43</sup>.

En síntesis, la diferencia que dio origen al arbitraje no pudo haberse originado antes del 15 de mayo de 2006, fecha en la cual se emitió la Declaratoria de *Caducidad*.

*Ecuador como cualquier Estado de derecho, no obra por venganza sino con apego a su Constitución y sus leyes.*

Debido a que OXY inició el arbitraje el 17 de mayo de 2006 (solo dos días después de que se declarara la *Caducidad*), no cumplió con el requisito previsto en el Artículo VI.3 del Tratado y, por lo tanto, el Tribunal no podía conocer los reclamos de la petrolera.

**En segundo lugar.-** El Tribunal pretendió confirmar su jurisdicción sobre la base de que las negociaciones podían haber sido “*fútiles*”<sup>44</sup>. Con casi ningún análisis y sin prueba alguna respecto de lo inútil de las negociaciones, el Tribunal sencillamente concluyó que los “*intentos de llegar a una solución negociada eran en realidad fútiles dadas las circunstancias*”<sup>45</sup>.

OXY nunca trató de demostrar estos intentos inútiles. Paradójicamente, admitió que hubo negociaciones “*durante todo el 2006*”, durante las que “*las partes analizaron varias propuestas de solución*”<sup>46</sup>. En consecuencia,

40. *Lauder contra la República Checa* (CNUDMI), Laudo Final, 3 de septiembre de 2001, § 185.

41. *Burlington Resources Inc. contra la República del Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/5), Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, §§ 284-340.

42. *Murphy Exploration and Production Co. Int'l contra la República del Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/4), Laudo sobre Jurisdicción, 15 de diciembre de 2010, §§ 101-109.

43. *Burlington Resources Inc., contra la República del Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/5), Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, § 312.

44. Decisión sobre Jurisdicción, § 94.

45. Decisión sobre Jurisdicción, § 94.

46. *Contestación de las Demandantes sobre Jurisdicción* de fecha 4 de abril de 2008, § 71

la propia declaración de la compañía probaba que: i) existía apertura por parte del Ecuador para discutir una posible negociación; y ii) OXY no consideraba que las discusiones de negociación eran fútiles.

Por lo tanto, la conclusión del Tribunal carece de cualquier lógica y lo único que podía hacer era declararse incompetente.

Pese a que en su Decisión el Tribunal afirmó que sus decisiones estaban justificadas “[p]or las razones que se especifican en esta decisión”<sup>47</sup>, esta no invoca ninguna razón o argumento de ninguna naturaleza. Dicho en forma sencilla, el Tribunal rechazó las objeciones de Ecuador haciendo referencia a nada.

### 3.2. Responsabilidad

La etapa de responsabilidad se tramitó de manera paralela a la etapa de jurisdicción, lo que significó un gran esfuerzo para la defensa del Estado pero también la necesidad de contar con ingentes recursos económicos, abogados y operativos.

Inicialmente la estrategia del Estado fue no comparecer al proceso. Al asumir su cargo el Procurador Diego García Carrión, consideró indispensable comparecer en el arbitraje y ejercer una defensa activa, por lo que manifestó:

“En los casos en que se alega jurisdicción, sea el Estado o cualquier persona jurídica, se recomienda comparecer y argumentar contra esa jurisdicción; es necesario

hacer objeciones de competencia, sea en el Ecuador o en cualquier instancia internacional”.

Durante esta etapa, la defensa del Estado contraargumentó las alegaciones de OXY sobre las violaciones del Ecuador al TBI y al Contrato. El Ecuador demostró que:

i) OXY compareció al arbitraje sin aportar pruebas tangibles de que la declaración de caducidad del Contrato de Participación fuera la manifestación de una venganza calculada por la República del Ecuador por el hecho de que ésta ganó el arbitraje sobre el tema del IVA petrolero.

Ecuador probó que estas aseveraciones eran ofensivas y absurdas, que el Ecuador, como cualquier Estado de derecho, no obra por venganza sino con apego a su Constitución y sus leyes, por tanto la declaratoria de caducidad del Contrato de Participación fue emitida en estricta aplicación del Contrato y del derecho ecuatoriano.

Cuando Occidental firmó el Contrato de Participación, aceptó expresamente todas sus cláusulas, las que incluían, entre otras, las referentes a la transferencia y cesión, a la terminación del contrato y a la caducidad del mismo; así, las cláusulas 16.1 y 21.1 específicamente establecían que:

*“16.1. La transferencia de este Contrato de Participación o la cesión a terceros de derechos provenientes del mismo deberán ser autorizadas por el Ministro del Ramo, de conformidad con las leyes y reglamentos vigentes; de manera especial se*

47. Decisión sobre Jurisdicción, § 96.

*cumplirán las disposiciones previstas en el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos y en los Decretos Ejecutivos Nos. 809,2713 y 1179. [...]*

### 21.1. Terminación: *Este Contrato de Participación terminará:*

21.1.1. *Por declaratoria de caducidad emitida por el Ministerio del Ramo por las causales y bajo el procedimiento establecido en los artículos setenta y cuatro (74), setenta y cinco (75) y setenta y seis (76) de la Ley de Hidrocarburos en lo que sean aplicables.*

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

Por tanto, Occidental sabía y aceptaba que la caducidad debía ser declarada y que todos los bienes relacionados con el mismo debían revertirse al Estado Ecuatoriano si existiese una transferencia de derechos del contrato a un tercero, sin autorización del Ministerio de Energía y Minas.

ii) Occidental ocultó al Estado la existencia y verdadera naturaleza de los contratos que celebró con la empresa canadiense AEC. Habiendo ya firmado el contrato, en sus comunicaciones al Ministerio de Energía y Minas argumentó encontrarse en negociaciones de una transferencia de intereses económicos. Esta estrategia de ocultamiento respondía al conocimiento cierto, por parte de Occidental, de que la declaración de Caducidad era la consecuencia jurídica justa e inevitable de haber realizado la transferencia.

iii) La declaración de Caducidad fue válidamente dictada en cuanto al fondo y la forma, ya que el Ecuador actuó en este caso en derecho.

A pesar de que estas alegaciones fueron reconocidas por el Tribunal Arbitral, éste cometió una serie de errores al omitir expresar sus motivos y extralimitarse en sus facultades en el Laudo dictado, por las razones que se exponen a continuación:

### 3.2.1. EL TRIBUNAL DEBÍÓ INDICAR LAS RAZONES EN LAS QUE BASÓ SU RESOLUCIÓN DE QUE LAS RECLAMACIONES DE OXY ERAN COSA JUZGADA

El Tribunal excedió sus facultades de forma manifiesta y no reveló los motivos por los que rechazó el argumento de Ecuador de que el acto del Ministro al emitir la declaratoria de Caducidad no puede generar responsabilidad contra el Estado conforme al derecho internacional, cuando aun existía un mecanismo legal dentro de la ley ecuatoriana para revisarla y éste se encontraba a disposición de OXY, siendo OXY quien se negó a ejercerla.

El Ecuador sostuvo que la Declaración de Caducidad es un acto administrativo y, como tal, puede ser impugnado en los Tribunales administrativos ecuatorianos. Ecuador alegó lo siguiente:

Ecuador no sostiene que las reclamaciones de OXY por el Tratado sean incorrectas en cuanto a procedimiento porque no agotó los recursos locales.

*“Antes bien, el Ecuador sostiene que las reclamaciones están sustantivamente viciadas porque un acto de un funcionario aislado o de un órgano no puede adjudicar la responsabilidad al Estado si el acto pudo haber sido revisado –y posiblemente corregido– de inmediato por otro órgano del Estado, si el inversionista hubiese utilizado el mecanismo de impugnación que está a su disposición”<sup>48</sup>.*

Así pues, la defensa del Ecuador no se basó en el hecho de que OXY no agotó los recursos internos como un asunto de *procedimiento*, sino, más bien, que como OXY no siguió el procedimiento administrativo correspondiente, sus reclamaciones están viciadas de manera *sustantiva*<sup>49</sup>, ya que al decidir no impugnar el acto administrativo –Declaratoria de Caducidad del Ministro— ante los Tribunales administrativos correspondientes, cualquier presunto incumplimiento que se origine de ese acto administrativo no puede constituir una infracción internacional y no puede acarrear ningún tipo de responsabilidad para un Estado.

El Tribunal de todas formas erró al invocar la cosa juzgada para descartar el argumento del Ecuador, al atribuir la defensa a un asunto de jurisdicción.

Hay tres condiciones previas para que se aplique la doctrina de cosa juzgada en el derecho internacional. Deben existir: (i) las mismas partes; (ii) pretender la

misma reparación; e (iii) invocar las mismas causas legales. En este caso, no existe identidad de causas, pues las teorías legales planteadas en la fase jurisdiccional del arbitraje son diferentes de las planteadas en la fase de la responsabilidad. No existe identidad en cuanto a la reparación pretendida porque, por definición, un argumento es una defensa de improcedencia y el otro es una defensa sobre el fondo.

Una objeción de improcedencia que se basa en el agotamiento de los recursos no es equivalente a una defensa sobre el fondo de una reclamación sustentada en el hecho de que un acto administrativo no puede conformar un incumplimiento del Tratado porque no se impugnó previamente por las correspondientes vías administrativas. Por ejemplo, el Tribunal del caso *Generation Ukraine c. Ucrania* concluyó que el hecho de que la demandante no hubiese agotado los recursos administrativos no privaba al Tribunal de su jurisdicción. De todas formas, el Tribunal concluyó que el hecho de que la demandante “no buscó la reparación de las autoridades nacionales descalifica la reclamación internacional, no porque exista el requisito de agotar los recursos locales, sino porque la propia realidad de la conducta equivalente a expropiación es dudosa al no existir un intento razonable del inversionista –no necesariamente exhaustivo— de lograr que ello se corrigiera”<sup>50</sup>.

48. Dúplica del Ecuador sobre la Jurisdicción de fecha 19 de septiembre de 2008, § 371.

49. Dúplica del Ecuador sobre la Jurisdicción de fecha 19 de septiembre de 2008, § 371.

50. *Generation Ukraine, Inc. contra Ucrania* (Caso CIADI No. ARB/00/9), Laudo, 16 septiembre de 2003, § 20.30.

El Tribunal de Generation Ukraine no está solo en esa resolución. Existe una “*clara tendencia de casos que exigen el intento de obtener una reparación en los Tribunales nacionales antes de entablar una reclamación por violaciones de las normas de TBI independientemente de cualquier obligación de agotar los recursos locales*”<sup>51</sup>. Por ejemplo, en el caso *Loewen c. Estados Unidos*, el Tribunal rechazó sobre el fondo la reclamación planteada por un inversionista canadiense de que Estados Unidos había incumplido la disposición de tratamiento justo y equitativo del TLCAN, en virtud de una resolución presuntamente injusta de un Tribunal de Mississippi, pues el inversionista no había solicitado que la Suprema Corte de EE.UU. revisara y corrigiera la resolución, entre otros posibles recursos, antes de presentar su reclamación por el tratado. Una vez más, esa resolución se tomó en el contexto del fondo de las reclamaciones, no una objeción a la jurisdicción<sup>52</sup>.

Por consiguiente, la objeción planteada por el Ecuador en la etapa jurisdiccional se sustenta en motivos legales diferentes de la defensa planteada en la fase de responsabilidad del arbitraje.

Si el Tribunal hubiese evaluado la defensa del Ecuador (y no la hubiera simplemente desestimado como cuestión de cosa juzgada), habría sido necesario que considerara el conjunto de derecho jurisprudencial que sustenta la posición del Ecuador de que las reclamaciones de OXY por el tratado estaban sustantivamente viciadas, pues OXY estaba obligada a buscar la solución de sus reclamaciones en los Tribunales administrativos ecuatorianos.

Es indiscutible que OXY no buscó una solución razonable en los Tribunales administrativos ecuatorianos antes de presentar su Solicitud de Arbitraje. Al contrario, apenas el Ministro declaró la Caducidad, presentó su Solicitud de Arbitraje. Los Tribunales han concluido que, en tales circunstancias, la conducta que motiva la reclamación (en este caso, la Declaratoria de Caducidad del Ministro) no puede equivaler a una infracción internacional que pudiera ser sustento de una reclamación por un tratado.

Esta conclusión se repite en el caso *Helnan c. Egipto*, en donde el Tribunal sostuvo que “*como HELNAN no tomó [...] las medidas legales para impugnar la [reso-*



París, sábado 5 de abril de 2014, Oficinas de Dechert LLP. Reunión preparatoria para la audiencia sobre la anulación caso OXY. De izquierda a derecha: George von Mehren (Squire Sanders), Stephen Anway (Squire Sanders) y Eduardo Silva Romero (Dechert LLP) analizan con el Procurador los elementos que describen la historia del caso.

lución administrativa], ello descalifica su reclamación ante este Tribunal de que esa [resolución] se emitió en incumplimiento del Tratado”<sup>53</sup>.

Asimismo, el Tribunal de *Encana c. Ecuador* observó que no podía considerarse que la resolución de una en-

tidad fiscal del Estado de dejar de otorgar devoluciones de impuestos al valor agregado fuese una expropiación en cuanto al fondo del asunto, pues el inversionista tuvo a su disposición una vía para impugnar esa resolución ante los Tribunales locales<sup>54</sup>.

51. Jan de Nul N.V. & Dredging National N.V. contra República Árabe de Egipto (Caso CIADI No. ARB/04/13), Resolución sobre la Jurisdicción, 16 de junio de 2006, § 121.

52. Loewen Group, Inc. contra Estados Unidos, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo, 26 de junio de 2003, § 212). Véase también, Chevron Corporation y Texaco Petroleum Corporation contra La República del Ecuador (CNUDMI), Laudo Provisional, 1 de diciembre de 2008, §§ 233-34. (“*Ese requisito de agotamiento puede verse como un elemento necesario tanto para el caso de una denegación de justicia conforme al derecho internacional consuetudinario como para un incumplimiento de una obligación sustantiva del TBI como el tratamiento justo y equitativo. Sin embargo, en ambos casos, la cuestión tiene que ver con la sustancia de las reclamaciones presentadas ante el Tribunal. A pesar de expresar su objeción en el lenguaje relativo al perfeccionamiento y la procedencia, lo que plantea la Demandada es una cuestión que afecta la responsabilidad. El agotamiento de los recursos locales en este contexto es, por lo tanto, una cuestión del fondo, no de la jurisdicción*”). Generation Ukraine, Inc. contra Ucrania (Caso CIADI No. ARB/00/9), Laudo, 16 de septiembre de 2004, § 20.30).

53. Helnan Int'l Hotels A/S contra Egipto (Caso CIADI No. ARB/05/19), Laudo, 3 de julio de 2008, § 162. Véase también, Loewen Group, Inc. contra Estados Unidos (Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3), Laudo, 26 de junio de 2003, §§ 142-156 y 207-17, que rechaza las reclamaciones por el tratado basándose en una resolución pronunciada por un Tribunal de los EE.UU., porque el inversionista no solicitó que la Suprema Corte de EE.UU. revisara y corrigiera la resolución, entre otros posibles recursos.

54. Encana Corporation contra Ecuador (Caso de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres –LCIA– No. UN3481), Laudo, 3 de febrero de 2006, §§ 113 y 197-199.

Ecuador presentó este argumento ante el Tribunal tanto en sus alegatos como en la respectiva audiencia. De todas formas, la resolución del Tribunal no analizó ni aplicó ninguno de los casos aplicables mencionados, y al hacerlo se excedió en sus facultades de manera evidente.

Este exceso de facultades no solo es evidente, sino también grave. Si el Tribunal no hubiese desestimado la defensa del Ecuador, el arbitraje habría finalizado. Hacer caso omiso del derecho internacional pertinente y aplicable constituye un exceso manifiesto de facultades<sup>55</sup>.

El Tribunal, sin ofrecer ningún razonamiento o análisis, declaró de forma concluyente que “*acuerda con OXY. El asunto [la defensa del Ecuador de que las reclamaciones por el Tratado están viciadas] es cosa juzgada*”<sup>56</sup>. Al sostener esto, el Tribunal omitió analizar el derecho aplicable que rige la cosa juzgada y si la defensa del Ecuador estaba efectivamente excluida por esa doctrina.

El Tribunal pareció reconocer que la objeción de Ecuador sobre improcedencia era diferente de la defensa del

Ecuador sobre el fondo de las reclamaciones de OXY com base en el tratado<sup>57</sup>. A pesar de reconocerlo, no analizó esa diferencia en ningún sentido y simplemente se refirió a su Decisión sobre Jurisdicción, en la cual concluyó que tenía jurisdicción sobre las reclamaciones por el Tratado porque el Tribunal “*no acepta que [...] las partes hayan acordado que las controversias relativas a caducidad conforme al Contrato de Participación se resolverían exclusivamente sometiéndose a los Tribunales administrativos ecuatorianos [...]*”<sup>58</sup>, un argumento que el Tribunal ni siquiera abordó con respecto al argumento de Ecuador de que las reclamaciones de OXY eran prematuras.

### 3.2.2. EL TRIBUNAL NO EXPUSO SUS MOTIVOS Y SE EXCEDIÓ ABIERTAMENTE EN SUS FACULTADES AL RESOLVER QUE LA VIOLACIÓN A LA LEY DE HIDROCARBUROS Y AL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN FUE UNA MERA NEGLIGENCIA DE OXY

El Tribunal tampoco expuso los motivos en que basó

su decisión y se excedió en sus facultades de forma evidente cuando sostuvo que OXY simplemente fue negligente al no “*divulgar la verdadera naturaleza del Acuerdo de Cesión de Derechos al Ecuador y al no obtener la autorización ministerial en 2000*”<sup>59</sup>. Esa determinación tuvo un efecto decisivo en la resolución del caso, con relación con dos cuestiones clave: (i) si la Declaratoria de Caducidad fue una respuesta proporcional ante la conducta de OXY; y (ii) cuál fue el “porcentaje de culpa” que le correspondía a OXY por la pérdida de su inversión.

El Tribunal le dio muchísimo peso a la presunta conducta “*negligente*” de OXY a la hora de determinar la proporcionalidad de la Declaratoria de Caducidad. Como lo expresó en el Laudo, la prueba necesaria de la proporcionalidad no es que “*el Estado deba probar el perjuicio, sino que cualquier penalidad que el Estado escoja imponer debe mantener una relación proporcionada respecto de la violación en cuestión y sus consecuencias*”<sup>60</sup>. El Tribunal opinó además que:

*“En los casos en que la administración desea imponer una penalidad severa, el Tribunal opina que el Esta-*

*do debe ser capaz de demostrar (i) que el infractor causó un perjuicio suficientemente grave; y/o (ii) que existió un incumplimiento evidente o persistente del respectivo contrato/ley, suficiente como para justificar la sanción impuesta; y/o (iii) que por motivos de disuasión y buen gobierno es correcto imponer una penalidad importante, aunque el perjuicio sufrido en ese caso particular no haya sido grave”*<sup>61</sup>.

Así, según lo expuesto en el Laudo, “*la verdadera naturaleza y el efecto de la conducta que se censura*” —es decir, la presunta violación “*negligente*” del Contrato de Participación y la Ley de Hidrocarburos— fue un factor determinante en el análisis de proporcionalidad del Tribunal<sup>62</sup>.

De manera similar, la caracterización del Tribunal de la conducta de OXY como una conducta simplemente negligente tuvo un papel decisivo en el porcentaje de culpa concurrente que el Tribunal asignó a la violación del Contrato de Participación y la Ley de Hidrocarburos por parte de OXY. Como lo expresó el Tribunal, al determinar la culpa concurrente de OXY, “*considero en qué medida la negligencia de OXY contribuyó a su*

55. Decisión de Anulación en Amco II, §§ 7.12 y 7.19, que explica que la aplicación incorrecta del derecho podría constituir un exceso manifiesto de facultades si “*equivale a hacer caso omiso de manera efectiva del derecho aplicable*” o “*es de tal naturaleza o grado que constituye objetivamente (a pesar de las intenciones reales o presuntas del Tribunal) la no aplicación efectiva de aquel*”. Véase también, Decisión de Anulación en Sempra, § 163 “*la incorrecta aplicación del derecho podría constituir un exceso manifiesto de facultades si ‘equivale a hacer caso omiso efectivamente del derecho aplicable’*”; Decisión de Anulación en Azurix, § 136, “*el Comité acepta que un Tribunal puede excederse manifiestamente en sus facultades cuando el Tribunal hace caso omiso del derecho aplicable*”.

56. Laudo, § 293.

57. Laudo, § 291 (“*La Demandada al inicio sostiene que las reclamaciones de las Demandantes por el Tratado son ‘sustancialmente viciadas’ incluso si el Tribunal tiene jurisdicción sobre dichas reclamaciones pues ‘el acto del Ministro que emitió la Declaratoria de Caducidad no puede adscribir la responsabilidad al Estado como asunto sustantivo cuando existía un mecanismo a disposición para la revisión de dicho acto, el cual el inversionista simplemente no invocó’*”).

58. Laudo, §§ 293-95.

59. Laudo, § 662. Véase también, *ibidem.*, §§ 380 y subsiguientes.

60. Laudo, § 416.

61. Laudo, § 416.

62. Laudo, § 450 (“*Pero el principio prevaleciente de proporcionalidad exige que cualquier meta administrativa de tal tipo se sopesa contra los propios intereses de las Demandantes y contra la naturaleza y el efecto verdaderos de la conducta que se censura. El Tribunal resuelve que el precio pagado por las Demandantes –la pérdida total de una inversión que vale muchos cientos de millones de dólares– fue desproporcionada respecto del ilícito que se alega en contra de OEPIC [...]*”).

*propio perjuicio [...]*<sup>63</sup>. Por lógica, la determinación de que la conducta de OXY fue una simple negligencia determinó que solo se asignara el 25% de la culpa compartida en la pérdida de su inversión.

Es claro que las determinaciones del Tribunal sobre las cuestiones de proporcionalidad y culpa concurrente estuvieron en gran parte sustentadas en la conclusión errónea previa de que la conducta de OXY fue simplemente negligente. Esas dos cuestiones clave son de importancia crucial en este caso porque la primera implica la posibilidad de absolver totalmente al Ecuador de la responsabilidad por la Declaratoria de Caducidad, y la segunda podría reducir el monto de responsabilidad del Ecuador conforme al Laudo en más de USD 1.000 millones.

### 3.2.2.1. La negligencia de OXY según el Tribunal

El caso presentado en relación con la caducidad del Contrato de Participación es simple.

Si OXY hubiera traspasado el 40% de sus derechos sobre el contrato con la aprobación de la autoridad competente, Ecuador no había podido declarar la caducidad del contrato; y si lo hubiere hecho, debía reconocer a favor de la compañía los daños y perjuicios correspondientes.

Si OXY traspasó sus derechos sin la aprobación de la autoridad competente, Ecuador debía declarar la caducidad sin que esto le acarree ningún tipo respon-

sabilidad hacia la compañía.

Ahora bien, el Tribunal concluyó que la cesión de derechos se hizo sin la aprobación del Gobierno.

La consecuencia es obvia: Ecuador tenía derecho a declarar la caducidad y por lo tanto no le es imputable un resarcimiento de daños y perjuicios a OXY.

En ese análisis, no caben consideraciones sobre si OXY fue simplemente “*negligente*” por no obtener la aprobación o si, por el contrario, tuvo alguna intención más específica de ocultar la transacción. Ni el Contrato de Participación ni la Ley de Hidrocarburos consideran que el estado de ánimo de la entidad que transfiere la participación sea pertinente. O bien la aprobación se obtuvo o no se obtuvo; y las consecuencias se derivan de ese simple hecho.

Por consiguiente, la determinación del Tribunal de que OXY no tuvo la intención de engañar a Ecuador no sirve para fundamentar la determinación de simple negligencia respecto de la conducta de OXY que motivó la Declaratoria de Caducidad. Esa determinación inicial, que no viene al caso, es el único sustento de la opinión del Tribunal de que OXY actuó simplemente con negligencia cuando violó el Contrato de Participación y la Ley de Hidrocarburos. El Laudo carece de un razonamiento serio<sup>64</sup>, se basa en una explicación absurda y frívola<sup>65</sup> o, como mínimo, es tan poco clara

que contiene un importante vacío de razonamiento<sup>66</sup>.

En todo caso, el análisis del Tribunal se contradice a sí mismo. Primero, catalogó la conducta de OXY como “*negligente*”, y luego la describió en términos *intencionales*, no negligentes.

La negligencia se distingue del acto intencional (o de una omisión) por la intención del actor mientras comete el acto<sup>67</sup>. En efecto, el principal diccionario legal del idioma inglés define “*negligencia*” como “*cualquier conducta que no está a la altura de la norma legal establecida para proteger a los demás en contra de riesgos excesivos de daños, salvo la conducta que pasa por alto de manera intencional, deliberada o despreocupada los derechos de los demás*”<sup>68</sup>. De ma-

nera similar, “*acto intencional*” se define como “*un acto producto de la voluntad del actor que apunta a ese fin. Un acto es intencional cuando quien lo realiza lo prevé y lo desea, y esa previsión y deseo resulta en el acto mediante la intervención de la voluntad*”<sup>69</sup>.

Estas definiciones dejan claro que un elemento fundamental de la negligencia es la ausencia de intención de parte del actor. Por consiguiente, la presencia de la intención de parte del actor al cometer el acto (o la omisión) en cuestión forzosamente invalida la determinación de negligencia.

El Tribunal no llevó a cabo el análisis que debía haber realizado sobre si la conducta de OXY fue intencional o no. En vez de eso, el Tribunal se centró

63. Laudo, § 681, Anexo A-1.

64. *Decisión de Anulación en MINE*, §§ 5.08-5.09.

65. *Decisión de Anulación en MINE*, § 5.09; *Decisión de Anulación en Amco II*, § 1.18; *Decisión de Anulación en Wena*, §§ 77-80; *Decisión de Anulación en CDC*, § 70; *Decisión de Anulación en Mitchell*, § 21.; *Decisión de Anulación en Soufraki*, § 126; *Decisión de Anulación en Pey Casado*, § 86; *Decisión de Anulación en Eduardo Vieira*, § 357; Ch. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair, *The ICSID Convention, A commentary* [El Convenio CIADI: comentario], Cambridge University Press, 2ª Edición, Artículo 52, § 344 (“*Sin duda, los argumentos frívolos, superficiales o absurdos de un Tribunal no equivaldrían a razones*”).

66. *Decisión de Anulación en CMS*, § 97; *Decisión de Anulación en Sempra*, § 167.

67. Artículo 29 del Código Civil ecuatoriano (“*La ley distingue tres especies de culpa o descuido: Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. [...] Culpa o descuido levisimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.*”); Comité Pro Mejoras Barrio Delfina Torres vda. de Concha v. PETROECUADOR, Petrocomercial y sus filiales, publicado en el Registro Oficial No. 43, 19 de marzo de 2003, pág. 26 (“*La culpabilidad investiga la relación existente entre la voluntad del sujeto y su acto. Dicha voluntad es calificada de dolosa cuando el sujeto desea el acto y sus consecuencias, que son normalmente previsibles, y es culposa cuando el agente causa un daño sin el propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia, negligencia o impericia, y puede añadirse con infracción de normas legales o reglamentarias*”).

68. *Black's Law Dictionary*, 8ª Edición, pág. 1061 (“*negligence*” [negligencia]).

69. *Black's Law Dictionary*, 8ª Edición, pág. 26 (“*intentional act*” [acto intencional]).

*El Tribunal determinó que OXY sabía que la transacción era contraria a la ley.*

exclusivamente en determinar si la conducta de OXY fue de “mala fe”<sup>70</sup>. Así las cosas, concluyó que, aunque OXY sabía que legalmente estaba obligada a obtener la aprobación previa del Acuerdo de Cesión de Derechos, no haberlo hecho no estuvo “motivado por la mala fe”<sup>71</sup> no se “hizo de mala fe”<sup>72</sup> y no “equivale [...] a mala fe”<sup>73</sup>. En las propias palabras del Tribunal:

*“[...] El hecho de que OXY no obtuvo la autorización necesaria de parte de las autoridades ecuatorianas en octubre de 2000, si bien no equivale a mala fe, fue negligente [...]”<sup>74</sup>.*

*“[...] El Tribunal también determinó que para ese*

*traspaso era necesaria la autorización de las autoridades ecuatorianas, que no se buscó esa autorización, pero que el hecho de que OXY no obtuviera esa autorización en octubre de 2000, aunque fue imprudente y desacertada, no equivalió a mala fe”<sup>75</sup>.*

*“[...] el hecho de que OXY no divulgó la verdadera naturaleza del Acuerdo de Cesión de Derechos a Ecuador y no obtuvo la autorización ministerial en 2000 fue un ‘error grave’; OXY, aunque no actuó de mala fe, fue negligente [...]”<sup>76</sup>.*

Ecuador siempre mantuvo que no viene al caso el motivo o la intención de OXY para violar la Ley de Hidrocarburos o el Contrato de Participación<sup>77</sup>. Como ya se analizó, si la violación fue intencional o simplemente negligente, como determinó el Tribunal, es de todas formas una violación que conlleva la sanción de caducidad.

Consciente de esa realidad y aparentemente decidido a resolver a favor de OXY, el Tribunal artificialmente

creó una nueva clase de violación de la Ley de Hidrocarburos: la de simple negligencia, y luego concluyó que dado que es una violación “menor”, Ecuador había actuado desproporcionadamente al declarar la caducidad. Al hacerlo, el Tribunal cometió tres errores fatales, por cada uno de los cuales el Laudo debe ser anulado:

1. Primero, el Tribunal pasó completamente por alto las pruebas no refutadas de que el derecho ecuatoriano no toma en consideración la *intención* cuando evalúa o determina una violación de la Ley de Hidrocarburos. Es decir, el derecho ecuatoriano no distingue entre una violación de la Ley de Hidrocarburos de “mala fe” y una simplemente “negligente”. En tal sentido, la determinación del Tribunal de que OXY cometió una violación negligente de la Ley de Hidrocarburos

es contraria al derecho ecuatoriano y, por lo tanto, no puede sustentarse en éste. Ello constituye una falta total de aplicación del derecho aplicable, lo cual equivale a un exceso manifiesto de facultades que justifica la anulación del Laudo<sup>78</sup>.

2. Segundo, además de hacer caso omiso por completo del derecho ecuatoriano, el Tribunal no ofreció *ningún* análisis ni citó *ninguna* autoridad legal para sustentar la creación artificial de una violación “negligente” de la Ley de Hidrocarburos. Esas omisiones justifican la anulación del Laudo porque el Tribunal: (i) no presentó los motivos de su resolución violando así el Artículo 52 (1) (e) del Convenio<sup>79</sup> y (ii) actuó claramente de manera no permitida en equidad y conciencia violando el Artículo 52 (1) (b) del Convenio<sup>80</sup>.

*para exponer mal la verdadera naturaleza de su acuerdo con AEC fueron puramente inocentes (una proposición que sencillamente no es creíble), eso sería totalmente intrascendente. Como ya explicaron los Dres. Aguilar y Merlo, una violación de los Artículos 74.11 y 74.12 no depende en absoluto de si la contratista tuvo una motivación engañosa para realizar la transacción en cuestión. Si la contratista participa en una transacción prohibida sin autorización, entonces, comete una violación. Es así de simple. La contratista no puede absolverse a sí misma alegando su propio desconocimiento de la ley o demostrando que esa violación fue accidental o involuntaria”).*

78. Decisión de Anulación en MINE, § 5.03, (“el hecho de que un Tribunal haga caso omiso de las normas de derecho constituiría una derogación de los términos de referencia dentro de los cuales se autorizó la función del Tribunal. Entre los ejemplos de tal derogación está aplicar normas de derecho que no sean las acordadas por las partes, o una resolución que no se base en ningún Derecho a menos que las partes hayan acordado una resolución conforme a lo correcto y lo bueno. Si la derogación es manifiesta, ello implica un exceso manifiesto de facultades”); Decisión de Anulación en MTD, § 44, (“[...] está demostrado que dejar de aplicar por completo el derecho al cual un Tribunal debe apegarse según lo establecido en el Artículo 42(1) del Convenio CIADI puede constituir un exceso manifiesto de facultades [...]”); Decisión de Anulación en Sempra, § 163, (“ciertos comités ad-hoc han [...] opinado, por ejemplo, que la aplicación incorrecta del derecho podría constituir un exceso manifiesto de facultades si ‘equivale a hacer caso omiso por completo del derecho aplicable’”); Decisión de Anulación en Azurix, § 136, (“el Comité acepta que un Tribunal puede excederse manifiestamente en sus facultades cuando el Tribunal hace caso omiso del derecho aplicable”).

79. Decisión de Anulación en MINE, §§ 5.08-5.09.

80. Decisión de Anulación en MTD, § 44, (“[...] está demostrado que [...] una resolución que se pronuncia conforme a lo correcto y lo bueno, – es decir, ejerciendo una discreción general no otorgada por el derecho aplicable – lo cual no está autorizado por las partes en virtud del Artículo 42(3) del Convenio” puede constituir un exceso manifiesto de facultades).

70. Laudo, § 348.

71. Laudo, § 348.

72. Laudo, § 380.

73. Laudo, § 380. Véase también, *ibidem.*, § 383 (“Habiendo concluido que el hecho de que OEPC no obtuvo la autorización necesaria de las autoridades ecuatorianas en octubre de 2000, si bien no equivale a mala fe, si fue negligente, el Tribunal considera que no se puede determinar que las Demandantes tuvieran la expectativa legítima de que el Ministro no ejercería su discreción y no impondría la caducidad”).

74. Laudo, § 383.

75. Laudo, § 384 (el énfasis es nuestro).

76. Laudo, § 662.

77. Véase la Dúplica del Ecuador sobre la Jurisdicción de fecha 19 de septiembre de 2008, § 326 (“Con todo, incluso si los motivos de las Demandantes

3. Tercero, suponiendo que el derecho ecuatoriano reconozca una violación “*negligente*” de la Ley de Hidrocarburos (lo cual no es así), el Tribunal no brinda las razones de su determinación de que la violación de OXY fue simplemente negligente. En vez de eso, como se explicó antes, el Tribunal se embarca en un análisis que no viene al caso, de si OXY actuó o no de “*mala fe*”. Sin embargo, la mala fe no tiene ninguna relación con la negligencia. “*Mala fe*” se define como “*Deshonestidad de creencias o propósito*”<sup>81</sup>. Si OXY violó la Ley de Hidrocarburos con mala fe o mala intención es irrelevante para la determinación de negligencia que hace el Tribunal.

Cabe señalar en ese sentido que el análisis del Tribunal se limitó a determinar si OXY tuvo o no la intención de “*engañar al Ministro Terán*” con su carta del 25 de octubre de 2000<sup>82</sup> o “*engañar al gobierno ecuatoriano*” al no divulgar la verdadera naturaleza del Acuerdo en 2000<sup>83</sup>. Sin embargo, el Tribunal no analizó la intención de OXY y no explicó las razones de su determinación de mera negligencia. Esa omisión impide que el lector

siga o entienda por completo el razonamiento del Tribunal, lo que hace que la determinación sea frívola<sup>84</sup>.

La determinación de “la negligencia” hecha por el Tribunal contradice otras de sus conclusiones, a saber:

- Que en todos los momentos relevantes OXY tuvo pleno conocimiento de las prohibiciones y sanciones de la Ley de Hidrocarburos que estaban incorporadas al Contrato de Participación;
- Que había sido advertida respecto de ellas por el asesor legal;
- Y que estaba plenamente consciente de las posibles consecuencias de sus actos, entre ellas la sanción de caducidad.

A pesar de esto, OXY siguió adelante con el Acuerdo de Cesión de Derechos sin obtener previamente el consentimiento de Ecuador, adoptando una actitud despreocupada que el Tribunal describió como de “*empresarios, petroleros experimentados para quienes*

81. *Black's Law Dictionary*, 8ª Edición, pág. 149 (“*Bad faith*” [mala fe]).

82. Laudo, § 360.

83. Laudo, § 380.

84. Decisión de Anulación en Amco, § 1.18 (“*razones incoherentes o razones frívolas sería equivalente a falta de razones*”.); Decisión de Anulación en Soufraki, § 126 (“*puede existir causal de anulación en caso de: - una falta total de razones para pronunciar el Laudo, entre ellas, dar razones simplemente frívolas*”); Decisión de Anulación en MINE, § 5.09; Ch. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair, *The ICSID Convention, A commentary*, Cambridge University Press, 2ª Edición, Artículo 52, § 344 (“*Sin duda, los argumentos frívolos, superficiales o absurdos de un Tribunal no equivaldrían a razones*”).



París, sábado 5 de abril de 2014, Oficinas de Dechert LLP. Stephen Anway (Squire Sanders) inicia la presentación de los argumentos del Ecuador para la audiencia sobre la anulación caso OXY.

los detalles legales no eran tan importantes como las realidades comerciales del trato”<sup>85</sup>.

Es decir, el Tribunal determinó que OXY sabía que la transacción era contraria a la ley, pero la realizó de todas formas. Esto prueba sin reparos que OXY, incluso en el caso hipotético de que no haya tenido mala voluntad o mala intención (es decir, mala fe), sí tuvo la intención de violar la Ley de Hidrocarburos y el

Contrato de Participación. En vista de tales determinaciones, la conclusión de que OXY actuó simplemente de manera negligente no puede sostenerse.

En definitiva, el Tribunal no solo se contradijo a sí mismo, sino que deliberadamente se negó a caracterizar la conducta de la Demandante como lo que era: un acto cuya intención era engañar mediante omisiones y mentiras.

85. Laudo, § 348.

Un pasaje especialmente llamativo se encuentra en el párrafo 356 del Laudo, en donde el Tribunal señala que OXY y AEC declararon al Ministro Terán, el 24 de octubre de 2000, que estaban contemplando una “inminente transacción”, mientras que la transacción ya había tenido lugar seis días antes. Esto, dicho con todas sus letras, era una mentira, y una mentira cuya finalidad era patente: si OXY y AEC hubiesen revelado la verdad, se habrían visto forzadas a mostrar el acuerdo al Ministro y su plan era no mostrárselo. Pero como lo expresó el Tribunal en el párrafo 356 del Laudo: “*si bien puede haber sido estrictamente correcto que OXY se refiriera a una ‘transacción inminente’, habría sido más exacto referirse a una transacción (y, por ende, a un traspaso) que se había realizado 6 días antes*”.

La pregunta que surge inmediatamente es ¿cómo un Tribunal puede afirmar que decir algo contrario a la realidad puede ser ‘*estrictamente correcto*’?

En cuanto al hecho de que, como consecuencia de la mentira, no se mostró el acuerdo al Ministro Terán, el Tribunal se expresa en términos muy leves en el párrafo 353 del Laudo: “*el Tribunal se formó la opinión de que el mejor curso de acción habría sido entregar una copia al Ministro*”. El Tribunal finge creer que OXY y AEC fueron solamente imprudentes, negligentes y no ver que toda la actuación de esas compañías significó que ocultaron el hecho de que la transacción ya se había celebrado.

Es evidente que el Tribunal tuvo mucha simpatía por los “*petroleros experimentados*” y su sentido de las

“*realidades comerciales*”, muy lejano de los “*detalles legales*”. Sin embargo, las acciones de los “*petroleros experimentados*” demuestran que entendieron muy bien los “*detalles legales*” que los abogados les habían explicado y que encontraron una forma de que prevalecieran las “*realidades comerciales*”. Un Tribunal CIADI no debió haber tolerado algo así, y no debió haber puesto el 75% de la culpa en la víctima del acto.

La conducta de OXY en los años posteriores a su reunión con el Ministro Terán confirma que no solamente actuaron intencionalmente al violar el Contrato de Participación y la Ley de Hidrocarburos, sino que estaban ocultando activamente el traspaso ilegal. Como ya se explicó, Ecuador descubrió el traspaso ilegal recién en 2004 durante una auditoría de rutina a OXY realizada por la firma auditora Moores Rowland, contratada por la DNH.

### 3.2.3. EL TRIBUNAL NO DEBIÓ SUSTENTAR SU LAUDO EN UN “PRINCIPIO” DE PROPORCIONALIDAD QUE NO EXISTE EN EL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN, EN EL DERECHO ECUATORIANO, EN EL TRATADO NI EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En una resolución sin precedentes y sustancialmente contradictoria, el Tribunal sostuvo que la caducidad era una sanción desproporcionada y, por lo tanto, contraria al derecho ecuatoriano, al derecho internacional consuetudinario y al TBI. Y formuló esta conclusión, a pesar de haber determinado que Ecuador y OXY acordaron libre y expresamente en el Contrato de Participación que la caducidad era una sanción aplicable si

OXY traspasaba derechos a un tercero (como AEC) sin la aprobación previa del Ministerio.

En el párrafo 452 del Laudo, por ejemplo, el Tribunal sostuvo:

*“Se deduce que incluso si OXY, como el Tribunal determinó antes, incumplió la Cláusula 16.1 del Contrato de Participación y fue culpable de una violación procesable del Artículo 74.11 (o los Artículos 74.12 o 74.13), la Declaratoria de Caducidad no fue una respuesta proporcionada en esas circunstancias particulares y así lo determina el Tribunal. La Declaratoria de Caducidad fue por lo tanto emitida violando el derecho ecuatoriano, violando el derecho internacional consuetudinario y violando el Tratado. En cuanto a este último, el Tribunal expresamente determina que la Declaratoria de Caducidad constituyó un incumplimiento de parte de la Demandada de su obligación según el Artículo 11.3(a) de acordar tratamiento justo y equitativo a la inversión de OXY y otorgarles un tratamiento no inferior al exigido por el derecho internacional”.*

Después, en los párrafos 453 hasta el 455 del Laudo, el Tribunal añadió que la Declaratoria de Caducidad desproporcionada también venía a ser lo mismo que una “*medida equivalente a una expropiación*”.

El Tribunal omitió el acuerdo explícito e inequívoco del Contrato y aplicó un principio inexistente: el de “*proporcionalidad*” supuestamente presente en el derecho ecuatoriano, el derecho internacional consuetudinario y el TBI.

A raíz de ello, reescribió o evitó la aplicación de las Cláusulas 16.1, 21.1.1 y 21.1.2 del Contrato de Participación y no aplicó el principio de “*pacta sunt servanda*”, que es válido conforme al derecho ecuatoriano y al derecho internacional.

Ni OXY ni Ecuador disputaron que tanto el derecho ecuatoriano como el derecho internacional incluyen el principio de “*pacta sunt servanda*”. El experto legal de OXY aceptó específicamente que la Constitución del Ecuador de 1998 expresamente reconoció en su Artículo 23.18 ese principio jurídico universal.

Por esta razón el Tribunal tenía el deber de observar y aplicar el principio de “*pacta sunt servanda*”, sin embargo, el Tribunal no observó ni aplicó dicho principio y, por lo tanto, se excedió manifiestamente en sus facultades al no aplicar el derecho aplicable. En efecto, “*en la jurisprudencia del CIADI, [s]e reconoce ampliamente que no aplicar el derecho aplicable constituye un exceso de atribuciones. Las disposiciones pertinentes del derecho aplicable son elementos constitutivos del acuerdo de las Partes para someter al arbitraje y constituyen parte de la definición del mandato del Tribunal*”<sup>86</sup>.

86. Decisión de Anulación en Soufraki, § 45. Véase también, por ejemplo, Decisión de Anulación en AES, §33, (“*existe un ‘acuerdo generalizado de que no aplicar el derecho correspondiente puede equivaler a un exceso de facultades del Tribunal’, basándose en que las cuestiones planteadas ante el Tribunal están delimitadas por el consentimiento de las partes*”); Decisión de Anulación en Azurix, § 136, (“*el Comité acepta que un Tribunal puede excederse manifiestamente en sus facultades cuando el Tribunal hace caso omiso del derecho aplicable*”) y Decisión de Anulación en Enron, § 218 (*que cita la resolución de Azurix*).

Tampoco está en discusión que el Contrato de Participación se celebró después de negociaciones prolongadas en condiciones de libre competencia entre dos partes sumamente sofisticadas, cada una de las cuales fue orientada por asesores legales competentes y capaces. A modo de ejemplo, las prolongadas negociaciones de las Partes para pasar de un Contrato de Prestación de Servicios al Contrato de Participación duraron aproximadamente dos años.

Además, OXY es una entidad comercial internacional y, como tal, se considera que es un profesional competente<sup>87</sup>. Según la ley, se considera que OXY sabe lo que hace cuando negocia e invierte. Por otra parte, OXY en ningún momento afirmó, ni podría hacerlo, que celebró el Contrato de Participación por error, o bajo coacción o con engaños. En el párrafo 235 de su Escrito Posterior a la Audiencia del 13 de febrero de 2009, Ecuador, por ejemplo, alegó lo siguiente:

*“[...] OXY no tienen fundamentos para objetar la naturaleza de la sanción impuesta, cuando explícitamente acordaron esa sanción específica en el Contrato de Participación. El Dr. Pérez Loose reconoció que el Contrato de Participación expresamente incluye las disposiciones sobre caducidad de la Ley de Hidrocar-*

*buros. La propia Constitución del Ecuador garantiza los principios de libertad de contratar y ‘pacta sunt servanda’. Por consiguiente, al no existir pruebas de que OXY acordó el Contrato de Participación con fraude o bajo coacción, no existen causas para objetar la ejecución de los términos del contrato de las partes según están escritos. Sostener otra cosa equivaldría a reescribir el acuerdo de las partes”<sup>88</sup>.*

El Contrato de Participación, que fue celebrado por las Partes de forma voluntaria, contiene disposiciones específicas que rigen la decisión ilícita de una contratista de traspasar derechos a terceros y las consecuencias que se producen si se lleva a cabo ese traspaso. Por ejemplo, la Cláusula 16.1 del Contrato de Participación establece lo siguiente:

*“16.1 El traspaso de este Contrato de Participación o la cesión a terceros de derechos provenientes del mismo deberán ser autorizadas por el Ministro del Ramo, de conformidad con las leyes y reglamentos vigentes: de manera especial se cumplirán con las disposiciones previstas en el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos y en los Decretos Ejecutivos Nos. 809, 2713 y 1179”<sup>89</sup>.*

87. Por ejemplo, el Laudo de la Cámara Internacional de Comercio (ICC) en el Caso No. 2438, 1975, reportado en S. Jarvin y Y. Derains, Collection of Arbitral Awards/Recueil des sentences arbitrales de la CCI [Recopilación de Laudos Arbitrales de la CCI], 1974-1985, págs. 255-256; Laudo de la ICC en el Caso No. 3130, 1980, *ibidem.*, págs. 417-422; Laudo de la ICC en el Caso No. 3380, 1980, *ibidem.*, págs. 413-417.

88. Escrito del Ecuador Posterior a la Audiencia sobre Responsabilidad de fecha 13 de febrero de 2009.

89. Contrato de Participación.

Además, la Cláusula 21.1.1 del Contrato de Participación establece lo siguiente:

*“21.1 Terminación: Este Contrato de Participación terminará:*

*21.1.1 Por declaratoria de caducidad emitida por el Ministerio del Ramo por las causales y bajo el procedimiento establecido en los artículos setenta y cuatro (74), setenta y cinco (75) y setenta y seis (76) de la Ley de Hidrocarburos, en lo que sean aplicables”<sup>90</sup>.*

La Cláusula 21.1.1 del Contrato de Participación incorpora por referencia el Artículo 74.11 de la Ley de Hidrocarburos que establece lo siguiente:

*“Artículo 74 - [Causales de resolución del contrato] El Ministerio de Energía y Minas podrá resolver el contrato si la contratista: [...]*

*11. Traspasa los derechos o celebra un acuerdo con una contratista privada para ceder uno o más de sus derechos sin la autorización del Ministerio”<sup>91</sup>.*

Además, la Cláusula 21.1.2 del Contrato de Participación establece que éste terminará:

*“21.1.2. Por transferir derechos y obligaciones del Contrato de Participación, sin autorización del Ministerio del Ramo”<sup>92</sup>.*

Las Cláusulas 16.1, 21.1.1 y 21.1.2 del Contrato de Participación y el Artículo 74.11 de la Ley de Hidrocarburos no dejan lugar a dudas: se producirá la caducidad del Contrato de Participación debido al traspaso de derechos sin autorización previa. Por lo tanto, el Tribunal, al concluir que OXY traspasó derechos derivados del Contrato de Participación a AEC sin aprobación previa del Ministerio, debió también haber concluido que la caducidad se aplicó debidamente. Esa era la sanción precisa que acordaron las Partes en el caso del mencionado traspaso de derechos.

El Tribunal, de forma selectiva, hizo caso omiso del acuerdo de las Partes y aplicó un principio de “proporcionalidad” inexistente y reescribió o evitó la aplicación de las disposiciones claras que estaban incorporadas en el Contrato de Participación, negociado y acordado libremente.

Como explicó Ecuador en la Segunda Audiencia de Responsabilidad, OXY estaba pidiendo que el Tribunal “reescribiera” el Contrato de Participación como se indica a continuación<sup>93</sup>.

90. Contrato de Participación (énfasis en el original).

91. Ley de Hidrocarburos,

92. Contrato de Participación (énfasis en el original).

93. Presentación de Clausura del Ecuador, Segunda Audiencia de Responsabilidad, págs. 132-135.

	<b>Términos Reales</b>	<b>Lectura de OXY</b>
<b>Cláusula 16.1</b>	<i>El traspaso del presente Contrato de Participación o la cesión a terceros de derechos conforme a este Contrato de Participación debe contar con la autorización del Ministerio correspondiente, de acuerdo con las leyes y reglamentos existentes, especialmente las disposiciones que constan en el Art. 79 de la Ley de Hidrocarburos y los Decretos Ejecutivos No. 809, 2713 y 1179.</i>	<i>El traspaso del presente Contrato de Participación o la cesión a terceros de derechos conforme a este Contrato de Participación debe contar con la autorización del Ministerio correspondiente, de acuerdo con las leyes y reglamentos existentes, especialmente las disposiciones que constan en el Art. 79 de la Ley de Hidrocarburos y los Decretos Ejecutivos No. 809, 2713 y 1179, a menos que los terceros tengan una capacidad administrativa, técnica y financiera adecuada y no participen en ninguna conducta ilícita en el ejercicio de los derechos ya mencionados que resulte en un perjuicio cuantificable para Ecuador.</i>

	<b>Términos Reales</b>	<b>Lectura de OXY</b>
<b>Cláusula 16.4</b>	<i>Si la Contratista considera aconsejable crear consorcios o asociaciones para una o varias actividades adicionales de exploración y explotación cubiertas por este Contrato de Participación, la Contratista podrá hacerlo con la aceptación previa de PETROECUADOR y la autorización del Ministerio correspondiente. [...] La integración de esos consorcios o asociaciones, o el retiro de la Contratista de estos, sin la autorización del Ministerio correspondiente constituirá causales legales para declarar la resolución del presente Contrato de Participación.</i>	<i>Si la Contratista considera aconsejable crear consorcios o asociaciones para una o varias actividades adicionales de exploración y explotación cubiertas por este Contrato de Participación, la Contratista podrá hacerlo con la aceptación previa de PETROECUADOR y la autorización del Ministerio correspondiente [...] La integración de esos consorcios o asociaciones, o el retiro de la Contratista de estos, sin la autorización del Ministerio correspondiente constituirá causales legales para declarar la resolución del presente Contrato de Participación; con la condición de que no sea necesario buscar y obtener la aceptación previa de PETROECUADOR y la autorización del Ministerio correspondiente si los terceros con quienes los consorcios o asociaciones están formados tienen adecuada capacidad administrativa, técnica y financiera; y con la condición además de que el Ministerio no</i>

	<i>Términos Reales</i>	<i>Lectura de OXY</i>
		<i>podrá ejercer las causales legales para declarar la caducidad a menos que la formación de los consorcios o asociaciones causen daño cuantificable a Ecuador, y a menos que la sanción de caducidad sea proporcional a dicho daño.</i>
<b>Cláusula 16.5</b>	<i>La integración de dichos consorcios o asociaciones, o el retiro del Contratista de estos, sin la autorización del Ministerio correspondiente constituirá causales legales para declarar la resolución del Contrato de Participación.</i>	<i>La integración de dichos consorcios o asociaciones, o el retiro del Contratista de estos, sin la autorización del Ministerio correspondiente constituirá causales legales para declarar la resolución del Contrato de Participación, salvo que esas causales legales no existirán si la integración del consorcio no ocasionó un daño cuantificable a Ecuador, o si la sanción de caducidad no fuera proporcional con dicho daño.</i>
<b>Cláusula 21.1</b>	<i>Cláusula 21.1: Resolución. El presente Contrato se resolverá: 21.1.1 Mediante declaración de caducidad emitida por el Ministerio correspondiente por las causas y siguiendo el procedimiento</i>	<i>Cláusula 21.1: Resolución. El presente Contrato se resolverá: 21.1.1 Mediante declaración de caducidad emitida por el Ministerio correspondiente por las causas y siguiendo el procedimiento establecido en los</i>

	<i>Términos Reales</i>	<i>Lectura de OXY</i>
	<i>establecido en los Artículos setenta y cuatro (74), setenta y cinco (75) y setenta y seis (76) de la Ley de Hidrocarburos, en la medida que sean aplicables. 21.1.2 Debido a un traspaso de derechos y obligaciones del Contrato de Participación sin autorización del Ministerio del Ramo.</i>	<i>Artículos setenta y cuatro (74), setenta y cinco (75) y setenta y seis (76) de la Ley de Hidrocarburos, en la medida que sean aplicables, con la condición de que la caducidad podrá imponerse solamente si Ecuador sufrió un daño cuantificable por la violación, y si la sanción fuera proporcional a dicho daño. 21.1.2 Debido a un traspaso de derechos y obligaciones del Contrato de Participación sin la autorización previa del Ministerio correspondiente, con la condición de que, a pesar del lenguaje obligatorio anterior, no podrá ocurrir dicha resolución si el cesionario no autorizado tiene adecuada capacidad administrativa, técnica y financiera y no participa en ninguna conducta ilícita en el ejercicio de esos derechos y obligaciones que resulte en un daño cuantificable para Ecuador, o si la sanción de caducidad no es proporcional a dicho daño.</i>

En su Laudo, el Tribunal esencialmente aceptó el intento de OXY de reescribir el Contrato de Participación y con ello omitió observar y aplicar el principio de *pacta sunt servanda* incluido tanto en el derecho ecuatoriano como en el derecho internacional. El Tribunal “re-escribió” el Contrato de Participación de dos formas diferentes:

**Primero**, re-escribió la Cláusula 21.1.2 del Contrato de Participación cuando, en los párrafos 419 y 420 del Laudo, sostuvo lo siguiente:

“**419.** No existe controversia respecto de que la Declaratoria de Caducidad se refiere solamente al Artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos. Eso en sí mismo podría no ser el final del asunto si las disposiciones sobre resolución del Contrato de Participación fueran idénticas que en la Ley de Hidrocarburos, pero no lo son. El Artículo 74.11 de la Ley de Hidrocarburos faculta al Ministro para declarar la caducidad si la contratista ‘traspasa derechos o celebra un contrato o acuerdo privado para la cesión de uno o más de sus derechos, sin la autorización del Ministerio’. El Tribunal señala que la referencia solo es al traspaso de derechos. Por el contrario, la Cláusula 21.1.2 del Contrato de Participación se refiere a un traspaso no autorizado de ‘derechos y obligaciones’.

**420.** La Demandada no sugirió que la etapa de ‘ganancias’ del Acuerdo de Cesión de Derechos de alguna forma efectuase un traspaso de las obligaciones de OXY a AEC conforme al Contrato de Participación. El hecho es que la única parte que debía cumplir obligaciones frente a PETROECUADOR, y la única parte en contra de la cual PETROECUADOR podría haber pretendido exigir el cumplimiento de las obligaciones debidas en virtud del Contrato de Participación era OXY. Es por ese motivo presumiblemente que la Demandada buscó proceder en virtud de la Ley de Hidrocarburos y no en virtud del Contrato de Participación”.

La interpretación del Tribunal de la Cláusula 21.1.2 es a todas luces incorrecta.

La intención de las Partes cuando redactaron esta Cláusula no pudo haber sido que si OXY traspasaba derechos pero no obligaciones a un tercero sin la aprobación previa del Ministerio, el Contrato de Participación no se resolvería. Esa interpretación de la Cláusula 21.1.2 del Contrato de Participación elimina todo el propósito de dicha cláusula<sup>94</sup> y no solo de la cláusula sino de la ley. Lo que las Partes acordaron fue que cualquier derecho traspasado implica el traspaso de la obligación correspondiente. La interpretación errónea

de la Cláusula 21.1.2 del Contrato de Participación por parte del Tribunal no es otra cosa que un sofisma cuya finalidad es no observar y no aplicar el principio de *pacta sunt servanda*. La interpretación errónea de la Cláusula 21.1.2 del Contrato de Participación por parte del Tribunal equivale a un exceso de facultades.

**Segundo**, el Tribunal también re-escribió la Cláusula 21.1.1 del Contrato de Participación. En los párrafos 421 y 422 del Laudo, el Tribunal sostuvo lo siguiente:

“**421.** Ni la posición cambia por el hecho de que OXY haya acordado que el contrato ‘se resolverá’ en caso de ‘una declaración de pérdida del derecho emitida por el Ministerio correspondientes por las causas y siguiendo el procedimiento establecido en el Artículo 74 [...] de [la Ley de Hidrocarburos] [...]’. La referencia a una declaración de caducidad en virtud de la Ley de Hidrocarburos solamente puede significar una declaración hecha debidamente; no se puede entender que la contratista haya acordado aceptar la resolución en circunstancias en que la Declaratoria se emita contrariamente al requisito de proporcionalidad del derecho ecuatoriano.

**422** El hecho de que una contratista acuerde que la caducidad puede ser un recurso en ciertas situa-

ciones no significa que la contratista haya renunciado a su derecho de que ese recurso se imponga de forma proporcional, o si no, que se imponga de acuerdo con todas las leyes pertinentes. Es todavía más aplicable cuando, como en el presente caso, las partes han acordado que el contrato debe regirse por un ordenamiento jurídico (el derecho ecuatoriano) que expresamente requiere que se observe el principio de proporcionalidad. El Contrato de

*El Tribunal evitó la aplicación del Contrato de Participación.*

Participación no contiene ninguna indicación de que exista la intención de ‘contratar excluyendo’ la proporcionalidad o cualquier otro principio jurídico de aplicación general”.

Como alegó el Ecuador en la Segunda Audiencia de Responsabilidad, el Tribunal reescribió la Cláusula 21.1.1 del Contrato de Participación al añadir las frases “debidamente hecho” y “de acuerdo con el requisito de proporcionalidad del derecho ecuatoriano”. El Contrato de Participación no contiene esas palabras.

Sin mencionar las razones, el Tribunal evitó la aplicación del Contrato de Participación —omitiendo así aplicar el principio de *pacta sunt servanda* incluido en el derecho ecuatoriano y el derecho internacional— sobre la base de dos teorías incomprensibles:

94. Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005 (Libro IV), Artículo 1578, que consagra el principio del efecto útil en la interpretación de los contratos (“El sentido en que una cláusula puede surtir algún efecto deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de surtir efecto alguno”).

**Primera teoría:**

En los párrafos 418 y 419 del Laudo, el Tribunal sostuvo lo siguiente:

“**418.** Volviendo a los tres argumentos planteados por la Demandada mencionados precedentemente, el Tribunal no acepta la afirmación de que la jurisprudencia del CIADI citada por las Demandantes difiere ante la ausencia de una disposición contractual similar a la que contempla la Cláusula 21 del Contrato de Participación. El Decreto de Caducidad no fue sancionado sobre la base de un incumplimiento contractual sino sobre la base de supuestos incumplimientos del Artículo 74 de la LHC. Este es un punto de importancia general dado que la Demandada argumentó de manera constante que no podía considerarse que la caducidad fuera una violación del Tratado cuando constituye una sanción que fue acordada libremente por OPEC. En consecuencia, este tema exige que se realice un análisis minucioso.

**419.** No hubo desacuerdo en que el Decreto de Caducidad se refiere sólo al Artículo 74 de la LHC. Este punto no bastaría para fin (sic) a la discusión si las disposiciones relativas a la extinción incluidas en el Contrato de Participación fueran idénticas a las de la LHC, pero no lo son. El Artículo 74.11 de la LHC faculta al Ministro a declarar la caducidad si el con-

tratista “*traspasare derechos o celebrare contrato o acuerdo privado para la cesión de uno o más de sus derechos, sin la autorización del Ministerio*”. El Tribunal observa que se hace referencia únicamente a una transferencia de derechos. Por el contrario, la Cláusula 21.1.2 del Contrato de Participación hace referencia a una transferencia no autorizada de ‘derechos y obligaciones’”.

El hecho de que la Declaratoria de Caducidad no se refirió expresamente a un incumplimiento de las Cláusulas 16.1, 21.1.1 ó 21.1.2 del Contrato de Participación no viene al caso o es falso, por tres razones:

**Primera**, como ya se indicó, el Contrato de Participación, sobre todo en la Cláusula 21.1.1, incorporó expresamente por referencia el Artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos, el cual a su vez se refería expresamente al Decreto de Caducidad. Por lo tanto, por efecto de esa incorporación, un incumplimiento del Artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos automáticamente implica un incumplimiento del Contrato de Participación.

**Segunda**, la conclusión del Tribunal de que no hay incumplimiento del Contrato de Participación porque la Declaratoria de Caducidad no se refería expresamente a un incumplimiento de éste, es infundada e ilógica. La determinación del Tribunal en el párrafo 418 del Laudo es particularmente preocupante a la luz de la determinación del Tribunal en el párrafo 452 del Laudo de que “*Se deduce que [...] OXY [...] incumplió*

*la Cláusula 16.1 del Contrato de Participación [...]*”.

**Tercera**, la Declaración de Caducidad en realidad sí se refería al Contrato de Participación y al incumplimiento de este por parte de OXY. En la Declaración de Caducidad se hace referencia tres veces al incumplimiento del Contrato de Participación<sup>95</sup>. Es más, en la primera página se declara lo siguiente:

“*El Ministro de Energía y Minas [...] le solicita al Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR inicie el trámite previsto en la cláusula 21.2 y siguientes del CONTRATO que prevé la declaratoria de caducidad[,] considerando que las acciones ejecutadas por la CONTRATISTA, tipificadas como infracciones en los numerales 11, 12 y 13 del Art. 74 de la Ley de Hidrocarburos y en las cláusulas 21.1.1 y 21.1.2 del CONTRATO, representan causales para esa declaratoria [...]*”<sup>96</sup>.

Por tal motivo, la primera teoría del Tribunal dirigida a evitar la aplicación del Contrato de Participación y, por ende, el principio de *pacta sunt servanda* es fundamentalmente defectuosa y equivale a no aplicar el derecho aplicable, y a un exceso manifiesto de sus facultades.

<sup>95</sup>. Decreto de Caducidad, págs. 1, 5 y 16.

<sup>96</sup>. Decreto de Caducidad, pág. 1.

**Segunda teoría:**

Al final del párrafo 422 del Laudo, el Tribunal sostuvo lo siguiente:

“*[...] El Contrato de Participación no contiene nada que indique la intención de ‘contratar excluyendo’ la proporcionalidad o cualquier otro principio jurídico de aplicación general*”.

El párrafo que se acaba de transcribir se refiere a la nota al pie número 35 del Laudo, que reza así:

“*En todo caso, se debe dudar de que las partes hayan podido contratar excluyendo un principio de tanta importancia que está incluido en la Constitución del Ecuador*”.

La segunda teoría del Tribunal fracasa por tres razones:

**Primera**, las Partes no tuvieron la intención de someter una declaratoria de caducidad a ningún requisito de proporcionalidad. La intención de las Partes puede apreciarse claramente del lenguaje del Contrato de Participación, y allí, las Partes no incluyeron ninguna referencia siquiera respecto a ‘*proporcionalidad*’. De hecho, no hay ninguna disposición en el Contrato de Participación que establezca que la caducidad debería aplicarse de acuerdo con un principio de proporcionalidad.



París, sábado 5 de abril de 2014, Oficinas de Dechert LLP. Reunión preparatoria para la audiencia sobre la anulación caso OXY. Blanca Gómez de la Torre, Directora de Asuntos Internacionales y Arbitraje de la Procuraduría, expone sus observaciones al contenido de la presentación de apertura del Ecuador. De izquierda a derecha: José Manuel García Represa, Pierre Mayer (Dechert LLP), Diego García Carrión y Blanca Gómez de la Torre (Procuraduría General del Estado).

**Segunda**, el Tribunal no explicó en ninguna parte del Laudo cómo un “*principio de proporcionalidad*” evitaría que se aplique el Contrato de Participación. La nota al pie número 35 del Laudo parece sugerir, sin ningún análisis, que, debido a su “*importancia crucial*” y a su inclusión en la Constitución del Ecuador, el “*principio de proporcionalidad*” sería una norma obligatoria conforme al derecho ecuatoriano. Eso es incorrecto. Ecuador explicó en la Segunda Audiencia de Responsabilidad que, conforme al derecho ecuatoriano, la proporcionalidad no es obligatoria sino que es, con mucho, una norma

supletoria que apunta a completar la voluntad de las Partes expresada en el Contrato de Participación.

OXY no refutó los alegatos del Ecuador y el Tribunal no ofreció ningún argumento para explicar por qué lo pasó por alto. En ese caso, la voluntad de las Partes es clara —como los términos del Contrato de Participación— y por lo tanto, no cabe el principio de proporcionalidad.

**Tercera**, aun suponiendo que el “*principio de proporcionalidad*” fuera una norma obligatoria en virtud del derecho ecuatoriano, el Tribunal en todo caso no

explicó cómo ese principio, según los hechos del caso, podrían reconciliarse con el principio de *pacta sunt servanda* también incluido en la misma Constitución del Ecuador.

OXY no alegó de ninguna forma que el Contrato de Participación debiera anularse de alguna forma por aplicación de una presunta norma obligatoria de proporcionalidad contenida en la Constitución del Ecuador. Por lo tanto, al adoptar esa teoría por propia iniciativa, el Tribunal, además de excederse abiertamente en sus facultades, también incumplió los derechos de debido proceso del Ecuador y cometió una grave violación de una norma fundamental de procedimiento. Ecuador en ningún momento tuvo la oportunidad procesal de debatir la aplicación novedosa del Tribunal del principio de proporcionalidad, que finalmente adoptó y empleó para anular el Contrato de Participación.

Al sustentarse en dos teorías jurídicas fundamentalmente defectuosas para evitar la aplicación del Contrato de Participación, el Tribunal omitió aplicar el principio *pacta sunt servanda*, y con ello se excedió abiertamente en sus facultades.

### 3.2.4. EL TRIBUNAL NO DEMOSTRÓ EN SU LAUDO DE QUÉ FORMA LA DISPOSICIÓN SOBRE TRATAMIENTO JUSTO Y EQUITATIVO DEL TBI PODRÍA SERVIR DE SUSTENTO PARA EVITAR LA APLICACIÓN DEL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN.

En el párrafo 404 del Laudo, el Tribunal declaró que

“*en diversas ocasiones, se ha interpretado que la obligación del tratamiento justo y equitativo conlleva la obligación de proporcionalidad*”.

Para justificar esa afirmación, el Tribunal se refiere a cuatro casos previos del CIADI: los casos *MTD*, *Tecmed*, *Azurix* y *LG&E*. Sin embargo, ninguno de esos casos sirve para sustentar la existencia “*en el contexto de las controversias internacionales de inversión*” de una supuesta “*obligación de proporcionalidad*” en virtud de la norma de tratamiento justo y equitativo como la que aplicó el Tribunal en este caso.

Por el contrario, los casos mencionados confirman que la Declaratoria de Caducidad, como ejercicio de una sanción acordada contractualmente por las Partes, no puede violar el criterio de tratamiento justo y equitativo en virtud del Tratado.

De los casos citados, el Tribunal prestó especial atención al caso *Tecmed*. Sin embargo, el caso *Tecmed* no sustenta la posición del Tribunal en el caso presente, por los siguientes motivos:

- a. *Primero*, contrariamente a lo afirmado por el Laudo, el Tribunal de *Tecmed* no interpretó que la norma de tratamiento justo y equitativo supusiese una “*obligación de proporcionalidad*”. El Tribunal de *Tecmed* concluyó que la norma de tratamiento justo y equitativo protege las legítimas expectativas del inversionista. No se hizo ninguna referencia a una obligación de proporcionalidad.

Al aplicar la definición de la norma del tratamiento justo y equitativo presentada por el Tribunal en el caso Tecmed a los hechos del presente caso, como ejercicio de una prerrogativa contractual que las partes libremente acordaron, se llega a la única conclusión posible de que la Declaración de Caducidad no frustra las expectativas legítimas de OXY, y por lo tanto no constituye una violación de la norma del tratamiento justo y equitativo conforme al Tratado.

Sorpresivamente, y para luego contradecirse, esa fue la conclusión a la que llegó el Tribunal en el párrafo 383 del Laudo:

*“Habiendo concluido más arriba que el hecho de que OXY no obtuvo la autorización necesaria de las autoridades del Ecuador en octubre de 2000, si bien no equivalió a mala fe, sí fue negligente, el Tribunal considera que no se puede determinar que OXY hayan tenido la expectativa legítima de que el Ministro no ejercería su discreción y no impondría la caducidad. No haber obtenido la autorización necesaria significó que OXY incumplió la Cláusula 16.1 del Contrato de Participación y fue culpable de una violación procesable del Artículo 74.11 de la Ley de Hidrocarburos, la cual, como una de sus opciones, expresamente permitía que el Ministro*

*declarara la caducidad de los Contratos de Participación y de los Acuerdos de Operación Conjunta. Por tal motivo, se rechaza la afirmación de OXY de que la Declaratoria de Caducidad frustró sus expectativas legítimas”*<sup>97</sup>.

Por lo tanto, el caso Tecmed no puede servir de sustento para que el Tribunal se base en la norma del tratamiento justo y equitativo a fin de eludir la aplicación del Contrato de Participación.

- b. Segundo, el Tribunal del caso Tecmed aplicó una prueba de proporcionalidad basándose en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con relación a la expropiación (y no según la norma del tratamiento justo y equitativo). La prueba aplicada por el Tribunal del caso Tecmed en el contexto de la expropiación es evidentemente distinta a la supuesta “obligación de proporcionalidad” que el Tribunal aplicó en el contexto de la norma del tratamiento justo y equitativo. Por lo tanto, contrariamente a la proposición del Tribunal, el Derecho aplicado por el Tribunal en el presente caso no es el mismo que el aplicado por el Tribunal del caso Tecmed.
- c. Tercero, en cuanto a los hechos, el caso Tecmed trataba sobre la emisión de un permiso para explotar un predio de relleno de desperdicios peligrosos. En

ese caso, no se presentó ningún tema sobre ejecución y resolución de un contrato. Por lo tanto, el caso de Tecmed no puede servir de sustento para que el Tribunal se base en la disposición de tratamiento justo y equitativo del Tratado en el presente caso y eludir la aplicación del Contrato de Participación.

El Tribunal también se sustentó en los casos Azurix y LG&E, cuyos Tribunales mencionaron y aplicaron el principio de proporcionalidad de la misma forma que en el caso Tecmed, es decir, (i) en el contexto de una expropiación y no según la norma del tratamiento justo y equitativo; y (ii) después de haber demostrado que una medida tomada por el Estado privó a un inversionista de sus derechos de propiedad sin que mediara indemnización, lo cual equivale a una expropiación incumpliendo así el tratado.

Es decir, el Tribunal en realidad aplicó una norma completamente distinta que no tiene sustento alguno en la jurisprudencia de arbitrajes de inversión. Con lo cual excedió manifiestamente en sus facultades.

### 3.2.5. EL TRIBUNAL NO DEMUESTRA QUE, CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL, EXISTA UN “PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD” QUE ANULE EL PRINCIPIO DE PACTA SUNT SERVANDA

98. Laudo, § 403.

99. James y otros contra El Reino Unido, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 21 febrero de 1986, solicitud no. 8793/79.

100. Por ejemplo, J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contra Comisión de las Comunidades Europeas, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia del 14 mayo de 1974, Caso 4-73, *Informes del Tribunal Europeo* 1974, pág. 00491.

Para respaldar su afirmación inaudita de que la norma del tratamiento justo y equitativo y el derecho internacional consuetudinario hacen necesario evitar la aplicación de contratos “desproporcionados”, el Tribunal simplemente se refiere a “Europa”, en donde uno supuestamente encuentra “el conjunto más desarrollado de jurisprudencia” sobre la proporcionalidad<sup>98</sup>.

Sin embargo, el Derecho europeo no contiene ni el más remoto respaldo de esta afirmación. Es revelador que el Tribunal no haya presentado ninguna autoridad ni casos específicos.

En el contexto europeo, el principio de la proporcionalidad únicamente se aplica cuando se ha demostrado que hubo una violación de un derecho o libertad fundamental para determinar si se puede justificar el incumplimiento. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso citado en el Laudo del caso Tecmed, únicamente activó un examen de la proporcionalidad una vez que se demostró que la demandante había sido privada de sus derechos de propiedad<sup>99</sup>. De igual manera, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea únicamente examina si se justifican las medidas que incumplen los derechos de propiedad en interés público<sup>100</sup>. Por lo tanto, incluso si de equiparar al derecho europeo con el derecho internacional

97. Laudo, § 383.

consuetudinario se tratara, lo cual Ecuador cuestiona, el único principio que podría surgir sería en el sentido de que los incumplimientos de los derechos fundamentales están sujetos a algún tipo de revisión judicial.

En la presente controversia, el Tribunal ha hecho exactamente lo opuesto: en vez de demostrar que se incumplieron los derechos de OXY (lo cual no sucedió), y posteriormente examinar si el incumplimiento fue proporcional a los objetivos que se buscaban, el Tribunal simplemente consideró que todos los actos del Ecuador, aunque fueron legítimos y respetaron los derechos contractuales de OXY, están sujetos a un examen general e irrestricto de proporcionalidad.

En última instancia, lo que el Tribunal presenta como un principio de “proporcionalidad” es lo mismo que una arbitrariedad pura y desmedida. Efectivamente, en el párrafo 417 del Laudo, el Tribunal presenta en los siguientes términos el contenido de la prueba de “proporcionalidad” que decidió aplicar:

*“A fin de cuentas, la prueba seguirá siendo una de criterio general, en la que se sopesen los intereses del Estado con los de la persona particular, a fin de*

*evaluar si una sanción específica es una respuesta proporcional en las circunstancias específicas”<sup>101</sup>.*

Por lo tanto, el Tribunal no juzgó de acuerdo con normas vinculantes (y específicamente con las acordadas en el Contrato de Participación), sino que simplemente llegó a su propia conclusión de lo que era justo en el presente caso ‘sopesando’ de manera libre y arbitraria todos los intereses que consideró pertinentes.

Sin embargo, esa no fue la misión que le encomendaron las Partes. Es más, las Partes no acordaron en ninguna parte que el Tribunal podía actuar como un amigable componedor o resolver sobre la controversia en equidad y conciencia. El Artículo 42 (3) del Convenio CIADI establece que las Partes deberán acordar de forma expresa otorgar al Tribunal la facultad de resolver en equidad y conciencia para actuar como amigable componedor en la solución de la controversia. Dado que en el presente caso las Partes en ningún momento le otorgaron al Tribunal dicha facultad, éste evidentemente se excedió en sus facultades al actuar como amigable componedor para determinar la responsabilidad de Ecuador<sup>102</sup>.

101. También, en § 450, el Tribunal declaró que “el principio prevaleciente de proporcionalidad exige que cualquier objetivo administrativo de ese tipo se sopesen comparando con los propios intereses de las Demandantes y con la verdadera naturaleza y efecto de la conducta que se está censurando”, Laudo.

102. Decisión de Anulación en MTD, § 44, (“[...] está demostrado que [...] una resolución que se pronuncia de acuerdo con lo correcto y lo bueno —es decir, ejerciendo una discreción general no otorgada por el derecho aplicable— que no fue autorizada por las partes conforme al Artículo 42(3) del Convenio, puede constituir un exceso manifiesto de facultades”); Decisión de Anulación en MINE, § 5.03, (“el hecho de que un Tribunal haga caso omiso de las normas de derecho constituiría una derogación de los términos de referencia dentro de los cuales se autorizó la función del Tribunal. Entre los ejemplos de tal derogación están aplicar normas de derecho que no sean las acordadas por las partes, o una resolución que no se base en ningún Derecho a menos que las partes hayan acordado una resolución conforme a lo correcto y lo bueno. Si la derogación es manifiesta, ello implica un exceso manifiesto de facultades”).



París, sábado 5 de abril de 2014, Oficinas de Dechert LLP. Reunión preparatoria para la audiencia sobre la anulación caso OXY. El profesor Pierre Mayer (Dechert LLP) destaca los puntos relevantes de la solicitud de anulación del Laudo arbitral emitido en el caso Occidental. De izquierda a derecha: José Manuel García Represa, Pierre Mayer (Dechert LLP), Diego García Carrión, Blanca Gómez de la Torre (Procuraduría General del Estado), Diana Moya y Juan Espinosa (Procuraduría General del Estado).

### 3.2.6. EL TRIBUNAL SE EXTRALIMITÓ MANIFIESTAMENTE EN SUS FACULTADES AL NO REVELAR EN SU DECISIÓN LAS SUPUESTAS ALTERNATIVAS A LA CADUCIDAD QUE EN SU CRITERIO EXISTÍAN, PARA SU DETERMINACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Ecuador sostuvo durante el arbitraje que la Ley de Hidrocarburos solo prevé dos posibilidades frente a la cesión no autorizada de derechos por parte de OXY: o podría declarar la caducidad o no hacer nada.

La defensa del Estado le hizo saber al Tribunal que considerar que la Caducidad es una violación al TBI equivaldría a obligar a Ecuador a no hacer nada frente al incumplimiento de OXY del Contrato de Participación y de la Ley de Hidrocarburos, lo que significaría una violación de su soberanía.

Frente a este argumento, el Tribunal concluyó que frente a la existencia de la cesión de derechos realizada por OXY, Ecuador tenía alternativas frente a la declaratoria de Caducidad<sup>103</sup>. Esta conclusión fue una extralimitación manifiesta de las facultades del Tribunal, ya que ni

el Contrato de Participación ni la Ley de Hidrocarburos establecen alternativas a la caducidad.

El Tribunal concluyó erróneamente que las siguientes eran las alternativas jurídicas a la declaración de Caducidad:

- i. La insistencia en el pago de una tasa de cesión en el orden de USD 11,8 millones; y/o
- ii. La mejora de las condiciones económicas del contrato original; y/o
- iii. Un acuerdo negociado que podría, incluido el pago de la tasa de cesión, la renegociación del contrato y cualquier indemnización adicional<sup>104</sup>.

Lo lógico es que si el Tribunal determinó a su solo arbitrio la existencia de estas alternativas, tenía la obligación de considerarlas al momento de hacer el cálculo de la indemnización concedida a OXY. De lo contrario, cualquier indemnización por daños podría compensar en exceso y enriquecer injustamente a OXY<sup>105</sup>.

103. Laudo, § § 428-435.

104. Laudo, § 434.

105. Amoco International Finance contra la República Islámica de Irán, y otros, 15 Irán – U.S.C.T.R. en 257, Laudo Parcial, 14 de julio de 1987 § 225; véase también I. Marboe, “Compensation and Damages in International Law The Limits of Fair Market Value, [Compensación y daños en el Derecho Internacional; Los límites de valor justo de mercado]”, 4 (6) Transnational Dispute Management, 2007, pág. 723, § 733 (“The amount of damages must not exceed the damage actually incurred. This is necessary to avoid overcompensation”) “El importe de la indemnización no puede superar el daño efectivamente causado. Esto es necesario para evitar un exceso de compensación.”); Knull W. y otros, “Accounting for Uncertainty in Discounted Cash Flow Valuation of Upstream Oil and Gas Investments” [Consideración de la Incertidumbre en Valoración de los Flujos de Caja Descontados de Inversiones de Petróleo y Gas] 4 (6) Transnational Dispute Management, 2007, pág. 22 (énfasis en que si la valoración de los bienes expropiados no se realiza correctamente, “resultaría en un exceso de compensación, lo que permite al inversor mejorar, en lugar de simplemente restaurar, su posición anterior”).

El derecho internacional simplemente no permite que ocurra un enriquecimiento injustificado<sup>106</sup>.

El Tribunal concluyó que Ecuador habría actuado legalmente si hubiera insistido en cualquiera de las tres opciones<sup>107</sup>. Por lo tanto, aun en el escenario resuelto por el Tribunal, que el Ecuador hubiera declarado la caducidad sin pleno derecho para ello, el Laudo debería haber reconocido a favor de Ecuador el valor al que tenía derecho por la cesión ilegítima de los derechos.

En consecuencia, la indemnización a favor de OXY debió ser la diferencia entre el valor justo de mercado del Bloque 15 y el valor que Ecuador hubiera recibido con cualquiera de las alternativas a la declaratoria de Caducidad. Pero el Laudo no considera ninguna de ellas.

En efecto, el Tribunal no menciona ninguna de estas alternativas en el debate sobre daños y perjuicios, por lo que ignora sus propias opiniones y conclusiones. Su falta de consideración de estas alternativas constituye una extralimitación de poder<sup>108</sup> cuya única consecuencia es la anulación.

### 3.2.7. EL TRIBUNAL SE APARTÓ GRAVEMENTE DE UNA NORMA FUNDAMENTAL DE PROCEDIMIENTO CUANDO, EL 15 DE FEBRERO

### DE 2011, EL PRESIDENTE ANUNCIÓ POR CORREO ELECTRÓNICO LA DETERMINACIÓN FINAL Y NO MOTIVADA SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE ECUADOR.

El 15 de febrero de 2011, después de que el arbitraje se había tramitado por completo y se había agotado el calendario procesal fijado por el Tribunal, más de un año desde que Ecuador y OXY habían presentado sus alegatos finales sobre la responsabilidad, el Presidente del Tribunal envió a las Partes el siguiente mensaje por correo electrónico:

*“El Tribunal ha llegado al punto en sus deliberaciones en el que necesita la ayuda de los peritos de ambas partes, el Sr. Joseph Kalt y el Sr. Daniel Johnston, para ayudar al Tribunal a determinar el cálculo correcto de la indemnización.”*

*Por lo tanto, de conformidad con la Norma 34 (2) de las Normas de Arbitraje del CIADI, el Tribunal solicita a las partes que envíen a los Sres. Kalt y Johnson para consultas con el Tribunal en las oficinas centrales del CIADI en Washington, el miércoles 27 de abril de 2011, a las 10:30 de*

106. Caso Servicios Sea-Land, 6 Irán-U.S.C.T.R. 149, Laudo, 22 de junio de 1984, págs. 164-172 (el enriquecimiento injusto es un principio que “está codificado o judicialmente reconocido en la gran mayoría de los sistemas jurídicos municipales del mundo, y es ampliamente aceptado por haber sido asimilado en el catálogo de los principios generales del derecho disponibles [...]”) (Traducción no oficial).

107. Laudo, § § 431-434, Anexo A-1.

108. Decisión de Anulación en MHS, § 74 (el Comité considera que el error del Árbitro Único, al no considerar y mucho menos aplicar la definición de inversión ya contenida en el Acuerdo, es un grave error que dio origen a un fracaso manifiesto de ejercer jurisdicción).

la mañana. Si las partes están de acuerdo, al Tribunal desearía consultar con los peritos de las partes en privado, sin la presencia de los asesores legales”<sup>109</sup>.

Al afirmar, mediante correo electrónico, que el Tribunal requería de ayuda para “determinar el cálculo correcto de la indemnización”, quedó claro que había llegado a una decisión sobre responsabilidad desfavorable para Ecuador. Solo quedaba por determinarse la indemnización que se otorgaría a OXY. Y para ello, el Tribunal buscaba la ayuda de los peritos en daños que se presentaron en el arbitraje.

Sin embargo, las razones por las que el Tribunal concluyó que Ecuador era responsable por la violación del TBI siguieron siendo un misterio y no fueron comunicadas a las Partes sino hasta veinte meses después, cuando el Tribunal dictó el Laudo final el 5 de octubre de 2012.

Apenas Ecuador recibió el correo electrónico del Presidente del Tribunal, inmediatamente rechazó la conducta del Tribunal y le previno que había procedido “en violación de los Artículos 48 y 49 del Convenio CIADI y los artículos 47 y 48 de las Normas de Arbitraje”<sup>110</sup>.

Días más tarde, el Presidente Fortier, tratando de remediar el error, escribió a las partes expresando que “para que quede claro, el Tribunal reitera que continúan sus

deliberaciones”<sup>111</sup>. Si bien esa información era correcta en cuanto a la cuantía de la indemnización, razón por la que el Tribunal solicitaba la ayuda de los peritos, no se aplicaba (ni podía aplicarse) a las deliberaciones del Tribunal respecto a la responsabilidad, que, de acuerdo con el correo electrónico previo del Presidente Fortier, habían concluido.

El Ecuador nuevamente objetó la conducta del Tribunal y le advirtió lo siguiente:

“[...] [el mensaje de correo electrónico del 15 de febrero de 2011] deja en claro que el Tribunal tomó una decisión con respecto a la responsabilidad y la notificó a las Partes (i) sin haber presentado las razones y (ii) sin seguir los procedimientos establecidos en el marco del CIADI en violación del Convenio CIADI y de las Normas de Arbitraje del CIADI. Sin embargo, en sus mensajes de correo electrónico del 23 de febrero, el Tribunal (i) afirma que, ‘para que quede claro, el Tribunal reitera que continúan sus deliberaciones’ (una oración que únicamente podría aplicarse al tema de la cuantía para ser coherente con las afirmaciones del Tribunal en su correo electrónico del 15 de febrero [...]), e (ii) invita a las partes, a pesar de la ‘continuación de las deliberaciones’ y la propuesta de una reunión para el 27 de abril, y los posibles gastos que ello implique, a presentar ‘sus respectivas Declara-

ciones de Gastos incurridos en este procedimiento para el viernes, 11 de marzo de 2011.’ Reconociendo nuestras responsabilidades como representantes del Ecuador, preocupados por una cuestión de gran importancia para su pueblo, reiteramos nuestras reservas respecto al correo electrónico del 15 de febrero enviado en nombre del Tribunal, debemos expresar aquí y ahora la sorpresa que nos causan los mensajes de correo electrónico del Tribunal de fecha 23 de febrero y nos reservamos todos los derechos del Ecuador en ese sentido”<sup>112</sup>.

En un nuevo intento por rectificar la incorrección de procedimiento, el Presidente Fortier agravó aun más el problema con sus declaraciones durante la tercera audiencia sobre daños, el 30 de junio de 2011:

“Según recordarán las Partes, el 15 de febrero de 2011 el Tribunal informó a las partes que había llegado al punto en sus deliberaciones, tanto en cuanto a la responsabilidad como a la cuantía, en el que necesitaba la ayuda de los expertos en cuantía de ambas partes, el Profesor Joseph Kalt y el Sr. Daniel Johnston.

Más específicamente, el Tribunal afirmó que, en el caso de que, después de que termine la primera eta-

pa de sus deliberaciones, llegue a una conclusión positiva en cuanto a la responsabilidad, tendría que determinar el valor justo de mercado del Bloque 15 a mayo 2006”<sup>113</sup>.

Esta declaración del Presidente Fortier fue inexacta. En su mensaje de correo electrónico del 15 de febrero de 2011, únicamente indicaba que el Tribunal necesitaba la ayuda de los peritos en cuantía para el tema de la indemnización. En ninguna parte del mensaje de correo electrónico del 15 de febrero de 2011 se indicaba o insinuaba que estaban en curso las deliberaciones del Tribunal sobre la responsabilidad. Por el contrario, dicho mensaje de correo electrónico fue explícito al indicar que “El Tribunal llegó al punto en sus deliberaciones en el que necesita la asistencia de los peritos de ambas partes [...] para que ayuden al Tribunal a determinar el cálculo correcto de indemnización”<sup>114</sup>. El Ecuador no entiende dónde en el mensaje puede verse que el Tribunal necesitaba asistencia de los peritos en daños en cuestiones de responsabilidad.

La realidad es que las declaraciones del Presidente Fortier no concuerdan entre sí. Su correo electrónico del 15 de febrero de 2011 no dejó ninguna duda: el Tribunal había llegado a una decisión sobre responsabilidad y necesitaba ayuda para calcular la indemnización. El

109. Mensaje de correo electrónico del Tribunal enviado a las Partes de fecha 15 de febrero de 2011.

110. Mensaje de correo electrónico del Ecuador enviado al Tribunal, de fecha 18 de febrero de 2011.

111. Mensaje de correo electrónico del Tribunal enviado a las Partes, de fecha 23 de febrero de 2011.

112. Mensaje de correo electrónico del Ecuador enviado al Tribunal, de fecha 3 de marzo de 2011.

113. Tercera Audiencia sobre Cuantía, Declaración Introdutoria del Presidente Fortier.

114. Mensaje de correo electrónico del Tribunal enviado a las Partes, de fecha 15 de febrero de 2011.

problema es que el Tribunal no comunicó el razonamiento que lo llevó a determinar la responsabilidad ni antes, ni el 15 de febrero de 2011, ni con los intentos posteriores del Presidente Fortier.

Con ello, el Tribunal cometió una grave desviación de las normas fundamentales de procedimiento establecidas en el Convenio CIADI y sus Reglas de Arbitraje. En particular, el Artículo 48 (3) del Convenio exige que el Laudo “*indique las razones en las que se basó*”. La Regla de Arbitraje 47 asimismo establece que “*el Laudo debe realizarse por escrito y contener: [...] (i) la resolución del Tribunal sobre cada asunto presentado ante este, junto con las razones en que se basa la resolución*”.

Esas disposiciones ordenan, entre otras cosas, que el Tribunal comunique su resolución por escrito e “*indique las razones en que esta se basa*”. El Tribunal no cumplió con ese requisito y privó al Ecuador del mismo beneficio y protección que esas normas de procedimiento ofrecen<sup>115</sup>.

Y estas normas no son de simple procedimiento, reconocen un principio de justicia común a la mayoría de ordenamientos jurídicos. La lógica detrás de la regla de que las resoluciones deben “*indicar las razones en que se basan*” es doble:

*Primero: “indicar las razones de una resolución judicial se considera en general un requisito previo para que exista una administración de justicia ordenada. Una sentencia motivada contribuye no solo a garantizar que se haga justicia, sino a que también para que se perciba que se hizo justicia”*<sup>116</sup>. Por consiguiente, la obligación de enunciar las razones es ineludible.

*Segundo*, la gran mayoría de ordenamientos jurídicos (entre ellos, el sistema del CIADI) también exigen que se den las razones junto con la resolución en sí, es decir, simultáneamente. De lo contrario, las partes no pueden percibir que se hizo justicia. Dicho en pocas palabras, las razones de una resolución son parte de la propia resolución. Un Tribunal no debe llegar a una decisión y después interpretar las razones que la sustentan. Las partes también deben “*percibir*” que las razones que sustentan una resolución existían en el momento en que se pronunció la resolución.

Aun cuando el Tribunal hubiera detallado *a posteriori* las razones en que sustentó su resolución sobre responsabilidad, ello no rectifica de manera retroactiva la violación por parte del Tribunal de la regla fundamental que exige que el Laudo exponga las razones en que se basa.

Cualquier persona que lea la resolución del Tribunal sobre responsabilidad se dará cuenta de inmediato de que el Tribunal primero resolvió que el Ecuador era responsable y después buscó las razones para sustentar la resolución.

### 3.3. Daños

En su Laudo final, el Tribunal Arbitral concluyó que: (i) el Ecuador violó el Artículo II.3 (a) del TBI al no brindar un trato justo y equitativo a la inversión de OXY; (ii) violó el artículo III.1 del TBI al expropiar la inversión de OXY a través de una medida “equivalente a la expropiación” cuando dictó la caducidad; y (iii) OXY violó la cláusula 16.1 del Contrato de Participación al no obtener la autorización ministerial a los fines de la transferencia de derechos mediante el acuerdo Farm-out.

El Tribunal consideró que la falta de solicitud por parte de OXY para contar con la autorización de las autoridades ecuatorianas, si bien no constituyó mala fe, fue una decisión imprudente y desacertada. La violación de la cláusula 16.1 del Contrato de Participación, por parte de OXY, implicó una violación del Artículo 74.11 de la Ley de Hidrocarburos que expresamente le daba la opción al Ministro del ramo de declarar la caducidad del Contrato.

Concluyó que en vista de la violación por parte del Estado Ecuatoriano de los términos del TBI al declarar

la caducidad y de la actuación negligente de OXY al no solicitar la autorización de las autoridades ecuatorianas que se constituyó en su causa, existía una culpa compartida entre el Estado ecuatoriano y que OXY, y que OXY debía pagar un precio por haber cometido un acto ilícito. Así, determinó, de manera discrecional, que este precio correspondía al 25% del perjuicio OXY habría sufrido al dictarse la Declaratoria de Caducidad.

Como consecuencia de estas violaciones, el Tribunal dictaminó que OXY debía ser indemnizada y decidió otorgar a OXY una indemnización de USD 1.769’625.000 más intereses.

*“El único efecto posible de una cesión de derechos es el que está previsto en la Ley y el contrato: la caducidad. Y que el efecto directo de haberse hecho una cesión de derechos del 40% es que, aun en el evento de que el Tribunal considerara que Ecuador es responsable, tendría que deducir como mínimo ese porcentaje del que no era propietario Occidental al haber cedido sus derechos”.*

*Dr. Diego García Carrión  
El Comercio, 18 de abril de 2012*

<sup>115</sup>. Decisión de Anulación en MINE, § 5.05 (“[...] la desviación debe ser sustancial y ser tal que prive a una parte del beneficio o de la protección que la regla tuvo la finalidad de ofrecer”).

<sup>116</sup>. Ch. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair, *The ICSID Convention, A commentary*, Cambridge University Press, 2ª Edición, Artículo 52, §§ 281-282.

Al tomar esta decisión, el Tribunal rechazó los otros descuentos que, fuera de la culpa compartida, Ecuador alegó que debían efectuarse, y que son:

- La aplicación de la ley 42-2006;
- La ley interpretativa del IVA;
- La aplicación del Farm-out, debido al cual OXY solo podría reclamar el 60% de cualquier valor, porque AEC es la titular del restante 40%.

Pese a reconocer la violación del Contrato y la Ley por parte de OXY (al haber cedido el 40% de sus derechos a AEC), el Tribunal reconoció también a OXY el derecho a una indemnización equivalente al 100% de los derechos reclamados, beneficiando al infractor de su propia falta y excediendo sus competencias respecto del 40% de derechos que pertenecen a un tercero ajeno a la controversia, no protegido por el TBI bajo el que ejercieron su jurisdicción.

Además, el Tribunal desestimó los reclamos reconvenionales del Ecuador; y ordenó a cada Parte el pago de sus propias costas legales, y a las dos Partes el pago a medias de los costos del CIADI y del Tribunal relacionados con el procedimiento.

La profesora Brigitte Stern dictó una opinión disidente en la que revela las gravísimas violaciones en las que incurrió el Tribunal respecto de los principios aplicados, y realizó un análisis distinto para la determinación de daños.

Su discrepancia se resume en dos puntos:

1. Se ha subestimado groseramente la consecuencia del ilícito de OXY al violar el derecho ecuatoriano y la importancia que tiene para cada Estado la observancia de su orden jurídico;
2. La posición de la mayoría respecto de los efectos del acuerdo Farm-out es escandalosa en términos jurídicos y adolece de una absoluta falta de fundamentación. Existe un manifiesto exceso de poder al anular un contrato relativo a una sociedad que no era parte del arbitraje ni sujeto a la jurisdicción del Tribunal por tratarse de un inversor chino. Con esta decisión el Tribunal se constituiría en partícipe de la violación del principio internacional que prohíbe el enriquecimiento injusto, en caso de que OXY no entregara el 40% de la indemnización a dicho inversor.

La profesora Stern discrepa con el razonamiento respecto de lo que el Tribunal denominó “cuestiones preliminares” que debieron tomarse en cuenta para efectos del Laudo; es decir:

- a. La Ley 42-2006: cumple con exactitud la función de un impuesto o un gravamen.
- b. Ley interpretativa del IVA: el cobro del IVA debió ser analizado y la mayoría del Tribunal no lo hizo. Su no devolución no parece ser una violación al Contrato.
- c. El acuerdo Farm-out: i) su esencia era una cesión de derechos y no la imposición de responsabilidades

contractuales; y ii) la mayoría se excedió en sus poderes al anular los derechos de Andes; el Tribunal solo pudo otorgarle el 60% de los daños a OXY.

- d. OXY asumió el riesgo de la caducidad al firmar el Contrato de Participación, por lo que habría sido más razonable distribuir la responsabilidad entre OXY y Ecuador utilizando una división 50/50, aunque –según la Profesora– esto se debe a una diversa apreciación de los hechos más que a un error de derecho.

En vista de que, en su determinación de daños, el Tribunal no indicó su motivación y excedió manifiestamente sus poderes, el Laudo debe ser anulado. Varias son las razones para ello:

### 3.3.1. EL TRIBUNAL NO INDICÓ LA MOTIVACIÓN PARA BASARSE EXCLUSIVAMENTE EN UN MODELO DE FLUJO DE CAJA DESCONTADO PARA DETERMINAR EL VALOR JUSTO DE MERCADO DE LA INVERSIÓN DE OXY.

Aunque las Partes acordaron durante el arbitraje que el valor justo de mercado (VJM) podía ser la norma para determinar una compensación a favor de OXY, en el caso de que el Tribunal determinara que Ecuador era responsable de la violación del TBI, no llegaron a un acuerdo en el método que se debe utilizar para determinar dicho valor ni la relevancia que debía darse a los análisis de flujo de caja descontado (FCD) realizados por los peritos en daños de las Partes.

Durante la fase de *daños* del arbitraje, las Partes alegaron extensamente sobre la aplicación de los modelos de FCD para propósitos de valoración. Mientras que la posición de OXY fue que: “*El método de FCD es la única metodología fiable por medio de la cual calcular sus daños*”<sup>117</sup>, Ecuador citó que “*El análisis de las Demandantes no estaba... corroborado por ninguna otra metodología*”<sup>118</sup>. En lugar de esto, Ecuador “*confirmó sus análisis de FCD con otros métodos de valoración, incluyendo el uso de información de ventas comparable*”<sup>119</sup>.

117. Réplica sobre Daños presentada por OXY y Memorial de Contestación sobre Daños en la Reconvención, de fecha 12 de junio de 2009, § 46 en la parte final.

118. Contra-memoria del Ecuador sobre *Cuantía* y Memoria de Daños por Contrademanda de fecha 9 de marzo de 2009, § 171.

119. Contra-memoria del Ecuador sobre *Cuantía* y Memoria de Daños por Contrademanda de fecha 9 de marzo de 2009, § 86. Véase además Dúplica de Ecuador sobre *Cuantía* y Réplica sobre Daños y Perjuicios en la Reconvención de fecha 8 de septiembre de 2009, Sección 70, § 233 (“*Aunque el FCD es una herramienta de valoración útil, también es crítico examinar las ventas comparables ya que permite al evaluador comprobar la razonabilidad de las hipótesis del FCD versus las condiciones del mercado*”); la declaración de apertura de Ecuador en la primera Audiencia de *Cuantía*, D2:P148:L9-22, (explicando que, en el caso las transacciones comparables son una “*bendición*” que permiten corroborar una metodología del FCD) y D2:P195:L20-P196:L11 (explicando que “*Las Demandantes no han presentado un informe [VJM], sino que han presentado un informe de vendedor; que está designado para obtener un precio en lugar de valorizar el activo. Es un deber del Tribunal calcularlo [el VJM] tal como lo hubieran determinado un comprador dispuesto y un vendedor dispuesto, en base a la información al momento de la terminación*”).

Esta metodología para calcular el VJM también fue debatida por los peritos de daños de las Partes.

El perito en daños de OXY alegaba que:

*“El método económico estándar para medir el VJM actual en un flujo de ingresos netos (Por ej. Ingresos brutos menos costos de empleados internos) que puede obtenerse en una operación de un proyecto de varios años como por ejemplo, el desarrollo del Bloque 15 de OXY es el cálculo del valor presente (Al 16 de mayo de 2006) de los beneficios netos, o “flujo de caja descontado”<sup>120</sup>.*

Los peritos ecuatorianos, a su vez, resaltaron que el método utilizado por el perito de OXY no podía ser usado sin contrastarlo con otros métodos de valoración, al afirmar que:

*“109. Está amplia y comúnmente aceptado el complementar un método de valoración con otros si están disponibles o si son prácticos para obtener mayor tranquilidad o certeza sobre el valor real de un activo. Algunos analistas se refieren a estos métodos como “Comprobaciones de la realidad”. Como explica Forrest Garb: 70 “Animo a la utilización simultánea de todos los métodos [valoración] para reducir la posibilidad de pasar por alto al-*

*gún aspecto negativo de una compra” - . p. 9 “Un único criterio en sí mismo es falible y no debe ser considerado como una medida adecuada para una inversión. Para protegerse de una equivocación, todos los criterios deben ser revisados, y los que parezcan fuera de lugar deben ser estudiados. Determinaciones adecuadas VJM deben considerar el factor tiempo del flujo de ingresos y de los aspectos tecnológicos, económicos y las incertidumbres políticas” - . p. 17.*

*110. En resumen, aunque he empleado el análisis FCD en este asunto, no es la única técnica de valoración válida. Por otra parte, tal como se describe por el Sr. Garb anteriormente, múltiples técnicas de valoración deben ser consideradas y estas pueden incluso proporcionar una cifra más exacta”<sup>121</sup>.*

Concretamente, los peritos del Ecuador señalaron que cualquier análisis del FCD debe corroborarse con otros métodos, posición que fue compartida por el Sr. Patterson, antiguo Vicepresidente de AEC, quien dijo que “[...] No creo que puedan utilizar un análisis de FCD y concluir específicamente con una tasa de mercado”<sup>122</sup>, ya que “la incertidumbre es algo existe perennemente” en un análisis de FCD<sup>123</sup>.

120. Primer informe pericial de Joseph Kalt de fecha 17 de septiembre de 2006, § 15.

121. Informe pericial de Daniel Johnston de fecha 8 de septiembre de 2009.

122. Primera audiencia de Daños D3:P152:L3-L5.

123. Primera audiencia de Daños, D3:P177:L12-L15.



París, sábado 5 de abril de 2014, en las oficinas del estudio jurídico Dechert LLP. Abogados del equipo de defensa de la República del Ecuador en reunión preparatoria para la audiencia sobre la anulación caso OXY.

En su Laudo, el Tribunal reconoció que determinar el método apropiado de valoración fue uno de los “primeros y más importantes” puntos para la determinación de la cuantía, y recordó que “Ambas partes acordaron que un método de valoración es el método

FCD (“Flujo de Caja Descontado”)<sup>124</sup>. Reconoció que Ecuador no estuvo de acuerdo con la aplicación exclusiva del método de FCD por lo que decidió “utilizar el modelo de FCD como el punto de inicio para medir el VJM”<sup>125</sup>.

124. Laudo, § 690.

125. Laudo, § 709.

Sin embargo de esto, en el Laudo el Tribunal, sin explicación alguna, se basó exclusivamente en un análisis no corroborado de FCD para determinar la indemnización a favor de OXY. Tal como lo sostuvo la defensa del Ecuador, el “*Modelo de FCD es una vista rápida excesivamente precisa de hipótesis increíblemente imprecisas*”<sup>126</sup>.

Este Laudo contiene, por tanto, un “*vacío significativo*” en su motivación lo cual no permite al lector seguir el razonamiento del Tribunal<sup>127</sup>.

Siguiendo la norma establecida por el *Comité Ad-hoc de MINE*<sup>128</sup>, el Laudo no permite que el lector siga cómo el Tribunal llegó desde el Punto A (donde estableció que estaba “*Utilizando un modelo de FCD como el punto de inicio para medir el VJM*”<sup>129</sup>) hasta el Punto B (donde concluyó exclusivamente que “*utilizando el modelo económico acordado por el profesor Kalt y el Sr. Johnston, el Tribunal [...] determina que el Valor Presente Neto de los flujos de caja descontados generados por la producción de OXY del Bloque 15 al 16 de mayo de 2006 es de USD\$ 2.359'500.000 dos mil trescientos cincuenta y nueve millones de dólares*”<sup>130</sup>).

Con la aclaración adicional de que los expertos Kalt y Johnston no acordaron ningún modelo económico, sino que siguieron la metodología establecida por el Tribunal.

### 3.3.2. EL TRIBUNAL SE EXCEDIÓ DE MANERA EXPRESA EN SUS PODERES AL PLANTEAR UN NUEVO ARGUMENTO A FAVOR DE OXY Y CONCEDER USD\$ 943 MILLONES CON BASE EN DICHO ARGUMENTO

Como ya se mencionó, el 6 de octubre de 2011, después de haber terminado la fase de presentaciones orales y escritas del arbitraje, el Tribunal se dirigió a las partes, planteando a favor de OXY un argumento que ella nunca propuso en más de 5 años de procedimiento.

A la fecha del envío del correo electrónico, el Tribunal, sin motivación alguna, había llegado a la conclusión de que OXY violó el Contrato de Participación y la Ley de Hidrocarburos al transferir a AEC, sin autorización del Estado, una participación del 40% del contrato.

Con esta conclusión, el Tribunal solo tenía dos caminos en cuanto al establecimiento de daños. El primero y más obvio: la inexistencia de daños a favor de OXY; y el segundo, los daños debían limitarse al 60% del valor del

Bloque 15, que continuaba en propiedad de la petrolera.

*El Contrato Farm-out fue una transferencia de derechos en violación del Contrato de Participación y de la Ley de Hidrocarburos, por lo que actuó de manera legal, justa y proporcionada al emitir el Decreto de Caducidad.*

Con el evidente deseo de dar a OXY un 100% del valor del Bloque, pero reconociendo que las presentaciones de las Partes no lo hubiesen permitido, el 6 de octubre de 2011 el Tribunal invitó a las Partes a tratar un nuevo argumento, a saber: que OXY tenía derecho a un 100% del valor del Bloque 15, no porque, tal como había afirmado OXY, el Farmount era de “naturaleza una obligación contractual de OEPC para con AEC”,

sino porque la transferencia efectuada bajo el Farm-out se consideraba legalmente inexistente conforme el artículo 79 de la LHC.

Durante el arbitraje, OXY sostuvo que el Contrato Farm-out no era una transferencia de derechos y que por lo tanto no existía una violación del Contrato de Participación y de la Ley de Hidrocarburos, lo que hacía que la reacción del Ecuador fuera “*injusta, arbitraria y discriminatoria, en violación del Tratado y de la ley ecuatoriana*”<sup>131</sup>.

OXY sostuvo que, aun si se determinara su incumplimiento del Contrato y de la Ley de Hidrocarburos, tenían derecho al total de daños resultantes de la conducta expropiatoria del Ecuador<sup>132</sup> ya que: (i) El daño fue exclusivamente causado por la conducta desproporcionada del Ecuador sin que OXY contribuyese a ello<sup>133</sup>; y (ii) “*como propietarios exclusivos de los derechos del Contrato de Participación, los Demandantes tienen derecho a una compensación que refleje el valor total de estos derechos*”<sup>134</sup>.

126. Primera audiencia de *Cuantía*, D2:P280:L5-16.

127. Decisión de anulación de CMS, § 97. En esta decisión, el comité concluyó que “*en ese caso, uno hubiese esperado una discusión del asunto [Presentado por las partes]*,” *ibidem.*, § 96. En el caso presente, la falta de una discusión en cuanto a las razones para rechazar los métodos alternativos basándose exclusivamente en –y rehusándose a corroborarlo– el análisis de FCD debería dar lugar a una anulación.

128. Decisión de anulación de MINE, § 5.08-5.09 (“*el requisito para establecer las razones estará satisfecho siempre y cuando el Laudo permita a uno conocer cómo procedió el Tribunal desde el Punto A hasta el Punto B y eventualmente a su conclusión*”).

129. Laudo, § 709.

130. Laudo, § 824.

131. La memoria de las OXY sobre responsabilidad de fecha 23 de julio de 2007, § 368 y *ss.* Véase también *ibidem.*, § 219 (“*[...] el Contrato Farm-out no constituía un evento de terminación, tal como se define en la HCL, ya sea en 2000 como en 2006. Sin embargo, ya sea o no que finalmente importe poco: tanto la ley internacional como la ley ecuatoriana prohíben la terminación unilateral de un contrato del gobierno, en el cual, y tal como se ve en el presente, la violación alegada siempre se conoció y nunca fue objetada por el Estado, y dicha terminación fue evidentemente injusta, arbitraria, discriminatoria y desproporcionada*”).

132. Memorial de OXY sobre Daños de fecha 17 de septiembre de 2007, Secciones II-III.

133. Réplica sobre Daños presentada por OXY y Memorial de Contestación sobre Daños en la Reconvencción, de fecha 12 de junio de 2009, § 206 (“*En suma, ninguno de los casos mencionados por el Ecuador contradice la autoridad de línea larga que confirma que no surge una negligencia contribuyente en el caso de la respuesta desproporcionada del Estado a una conducta negligente e indebida de un inversionista. Además, todos estos casos confirman que los Demandantes tienen derecho a una compensación total y que sus daños sólo podrían reducirse en la medida que reflejen pérdidas que hubiesen sufrido independientemente de la violación del Ecuador*”).

134. Réplica sobre Daños presentada por OXY y Memorial de Contestación sobre Daños en la Reconvencción, de fecha 12 de junio de 2009, § 208.

Es decir, OXY mantuvo que, a pesar del Contrato Farm-out, firmado con AEC, seguía teniendo derecho a un 100% de los derechos en conformidad con el Contrato de Participación “ya que OXY continúa teniendo un responsabilidad contractual exigible [...] frente a Andes en conformidad con el Contrato Farm-out [...]”<sup>135</sup>.

En cambio, Ecuador argumentó que el Contrato Farm-out fue una transferencia de derechos en violación del Contrato de Participación y de la Ley de Hidrocarburos, por lo que actuó de manera legal, justa y proporcionada al emitir el Decreto de Caducidad<sup>136</sup> y que OXY no tenía derecho a ninguna compensación<sup>137</sup>.

Alternativamente, Ecuador sostuvo que, aun suponiendo que OXY tuviera derecho a una compensación por daños, estos estaban limitados en un 60% del valor del Contrato de Participación ya que: (i) al transferir

*Dictaminar el 100% del valor total del Contrato de Participación a favor de OXY, resultaría en un beneficio inesperado y un enriquecimiento injusto.*

el 40% de sus derechos, OXY sólo mantenía un 60% de participación en el Contrato de Participación<sup>138</sup>; (ii) AEC/Andes, el titular del 40% de los derechos en conformidad con el Contrato de Participación, no era un inversionista protegido en conformidad con el TBI y el Tribunal no tenía jurisdicción para dictaminar daños por la pérdida de esa compañía<sup>139</sup>; y el (iii) dictaminar el 100% del valor total del Contrato de Participación a favor de OXY resultaría en un beneficio inesperado

135. Réplica sobre Daños presentada por OXY y Memorial de Contestación sobre Daños en la Reconvención, de fecha 12 de junio de 2009, § 208.

136. Contra-memoria del Ecuador sobre Responsabilidad y Contrademandas de fecha 16 de junio de 2008, Secciones III.B.2 hasta la III.B.6. Véase también Contrarréplica del Ecuador sobre responsabilidad de fecha 19 de septiembre de 2008, Sección III.

137. Contra-memoria del Ecuador sobre Responsabilidad y Contrademandas de fecha 16 de junio de 2008, § 261 (“La demanda por expropiación de las Demandantes no está fundamentada. En ningún caso se puede caracterizar el Decreto de Caducidad como una expropiación de la propiedad de OEPC, ya que existía una base apropiada para dar por terminado el Contrato de Participación en conformidad con sus términos y ley regulatoria. Además, el Decreto era no compensatorio ya que constituía una sanción de buena fe, no discriminatoria y administrativa por las violaciones de OEPC de la Ley de Hidrocarburos, y se ejecutó adicionalmente a un objetivo regulatorio legítimo”).

138. Escrito de Ecuador Post-Audiencia sobre Daños de fecha 18 de diciembre de 2009, §§ 133 y ss.

139. Contra-memoria del Ecuador sobre Cuantía y Memoria de Daños por Contrademandas de fecha 9 de marzo de 2009, § 7 (“Las Demandantes han hecho además sus cálculos de manera errónea bajo la hipótesis de que tenían una participación del 100% en el Bloque 15, a pesar del hecho de que transfirieron de manera irrevocable 40% a AEC. Si se hubiera emitido un Laudo a favor de las Demandantes por cualquier monto atribuible a la participación de un tercero en el Bloque (Incluso asumiendo, o argumentando, que hubiese ocurrido una violación por parte del Ecuador), esto representaría ya sea un enriquecimiento injusto o una recuperación inapropiada en nombre de una entidad no protegida por el TBI (Tratado

y un enriquecimiento injusto<sup>140</sup>).

Como el Tribunal determinó que el Contrato Farm-out tenía la naturaleza de “un derecho de titularidad de AEC en el Contrato de Participación”<sup>141</sup>, entonces OXY solo tenía derecho a un 60% del valor del Contrato de Participación, pero en lugar de ello el Tribunal asumió una autoridad que no tenía y planteó el argumento de que la transferencia efectuada bajo el Farm-out se consideraba legalmente inexistente conforme el artículo 79 de la LHC, argumento que nunca antes se había presentado. Así, el 6 de octubre de 2011, durante las deliberaciones del Tribunal, el Presidente, a nombre del Tribunal, se dirigió a las partes como sigue:

*“[...] El Tribunal ahora invita a las partes a asumir que se produjo una cesión de derechos como resultado del Acuerdo de Farm-out y el Contrato de Operación Conjunta. En base a tal supuesto, se solicita a las partes que realicen un análisis detallado de los efectos de una cesión de derechos conforme a un contrato sujeto a las leyes de Nueva York (es decir, el Acuerdo de Farm-out y el Contrato de Operación Conjunta) en violación de la cláusula de prohibición*

*bilateral de inversión) entre los EEUU y Ecuador. Ambos tipos de recuperación están estrictamente impedidas por la ley internacional, tal como se interpreta por una línea de casos inequívocos y unánimes. Lo mismo se aplicaría en conformidad con la ley ecuatoriana en donde el Tribunal a la cual sujetarse determinaría, igualmente imposible, que no se realizara ninguna transferencia de derechos y obligaciones a AEC”).*

140. Contra-memoria del Ecuador sobre Cuantía y Memoria de Daños por Contrademandas de fecha 9 de marzo de 2009, § 7.

141. Laudo, § 579.

142. Laudo, § 595.

143. Decisión de anulación de Soufraki, § 41.

*de cesión incluida en un contrato sujeto a las leyes del Ecuador (es decir, el Artículo 16(1) del Contrato de Participación) y en violación del Artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos. Asimismo, se solicita a las partes analizar tanto las leyes de Nueva York como el derecho ecuatoriano y hacer las presentaciones correspondientes, incluso si una o ambas partes consideran que, por algún motivo, las leyes de Nueva York y/o el derecho ecuatoriano pudieran ser irrelevantes a los fines de determinar los efectos del Acuerdo de Farm-out y el Contrato de Operación Conjunta”<sup>142</sup>.*

Al decidir sobre un asunto no originado por las Partes, el Tribunal excedió de manera evidente sus poderes y la consecuencia de ello es que el Laudo debe ser anulado.

El comité *ad-hoc* de Soufraki explicó:

*“El Comité Ad Hoc también debe establecer lo que el concepto de “exceso de poder” abarca. Exceder el alcance de los poderes de una persona significa hacer algo más allá del alcance de dichos poderes tal como se define por los tres parámetros, los requisitos jurisdiccionales, la ley aplicable y las cuestiones originadas por las partes”<sup>143</sup>.*

El Comité *Ad Hoc Soufraki* agregó: “en lo que concierne a una pregunta formulada ante el Tribunal, [...] un exceso de poder evidente consistiría en responder alguna otra pregunta no originada por las partes, o en responder únicamente una parte de una pregunta originada de hecho por las partes”<sup>144</sup>.

Durante todo el proceso arbitral y fundamentalmente al presentar sus informes, posteriores a la audiencia de daños, ambas Partes habían discutido en gran detalle las consecuencias legales de la violación de OXY al Contrato de Participación y a la Ley de Hidrocarburos, y por tanto la pregunta a ser contestada por el Tribunal era:

“Si es que la Responsabilidad del Contrato Farm-out era una obligación contractual de OXY frente a AEC (Lo opuesto a un derecho de titularidad de AEC en el Contrato de Participación con Ecuador o el petróleo del Bloque 15) [...]”<sup>145</sup>.

Es decir, el derecho de OXY al 100% del valor del Bloque 15 era el asunto que las Partes habían presentado al Tribunal y que éste tenía que responder.

En más de 5 años de procedimientos, habiendo presentado un sinnúmero de informes, y asistido a numerosas audiencias, OXY nunca había presentado un argumento tan sofisticado. Como ya se explicó anteriormente, OXY sostuvo que tenía derecho al 100% del valor del Bloque

15 ya que el Contrato Farm-out no resultó en la transferencia del título legal a AEC sino que creó una simple responsabilidad contractual de OXY frente a AEC.

En una decisión inexplicable, el Tribunal otorgó una nueva oportunidad de argumentación para que OXY justificara su supuesto derecho al 100% del valor del Bloque 15, bajo el supuesto de que la transferencia efectuada en conformidad con el Contrato Farm-out era legalmente inexistente en conformidad con el Artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos.

Al respecto, Ecuador presentó en su momento su objeción a esta decisión del Tribunal reservándose los derechos que lo amparaban en vista de que el Tribunal brindó a OXY una oportunidad extemporánea de rectificar su omisión y violó con su resolución los artículos 48 y 49 de la Convención del CIADI y 47 y 48 del Reglamento del CIADI. Sin perjuicio de ello, fundamentó su posición, entre otros puntos, en lo siguiente:

1. El Tribunal Arbitral no puede concluir que hubo una cesión no autorizada e ilegal de derechos por OXY y luego proceder a hacer caso omiso de ciertas disposiciones aplicables del Contrato de Participación y de la Ley de Hidrocarburos en la determinación del efecto de esta cesión.
2. De conformidad con el derecho internacional, en el supuesto no consentido de que así fuera, lo máximo

que OXY podría percibir por daños y perjuicios sería equivalente únicamente al 60% del valor justo de mercado del Bloque 15.

3. El derecho de Nueva York no anularía la cesión ilegal y no permitiría a OXY beneficiarse de su comportamiento irregular.
4. De conformidad con el artículo 1698 del Código Civil ecuatoriano, la nulidad dispuesta en el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos es una nulidad absoluta.
5. De conformidad con el artículo 1699 del Código Civil ecuatoriano, la nulidad absoluta dispuesta en el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos no opera de pleno derecho y debe ser declarada por un juez y OXY no puede solicitar a un juez que declare que la cesión no autorizada e ilegal de derechos es nula y no tiene efecto (la regla *nemo auditur* en el derecho ecuatoriano).

Con base en “su” nuevo argumento, el Tribunal concluyó de manera contradictoria que:

1. El Contrato Farm-out era válido y las obligaciones que pudieran surgir entre las partes no se encontraban en discusión, ni se afectaba la habilidad de AEC de perseguir daños de OEPC en caso de que no cumpla con los términos de

dicho acuerdo, como por ejemplo no obtener la autorización gubernamental para la cesión.

2. La cesión de derechos constante en el Contrato Farm-out de conformidad con las leyes de Nueva York y del Ecuador es nula y no tiene ningún valor. De conformidad con la doctrina de la inexistencia y el derecho de Nueva York, no es necesaria una declaración judicial de nulidad a los fines de invalidación. El Tribunal excluyó la nulidad de su análisis a fines de determinar la indemnización que correspondía a OXY, y concluyó que OXY mantenía la titularidad del 100% de los derechos que surgen del Contrato de Participación, y por tanto Ecuador debía indemnizar a OXY por el 100% de su participación en el Bloque 15.

### 3.3.3. EL TRIBUNAL NO DEBIÓ APLICAR LA LEY INTERNACIONAL (INCLUYENDO EL TBI) PARA DETERMINAR EL VALOR JUSTO DE MERCADO DE LA INVERSIÓN DE OXY.

El Tribunal determinó que OXY violó la Cláusula 16.1 del Contrato de Participación. Esta Cláusula dispone lo siguiente:

“16.1 La transferencia de este Contrato de Participación o la cesión a terceros de derechos provenientes del mismo deberán ser autorizadas por el Ministro del Ramo, de conformidad con las leyes y reglamentos vigentes: de manera especial se cum-

144. Decisión de anulación de Soufraki, § 44.

145. Informe posterior a la audiencia OXY sobre Daños y Daños por Contrademanda de fecha 18 de diciembre de 2009, § 225.

plirán con las disposiciones previstas en el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos y en los Decretos Ejecutivos Nos. 809, 2713 y 1179”<sup>146</sup>.

*El Tribunal determinó que OXY violó la Cláusula 16.1 del Contrato de Participación.*

En otras palabras, el Tribunal llegó a la conclusión de que OXY transfirió a AEC el 40% de los derechos que surgían del Contrato de Participación sin una aprobación ministerial previa. Además, el Tribunal determinó que la transferencia no autorizada era ilegal. Vale la pena hacer énfasis en que este importante hallazgo fue anunciado en la carta inesperada del Tribunal del 6 de octubre de 2011<sup>147</sup>. En dicha comunicación, el Tribunal estableció como resultado que OXY solo tenía derecho al (i) 60% de los beneficios que surgían del Contrato de Participación, incluyendo volúmenes de petróleo, y (ii) un Laudo por el valor equivalente al 60% del VJM del Bloque 15<sup>148</sup>.

A pesar del “mundo real”<sup>149</sup> descrito anteriormente, la mayoría del Tribunal decidió, en otra conclusión sin

precedente, conceder a OXY una compensación por daños que ascendía a un 100% del VJM del Bloque 15.

Esta decisión del Tribunal constituye un exceso evidente de sus poderes. Como resultado, la profesora Brigitte Stern escribió uno de los más sólidos votos disidentes en la historia del arbitraje de inversiones:

*“[...] me resulta fundamentalmente imposible aceptar las distintas conclusiones del Laudo respecto de los efectos que el Tribunal debe adscribir al Acuerdo de Farm-out. En mi opinión, la posición de la mayoría respecto de los efectos del Acuerdo de Farm-out es tan escandalosa en términos jurídicos y tan contradictoria que no tengo otra alternativa que manifestar mis discrepancias. En mi opinión, el enfoque de la mayoría a la efectividad del Acuerdo de Farm-out presenta dos aspectos principalmente cuestionables: el primero de ellos es el análisis de la cuestión de la efectividad de un acto jurídico conforme al derecho ecuatoriano, que se basa en una falta absoluta de fundamentación, tanto así que*

*Ni OXY ni el Tribunal han planteado el argumento, ni pueden hacerlo, de que el TBI debe proteger a los inversionistas chinos.*

146. Contrato de Participación (Traducción no oficial: “16.1. La Transferencia de este Contrato de Participación o la cesión a terceros de los derechos en conformidad con este Contrato de Participación, deben estar autorizadas por el Ministerio Correspondiente, en conformidad con las leyes y regulaciones existentes, y se debe cumplir especialmente con las estipulaciones contenidas en el Artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos y Decretos Ejecutivos No. 809, 2713 y el 1179”).

147. Véase § 12 supra.

148. Correo electrónico del Tribunal a las Partes de fecha 6 de octubre de 2011. Véase § 142 supra.

149. Voto Disidente, § 134.

*no logré seguir el “razonamiento” del punto A al punto B, y presenta groseros errores jurídicos en la propuesta interpretación del contenido del derecho ecuatoriano. El segundo, y, en mi opinión, el más grave, es el manifiesto exceso de poder del Laudo al anular un contrato relativo a una sociedad que no sólo no era parte del arbitraje sino que, incluso si hubiera sido parte, no podría haber sido considerada, ya que se trata de un inversor chino, como un inversor respecto del cual el Tribunal tenía jurisdicción conforme al TBI Estados Unidos/Ecuador”*<sup>150</sup>.

En su decisión de conceder a OXY daños que ascendían al 100% del VJM del Bloque 15, la mayoría del Tribunal, tal como lo estableció la profesora Stern en su Voto disidente, también excedió de manera evidente sus poderes en dos maneras adicionales: primero, el Tribunal ejerció una jurisdicción de *aplicabilidad personal* sobre una compañía china, Andes, sin ningún derecho que

surgiera del Tratado o del Contrato de Participación para hacerlo; y segundo, el Tribunal no cumplió en aplicar las reglas aplicables de la ley internacional sobre daños.

### 3.3.4. EL TRIBUNAL EXCEDIÓ DE MANERA EVIDENTE SUS PODERES AL EJERCER UNA JURISDICCIÓN DE APLICACIÓN PERSONAL SOBRE LA COMPAÑÍA CHINA ANDES

Los comités de anulación ad hoc del CIADI han sido consistentes en sostener que un Tribunal CIADI excede de manera evidente sus poderes si ejerce una jurisdicción que no tiene<sup>151</sup>.

En particular, habrá un exceso de poderes si un Tribunal ejerce su jurisdicción sobre una compañía que no es parte del acuerdo de arbitraje y no es un inversionista sobre el cual el Tribunal tenga jurisdicción en virtud del TBI aplicable<sup>152</sup>.

Tal como se observa en la Solicitud de Arbitraje<sup>153</sup>, OXY identificó la base jurisdiccional de sus

150. Voto Disidente, § 5.

151. Decisión de anulación de Soufraki, § 42 (“Se puede decir que hay un exceso de poder si una Corte actúa “demasiado”. Existe, en principio, un exceso de poder si una Corte va más allá de su jurisdicción de aplicabilidad personal, o aplicabilidad material o aplicabilidad voluntaria. Existe un exceso de poder si el Tribunal ejerce su jurisdicción sobre un asunto que no recae dentro del ámbito de la jurisdicción del Tribunal; ejerce su jurisdicción sobre una cuestión que no está abarcada en el consentimiento de las Partes”); Klöckner I, Decisión de anulación, § 4, (“un solicitante de anulación no sólo puede invocar una falta de jurisdicción de aplicabilidad material o de aplicabilidad personal en conformidad con los artículos 25 y 26 de la Convención, sino que además puede objetar que el Laudo excedió la jurisdicción del Tribunal tal como existió en conformidad con la interpretación apropiada de la cláusula de arbitraje del CIADI”); 7 Decisión de Anulación de Vivendi I, § 86 (Citando que un Laudo puede anularse si una Corte “ejerce una jurisdicción la cual no está incluida en conformidad con el acuerdo o tratado relevante y con la Convención del CIADI, leídos en conjunto”).

152. Decisión de Anulación de Soufraki, § 53-54 (“Para que fuese competente en el caso del Sr. Soufraki, el Tribunal tuvo que verificar el cumplimiento del requisito “nacional” del Artículo 25 de la Convención del CIADI, la cual debe leerse en conjunto con las estipulaciones jurisdiccionales pertinentes del TBI aplicable. [...] Por lo tanto, el Sr. Soufraki debió demostrar al Tribunal que éste era un ciudadano italiano en las fechas relevantes. Si éste no hubiese podido hacerlo, hubiese sido un evidente exceso de poder que el Tribunal procediera en considerar los méritos”).

153. Solicitud de Arbitraje de OXY de fecha 17 de mayo de 2006, § 51 y ss. y 61 y ss. Véase además Memoria de OXY sobre Responsabilidad, § 458 (“Al tomar las inversiones de las Demandantes tal como lo hizo el Ecuador, ha violado sus obligaciones en conformidad con el Tratado y las leyes

demandas tanto en el TBI como en el Contrato de Participación.

El TBI no protege a los ciudadanos de la República Popular China. Dicho de manera simple, el Tratado se celebró y ratificó por la República del Ecuador y los Estados Unidos de América. La República Popular China no es parte del TBI. Y ni OXY ni el Tribunal han planteado el argumento, ni pueden hacerlo, de que el TBI debe proteger a los ciudadanos chinos.

El Contrato de Participación fue celebrado entre el Estado ecuatoriano y OXY. No es posible argumentar que la cláusula de arbitraje CIADI contenida en el mismo podría o debiera extenderse a Andes: *Res inter alios acta*.

Sin embargo, el Tribunal, al decidir que OXY tiene derecho a una compensación por daños que equivale al 100% del VJM del Bloque 15, tomó tres decisiones que afectan a Andes, sin tener una jurisdicción sobre la misma:

*Primera*, el Tribunal anuló de manera efectiva el Contrato Farm-out sin contar con Andes (o AEC), para este asunto.

*Segunda*, al conceder a OXY compensaciones por daños equivalentes al 100% del VJM del Bloque 15, el Tribunal concedió de manera efectiva a Andes un 40% de dicha suma, en el supuesto de que OXY cumpliera con la Carta compromisoria que suscribió con Andes en

2006. Por medio de esta Carta Compromisoria, OXY transferiría a Andes un 40% de cualquier beneficio del arbitraje, según se reconoció en el Laudo arbitral.

*Tercera*, en el escenario contrario, si OXY decide no transferir el 40% a Andes, con su decisión, el Tribunal expropió a Andes de su inversión hasta en un 40% de los derechos que surgían del Contrato de Participación para el Bloque 15.

La profesora Stern explica claramente el exceso evidente de poderes del Tribunal descrito anteriormente con respecto a las últimas dos decisiones:

*“En síntesis, considero que el Tribunal sólo podía ordenar el pago a las Demandantes de los daños correspondientes al 60% de sus derechos y no podía –tal como la mayoría lo hizo de facto– ordenar el pago de daños por el 100% de las pérdidas incurridas en el Bloque 15 producidas por la caducidad, puesto que dicha solución resultaría inaceptable en los dos posibles escenarios, tal como lo planteamos antes: ya sea que OEPC no transfiera el 40% del monto percibido por daños a Andes, caso en el cual se enriquecería injustamente, en violación del principio internacional que prohíbe el enriquecimiento injusto; o bien que OEPC transfiera el 40% del monto recibido por daños a Andes, caso en el cual*

*el Tribunal habría indemnizado a Andes a través de OEPC; en violación de los principios que limitan su competencia ratione personae. Ello habría implicado una recuperación indebida en nombre de una entidad no protegida por el TBI Estados Unidos/Ecuador, ya que Andes no es demandante en este procedimiento y sólo podría reclamar y percibir daños del Ecuador de conformidad con el TBI China/Ecuador. Su inversión no constituye una inversión protegida por el Tratado, ya que no pertenece a una sociedad o a un nacional de los Estados Unidos. Ciertamente no es posible para las Demandantes reclamar conforme al TBI Estados Unidos/Ecuador por un valor económico que pertenece a una sociedad china. En cuanto a OEPC; sólo puede reclamar, en su propio nombre, el valor de su inversión reducida, y no por las inversiones realizadas por otra sociedad no estadounidense. (ii) De conformidad con los principios de derecho internacional relativos a la jurisdicción del Tribunal y los principios de derecho internacional aplicables a los hechos internacionalmente ilícitos, el Tribunal no podía ordenar el pago de daños que beneficiaran a AEC/Andes, ya que, en el caso de dominio compartido entre un beneficiario y un administrador fiduciario, sólo el beneficiario tiene derecho a percibir compensación”<sup>154</sup>.*

Ecuador argumentó en muchas de sus presentaciones escritas y orales<sup>155</sup> que el Tribunal carecía de jurisdicción para tomar cualquier decisión con respecto a Andes. En su presentación de 22 de noviembre de 2011, hecha en respuesta a la carta del Tribunal del 6 de octubre de 2011, Ecuador declaró:

*“Finalmente, el Tribunal no tiene jurisdicción sobre Andes y su interés del 40% en el Bloque 15, y podría únicamente otorgar daños y perjuicios (si fuera el caso) a los Demandantes equivalentes a (un máximo de) 60% del FMV del Bloque 1537. Vale la pena enfatizar que el acuerdo con Andes prevé que los Demandantes deberían dar a Andes 40% del monto fijado “por cualquier Laudo arbitral” rendido en su favor. Los Demandantes no pueden representar a Andes en este arbitraje. El acuerdo con Andes no puede ser un medio para esquivar la falta de jurisdicción de este Tribunal sobre AEC/Andes y su 40% de interés en el Bloque 15.*

*En resumen, la mejor prueba de que los Demandantes tienen derecho solamente y como máximo al 60% del FMV del Bloque 15, es que prometieron traspasar el 40% de cualquier resarcimiento a Andes. Aquello comprueba que sabían que su propia participación en el monto de daños y perjuicios era*

*internacionales y en conformidad con el Contrato de Participación y la Ley Ecuatoriana. Por lo tanto, las Demandantes buscan un Laudo por parte de este Tribunal declarando dichas violaciones y concediendo una compensación apropiada, tal como se ha establecido en su presentación sobre compensaciones adeudadas al 15 de septiembre de 2007”*).

154. Voto Disidente, § 144.

155. Por ejemplo, Contra-memoria del Ecuador sobre Daños de fecha 9 de marzo de 2009, §§ 50 y ss.; Informe del Ecuador sobre los efectos de la Cesión de Derechos no autorizada e ilegal que surge del Contrato de Participación de fecha 3 de noviembre de 2011, Sección 3; Contestación del Ecuador al Informe de OXY en Contestación a la Solicitud del Tribunal del 6 de octubre de 2011 de fecha 22 de noviembre de 2011, §§ 27-28.



París, domingo 6 de abril de 2014, oficinas de Dechert LLP. Reunión preparatoria para la audiencia sobre la anulación caso OXY. Proceso de revisión integral de la presentación del alegato de apertura del Ecuador para la audiencia de anulación.

limitada al valor de la parte no transferida de la inversión. Los Demandantes sabían o debían haber sabido que no podían basar su demanda sobre la pérdida de Andes debido a la falta de jurisdicción de este Tribunal”<sup>156</sup>.

No existe un solo párrafo en el Laudo que trate el argumento del Ecuador en cuanto a que el Tribunal carecía de jurisdicción para tomar ninguna decisión con respecto a Andes. El Tribunal simplemente no encontró ninguna respuesta a los alegatos del Ecuador

y prefirió actuar, desde su visión particular de la controversia, como un amigable componedor y seguir su idea de justicia en lugar de aplicar los principios de la ley internacional.

Tal como lo expuso la profesora Stern,

*“De haberse aplicado el derecho internacional a la cuestión de los daños, la mayoría no habría podido ejercer jurisdicción para tomar decisiones drásticas en relación con una inversión perteneciente a una empresa china aplicando el TBI Ecuador/Estados Unidos.*

156. Réplica del Ecuador al Informe de OXY en Contestación a la Solicitud del Tribunal del 6 de octubre de 2011, de fecha 22 de noviembre de 2011, §§ 27-28.

*En mi opinión, al declarar inexistentes los derechos de Andes, la mayoría ha despojado de sus derechos a una entidad respecto de la cual no tenía jurisdicción y no aplicó el derecho aplicable a la determinación de los daños, que es el derecho internacional”<sup>157</sup>.*

### 3.3.5 EL TRIBUNAL EXCEDIÓ DE MANERA EVIDENTE SUS PODERES AL INCUMPLIR LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LEY INTERNACIONAL APLICABLE PARA LA EVALUACIÓN DE DAÑOS

Dentro del arbitraje, las partes coincidieron en la aplicación de la ley internacional para la evaluación de daños y en particular la aplicación del *“Laudo del caso Chorzów Factory”*.

La mayoría del Tribunal no lo hizo así en su Laudo, y en consecuencia excedió de manera evidente sus poderes al incumplir con la aplicación de la norma internacional del comprador dispuesto/vendedor dis-

puesto; el *“Laudo del Caso Chorzów Factory”* y otros principios de la ley internacional; e incumplió en aplicar las reglas del derecho internacional que prohíben un enriquecimiento injusto.

Las Partes coincidieron dentro del arbitraje que el VJM del Bloque 15 debía ser calculado en conformidad con la norma de comprador dispuesto/vendedor dispuesto<sup>158</sup>. Hoy en día, dicha norma es la regla de derecho internacional predominante para la determinación de compensaciones por expropiación<sup>159</sup>.

Tal como lo argumentó el Ecuador en su última presentación de 22 de noviembre de 2011, la cuestión que debía ser dilucidada por el Tribunal era *¿cuánto tendría que pagar un vendedor dispuesto por la participación económica en el Bloque 15 en el día anterior a la amenaza de una caducidad?*

De acuerdo con Ecuador, la respuesta a esta pregunta podría variar bajo dos escenarios distintos:

**Escenario 1.** El Vendedor Dispuesto oculta al Comprador

157. Voto Disidente, §§ 130 y 131, Anexo A-2.

158. Por ejemplo, el primer informe pericial de Joseph Kalt, 17 de septiembre de 2007, sección 14 (*“La medición del valor justo de mercado en un contexto tal que esté a la mano aquí implica la consideración de resultados de mercado. Específicamente, el valor justo de mercado de hoy en día de un flujo de ingresos netos (Por ej. ingresos brutos menos costos de asistencia) que se pueda generar de un proyecto de varios años como por ejemplo el desarrollo del Bloque 15 de OEPC, implica una evaluación del monto que un comprador dispuesto que razonablemente se esperara que pagara a un vendedor dispuesto para inducir al vendedor a entregar sus derechos a cambio de dichos ingresos. En el presente, Occidental está en posición de un vendedor en el sentido de que buscamos la medición del monto que Occidental estaría voluntaria y razonablemente dispuesta a aceptar para ser comprada voluntariamente del contrato y oportunidades de generar ingresos asociados en el instante, lo opuesto a tener que terminar de manera involuntaria dicho contrato y oportunidades por parte del Ecuador”*).

159. Pautas del Banco Mundial sobre el Tratamiento de Inversión Directa Extranjera, 1992, pág. 41 (*“A falta de una determinación acordada por, o basada en el acuerdo de, las partes, el valor justo de mercado será aceptable si se determina por el Estado en conformidad con un criterio razonable relacionado al valor de mercado de la inversión, por ej. En un monto que un comprador dispuesto normalmente pagaría a un vendedor dispuesto luego de tomar en cuenta la naturaleza de la inversión, las circunstancias en las cuales operaría en el futuro y sus características específicas, in-*

Dispuesto que la transferencia de derechos no fue autorizada previamente por el Ministerio correspondiente. En este caso, el Comprador Dispuesto aceptaría únicamente comprar la participación económica del 60% del Vendedor Dispuesto en el Bloque 15. Ningún Comprador Dispuesto aceptaría adquirir una participación económica del 40% que un Vendedor Dispuesto ya no posee.

**Escenario 2.** Si el Vendedor Dispuesto le informa al Comprador Dispuesto que la transferencia de derechos no fue autorizada previamente por el Ministerio correspondiente. Ningún Vendedor Dispuesto convencería a un Comprador Dispuesto pagar un 100% del VJM de dicho Bloque argumentando que su transferencia eventualmente se anularía, nulificaría o se declararía inexistente sea automáticamente o por un tercero. Cualquier Comprador Dispuesto llevaría a cabo una cuidadosa diligencia y leería en el Artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos que dispone que una transferencia no autorizada e ilegal de derechos es nula, “sin perjuicio de la declaración de Caducidad”. Cualquier Comprador Dispuesto también leería el Contrato de Participación (especialmente las cláusulas 16 y 21) y los Artículos 74 y 75 de la Ley de Hidrocarburos. Por lo tanto, cualquier Comprador Dispuesto entendería que, debido a la falta de una autorización previa, existe un riesgo alto de que todo el valor del contrato de participación relevante se pierda, debido a una declaración de *Caducidad*.

Sin embargo, la mayoría del Tribunal no aplicó esta

regla, ni siquiera trató apropiadamente el argumento de comprador dispuesto/vendedor dispuesto del Ecuador. De hecho, la mayoría del Tribunal perdió totalmente el punto y en el párrafo 658 del Laudo Arbitral se limitó a sostener que:

*“Como corolario de las conclusiones sobre esta cuestión, el Tribunal señala que la Demandada ha objetado la legitimación de las Demandantes para reclamar daños en relación con una participación mayor al interés “restante” del 60% en el Bloque 15, alegando que la participación de las Demandantes se limita al 60% del valor del Bloque 15 y que ningún comprador pagaría un precio basado en el 100% del valor del Bloque 15.*

*A la luz de la conclusión del Tribunal respecto de la nulidad de la cesión supra, esta objeción se diluye por completo. También se diluye el argumento de la Demandada respecto del riesgo de doble enjuiciamiento, ya que AEC no está legitimada para demandar directamente una indemnización al Ecuador ya que no tiene ningún derecho en el Contrato de Participación –fiduciario o de cualquier otro tipo”.*

### 3.3.6. LA MAYORÍA SE EXTRALIMITÓ MANIFIESTAMENTE EN SUS FACULTADES AL APLICAR EL ARTÍCULO 79 DE LA LEY DE HIDROCARBUROS DE MANERA AISLADA SIN TENER EN CUENTA TODAS LAS DEMÁS DISPOSICIONES DE ESA LEY

El primer párrafo del Artículo 18 (4) del Código Civil ecuatoriano establece: “[e]l contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”<sup>160</sup>.

El artículo 1580 del Código Civil ecuatoriano establece que “[...] Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad [...]”<sup>161</sup> (interpretación sistemática o contextual).

El artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos se refiere expresamente a las demás disposiciones de la Ley que autorizan y establecen la Caducidad: “sin perjuicio de la declaración de caducidad según lo previsto en la presente Ley”, es decir, los artículos 74, 75 y 76.

Las disposiciones a que se refiere el artículo 79 abordan las causales de caducidad (artículo 74), los efectos de la caducidad (artículo 75) y el procedimiento para declarar la caducidad (artículo 76). Además, los artículos 74, 75 y 76 de la Ley de Hidrocarburos también se incorporaron en el Contrato de Participación.

La cláusula 21.1.1 del Contrato de Participación dispone

*“21.1. Terminación: Este Contrato de Participación terminará:*

*21.1.1. Por declaratoria de caducidad emitida por el Ministerio del Ramo por las causales y bajo el procedimiento establecido en los artículos setenta y cuatro (74), setenta y cinco (75) y setenta y seis (76) de la Ley de Hidrocarburos, en lo que sean aplicables”.*

El artículo 75 de la Ley de Hidrocarburos (incorporado en el artículo 21.1.1 del Contrato de Participación) establece:

*“La declaración de caducidad de un contrato implica la inmediata devolución al Estado de las áreas contratadas, y la entrega de todos los equipos, maquinarias y otros elementos de exploración o de producción, instalaciones industriales o de transporte, sin costo alguno para PETROECUADOR y, además, la pérdida automática de las cauciones y garantías rendidas según la Ley y el contrato, las cuales quedarán a favor del Estado”<sup>162</sup>.*

Como consecuencia, al interpretar el Contrato de Participación y el primer párrafo del artículo 79 dentro del sistema de la Ley de Hidrocarburos, la mayoría también debería haber tenido en cuenta que el efecto de la declaración de Caducidad es que la Contratista no tiene derecho a ningún tipo de indemnización.

*chuyendo el período en el cual ha estado en existencia, la proporción de activos tangibles en la inversión total y otros factores relevantes pertinentes a las circunstancias específicas de cada caso”).*

<sup>160</sup>. Extracto del Código Civil ecuatoriano.

<sup>161</sup>. Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005 (libro IV).

<sup>162</sup>. Ley de Hidrocarburos, artículo 75.



París, lunes 7 de abril de 2014, Sala de Reuniones destinada al Ecuador, Primer día de Audiencia. Diego García Carrión (Procurador General del Estado) y Eduardo Silva Romero (Dechert LLP) comentan el desarrollo de la audiencia en el primer día de la reunión procesal.

La conclusión del Tribunal es absurda. De haber aplicado el artículo 75 de la Ley de Hidrocarburos (incorporado en la Cláusula 21.1.1 del Contrato de Participación), su conclusión sin duda habría sido que Ecuador no le debe ninguna compensación a OXY.

Aplicar solo una disposición de la legislación ecuatoriana, desconociendo todas las demás disposiciones jurídicas aplicables, es inadecuado.

Todos estos argumentos fueron apropiadamente presentados por Ecuador en el arbitraje y la mayoría no

podía simplemente desconocerlos<sup>163</sup>.

### 3.3.7. EL TRIBUNAL NO EXPRESÓ LOS MOTIVOS EN LOS QUE BASÓ SU DECISIÓN DE DECLARAR INEXISTENTE EL ACUERDO FARM-OUT BAJO LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA Y LA LEY DE NUEVA YORK

Aun a pesar de haber concluido que OXY había transferido sus derechos bajo el Contrato de Participación a AEC, la mayoría sostuvo que OXY era titular del 100% del valor justo de mercado del Bloque 15, argumentando que la cesión de los derechos nunca existió, pese a

163. Escrito del Ecuador sobre los Efectos de la Cesión Ilegítima y No autorizada, de las Demandantes de los derechos derivados del Contrato de Participación de 3 de noviembre de 2011, § 62; Réplica del Ecuador al escrito de las Demandantes en contestación a la Petición del Tribunal de fecha 6 de octubre de 2011, con fecha 22 de noviembre de 2011, Sección 4.3; Transcripción de la Audiencia sobre los temas señalados por el Tribunal con fecha de 12 de abril de 2012, pág. 9 y ss.; Presentación de Ecuador, Audiencia del 12 de abril de 2012, págs. 5–6.

que ningún juez declaró nula y sin efecto la cesión nula.

La determinación de la mayoría se fundamenta en una combinación de razones frívolas, escasas y contradictorias. Según señala la profesora Stern *“el análisis de la cuestión de la efectividad de un acto jurídico conforme al derecho ecuatoriano, [...] se basa en una falta absoluta de fundamentación, tanto así que no logré seguir el “razonamiento” del punto A al punto B, y presenta groseros errores jurídicos en la propuesta interpretación del contenido del derecho ecuatoriano*<sup>164</sup>.

Y esta contradicción de la mayoría se vuelve aun más grave cuando por un lado declara la inexistencia de la cesión y por otro sostuvo que OXY tiene *“la obligación de indemnizar a los Andes hasta el 40% de la indemnización que recibe de la acción propuesta contra Ecuador”*<sup>165</sup>.

Estas contradicciones solo pueden conllevar la anulación del Laudo.

A modo de ilustración, en el caso Amco I, el Comité Ad Hoc dispuso que el Laudo era contradictorio por haber considerado para su emisión un préstamo contraído por Amco en el cálculo del valor de la inversión, a pesar de haber previamente determinado que los préstamos no se consideraron en el ámbito de aplicación de la normatividad<sup>166</sup>.

Del mismo modo, el comité ad hoc de Víctor Pey Casado anuló la decisión del Tribunal por falta de motivación al utilizar el valor de expropiación del activo de la demandante, a pesar de haber concluido anteriormente que los actos expropiatorios estaban fuera de su jurisdicción<sup>167</sup>.

La mayoría intentó evitar esta contradicción al afirmar que la inexistencia de la cesión sería, de conformidad con el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos, *“sin perjuicio a la declaración de caducidad”*<sup>168</sup>.

164. Voto disidente, § 5.

165. Laudo, § 654.

166. Laudo, § 652.

167. Decisión de Anulación en Víctor Pey Casado, § 285 (*“El uso del Tribunal del cálculo de daños y perjuicios basado en la expropiación es manifiestamente incompatible con su decisión de unos párrafos más arriba que un cálculo basado en daños y perjuicios fruto de una expropiación carece de importancia y que no se pudo considerar ninguna prueba ni documentos pertinentes para dicho cálculo”*); Decisión de Anulación en Continental Casualty, § 102-103: (*“El Comité añade que, por razones genuinamente contradictorias para que se cancelan entre sí, deben ser tales como para ser incapaces de juntas permanecer en pie mediante cualquier interpretación razonable de la decisión. [...] Un ejemplo podría ser en el que la base para la decisión de un Tribunal sobre una cuestión es la existencia de un hecho A, cuando la base para su decisión en otra cuestión es la inexistencia de un hecho A”*); Decisión de Anulación en en MINE, §§ 6.105, 6.107 (*“[...] en la medida en que el Tribunal pretendía manifestar las razones de su decisión, eran incompatibles, y en contradicción con el análisis de teorías de daños y perjuicios ‘Y’ y ‘Z’. [...] Tras concluir que [el análisis de las teorías] de daños y perjuicios Y y Z son inutilizables a causa de su carácter especulativo, el Tribunal no podría, sin contradecirse, adoptar una ‘teoría de daños y perjuicios’, que no tuviera en cuenta la situación real y fundamentarse en hipótesis que el propio Tribunal había rechazado como base para el cálculo de los daños y perjuicios. Como señaló el Comité [...], el requisito de que el Laudo deberá indicar los motivos en que se fundamenta en particular no se ha cumplido por razones contradictorias”*).

168. Laudo, § 652.

Ecuador, como un Estado razonable, no logra comprender este argumento. El artículo 79 especifica que una declaración de nulidad no puede afectar retroactivamente una declaración de *Caducidad*. El artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos no considera (ni podría hacerlo) el hecho que la mayoría sostuvo de que se produjo una cesión y posteriormente que dicha cesión no se produjo. Sin duda, un hallazgo contradictorio no puede ser salvado por una excusa ininteligible.

Por otra parte, las conclusiones de la mayoría de que (i) la cesión era inexistente y que (ii) en consecuencia “la Demandada está obligada a indemnizar a las Demandantes por el 100% de su participación en el Bloque 15”<sup>169</sup> también está en contradicción con su conclusión de que OXY no se enriqueció injustamente.

En particular, la mayoría sostuvo que:

*“En relación con el enriquecimiento ilícito, se presentó ante el Tribunal la Carta Acuerdo del 22 de febrero de 2006 entre OEPC y Andes en virtud de la cual OEPC está obligada a indemnizar a Andes por el 40% de cualquier indemnización que reciba por las acciones contra el Ecuador respecto de la rescisión del Contrato de Participación. Incluso de no mediar la Carta Acuerdo, el Tribunal señala que la nulidad de la cesión de conformidad con el derecho de Nueva York y del Ecuador no obstan a las*

*acciones que AEC (o Andes) puedan tener contra OEPC conforme al Acuerdo de Farm-out. Tal como mencionamos anteriormente, la cesión no autorizada no invalida el Acuerdo de Farm-out entre el cedente, OEPC y el cesionario, AEC, y su posición legal no se ve afectada por el hecho de que el cedente y el cesionario hayan ejecutado efectivamente inter se partes de esa cesión nula y efectuada sin autorización. OEPC se comprometió a transferir a AEC algunos de los derechos establecidos en el Contrato de Farm-out, pero violó dicho compromiso al no obtener la autorización del Ministerio. Este incumplimiento contractual puede constituir el fundamento de un reclamo por parte de AEC (o Andes) contra OEPC. Estos factores tienen fuerte incidencia sobre los argumentos de enriquecimiento ilícito planteados en relación con el derecho de OEPC de percibir una indemnización correspondiente a un interés del 100% en el Contrato de Participación”*<sup>170</sup>.

El Ecuador durante el arbitraje planteó varios argumentos contra esta conclusión:

- i. Una vez que sea declarada la Caducidad, el Contrato de Participación desaparece y todas las obligaciones recíprocas en el marco de los Acuerdos Farm-out llegan a su fin.

- ii. El Contrato Farm-out no contiene ninguna cláusula de indemnización, lo cual es lógico ya que las Partes eran conscientes del riesgo de que podría pronunciarse la Caducidad por su ocultamiento de la cesión de derechos. Ambos sufrieron de Caducidad: OXY por su 60% y el AEC por su 40%.

- iii. Ecuador llamó la atención del Tribunal sobre el hecho de que la Carta Compromisoria de 2006 dispone expresamente que las Demandantes no tienen la obligación de compensar a Andes en caso de Caducidad:

*“Ni la Sociedad ni Occidental hará ninguna reclamación contra la otra para responsabilidad o culpa en relación con los Procesos de Caducidad o el hecho de que se haya producido la cesión y la Compañía y Occidental se liberaron específicamente entre sí de cualquier y todas las reclamaciones y responsabilidad”*<sup>171</sup>.

Ecuador señaló el absurdo del argumento de OXY de que “el único propósito de las partes [Punto 2 (g) de la Carta Compromisoria de 2006] era aclarar cómo debía cumplir OXY con su responsabilidad existente

en relación con la participación económica del 40% si la *Caducidad* fuera para evitar que OXY realizara el abastecimiento petrolero a favor de AEC”<sup>172</sup>. La Carta Compromisoria de 2006 no crea la obligación de indemnizar a Andes por el 40% de su participación económica. Esta carta establece el compromiso de OXY hacia Andes por el 40% de cualquier Laudo monetario recibido. Este compromiso no puede aumentar la cantidad que OXY tendría derecho a reclamar del Ecuador. Durante el arbitraje Ecuador se planteó la siguiente interrogante: “¿Qué pasa si las Demandantes se habían comprometido a pagar el 80% del importe de la adjudicación? Podrían reclamar el 140% (60% + 80%) del valor de los intereses en virtud del Contrato de Participación?”<sup>173</sup>.

Incluso con independencia de que el argumento de Ecuador debería haber prevalecido, es imposible, en ausencia de cualquier indicación de la mayoría, comprender cómo el Contrato Farm-out podría ser una fuente de responsabilidad hacia AEC/Andes. La mayoría debía tomar una posición sobre estas cuestiones y para explicar por qué la posición de Ecuador no era correcta. La mayoría no podía simplemente ignorar el argumento de Ecuador.

169. Laudo, § 652.

170. Laudo, § 654.

171. Carta Compromisoria, punto 2 (a).

172. Memorial sobre Daños presentado por OXY de fecha 17 de septiembre de 2007, § 256.

173. Escrito de Ecuador Post-Audiencia sobre Daños de fecha 18 de diciembre de 2009, § 161.

Peor aun, incluso admitiendo (*quod non*) que el Contrato Farm-out era la fuente de una obligación hacia Andes, esta obligación debería haberse considerado inexistente bajo el propio escenario de la mayoría.

Como ya se ha explicado, la cesión de derechos fue el núcleo del Contrato Farm-out. La mayoría sostuvo:

*“Tal como se detalla más adelante, basado en su revisión de la totalidad del expediente, el Tribunal considera que existe una gran cantidad de pruebas que permiten concluir que el propósito del Acuerdo de Farm-out y del Contrato de Operación Conjunta fue transferir de OEPC, como Contratista, a AEC el derecho exclusivo del Contratista de llevar a cabo actividades de explotación en virtud del Contrato de Participación, tal como se establece en la Cláusula 4.2 de dicho contrato, así como también otros derechos y obligaciones relacionados”*<sup>174</sup>.

El Contrato Farm-out contiene la siguiente cláusula de divisibilidad:

*“Si algún término o disposición de este Acuerdo es inválido, ilegal o su ejecución no es posible [...] todos los demás términos y disposiciones del presente Acuerdo seguirán teniendo toda su fuerza y vigor, siempre que el contenido económico y legal de las transacciones contempladas por este medio*

*no se vea afectado de una manera que sea sustancialmente adversa a cualquiera de las partes”*<sup>175</sup>.

En consecuencia, dado que el objetivo del Contrato Farm-out era ceder los derechos en el Contrato de Participación, la cesión de derechos no podía ser separada del Contrato Farm-out. La inexistencia de la cesión implica necesariamente la inexistencia de los Acuerdos Farm-out en virtud de las conclusiones de la mayoría.

Como señaló la profesora Stern, *“estoy realmente confundida respecto a comprender la motivación: - no se discute que el único propósito del Contrato Farm-out era ceder los derechos, - esta cesión de derechos es inexistente / no válida, pero el Contrato Farm-out existe / es válido”*<sup>176</sup>.

Si no hay Contrato Farm-out, no puede haber un pasivo de OXY hacia Andes. Para ello, la profesora Stern señala que la mayoría *“afirmó que la situación inicial de la cesión de derechos ha dejado de existir de forma automática por aplicación del artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos, pero al mismo tiempo señaló que el pasivo de las Demandantes hacia Andes permanece. [...] estos dos aspectos de la posición mayoritaria son, en mi opinión, contradictorios”*<sup>177</sup>.

Más allá de la evidente falta de idoneidad y capacidad de persuasión del razonamiento de la mayoría, nadie puede rastrear cómo la mayoría pasó del punto A (artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos) al punto B (la cesión de derechos es inexistente)<sup>178</sup>.

La profesora Stern es particularmente crítica en este sentido:

*“[...] Pero yo demostraré que ése no fue el caso, intentando seguir paso a paso las distintas manifestaciones de la mayoría, que abordaré por separado, ya que no logré seguir el hilo de una afirmación a la siguiente, ni logré entender la lógica en que se sustentan”*<sup>179</sup>.

A partir del análisis del artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos, la mayoría concluyó que esta *“prevé la inexistencia de la cesión”*<sup>180</sup>. En este mismo punto, la profesora Stern advierte que *“la mayoría parece haber tomado una decisión previo a cualquier análisis serio de los*

*textos ecuatorianos y las decisiones involucradas”*<sup>181</sup>. En efecto, el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos no puede ser más convincente: prevé expresamente la nulidad de las cesiones autorizadas (*“serán nulas”*).

La fuerte dependencia de la mayoría sobre su supuesta lectura de cuatro decisiones ecuatorianas no proporciona al lector del Laudo una mayor orientación en cuanto a cómo la mayoría llegó a su decisión de que la cesión era inexistente.

¿Qué más razones que las dichas para anular un Laudo?

### 3.3.8. EL TRIBUNAL NO MOTIVÓ LA DECISIÓN QUE LO LLEVÓ A NO APLICAR LA LEY 42 AL ESTABLECER LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DE OXY

Después de haber aceptado la petición de Ecuador de que debía aplicarse el gravamen de la Ley 42 para reducir el monto de los daños y perjuicios a OXY, la mayoría del Tribunal, después de ofrecer -de forma resumida- algunos motivos de su decisión<sup>182</sup>, decidió que:

<sup>178</sup>. Decisión sobre Anulación en MINE, § 5.8 á 5.9 (*“la exigencia de señalar la motivación se cumple siempre y cuando el Laudo permita al lector seguir como procedió el Tribunal del Punto A al punto B. y eventualmente, llegó a su conclusión”*). Ibidem, § 5.09 (*“Este requisito mínimo [de motivación], en particular, no es satisfecho, por motivos contradictorios o frívolos”*) (Texto original en inglés: *“This minimum requirement [to state reasons] is in particular not satisfied by either contradictory or frivolous reasons”*.) Decisión sobre Anulación en Amco II, § 1.18 (*“motivos incompatibles o razones frívolas sería equivalente a la ausencia de motivación”*), cap. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair, *The ICSID Convention, A commentary, [el Convenio del CIADI, un comentario]*, Cambridge University Press, 2ª edición, artículo 52, §: *“Sin duda los argumentos frívolos, superficiales o absurdos de un Tribunal no equivaldría a motivación”*.

<sup>179</sup>. Voto Disidente, § 65 (el énfasis es nuestro).

<sup>180</sup>. Laudo, § 619.

<sup>181</sup>. Voto Disidente, § 64 (el énfasis es nuestro).

<sup>182</sup>. Laudo, §§ 484-547.

<sup>174</sup>. Laudo, § 301.

<sup>175</sup>. Contrato Farm-out, artículo 8.0.

<sup>176</sup>. Voto Disidente, § 127.

<sup>177</sup>. Voto Disidente, § 23.

*“En consecuencia, tal como solicitaron los Demandantes, el Tribunal no tendrá en cuenta la Ley 42 para determinar el monto de sus daños”<sup>183</sup>.*

El impacto económico de la decisión antes transcrita debe ser subrayado *in limine*. El cálculo más reciente del Ecuador de los efectos de la Ley 42 sobre el monto de los daños y perjuicios de OXY en el arbitraje asciende a USD 816 millones. Esta cifra, sin embargo, se basa en un valor estimado para el Bloque 15 de USD 1,5 mil millones. Si la valoración del Bloque por parte del Tribunal es mayor (USD 2,3 mil millones) el impacto de la Ley 42 es significativamente superior a USD 816 millones.

En esencia, para llegar a su decisión de desconocer el gravamen de la Ley 42 para la evaluación de los daños y perjuicios, la mayoría del Tribunal, entre muchos otros errores que constituyen una extralimitación manifiesta de facultades o falta de motivación, (i) se negó a caracterizar a la Ley 42 en la legislación ecuatoriana y por lo tanto no aplicó este ordenamiento jurídico, en una extralimitación manifiesta de facultades; (ii) ejerció una competencia que no poseía en virtud del Tratado (hizo “demasiado”<sup>184</sup>); y (iii) se contradijo al concluir simultáneamente (a) que la Ley 42 modificó el Contrato de Participación y (b) que la Ley 42

se refiere a los ingresos, mientras que el Contrato de Participación se refiere a los volúmenes de petróleo.

Y a estas irregularidades hay que añadir una de carácter procesal. OXY inicialmente planteó el asunto de la Ley 42 como un reclamo en su Solicitud de Arbitraje, pero posteriormente, en su Memorial sobre Responsabilidad, afirmó que no tenía la intención de hacer declaraciones por separado sobre la Ley 42. OXY, sin embargo, intentó desconocer los efectos de la Ley 42 (y la Ley Interpretativa del IVA) alegando, con retraso, su ilegalidad como parte de su Memorial de Daños.

Ante este cambio de posición, Ecuador solicitó al Tribunal que declare inadmisibles las reclamaciones de último momento de OXY sobre la Ley 42. Luego de que OXY presentó un nuevo caso de la Ley 42 en la audiencia sobre daños y perjuicios en noviembre de 2009, el Tribunal -en lugar de rechazar las nuevas presentaciones- otorgó a OXY una nueva oportunidad para argumentar su caso, mediante la solicitud a las Partes de que presenten escritos simultáneos, abordando sus argumentos respectivos sobre la Ley 42.

Existen, al menos, cinco razones por las que puede concluirse que la mayoría se extralimitó manifiestamente en sus facultades al decidir desconocer el gravamen de la Ley 42 al fijar los daños y perjuicios a favor de OXY.

**En primer lugar**, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al negarse a examinar si, en virtud del derecho internacional, la Ley 42 era “*un asunto impositivo*” (y, por tanto, excluido de la competencia del Tribunal de conformidad con el artículo X.2 del Tratado). En cambio, el Tribunal decidió aplicar la ley ecuatoriana al concluir que la Ley 42 no era “*un asunto impositivo*” y por lo tanto era competente sobre este tema.

No fue inocente la negativa de la mayoría de considerar el derecho internacional. Fue un intento calculado para eludir la exclusión del Tratado respecto a los “asuntos impositivos” de la jurisdicción del Tribunal. De conformidad con el artículo X.2 del Tratado, “*las disposiciones del presente Tratado, y en particular su artículo VI [de solución de controversias inversionista-Estado] y VII [de solución de controversias entre Estados Contratantes], se aplicarán a cuestiones tributarias solamente con respecto a la lo siguiente: (a) la expropiación, de conformidad con el artículo III, (b) las transferencias, de conformidad con el artículo IV, o (c) la observancia y cumplimiento de los términos de un acuerdo de inversión o una autorización [...]*”<sup>185</sup>. Es indiscutible que la

interpretación del Tratado es una cuestión de derecho internacional (y no de derecho interno). Sin embargo, en lugar de confiar en el derecho internacional, el Tribunal se basó en la legislación ecuatoriana, señalando el “*simple texto de la Ley 42*” y “*el texto de la Cláusula 11.9*” del Contrato de Participación<sup>186</sup>.

Si el Tribunal hubiera aplicado el derecho internacional aplicable, habría llegado a la conclusión forzosa de que la Ley 42 estaba excluida de su jurisdicción. Al interpretar el sentido corriente de las “*medidas fiscales*” en el mismo Tratado, el Tribunal *Duke Energy c. Ecuador* citó, acogiendo su criterio, el Laudo dictado en *Encana c. Ecuador* que estableció que “*Una ley tributaria es aquella que impone a determinados grupos de personas la carga de pagar dinero al Estado para el beneficio público*”<sup>187</sup>. No se discute en este arbitraje que la Ley 42 “[...], *impuso un pasivo a determinados grupos de personas a pagar dinero al Estado con fines públicos*”. Además, la mayoría del Tribunal describe a la Ley 42 en el Laudo usando un modo muy parecido a los utilizados en el Laudo *Encana*<sup>188</sup>.

183. Laudo, § 536.

184. Decisión de Anulación en Soufraki, § 42.

185. Tratado entre los Estados Unidos de América y la República del Ecuador sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de fecha 27 de agosto de 1993, el artículo X.

186. Laudo, § 492 - 495.

187. *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. contra la República del Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/04/19), Laudo, 18 de agosto de 2008, § 174, citando *Encana Corporation contra República de Ecuador* (Casn LCIA No. UN3481), Laudo, 3 de febrero de 2006, § 142. Véase Voto Disidente, nota 3, pág. 4.

188. Laudo, § 510 (La Ley 42 es “una decisión unilateral del Congreso ecuatoriano para asignar al Estado ecuatoriano un porcentaje determinado de los ingresos obtenidos por las empresas contratistas como OEPC que tienen un contrato de participación”).

Además, según señaló la profesora Stern en su Voto Disidente, en el caso de Burlington, “el Tribunal abordando el mismo TBI y la misma Ley 42 [como el Tribunal en este caso], declaró: El Tribunal concluye que la Ley 42 es un impuesto [...]”<sup>189</sup>. El Tribunal Burlington, tras analizar las posiciones de las partes sobre el punto, decidió caracterizar la Ley 42 como una medida impositiva en virtud del derecho internacional para efectos jurisdiccionales.

En suma, al considerar que la Ley 42 era “en violación de la obligación de la Demandada en virtud del artículo II.3(a) del Tratado de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión de las Demandantes”<sup>190</sup>, sin tomar en cuenta la exclusión del Artículo X.2 que excluye la jurisdicción del Tribunal en relación con las “cuestiones fiscales”, la mayoría fue más allá de la competencia establecida en virtud del Tratado y, por tanto, se extralimitó manifiestamente en sus facultades.

**En segundo lugar**, la mayoría se negó expresamente a aplicar el derecho internacional cuando ignoró el principio de derecho internacional según el cual “los Estados no están obligados a pagar una indemnización a un inversionista extranjero cuando, en el ejercicio normal

de sus facultades reglamentarias, de una manera no discriminatoria, adoptan normas de buena fe que tienen como objetivo el bienestar general”<sup>191</sup>, simplemente sobre la base de un contrato de participación re-escrito.

De hecho, el propio Tribunal reconoció que dicho principio es un “conocido principio de derecho internacional resumido muy claramente por el Tribunal Saluka”<sup>192</sup>. Sin embargo, la mayoría consideró que no era aplicable en las circunstancias actuales al señalar, en una nota al pie, que el Contrato de Participación “limita el ejercicio de poderes reglamentarios del Estado”<sup>193</sup>. Tal negativa a aplicar el derecho internacional constituye una extralimitación manifiesta de facultades por parte de la mayoría.

**En tercer lugar**, la mayoría también se extralimitó manifiestamente en sus facultades al no aplicar el principio de derecho internacional según el cual, en ausencia de un compromiso expreso y específico de estabilización por parte del Estado, la norma de trato justo y equitativo no protege la expectativa del inversionista de que el Estado no modificará sus leyes y reglamentos.

Los Tribunales internacionales han concluido en varios casos que las expectativas de un inversor están

protegidas, “siempre y cuando estas expectativas sean razonables y legítimas, y hayan sido invocadas por el inversor para realizar la inversión”<sup>194</sup>:

“La idea de que la confianza legítima, y por lo tanto FET [Trato Justo y Equitativo por sus siglas en inglés], implica la estabilidad del marco jurídico y económico, puede no ser correcta si se ha establecido en una formulación excesivamente amplia e incondicional. El FET podría entonces significar la congelación virtual de la regulación legal de las actividades económicas, a diferencia de la potestad reglamentaria normal del Estado y el carácter evolutivo de la vida económica. Salvo en los casos en que el Estado se compromete o hace representaciones específicas son tomadas para el inversor, este último no puede basarse en un tratado bilateral de inversiones como una especie de póliza de seguro contra un riesgo de cambios en el marco jurídico y económico del Estado de acogida. Tal expectativa no sería legítima ni razonable”.

Además, en opinión del Tribunal, la obligación FET no puede servir el mismo propósito que las cláusulas de estabilización específicamente otorgadas a inversores extranjeros<sup>195</sup>.

Del mismo modo, en su Voto Disidente, la profesora Stern citó la conclusión del Tribunal en *Encana c. Ecuador*:

“En ausencia de un compromiso específico del Estado anfitrión, el inversor extranjero no tiene ningún derecho ni expectativa legítima de que el régimen fiscal no cambie, quizá para su desventaja, durante el período de la inversión. Por su naturaleza, toda fiscalidad reduce los beneficios económicos que una empresa de otro modo obtendría de la inversión. Sólo en casos extremos los efectos de un impuesto de incidencia general podrían ser considerados como equivalentes a una expropiación de la empresa sujeta al mismo”<sup>196</sup>.

En el Laudo, la mayoría no halló ningún compromiso de estabilización por parte de Ecuador, ya sea en el

189. Voto Disidente, nota 3, pág. 4, citando a Burlington Resources Inc. y otros contra la República del Ecuador (Caso CIADI No. ARB/08/5), Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, § 167.

190. Laudo, § 527.

191. Laudo, nota al pie 65, pág. 207.

192. *Ib.*

193. *Ib.*

194. Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. contra Tanzania (Caso CIADI No. ARB/05/22), Laudo, 24 de julio de 2008, § 602. Véase también, Jan de Nul N.V. y Dredging International NV contra la República Árabe de Egipto (Caso CIADI No. ARB/04/13), Laudo, 6 de noviembre 2008, § 186 (“Tribunales have considered that fair and equitable treatment was denied when the protection of the investor’s expectations had not been warranted, provided that these were reasonable and legitimate”) (Traducción no oficial: “Los Tribunales han considerado que fue negado un trato justo y equitativo cuando no se ha justificado la protección de la confianza de los inversores, siempre y cuando éstos eran razonables y legítimos”).

195. EDF (Services) Limited contra Rumania (Caso CIADI No. ARB/05/13), Laudo, 8 de octubre de 2009, § 217. Véase también Ulysseas, Inc. contra la República del Ecuador (CNUDMI), Laudo, 12 de junio de 2012, § 249, Anexo EAA-58, El Paso Energy International Company contra la República Argentina (Caso CIADI No. ARB/03/15), Laudo, 31 de octubre de 2011, § § 350-364. arkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania (Caso CIADI No. ARB/05/8), Laudo, 11 de septiembre de 2007, § 332 y Sergei Paushok, CJSC Golden East Company y CJSC Vostokneftegaz Company contra Gobierno de Mongolia (CNUDMI), Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad Civil, 28 de abril de 2011, § 302,

196. Encana Corporation contra la República del Ecuador (Caso LCIA No. UN3481), Laudo, 3 de febrero de 2006, § 173, citada en el Voto Disidente, nota al pie 3, pág. 4.

Contrato de Participación, en la legislación ecuatoriana, o en cualquier otro acto unilateral del Ecuador. Sin embargo, la mayoría sostuvo que “la Ley 42 [...] se burla de las expectativas legítimas de las Demandantes”<sup>197</sup>, obviando, con esta afirmación, aplicar el derecho internacional.

**En cuarto lugar**, la mayoría también se extralimitó manifiestamente en sus facultades cuando hizo caso omiso del texto de la Ley 42 (en particular de su artículo 2), distinguiendo entre la “participación en volúmenes” de crudo (garantizados por la Cláusula 8.1 del Contrato de Participación y no afectadas por la Ley 42)<sup>198</sup> y la “participación en los ingresos” obtenida por los contratistas, para concluir que el Ecuador había incumplido el Contrato de Participación.

La mayoría no pudo escapar del texto de la Ley 42 o el Contrato de Participación; ambos hicieron muy clara la mentada distinción:

1.- La Ley 42 indica que se requiere que los contratistas contribuyan “al menos el 50% de los ingresos extraordinarios” generados por altos precios del petróleo “sin perjuicio del volumen de petróleo crudo de participación que les corresponde” bajo contratos de participación<sup>199</sup>.

2.- La cláusula 3.3.27 del Contrato de Participación define la “Participación de la Contratista” como “el porcentaje de la Producción Fiscalizada de Petróleo Crudo que, de conformidad con la cláusula 8.1 de este Contrato de Participación, le corresponde a la Contratista”<sup>200</sup>. Incluso la mayoría aceptó, en el Laudo, que

las “Cláusulas 8.1 y 8.5 del Contrato de Participación son muy claras [...] OXY recibiría una participación en la producción de petróleo crudo”<sup>201</sup> y fue tan lejos como para afirmar que la Ley 42 “causó que la participación de la parte demandada en los ingresos del petróleo dependan directamente de los precios del crudo, en franca contradicción con las cláusulas 8.1 y 8.5 del Contrato de Participación, que establece la participación de las partes en el crudo producido sin ningún tipo de referencia al precio del petróleo”<sup>202</sup>.

Como señala la profesora Stern:

“Pero, para la mayoría, la Ley 42 no constituye un impuesto ni un gravamen. No obstante esto parecería contradecirse con la caracterización de la Ley 42 por parte de la mayoría, a saber, “una decisión unilateral del Congreso Ecuatoriano para asignar al Estado Ecuatoriano un porcentaje definido de los ingresos obtenidos por compañías contratistas” (párrafo 510 del Laudo), que, en mi modesta opinión, describe con exactitud la función de un impuesto o un gravamen. Asimismo, a fin de llegar a la conclusión de que la Ley 42 violó el Contrato de Participación, la mayoría basa la conclusión en una confusión entre la participación en los volúmenes y la participación en los ingresos, para concluir que la Ley 42 violó la Cláusula 8.1 que disponía la participación

del contratista en el volumen de petróleo extraído, y la Cláusula 5.3.2, que otorga al contratista el derecho de disponer libremente de los volúmenes de petróleo asignados conforme a la Cláusula 8.1.

Yo habría razonado de una manera completamente diferente respecto de las dos cuestiones. En primer lugar, no puedo admitir que la Ley 42 sea una violación de las Cláusulas 8.1 y 5.3.2, ya que la Ley 42 trata una cuestión distinta que las reguladas por el Contrato de Participación. ¡Que se utilice el término “participación” en ambas expresiones, no significa necesariamente que la participación en los volúmenes signifique lo mismo que la participación en los ingresos! **Los abogados deben proceder con rigor y no utilizar un término en el sentido del otro, ni un concepto en lugar de otro.** La distinción se encuentra en la mismísima Ley 42, en el Artículo 2: [...] Las compañías contratistas[...] sin perjuicio del volumen de petróleo crudo de participación que les corresponde[...] reconocerán a favor del Estado ecuatoriano una participación de al menos el 50% de los ingresos extraordinarios que se generen por la diferencia de precios”<sup>203</sup>.

Al desconocer el texto literal de la ley y el contrato correspondiente, la mayoría también manifiestamente incumplió con su mandato y sus facultades.

197. Laudo, § 527.

198. La Cláusula 8.1 proporciona la fórmula para el cálculo de la Participación del Contratista, Contrato de Participación (“Cálculo de Participación de la Contratista – La Participación de la Contratista se calculará según la siguiente fórmula.

$$PC = X \cdot Q / 100$$

Dónde:

PC = Participación de la Contratista

Q = Producción Fiscalizada

Factor de media, en porcentaje, redondeado a la tercera decimal, correspondiente a la Participación de la Contratista, calculado de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$x = (X1 \cdot q1 + X2 \cdot q2 + X3 \cdot q3) / q = Y$$

Donde:

q = es el promedio de producción diaria Fiscalizado para el año fiscal correspondiente.

q1 = es la parte de q menor a L1

q2 = es la parte de q entre L1 y L2.

q3 = es la parte de q mayor que L2”).

199. Ley 42, Ley de Reforma a la Ley de Hidrocarburos de 20 de abril de 2006, publicado en la Gaceta Oficial el 25 de abril de 2006, Artículo 2.

200. Contrato de Participación, Cláusula 3.3.27.

201. Laudo, § 512.

202. Laudo, § 520 artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos.

203. Voto Disidente, §§ 10 y 11 (el énfasis es nuestro).

Por último, la mayoría no aplicó la norma de derecho internacional para determinar el valor justo de mercado del Bloque 15, y por lo tanto se extralimitó manifiestamente en sus facultades cuando se negó a aplicar la Ley 42 sobre la base de que:

*“El Tribunal concluye que este argumento padece de un defecto fundamental.*

*Resulta obvio que un tercero hipotético no pagaría más de lo que se encuentre justificado por los posibles retornos sobre una inversión y que la Ley 42 tendría que aparecer en una evaluación de cuáles serían esos retornos (ya sea por el riesgo de su aplicación continuada o porque Ecuador insistiría en ello como un prerrequisito para la autorización). Sin embargo, preguntar qué es lo que pagaría un inversor hipotético en virtud de la Ley 42, la cual el Tribunal ha caracterizado como violatoria del Contrato de Participación, es irrelevante para evaluar qué es lo que OEPC, cuyo contrato la protegía frente a factores como la Ley 42, realmente perdió. Cabe reiterar que la pregunta a responder no es “qué es lo que pagaría un comprador hipotético en las circunstancias actuales”, sino “qué perdieron las Demandantes”. El valor justo de mercado sirve como guía para responder a este interrogante, pero lo que debe calcularse es el valor del flujo de caja descontado del Contrato de Participación (es de-*

*cir, del Bloque 15), sin incluir los incumplimientos (como por ejemplo, la Ley 42) de la Demandada”<sup>204</sup>.*

### 3.3.9. EL TRIBUNAL OMITIÓ EXPRESAR LOS MOTIVOS EN LOS QUE BASÓ SU DECISIÓN DE NO TOMAR EN CONSIDERACIÓN LA LEY INTERPRETATIVA DEL IVA EN LA VALORACIÓN DE LOS DAÑOS DE OXY

Ante el argumento de Ecuador, dentro de la última fase del procedimiento de arbitraje, OXY sostuvo que la Ley Interpretativa del IVA activa la Cláusula 8.6 (e) del Contrato de Participación y por tanto este concepto no debía tenerse en cuenta al determinar la indemnización a su favor. La mayoría del Tribunal acogió este argumento, pero, sorprendentemente, no motivó su decisión para hacerlo desechando simplemente los argumentos de Ecuador.

OXY sostuvo que, en el caso de que Ecuador no devolviera el IVA, un comprador dispuesto tendría derecho a un ajuste de los porcentajes de participación en la aplicación de la Cláusula 8.6 (e) del Contrato de Participación. OXY pretendía dar este sentido a la Cláusula 8.6 (e) del Contrato de Participación, que dispone que:

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

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

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

El interés de OXY de excluir a la Ley Interpretativa del IVA del cálculo de los daños era obvio, como obvio era tomarlo en cuenta: reduciría aun más el tamaño de la fuente de ingresos proyectada desde el Bloque 15 y el valor de los intereses de OXY en el mismo.

En efecto, y tal como lo presentó Ecuador, la aplicación de la Ley Interpretativa, producía una reducción en el valor justo de mercado del Bloque 15 de entre USD 25 y USD 33 millones, dependiendo de los supuestos del modelo de valoración. Por lo tanto, no hace falta decir que la Ley Interpretativa del IVA no era asunto menor.

En los párrafos 568 y 569 de su Laudo, la mayoría sostuvo que:

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

*En consecuencia, todo comprador hipotético dispuesto a comprar los derechos de OEPC contemplados en el Contrato de Participación, con base en las observaciones y conclusiones del Tribunal del IVA, tendría derecho a aplicar un factor de corrección en los porcentajes de participación para absorber el aumento en su carga económica de conformidad con las Cláusulas 8.6 y el Anexo No. XIV del Contrato de Participación”<sup>205</sup>.*

Es decir, la mayoría acogió el argumento de OXY y excluyó la aplicación de la Ley Interpretativa del IVA del cálculo de la indemnización.

204. Laudo, § 539.Voto Disidente, §§ 10 y 11.

205. Laudo, § 539.

Los Tribunales están obligados, en virtud del artículo 52 (1) (e) del Convenio CIADI, a exponer la motivación de sus conclusiones. Sin embargo, el razonamiento de la mayoría del Tribunal se puede resumir en una frase sumaria: *“No hay duda, en opinión del Tribunal, que como consecuencia la Ley Interpretativa del IVA ha incrementado la carga económica de las Demandantes y, por tanto, ha tenido consecuencias en la economía del Contrato de Participación”*.

La profesora Stern en su Voto Disidente, párrafos 14 y 15, analizó este tema y puso de manifiesto las falencias de la mayoría:

*“14. Al analizar el impacto de la Ley Interpretativa del IVA sobre el Contrato de Participación, una vez más el Laudo confunde dos cosas distintas: el incremento en el IVA y el impacto sobre la economía del contrato –al manifestar (párrafo 568 del Laudo) que “(n) o hay duda, en opinión del Tribunal, que como consecuencia la Ley Interpretativa del IVA ha incrementado la carga económica de las Demandantes y, por tanto, ha tenido consecuencias en la economía del Contrato de Participación” (Énfasis agregado). Yo considero que se desprende de la lectura de la Cláusula 8.66 que, **contrariamente a lo que parece indicar la posición de la mayoría, no cualquier cobro del IVA tiene un impacto ipso facto en la economía del contrato. Tal impacto debió ser analizado, y la mayoría no lo hizo. Sin entrar en una larga discusión, me da la impresión***

*que el hecho de que la ley no dispusiera la devolución del IVA y que no se compensara mediante la modificación de los porcentajes de participación en los volúmenes no parecería ser una violación del Contrato de Participación.*

**15. Por ello, considero que la Ley Interpretativa del IVA debió haberse aplicado a los fines del cálculo de daños”.**

La profesora Stern tiene razón y su juicio está en consonancia con la jurisprudencia de los comités ad hoc del CIADI bajo el literal (e) del artículo 52 (1) del Convenio. De hecho, es simplemente imposible seguir la motivación del Tribunal desde el punto A (la Ley Interpretativa del IVA aumentó la carga económica de OXY) al punto B (por lo tanto, la Ley Interpretativa del IVA impactó la economía del Contrato de Participación).



Lunes 7 de abril de 2014. Equipo de defensa de la República del Ecuador que asistió a la audiencia de admisión de pruebas en el caso OXY. Fotografía tomada en la Sala de Reuniones en la Sede del Banco Mundial destinada al Ecuador. De izquierda a derecha: de pie: Juan Espinosa (PGE), Stephan von Habsburg (Squire Sanders), Eduardo Silva (Dechert LLP), George von Habsburg (Squire Sanders), Stephen von Habsburg (Squire Sanders), José Manuel Rodríguez Represa (Dechert LLP), Audrey von Habsburg (Dechert LLP), Antonio von Habsburg (Dechert LLP). Sentados: Mariana Moya (PGE), Dra. Blanca Zúñiga de la Torre (PGE), Dr. Diego Carrión (Procurador General del Ecuador), Pierre Mayer (Dechert LLP), Carolina Silva (Dechert LLP).

ENSAYOS  
JURÍDICOS

Como corolario de las páginas precedentes, en las que se ha puesto en relieve de manera exhaustiva y ampliamente documentada, la defensa jurídica del Estado en este caso emblemático, se presentan a continuación ensayos relativos a los aspectos doctrinales y jurisprudenciales que estructuran las principales tesis que han soportado la referida defensa.

Tales ensayos han sido desarrollados por prestigiosos abogados que han sido parte de la defensa del Estado en el caso OXY, como académicos y expertos en derecho internacional y controversias de inversiones.

En función de lo anterior, en las siguientes páginas, a modo de anexos, ponemos a disposición del amable lector cinco ensayos sobre las distintas aristas y facetas del caso en estudio.

A continuación detallamos los títulos de los artículos y sus respectivos autores.

- **El Laudo en el caso occidental: una visión general**, por Paul Reichler
- **Períodos de reflexión o espera en el arbitraje de inversiones**, por George von Mehren y Stephan Adell
- **Occidental c. Ecuador (ii) La conclusión del Tribunal sobre “negligencia”**, por Stephen P. Anway y Raúl B. Mañón
- **Del supuesto “principio de proporcionalidad” como mecanismo de moderación contractual**, por Eduardo Silva Romero
- **El “argumento 60/40” en el caso OXY**, por Pierre Mayer y Audrey Caminades

## ***El Laudo en el caso Occidental: una visión general***

*Paul S. Reichler<sup>1</sup>*

El Laudo dictado en el arbitraje iniciado por Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company contra Ecuador (Caso CIADI ARB/06/11) lleva al lector de sorpresa en sorpresa. Motivos no faltan. Se trata de una decisión en la cual el Tribunal acuerda otorgar a la parte demandante la más alta indemnización en la historia del arbitraje internacional, a pesar de haber reconocido que Occidental violó el contrato y la ley del Estado demandado.

A nadie le sorprendería que una decisión así, por la cuantía de la indemnización y lo paradójico del razonamiento, levante críticas. Dificilmente se esperaría, sin embargo, encontrar las primeras críticas en la decisión misma, enunciadas en tan durísimos términos y de manera tan contundente, como las que consigna la profesora Stern al disentir de la opinión de los se-

ñores Fortier y Williams, los otros dos miembros del Tribunal. Esta es otra característica sobresaliente de la decisión.

En lo fundamental, el Laudo reconoce, como punto de partida, que Occidental violó la Ley de Hidrocarburos al transferir derechos a un tercero, la compañía canadiense Alberta Energy Corporation Ltd., AEC (más tarde vendida a la china Andes Petroleum) sin haber recibido la autorización previa de la autoridad ecuatoriana competente<sup>2</sup>. Admite también que este hecho dio lugar a que se declare la caducidad del contrato, una medida considerada en la Ley ecuatoriana como sanción para la transferencia no autorizada de derechos<sup>3</sup>. El Tribunal consideró sin embargo que al no haber sido la infracción el resultado de una actitud dolosa de Occidental y al no haber causado la transferencia un perjuicio patrimonial al Estado, la caducidad devino

1. Paul Reichler es uno de los más experimentados y respetados litigantes en materia de Derecho Internacional Público. Cuenta con una trayectoria de más de 25 años en la representación de temas relativos a soberanía estatal y disputas entre Estados e inversionistas extranjeros. Ha litigado ante los más importantes foros judiciales, tales como la Corte de Justicia de La Haya y el Tribunal del Mar en Hamburgo.

2. Occidental c. Ecuador Laudo, § 383.

3. *Ib.* § 381.

una sanción excesiva, contraria al principio de proporcionalidad que el Tribunal estimó incorporado en el estándar del trato justo y equitativo reconocido por el artículo II.3 (a) del TBI<sup>4</sup>. Con esta base, concluyó el Laudo que Occidental tenía derecho a ser indemnizada.

Para determinar el monto de la indemnización el Tribunal calculó el valor del negocio de las demandantes a partir del valor actual neto de los flujos de caja descontados al 16 de mayo de 2006, fecha del decreto de caducidad<sup>5</sup>. De este valor, la mayoría decidió reducir un 25% para establecer la cuantía de la indemnización por considerar que “el acto indebido” de las demandantes “contribuyó de manera sustancial a los daños posteriormente sufridos”<sup>6</sup>. El Laudo de mayoría acordó reconocer el 100% de ese valor a Occidental, desestimando las alegaciones del Ecuador<sup>7</sup> respecto a que Occidental, en virtud de la transferencia de derechos, había recibido ya el pago correspondiente al 40 por ciento de su inversión por parte de AEC, la cual resultaba entonces la dueña del porcentaje restante.

Hay varios aspectos de la decisión en los que el Tribunal de Occidental ha pasado por alto o ha hecho una aplica-

ción incorrecta de principios fundamentales del derecho internacional. Hay tres aspectos, sin embargo, que considero demostrativos de una peligrosa tendencia en el arbitraje de inversiones: la auto-atribución de poderes y facultades que van mucho más allá de lo que razonablemente un Estado consideraría comprendido en su consentimiento para arbitrar. A esos tres aspectos limitaré mi análisis. El primero tiene que ver con la competencia.

#### LA NATURALEZA DEL PERÍODO DE ESPERA

La solicitud de arbitraje se presentó apenas dos días después de expedido el decreto de caducidad. Ecuador alegó que las Demandantes no respetaron el período de espera de seis meses que impone el artículo VI.3 del TBI antes de someter la controversia a arbitraje. En su decisión sobre competencia, la cual forma parte integrante del Laudo<sup>8</sup>, el Tribunal recordó que “el procedimiento de caducidad de que se trata en el presente arbitraje” se había iniciado en el año 2004 y que durante ese lapso de 18 meses la demandante había intentado “infructuosamente refutar las alegaciones” con base en las cuales se había iniciado el procedimiento de caducidad<sup>9</sup>. Con este antecedente,

admitiendo el argumento de las demandantes, el Tribunal consideró que “la finalidad misma del período de espera consistía en entablar negociaciones de buena fe antes de iniciar el arbitraje”<sup>10</sup> y que “en las circunstancias del presente caso, los intentos de llegar a una solución negociada fueron inútiles”<sup>11</sup>. Para justificar jurídicamente su conclusión, el Tribunal, en una nota al pie, indicó que “algunos Tribunales han confirmado que en los casos en que las negociaciones necesariamente han de ser inútiles, no es necesario dejar transcurrir enteramente el período de espera” y citó las decisiones de *Lauder c. República Checa*, *SGS c. Pakistán* y *Ethyl c. Canadá*<sup>12</sup>.

En *Lauder* el Tribunal decidió, citando a *Ethyl* como autoridad, que el requisito de espera de seis meses del TBI no era una disposición relativa a la jurisdicción que limite la autoridad del Tribunal para conocer la controversia, sino una “regla de procedimiento” que debía ser observada por la parte demandante. *Ethyl*, sin embargo, es un caso basado en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)<sup>13</sup>, cuyo texto en cuanto a esta exigencia es totalmente diferente al del TBI con Estados Unidos. En efecto, el artículo 118 del TLCAN dice que “las partes deberán intentar primero resolver la

controversia mediante consultas o negociaciones”<sup>14</sup>. En cambio, el artículo VI.3 del TBI dispone que:

“*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 [...]*”.

La diferencia es evidente. El TBI establece con claridad una condición suspensiva para el inicio del arbitraje. Según esta disposición, el inversionista podrá iniciar el arbitraje solamente después de que hayan transcurrido seis meses luego de surgida la controversia. Se trata de un plazo forzoso, ineludible, no sujeto a evento o condición. Antes de que ese plazo haya fenecido, el inversionista no puede aceptar la oferta de consentimiento del Estado para someterse al arbitraje obligatorio previsto en la cláusula de solución de controversias del TBI.

El Tribunal en *Lauder*, un caso referido a un tratado con una disposición idéntica, no apreció correctamente esta diferencia. Sí la apreciaron en cambio otros Tribunales, en casos mucho más cercanos al de Occidental, por tratarse no solamente del mismo TBI sino también del

4. *Ib.* § 450.

5. *Ib.* § 824.

6. *Ib.* §§ 679 a 687, 825.

7. También desestimó el Tribunal las alegaciones relativas al impacto en el quantum de dos cargas impositivas: la Ley 42 y la Ley interpretativa del IVA

8. Occidental c. Ecuador Laudo, § 39.

9. Decisión sobre Competencia, 93.

10. Decisión sobre Competencia, 92.

11. *Ib.* 94.

12. *Ib.* 94, nota 10.

13. Ethyl Corporation c. Canada (NAFTA-UNCITRAL) (Bockstiegel, Brower, Lalonde), 24 de junio de 1998.

14. “The disputing parties should first attempt to settle a claim through consultation or negotiation”.

mismo Estado. En el caso de Murphy c. Ecuador el Tribunal, luego de criticar la decisión del caso Lauder, dijo:

*“A juicio de este Tribunal, la exigencia de que las partes deban procurar intentar resolver su controversia, mediante consultas y negociaciones, durante un período de seis meses, no es, como pretende la Demandante y han sostenido algunos Tribunales arbitrales “una regla procesal” o una etapa “de naturaleza no obligatoria y procesal” que el interesado puede satisfacer o no. Por lo contrario se trata de un requisito fundamental que debe cumplir, obligatoriamente, la parte Demandante, antes de presentar un arbitraje conforme a las normas del CIADI”<sup>15</sup>.*

Ciertamente, si se da a los términos del artículo VI.3 del TBI su sentido corriente, en aplicación de las reglas para la interpretación de tratados del artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se concluye necesariamente que la espera de seis meses es un requisito relativo a la jurisdicción y su incumplimiento impide que pueda considerarse aceptada la oferta de consentimiento del Estado consignada en un TBI, porque tal oferta está sujeta a una condición suspensiva.

La autoridad de un Tribunal internacional de arbitraje nace exclusivamente del consentimiento de las partes.

Si tal consentimiento se prestó en ciertos términos o con ciertas limitaciones, el Tribunal no puede ejercer autoridad alguna fuera de ese marco, simplemente porque no la tiene.

Hay otro aspecto en la decisión sobre jurisdicción de Occidental que resulta criticable. El Tribunal asume que los argumentos de la demandante presentados durante el procedimiento administrativo que precedió a la emisión del decreto de caducidad así como las gestiones realizadas por Occidental durante dicho procedimiento para evitar que se declare la caducidad, equivalen a intentos de negociación, y el hecho de que estos intentos previos a la caducidad no hayan surtido frutos demostraría que cualquier negociación posterior resultaría “infructuosa”<sup>16</sup>.

Se trata de una suposición sin sustento. Más allá de la debilidad lógica del razonamiento y aunque se admitiese que esa equiparación es posible en el plano de los hechos, jurídicamente es más grave la asunción que subyace tras ese razonamiento. En efecto, para que haya intentos de solucionar una controversia por cualquier medio, primero debe haber surgido la controversia. Por consiguiente, para atribuir a los acontecimientos previos a la emisión del decreto de caducidad el carácter de intentos fallidos de solución de la controversia, sería necesario haber asumido pre-

viamente que la controversia había surgido antes de emitido el decreto de caducidad y, específicamente, que había surgido cuando comenzó el procedimiento administrativo previo a la emisión<sup>17</sup>.

Ahora bien, ¿puede haber surgido una controversia relativa a la incompatibilidad de la declaración de caducidad con los estándares del TBI, antes de que la caducidad se haya declarado? Parece que el sentido común respalda la respuesta negativa.

Una controversia existe cuando surge un desacuerdo sobre los hechos o sobre un punto de derecho, de manera que “el reclamo de una parte confronta la oposición positiva de la otra”<sup>18</sup>. Por eso, el Tribunal en el caso Burlington c. Ecuador observó, con acierto, que “una controversia sólo se origina una vez que se ha planteado una alegación de una violación de un tratado”<sup>19</sup>. En el caso, la alegación de que la caducidad contravenía el TBI no podía haberse planteado antes de que la caducidad hubiese sido declarada, puesto que el Estado

no había adoptado todavía una “oposición positiva” frente a los planteamientos de Occidental.

Las decisiones en Murphy<sup>20</sup> y en Burlington<sup>21</sup> traen otro elemento que es necesario considerar. Para que el período de espera de seis meses del artículo VI del TBI pueda ser eficaz, resulta indispensable que antes de someter la controversia al arbitraje, el Estado haya recibido aviso formal acerca de la existencia de la controversia, con especificación de sus términos. No ocurrió así en este caso. Al igual que en Burlington, “[l]a 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”<sup>22</sup>.

La decisión sobre competencia del Tribunal de Occidental ha ignorado o ha dejado de aplicar una norma expresa del tratado. No una norma cualquiera, sino precisamente aquella que abre la puerta al arbitraje, es

15. Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador (Caso CIADI ARB/08/4), Laudo sobre Jurisdicción (Oreamuno, Grijera Naón, Vinuesa) 15 de diciembre de 2010, 149.

16. Decisión sobre Competencia § 90 - 96.

17. *Ib.* § 96.

18. CIJ, Casos contra Sudáfrica (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia c. Sudáfrica) Objeciones Preliminares, Sentencia de 21 de diciembre de 1962; I.C.J. Reports, 1962, pág. 328.

19. Burlington Resources Inc. c República del Ecuador (Caso CIADI/ ARB/08/5) Decisión sobre competencia (Kaufmann-Kohler, Stern, Orrego Vicuña), 2 de junio de 2010, § 336.

20. Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador (Caso CIADI ARB/08/4) Laudo sobre Jurisdicción (Oreamuno, Grijera Naón, Vinuesa), 15 de diciembre de 2010, § § 101 - 109.

21. Burlington Resources Inc. c República del Ecuador (Caso CIADI/ ARB/08/5), Decisión sobre competencia (Kaufmann-Kohler, Stern, Orrego Vicuña), 2 de junio de 2010, §§ 310-312.

22. Burlington Resources Inc. c República del Ecuador (Caso CIADI/ ARB/08/5), Decisión sobre competencia (Kaufmann-Kohler, Stern, Orrego Vicuña), 2 de junio de 2010, § 312 (Énfasis en el original).

decir, la norma de la cual en último término proviene la autoridad del Tribunal.

Pero hay un aspecto adicional, en extremo preocupante. El Tribunal de Occidental se aparta de lo resuelto en dos casos anteriores que se refieren no solamente a la misma norma del mismo TBI, sino que además afectan al mismo Estado. Contradice frontalmente a Murphy y a Burlington sin mencionarlos siquiera. Es cierto que en el arbitraje de inversiones las decisiones de otros Tribunales carecen de fuerza vinculante. Pero también es cierto que cuando se trata de decisiones que aluden a la misma norma y al mismo Estado, éste esperaría, por lo menos, una explicación razonable que justifique la diferencia de criterio. No cabe duda de que si un órgano del Estado procediera de manera similar y adoptase, sin explicación alguna, decisiones contradictorias respecto de una misma cuestión, un Tribunal CIADI le condenaría por atentar contra el principio del trato justo y equitativo. ¿Acaso no debería esperar el Estado un trato “justo y equitativo” por parte de los Tribunales de arbitraje?

### LA PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN

En el Laudo de Occidental, el Tribunal admite que al transferir derechos a un tercero sin autorización previa, la compañía demandante violó no solamente la Ley de Hidrocarburos, sino también una norma expresa del

contrato. Admite también que tanto el contrato como la ley preveían que ante tal violación, podía la autoridad administrativa competente declarar la caducidad del contrato. Dice el Laudo<sup>23</sup>:

*“La falta de solicitud de la autorización correspondiente significó que OEPIC violó la Cláusula 16.1 del Contrato de Participación y fue culpable de una violación punible del Artículo 74.11 de la LHC que expresamente le daba la opción al Ministro de declarar la caducidad del Contrato de Participación y los Acuerdos de Operación Conjunta. Es por este motivo que la acusación realizada por las Demandantes de que el Decreto de Caducidad frustró sus expectativas legítimas es rechazada”.*

Sin embargo, cuando el Ministro ejerció esa “opción”, a juicio del Tribunal aplicó una sanción desproporcionada. Según el Laudo, tanto el derecho ecuatoriano como el derecho internacional reconocen “el principio primordial de proporcionalidad” conforme al cual el objetivo que la Administración persigue con la aplicación de una medida debe guardar “equilibrio con los propios intereses de las Demandantes y con la verdadera naturaleza y el verdadero efecto de la conducta que se reprime”<sup>24</sup>. A partir de esta premisa, el Laudo concluyó:

*“De lo anterior surge que incluso si OEPIC, tal como lo determinó el Tribunal precedentemente, hubiera*

*violado la Cláusula 16.1 del Contrato de Participación y fuera culpable de una violación punible del Artículo 74.11 (o de los Artículos 74.12 ó 74.13), el Decreto de Caducidad no fue una respuesta proporcionada en las circunstancias particulares y es ésta la conclusión del Tribunal. En consecuencia, el Decreto de Caducidad fue sancionado en violación del derecho ecuatoriano, del derecho internacional consuetudinario y del Tratado. En cuanto al Tratado, el Tribunal considera expresamente que el Decreto de Caducidad constituyó un incumplimiento por parte de la Demandada de su obligación contenida en el Artículo II.3(a) de conceder un trato justo y equitativo a la inversión de las Demandantes y de no concederles un trato menos favorable que el exigido por el derecho internacional”*<sup>25</sup>.

La pregunta central no es si el derecho ecuatoriano y el derecho internacional “reconocen” el principio de proporcionalidad. La pregunta es si admiten que una autoridad administrativa esté llamada a aplicarlo en las circunstancias del caso.

No voy a referirme en detalle a la cuestión de la proporcionalidad en el derecho ecuatoriano. Limitaré mi análisis a las normas que el Laudo invoca e interpreta

y a las autoridades en las que el Laudo se apoya.

Antes de hacerlo, sin embargo, hay que advertir que el Laudo reconoce que la declaratoria de caducidad es en el derecho ecuatoriano una sanción<sup>26</sup> para una infracción legal y contractual consistente en la transferencia no autorizada de derechos a un tercero<sup>27</sup>.

Tanto el derecho ecuatoriano como el derecho internacional consideran que el principio de legalidad es inherente al concepto de sanción. Esto significa que no pueden sancionarse conductas no tipificadas previamente como infracción y que no pueden aplicarse otras sanciones que las previstas previamente en la ley.

Para fundamentar su apreciación acerca del principio de proporcionalidad en el derecho ecuatoriano el Laudo se remite en primer lugar a la disposición contenida en el inciso 3 del artículo 24 de la Constitución de 1998, que adopta entre las reglas del debido proceso una según la cual “las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones”<sup>28</sup>. Se trata, como se desprende de su texto, de una regla para el legislador. Sin embargo, para demostrar que el principio se aplica no solamente en el derecho penal sino en todo tipo de procedimiento judicial o administrativo, el Laudo cita una sentencia de la Corte

23. Occidental c Ecuador, Laudo § 383.

24. *Ib.* § 450.

25. *Ib.* § 452.

26. *Ib.* §§ 297, 338, 387.

27. *Ib.* § 383.

28. *Ib.* § 397.

Suprema que así lo reconoce. La sentencia, en efecto, en el párrafo que el Laudo transcribe, dice que “las medidas o sanciones adoptadas dentro de cualquier procedimiento judicial o administrativo deben ser proporcionales con los hechos o actos establecidos como infracciones” que es la idea que el Tribunal de Occidental recoge. Pero el mismo párrafo transcrito por el Tribunal, al final, contiene una especificación sumamente importante que el Tribunal ha ignorado. Explica la sentencia de la Corte Suprema:

*“En este sentido, el referido principio de proporcionalidad constituye una exigencia para la Administración, ya que para fijar una sanción entre dos límites, mínimo y máximo, deberá apreciar previamente la situación fáctica y atender al fin perseguido por la norma”<sup>29</sup>.*

Esto significa que, en el derecho ecuatoriano, al menos según esta sentencia, para que el principio de proporcionalidad entre en juego, es necesario que el órgano competente para aplicar la sanción esté en posibilidad de optar entre dos límites: una sanción máxima y una mínima.

La otra disposición en la que el Laudo se apoya es el artículo 11 del Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los actos de la Administración Pública, según

el cual “las medidas que el acto discrecional involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a la finalidad perseguida”. Pero el Laudo transcribe también el artículo 2 del mismo Reglamento según el cual “la discrecionalidad respaldada por el derecho implica la elección de una entre varias opciones igualmente válidas”<sup>30</sup>.

Ninguna norma, ninguna autoridad cita el Laudo a partir de la cual se pueda concluir que el principio de proporcionalidad, cuando de sanciones se trata, autoriza la aplicación de medidas no previstas en la norma en lugar de la única sanción autorizada. De manera que según las autoridades de derecho ecuatoriano invocadas en el Laudo, el principio de proporcionalidad referido a la aplicación de una sanción opera solamente cuando es posible legalmente optar entre varias sanciones igualmente válidas, es decir, contempladas en la ley para la misma infracción, en virtud del principio de legalidad.

¿Ocurre eso con la caducidad? Ciertamente no. Ni la Ley de Hidrocarburos ni el contrato consideran una sanción máxima y una mínima para el caso de la infracción consistente en la transferencia no autorizada de derechos.

El Laudo cita la disposición contractual según la cual por “transferir derechos y obligaciones del Contrato de Participación, sin autorización del Ministerio del Ramo” la sanción aplicable es la terminación del contrato<sup>31</sup>, y

transcribe también el artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos, según el cual la caducidad del contrato podrá declararse si el contratista “traspasare derechos o celebrare contrato o acuerdo privado para la cesión de uno o más de sus derechos, sin la autorización del Ministerio”<sup>32</sup>. En el mismo párrafo del Laudo se transcribe también el artículo 77 de la Ley de Hidrocarburos, que hace una clara distinción entre las infracciones que dan lugar a la caducidad del contrato y las que merecen una sanción menor. Dice el artículo:

*“Art. 77. El incumplimiento del contrato que no produzca efectos de caducidad o la infracción de la ley o de los Reglamentos se sancionará con una multa impuesta por el Director Nacional de Hidrocarburos, de doscientos a tres mil dólares estadounidenses, según la gravedad de la falta, además de la indemnización de los perjuicios y la reparación de los daños producidos”.*

No hay entonces en la ley ecuatoriana una sanción máxima y una mínima para la infracción consistente en la transferencia no autorizada de derechos. De ahí que el Laudo, cuando intenta presentar la “alternativa a la caducidad” incluye cuatro opciones ninguna de las cuales es una sanción<sup>33</sup>. Las opciones que sugiere el Laudo son: “insistencia en el pago de una prima de transferencia

que rondara los 11.8 millones”; mejoramiento de los términos económicos del contrato original; un acuerdo negociado que podría comprender “una compensación adicional”. Además de que jurídicamente no son sanciones, estas tres “opciones” suponen la aceptación voluntaria de la otra parte. La cuarta opción es calificada por el propio Tribunal como poco realista: no hacer nada más que una advertencia pública. El razonamiento del Tribunal puede sintetizarse así: en vista de que la única sanción que la ley contempla para esta infracción nos parece desproporcionada, en contra de lo estimado por el legislador ecuatoriano, el Ministro no debió aplicar sanción alguna, sino otro tipo de medidas de carácter contractual. Por cierto, esta solución difícilmente se concilia con la insistencia del Laudo respecto a que la caducidad se acordó como respuesta a una infracción de la ley, no a un incumplimiento del contrato<sup>34</sup>.

Lo grave es que el propio Laudo intenta justificar la debilidad jurídica de su arbitrario razonamiento con una explicación, a modo de nota al pie, cuyo contenido, lejos de disminuirlo, agrava el defecto. Aclara el Laudo que estas opciones alternativas a la caducidad “no surgen del artículo 77 de la Ley de Hidrocarburos”, con el justificativo de que “[e]sta disposición no es relevante para el análisis del Tribunal sobre las alternativas disponibles en lugar de la caducidad, dado que su

29. *Ib.* § 399 (énfasis añadido).

30. *Ib.* § 400 (énfasis añadido).

31. *Ib.* § 120.

32. *Ib.* § § 121.

33. *Ib.* § § 428-436.

34. *Ib.* §.

aplicación se limita a instancias de incumplimiento del contrato de participación que no tienen efectos de caducidad ni una violación de la Ley o del Reglamento”<sup>35</sup>. ¿No es pertinente? ¿Acaso no es este, precisamente, uno de los casos de incumplimiento a los que se refiere la norma? ¿Acaso no está precisamente en este artículo la demostración de que en la ley ecuatoriana no hay una sanción alternativa a la caducidad?

Ciertamente no se ve aquí el escenario de que habla la sentencia de la Corte Suprema transcrita en el Laudo: la posibilidad de escoger entre una sanción máxima y una mínima dentro de una escala prevista en la ley. En este sentido, el Tribunal ha llegado a una conclusión que no fluye de la autoridad que cita, contrariando el principio según el cual cuando un Tribunal internacional debe aplicar la ley nacional, ha de hacerlo de tal modo que sea fiel a la aplicación que haría un Tribunal local, guiándose por las decisiones existentes al respecto, especialmente si provienen de los más altos órganos judiciales<sup>36</sup>. El Laudo ha extendido la aplicación del principio de proporcionalidad a una situación enteramente distinta de la precisada cuidadosamente por la Corte Suprema ecuatoriana, sin apoyarse en autoridad alguna.

Aunque el Laudo afirma que no está juzgando la ley, sino el acto administrativo mediante el cual se declaró

la caducidad<sup>37</sup>, en último término lo que el Tribunal está haciendo es aplicar el principio de proporcionalidad a la ley ecuatoriana, no al acto administrativo que se limitó a aplicarla. Está diciendo que esta disposición de la Ley de Hidrocarburos, en las circunstancias del caso (ausencia de dolo y de perjuicio económico), contraría el principio de proporcionalidad establecido en la Constitución. Se trataría entonces, en primer término, de una cuestión relativa a la constitucionalidad de la norma legal, no a la del acto administrativo que la aplicó.

Caben algunas interrogantes al respecto. ¿Tiene atribuciones un Tribunal de arbitraje para hacer esa determinación?; y, enseguida ¿daría algún Estado su consentimiento al arbitraje si supiese que ese Tribunal va a juzgar la constitucionalidad de sus propias leyes?

Lo que la Ley de Hidrocarburos ha hecho en el artículo 77 es precisamente evaluar la gravedad de las infracciones y ha atribuido a las que considera más graves, la sanción más grave, la caducidad, dejando para las demás infracciones la multa como sanción, en montos proporcionales a la gravedad de la infracción. En otras palabras, el legislador ecuatoriano ha hecho ya una evaluación de la correspondencia entre infracciones y sanciones, y ha establecido una escala. ¿Qué autoridad tiene un Tribunal de arbitraje para disentir de esta

apreciación del legislador?

El propio Tribunal parece haber tenido dudas de su conclusión, e intentado superar el obstáculo ha dicho que “Incluso si el Tribunal estuviera equivocado sobre este punto de derecho ecuatoriano, el Tribunal no tiene ninguna duda de que el principio de proporcionalidad es aplicable como cuestión de derecho internacional general y que ha sido aplicado en arbitrajes previos ante el CIADI, especialmente en el caso *Tecmed*”<sup>38</sup>.

Tampoco el derecho internacional autoriza a un Tribunal de arbitraje a invocar el principio de proporcionalidad para “corregir” el juicio de proporcionalidad ya hecho por el legislador nacional como resultado del cual, dentro de una escala de infracciones y sanciones, éste ha determinado que esa infracción específica amerita la sanción más grave, sin otra consideración.

En efecto, ninguna de las autoridades citadas en el Laudo apoya la posición del Tribunal del Occidental.

En *Tecmed* la proporcionalidad se aplicó a un acto administrativo discrecional no sancionatorio: la renovación de un permiso de operación. Lo que el Tribunal evaluó en ese caso no fue la proporcionalidad de una sanción ya prevista en la ley local, sino si los motivos invocados para la emisión del acto correspondían o no a la gravedad de la medida discrecional, más aun

cuando las violaciones a la licencia mencionadas en la motivación habían sido castigadas antes con sanciones menos graves<sup>39</sup>. La no renovación del permiso no se concibió ni aplicó como una sanción ante una infracción específica a la ley, sino que la existencia de varias infracciones en el pasado fue la justificación invocada para motivar la adopción de una medida enteramente discrecional en su naturaleza. Tampoco los otros casos citados en el Laudo tratan de una situación siquiera lejanamente parecida a la de Occidental. En *MTD c. Chile* el Tribunal se ocupó de la negativa a aprobar un proyecto inmobiliario<sup>40</sup>. Tampoco *LGE c. Argentina*, ni *Azurix c. Argentina* tratan de la aplicación de sanciones por infracciones a la ley. De hecho, el Laudo no cita una sola autoridad en la cual se admita, como principio de derecho internacional, la posibilidad de exigir a la autoridad de un Estado que en lugar de la sanción prevista en la ley, aplique medidas contractuales que no son sanciones.

Si al Tribunal se le hubiese confiado la potestad de resolver la controversia *est aequo et bono* tal vez una solución así hubiese sido admisible, pero de ninguna manera cuando, como en este caso, el Tribunal estaba llamado a resolver la cuestión conforme al derecho.

En el orden legal, la ausencia de dolo y de daño patrimonial no ha sido considerada por el legislador ecuatoriano

35. *Ib.* § 434, nota al pie 44.

36. James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th Edition Oxford, p.53.

37. “La aplicación de la proporcionalidad a un acto administrativo (en contraposición a la promulgación de leyes o reglamentos) era lo que estaba en juego en el caso *Tecmed* y también lo está en el presente caso”; *Occidental c Ecuador*, Laudo § 408.

38. *Occidental c Ecuador*, Laudo § 427.

39. *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2 § § 99-102.

40. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7.

riano en el establecimiento de la sanción de caducidad. La autoridad del Estado para disponer acerca del destino de sus recursos y, consiguientemente, la naturaleza intuitu personae de los contratos para la explotación de hidrocarburos, son los valores que la norma ha querido preservar, y la lesión a tales valores, para el legislador, se produce con independencia de la intención o del resultado dañoso. La observación de la profesora Stern en el sentido de que “la consecuencia del ilícito de las Demandantes al violar el derecho ecuatoriano, se ha subestimado groseramente y no se ha tenido en cuenta adecuadamente la importancia que tiene para cada Estado la observancia de su orden jurídico por parte de las empresas extranjeras”<sup>41</sup> es plenamente aplicable a la determinación de responsabilidad y no solamente a la cuantía de la indemnización.

### EL CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN

La determinación de la cuantía de la indemnización y su atribución íntegramente a Occidental, a pesar de que dicha compañía había vendido parte de sus derechos a un tercero, son sin duda los aspectos más alarmantes del Laudo. La profesora Stern analiza en su opinión disidente de manera minuciosa la posición de la mayoría y devela sus errores y contradicciones con inobjetable contundencia.

El primer punto de discrepancia se refiere a la inci-

dencia que en el cálculo de la indemnización pudo haber tenido el accionar ilícito de las demandantes. La mayoría atribuye a la conducta de las demandantes un peso del 25% en el resultado y disminuye en ese porcentaje el valor de la indemnización a que tendrían derecho. La profesora Stern considera que ese porcentaje es inadecuado y aboga por una distribución equitativa de la culpa, tal como lo hizo el Tribunal del caso MTD, en el cual dice: “tanto el Tribunal como el comité ad hoc adoptaron una división de 50/50 por el solo hecho de que la demandante había procedido en forma imprudente desde el punto de vista comercial, a pesar de no cometer ningún ilícito. Ese enfoque 50/50 se justificaba aun más en este caso, ya que las demandantes procedieron en forma muy imprudente, además de ilegal”<sup>42</sup>.

De nuevo, siendo mucho más razonable el criterio de la profesora Stern, me parece que esta discusión sería apropiada solamente si el Tribunal fuese uno de equidad y no uno de arbitraje en derecho. Desde el punto de vista jurídico, si las demandantes procedieron ilegalmente y su infracción acarrea según la ley como única sanción posible la caducidad, al declararla el órgano competente del Estado no pudo incurrir en un ilícito internacional.

El segundo tema que amerita especial mención es la atribución a Occidental del 100% de la indemnización,

cuando era titular solamente del 60% de los derechos del contrato de participación. La posición de la mayoría en este punto es, como dice la profesora Stern, realmente escandalosa<sup>43</sup>.

Para concluir que Occidental tiene derecho a recibir la totalidad de la indemnización, la mayoría consideró “inexistente” el acuerdo entre Occidental y AEC, supuestamente basándose en el derecho ecuatoriano cuando: (i) el contrato estaba sujeto a las leyes de Nueva York; (ii) el derecho ecuatoriano requiere de una declaración judicial en cualquier caso de nulidad; y (iii) la compañía AEC, cuyos derechos quedaban desconocidos con la declaración del Laudo, no era parte en el arbitraje.

Estos aspectos, particularmente el último, le llevan a la profesora Stern a sostener que ha incurrido el Laudo en un “manifiesto exceso de poder” al “anular un contrato relativo a una sociedad que no solo no era parte del arbitraje, sino que, incluso si hubiera sido parte, no podría haber sido considerada, ya que se trata de un inversor chino”<sup>44</sup>.

Los defectos del Laudo son de tal volumen que no pueden pasar un escrutinio imparcial. Ha ignorado el Tribunal una norma fundamental del tratado al determinar su propia competencia. Se ha excedido en sus facultades al intentar reescribir el derecho ecuatoriano, sin apoyo real en autoridad alguna. Ha quebrantado principios fundamentales del derecho internacional y ha quebrantado reglas básicas del debido proceso.

Precisamente este cúmulo de defectos en un caso tan notorio hacen que de cierta manera este Laudo del caso Occidental sea también un símbolo. Como encarnación de los defectos típicos del arbitraje internacional en materia de inversiones, el Laudo pone a prueba al sistema y, particularmente, a la eficacia de los comités ad hoc como mecanismo de control.

Si ante defectos tan de bulto el mecanismo de control no se muestra eficaz y los enmienda, el sistema mismo habrá puesto en evidencia su propio fracaso. La crisis de confianza por parte de los Estados que ahora vive el sistema de arbitraje en materia de inversiones estará plenamente justificada.

41. Opinión Disidente, 4.

42. *Ib.*, 7.

43. *Ib.*, 5.

44. *Ib.*

## Períodos de reflexión o espera en el arbitraje de inversiones

George von Mehren y Stephan Adell, Squire Sanders LLP<sup>1</sup>

La inclusión de períodos de “espera” o de “reflexión” en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) es muy común. Su propósito es al parecer claro: informar al Estado receptor sobre una posible diferencia con un inversionista extranjero y promover la solución amistosa antes de emprender métodos de solución de diferencias costosos y prolongados, como un arbitraje, por ejemplo.

Sin embargo, en la práctica, la cuestión ha resultado ser un punto conflictivo en sí mismo. La cuestión surge en parte de la redacción de las propias disposiciones, las cuales a veces no dejan en claro si estos períodos de reflexión son o no de cumplimiento obligatorio. Esto se agrava por las decisiones arbitrales incoherentes —en ocasiones incluso cuando tienen frente a sí una redacción similar en los TBI aplicables— las cuales tienen que ver con el propósito de estas disposiciones y las consecuencias de su violación. En última instancia, la cuestión podría dar lugar a incertidumbre jurídica

tanto para las partes demandantes como para las partes demandadas: las primeras, en su necesidad de plantear sus reclamos con oportunidad ante un foro neutral y las segundas, de conocer cuáles son las opciones legales que tienen cuando confrontan una falta de consideración de esas disposiciones.

Este artículo es parte del libro dedicado al caso *Occidental contra Ecuador*, en el cual Ecuador impugnó la jurisdicción precisamente sobre este punto. Debido a que la posición de Ecuador sobre esta cuestión ya se ha explicado *in extenso* en otras secciones de este libro, aquí se recordará simplemente que Occidental inició el arbitraje (i.e., 17 de mayo de 2006) apenas dos días después de haberse declarado la *caducidad* (i.e., 15 de mayo de 2006), sin siquiera haber notificado formalmente en ningún momento a Ecuador sobre la diferencia al amparo del TBI entre los EUA y Ecuador. La declaración de *Caducidad* fue el punto central del caso de Occidental (mas no los sucesos que

condujeron a ésta). Con base en los hechos de este caso particular, ésta debió haber producido la desestimación de la jurisdicción.

Este artículo provee primero un análisis básico de las disposiciones relativas al período de espera en los TBI (A), a continuación se presenta su historia en la jurisprudencia sobre inversiones (B) y concluye con nuestras observaciones sobre el caso Occidental contra Ecuador y el futuro del requisito (C).

### A. PERÍODOS DE ESPERA EN LA JURISPRUDENCIA

No se ha cuestionado que el Estado tiene autoridad para condicionar su consentimiento a arbitraje con inversionistas extranjeros. La Corte Internacional de Justicia ha sostenido que “*la jurisdicción se basa en el consentimiento de las partes y se limita en la medida que éstas la acepten. Cuando ese consentimiento consta de manera expresa en una cláusula compromisoria en un acuerdo internacional, todas las condiciones a las cuales el consentimiento está sujeto deben considerarse como constitutivas de los límites al mismo*”<sup>2</sup>.

A esta misma opinión se ha adherido el Tribunal del CIADI en *Wintershall* contra Argentina, cuando sos-

tuvo que “*un principio general del derecho de los tratados es que un tercer beneficiario de un derecho de acuerdo a éste principio debe cumplir las condiciones para ejercer el derecho previsto en el tratado*”<sup>3</sup>. La cuestión es importante porque —en palabras del Profesor Schreuer— “[l]a potestad de un Tribunal arbitral emana del acuerdo de las partes”<sup>4</sup>.

Muchos tratados de inversiones incluyen una disposición que establece que un inversionista notifique al Estado receptor sobre una diferencia e intente las negociaciones durante un período de tiempo determinado antes de someter la diferencia a arbitraje. Por ejemplo, el Artículo 8 del TBI entre Holanda y la República Checa dispone un período de espera de seis meses:

“1) Todas las diferencias entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante concerniente a una inversión de esta última se resolverá, en lo posible, en términos amistosos.

2) Cada Parte Contratante consiente mediante este documento a someter una diferencia a la cual se hace referencia en el párrafo (1) de este Artículo, a un Tribunal arbitral, **si no se resolviera la diferencia en términos amistosos dentro de un período de seis meses contados a partir**

1. Los autores y su estudio jurídico representaron a la República del Ecuador en el proceso arbitral de fondo Occidental Petroleum Corp. and Occidental Exploration and Production Co. contra la República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB. 06/11, así como también en los procesos de anulación posteriores pendientes contra el Laudo.

2. *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (República Democrática del Congo contra Ruanda)*, Jurisdicción y Admisibilidad, Sentencia, I.C.J. Reports 2006, 3.

3. *Wintershall Aktiengesellschaft contra La República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/04/14), Laudo, 8 de diciembre de 2008, § 114.

4. Ch. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair, *The ICSID Convention, A Commentary*, Cambridge University Press, 2<sup>nd</sup> Edition, Artículo 52, § 132.

**de la fecha en que cualquiera de las partes en la diferencia solicitare la solución amistosa”.**

El Artículo VI (3) del TBI entre los EUA y Ecuador contiene una disposición similar:

**“A condición de que el nacional o compañía en cuestión no haya sometido la diferencia para su solución de acuerdo al párrafo 2 (a) o (b) [ante las cortes nacionales o en conformidad con cualquiera de los procedimientos para solución de diferencias que se acordaren previamente] y que hayan transcurrido seis meses contados a partir de la fecha en la cual se originare la diferencia, el nacional o la compañía en cuestión podrá optar por consentir por escrito al sometimiento de la diferencia para su solución mediante arbitraje vinculante”.**

Ambos prevén (al igual que lo hace la mayoría de los TBI que incluyen períodos de reflexión) una prueba doble para que un inversionista proceda a arbitraje. Primero, debe surgir una diferencia. Segundo, el inversionista debe *informar* al Estado receptor sobre la existencia de la diferencia, e *intentar* la solución amistosa.

Con respecto a la definición de una “diferencia”, la Corte Internacional de Justicia ha observado que *“una mera aseveración no es suficiente para probar la existencia de una diferencia como tampoco una mera negación de la existencia de la diferencia prueba su inexistencia. Tampoco es apropiado demostrar que los intereses de las dos partes estén en conflicto. Debe demostrarse que el reclamo de una parte confronta positivamente la oposición de la otra parte”*<sup>5</sup>.

El Tribunal en Helnan contra Egipto vinculó la definición a la decisión del inversionista de hacer que la diferencia se resuelva y formule de la manera siguiente: *“los puntos de vista diferentes de las partes con respecto a ciertos hechos y situaciones se convierten en una ‘divergencia’ cuando las partes están mutuamente conscientes de su desacuerdo. Ésta se cristaliza como una ‘diferencia’ tan pronto como una de las partes decide hacer que ésta se resuelva, sea o no mediante un tercero”*<sup>6</sup>. Mientras que el Tribunal en Lauder contra la República Checa vinculó la definición a la obligación de notificación de acuerdo al tratado, y concluyó que una diferencia relativa a un tratado surge solo cuando el inversionista ha provisto la notificación<sup>7</sup>.

A partir de las determinaciones antes mencionadas, parecería que, independientemente de la definición específica, una diferencia requiere puntos de vista convergentes o divergentes entre las partes. No bastaría con que una parte considere por sí sola que ha surgido una diferencia. Como el Profesor Schreuer explica, *“[s]e infiere que, normalmente, una diferencia se caracterizará por cierto grado de comunicación que demuestra demandas y denegaciones en conflicto”*<sup>8</sup>. Por último, la cuestión es de naturaleza fáctica y todo Tribunal tendrá que llegar a una conclusión una vez haya ponderado las pruebas presentadas en los procesos.

Si bien la segunda parte de la prueba antes descrita parece sencilla, y aun cuando no se ha discutido que los Estados pueden condicionar su consentimiento a arbitraje, el análisis y la aplicación de los períodos de reflexión prácticamente no han sido coherentes en la jurisprudencia relativa a inversiones. La división principal gira en torno a la naturaleza de este requisito: ¿es procesal o es jurisdiccional?

## B. PERÍODOS DE ESPERA EN LA JURISPRUDENCIA

Como se demuestra en los párrafos siguientes, la tendencia inicial de las decisiones que abordan la cuestión sugieren que se atribuya a las disposiciones

sobre el período de espera una naturaleza procesal, antes que una naturaleza jurisdiccional de cumplimiento obligatorio.

En Lauder contra la República Checa en 2001, un caso planteado al amparo del TBI entre los EUA y la República Checa (el cual establecía un período de espera de seis meses), la parte demandante inició un procedimiento arbitral después de apenas 17 días de haber notificado a la República Checa sobre una diferencia. El Tribunal admitió el reclamo basado en que no encontró ninguna prueba de que la parte demandada haya estado dispuesta a negociar. Observó además que la desestimación del reclamo sería un *“enfoque excesivamente formalista que no serviría para proteger ninguno de los intereses legítimos de las Partes”*<sup>9</sup>.

El Laudo en SGS contra Pakistán se dictó en 2003, al amparo del TBI entre Suiza y Pakistán ([con] una obligación de consulta de 21 meses), llegó a una conclusión similar. En ese caso, la parte demandante había iniciado el arbitraje solo dos días después de haber notificado a Pakistán sobre una diferencia al amparo del tratado. El Tribunal consideró que el período de espera de 12 meses fue *“directivo y procesal antes que mandatorio y jurisdiccional por naturaleza”*<sup>10</sup>,

5. Véase también *South West Africa Cases (Ethiopia contra Sudáfrica; Liberia contra Sudáfrica)*, Objeciones Preliminares, Sentencia del 21 de diciembre de 1962, I.C.J. Reports 1962, pp. 319-328. Véase también *Mavrommatis Palestine Concessions*, Sentencia No. 2, 30 de agosto de 1924, P.C.I.J., Serie A, No. 2, p. 11.

6. Helnan Int'l Hotels A/S contra Egipto (Caso CIADI No. ARB/05/19), Laudo, 3 de julio de 2008, § 162.

7. Lauder contra La República Checa (CNUDMI), Laudo Final, 3 de septiembre de 2001, § 185.

8. Christoph Schreuer, “What is a legal dispute?”, *Transnational Dispute Management*, Vol 6 – Issue No. 1, marzo de 2009, p 7.

9. Ronald S. Lauder contra la República Checa, CNUDMI, Laudo (Final), 3 de septiembre de 2001, § 190.

10. Véase SGS Société Générale de Surveillance S.A. contra la República Islámica de Pakistán, Caso CIADI No. ARB/01/13, Laudo sobre Jurisdicción, 6 de agosto de 2003, § 184.

y no una condición para el arbitraje que ninguna de las partes haya demostrado disposición a negociar. El Tribunal consideró además que la suspensión del arbitraje a fin de permitir que las partes negociaran no sería un “*procedimiento ordenado y efectivo en términos de costos*”<sup>11</sup>.

En Ethyl contra Canadá en 2004<sup>12</sup>, al amparo del TL-CAN, el Tribunal se vio confrontado con una parte demandante que supuestamente sometió su reclamo para arbitraje antes de que expirara el período de espera. Pese a esto, el Tribunal no desestimó el reclamo porque para el tiempo en que éste dictare su decisión, el período de espera habría transcurrido, con lo cual daría como resultado costos más altos y mayor pérdida de tiempo. Un hecho interesante es que el Tribunal ordenó a Ethyl que asumiese las costas de los procesos relacionados con esta cuestión.

El Tribunal en *Bayindir contra Pakistán* en el 2005 interpretó que el período de espera en el TBI entre Alemania y Pakistán (el cual incluía un período de espera

de seis meses), era una barrera procesal y formalista que no impedía el acceso a la jurisdicción del Tribunal. Concluyó que “*el Tribunal está preparado para determinar que impedir el inicio del procedimiento arbitral hasta seis meses después de la notificación del 4 de abril de 2002, dadas las circunstancias de este caso, equivaldría a un enfoque excesivamente formalista que no serviría para proteger ninguno de los intereses legítimos de las Partes y consideró ‘que el período de espera de seis meses en [el TBI] no le impide tener jurisdicción en el presente proceso’*”<sup>13</sup>.

En *Biwater Gauff contra Tanzania* en 2008<sup>14</sup>, al amparo del TBI entre el Reino Unido y Tanzania, la parte demandante inició el arbitraje apenas tres meses después de que surgiera la diferencia y pese al período de espera de 6 meses. El Tribunal determinó que el requisito era de naturaleza procesal, sostuvo que el propósito de la cláusula era facilitar la solución y no impedir el acceso a arbitraje. Al parecer, las partes en ese caso habían participado en negociaciones<sup>15</sup>.

Se ha llegado a decisiones similares en otros casos, incluidos *Link-Trading contra Moldavia*, *Sedelmeyer contra Rusia*, y *Wena Hotels contra Egipto*.

Como se demostró previamente, las decisiones iniciales sobre la naturaleza de los períodos de espera determinaron de manera sistemática que el requisito era de naturaleza procesal y no un impedimento para la jurisdicción. La principal motivación para esta conclusión es al parecer el deseo de los Tribunales de asegurar la eficiencia procesal.

Sin embargo, las decisiones posteriores cambiaron de dirección. Una serie de casos de inversiones, incluidas las más recientes, comenzaron a considerar que los períodos de espera no eran meramente requisitos procesales, sino, mas bien, una condición para el consentimiento a arbitraje por parte del Estado demandado y, por consiguiente, de naturaleza jurisdiccional.

El Tribunal en *Enron contra Argentina* en 2004 fue no de los primeros Tribunales en expresar la opinión de que los períodos de espera son de naturaleza jurisdiccional cuando sostuvo que “*dicho requisito importante es en opinión del Tribunal ciertamente de naturaleza jurisdic-*

*cional. Un incumplimiento de ese requisito daría como resultado una determinación de falta de jurisdicción*”<sup>16</sup>.

El Tribunal en *Burlington contra Ecuador* en 2010 también determinó que el incumplimiento del inversionista del período de espera anula la jurisdicción. *Burlington* argumentó que ésta había provisto múltiples notificaciones durante años, incluida una notificación oficial de la diferencia enviada seis meses después de haber presentado su solicitud de arbitraje. Ecuador argumentó que ciertos reclamos de *Burlington* no estaban cubiertos por esta notificación oficial de la diferencia y, por consiguiente, en violación del período de espera. El Tribunal rechazó la jurisdicción sobre estos reclamos sobre la base de que estos no se habían descrito de manera suficiente en la notificación oficial<sup>17</sup>. Determinó que “*el propósito de este derecho es otorgar al Estado receptor una oportunidad de corregir el problema antes de que el inversionista sometiera la diferencia a arbitraje. En este caso, la Demandante había privado al Estado receptor de esa oportunidad. Eso basta para anular la jurisdicción*”<sup>18</sup>.

El Tribunal en *Murphy contra Ecuador* en 2010 aprobó el razonamiento de *Burlington* contra Ecuador<sup>19</sup>.

11. *Ib.*

12. Ethyl Corporation contra Canadá, Arbitraje en conformidad con las Reglas de la CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción del 24 de junio de 1998, 7 ICSID Rep.12 (2004), § 84.

13. Véase *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.A. contra la República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, § 102: “*(...) en la medida de lo posible, el inversionista y la parte en cuestión se empeñarán en resolver estas diferencias mediante consultas y negociaciones de buena fe. Si estas diferencias no pudieren resolverse de esta manera dentro de seis meses contados a partir de la fecha de la notificación por escrito que se menciona en el párrafo 1, se podrá presentar la diferencia (...)*”.

14. *Biwater Gauff (Tanzania) Limited contra la República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de Julio de 2008.

15. *Ib.*, § 343: “*La objeción de la República depende de la caracterización del período de seis meses en el Artículo 8(3) del TBI como una condición precedente a la jurisdicción del Tribunal Arbitral, o la admisibilidad de los reclamos de BGT. Sin embargo, en opinión del Tribunal Arbitral, interpretado apropiadamente, el período de seis meses es de naturaleza procesal y directiva, antes que jurisdiccional y obligatoria. Su propósito fundamental es facilitar las oportunidades para la solución amistosa. Su propósito no es impedir u obstaculizar el período de seis meses; por lo tanto, no impide que este Tribunal Arbitral proceda*”.

16. *Enron Creditors Recovery Corporation (anteriormente, Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P. contra la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de enero de 2004, § 88. El 30 de julio de 2010, el Laudo en *Enron* fue anulado por razones no relacionadas con la materia analizada en este artículo y, por consiguiente, la exposición razonada de motivos al respecto sigue siendo útil.

17. *Burlington Resources Inc., contra la República del Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/5), Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, §§ 306-308.

18. *Ib.*, § 315.

19. *Murphy Exploration and Production Company International contra la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/4, Laudo sobre Jurisdicción, 15 de diciembre de 2010, §§ 147-157.

En ese caso, dos subsidiarias de Murphy International, la parte demandante, eran parte de un consorcio que participó en un contrato de prestación de servicios con Ecuador para la exploración y explotación de hidrocarburos en la Amazonía ecuatoriana. Una diferencia surgió en 2006. Repsol, la cual lideraba el consorcio, participó en negociaciones con Ecuador. En noviembre de 2007, Repsol notificó a Ecuador sobre una diferencia al amparo del TBI entre España y Ecuador. El 29 de febrero de 2008, Murphy notificó a Ecuador sobre una diferencia al amparo del TBI entre los EUA y Ecuador, en referencia a las negociaciones previas lideradas por Repsol, e interpuso su reclamo ante el CIADI dos días después, el 3 de marzo de 2009.

Ecuador objetó la jurisdicción del Tribunal, argumentando que Murphy no había cumplido el período de negociación de seis meses en el Artículo VI del TBI entre los EUA y Ecuador. Murphy argumentó que ésta había cumplido el requisito de negociación a través de su participación indirecta en las negociaciones lideradas por el consorcio. Sin embargo, no persuadió al Tribunal. Éste sostuvo que Murphy no podía basarse en esas negociaciones puesto que éstas se habían realizado en nombre de entidades jurídicas diferentes (*i.e.*, subsidiarias de Murphy en el consorcio) y bajo un tratado diferente (*i.e.*, el TBI entre España y Ecuador). Murphy argumentó posteriormente que el requisito sobre el tiempo de espera era de naturaleza procesal y por lo tanto no impedía la

jurisdicción del Tribunal. Esto tampoco logró convencer al Tribunal. Éste determinó que no era posible ignorar la obligación descrita en el TBI con respecto a que las partes intentaran las negociaciones a fin de resolver sus diferencias, lo cual éste consideró era un mecanismo esencial para participar en esfuerzos de negociación genuinos antes de recurrir a arbitraje.

En 2012, el Tribunal en ICS contra Argentina también determinó que el requisito de los recursos locales de 18 meses en el TBI entre el Reino Unido y Argentina era de naturaleza jurisdiccional. Sostuvo que “*el irrespeto a la precondition para el consentimiento de la Demandada a arbitrar no puede sino llevar a la conclusión de que el Tribunal carece de jurisdicción sobre la presente diferencia. La Demandada no solo ha condicionado específicamente su consentimiento a arbitraje a un requisito aun no cumplido, sino que las Partes Contratantes en el Tratado han exigido de manera expresa el sometimiento previo de una diferencia a las cortes argentinas durante por lo menos 18 meses, antes de iniciar un recurso a arbitraje internacional. El Tribunal simplemente no está facultado para hacer caso omiso de estos límites a su jurisdicción*”<sup>20</sup>.

El Tribunal en Tulip contra Turquía en 2013, al amparo del TBI entre Holanda y Turquía, el cual incluía un período de espera de un año, enfatizó la naturaleza jurisdiccional de los períodos de espera (en referencia a Enron y Murphy antes citados) “*(...) El Tribunal deter-*

*mina que el cumplimiento es un elemento esencial del consentimiento prospectivo de Turquía para calificar su soberanía para permitir que futuros inversionistas desconocidos de otro Estado contratante reclamen reparación de acuerdo a los términos del TBI contra ésta en un foro internacional. El Tribunal determina que el cumplimiento del requisito que consta en el Artículo 8(2) es una precondition para la jurisdicción de este Tribunal*”<sup>21</sup>.

En fecha más reciente, el Tribunal en Rurelec contra Bolivia en enero de 2014, al amparo del TBI entre los EUA y Bolivia que imponía un período de espera de seis meses, sostuvo que tanto el requisito de notificación por escrito de un reclamo, así como el requisito de acatar un período de espera son prerequisites obligatorios para la jurisdicción del Tribunal: “*La redacción explícita que exige una notificación por escrito y la expiración de un período de seis meses a partir de esa notificación induce al Tribunal a considerar que el “período de espera” restringe el consentimiento dado por las Partes Contratantes para el arbitraje internacional. No le corresponde al Tribunal evaluar la importancia o el efecto de esa condición, sino simplemente reconocer que ésta fue acordada por las dos Partes Contratantes como una condición precedente para la disponibilidad*

*de un Tribunal arbitral, la cual se basa, y debe basarse en el consentimiento. La verdad es que las Partes Contratantes solo dieron su consentimiento a arbitraje en sujeción a la existencia de una notificación por escrito de un reclamo y que hayan transcurrido seis meses entre dicha notificación y cualquier solicitud de arbitraje*”<sup>22</sup>.

Pese a la tendencia reciente que ratifica la naturaleza jurisdiccional de los períodos de espera, el cumplimiento de estos no es estricto y formalista en todos los casos. Los inversionistas argumentan a menudo que los períodos de espera pueden obviarse cuando las negociaciones tendientes a la solución con el Estado receptor son manifiestamente fútiles. Varios Tribunales en casos de inversiones han abordado esta cuestión. Por ejemplo, el Tribunal en Ambiente contra Argentina sostuvo que “*los períodos de espera obligatorios para consultas (mucho menos un simple deber de consultar, como en el presente caso) no representa un obstáculo para que un reclamo proceda a la fase sobre el fondo si no existiere una probabilidad real de consultas significativas en razón de que éstas han llegado a ser fútiles o se han estancado*”<sup>23</sup>. Los Tribunales han llegado a una determinación de “futilidad” cuando el inversionista puede probar que éste ha intentado de manera genuina

20. ICS Inspection and Control Services Ltd contra la República Argentina (Caso CPA No. 2010-9), Laudo sobre Jurisdicción, 10 de febrero de 2012, § 262.

21. Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. contra la República de Turquía, Caso CIADI No. ARB/11/28, Decisión sobre la Cuestión de la Bifurcación de la Jurisdicción, 5 de marzo de 2013, § 72.

22. Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC contra el Estado Plurinacional de Bolivia, CNUDMI, Caso CPA No. 2011-17, §§ 388-389 (énfasis agregado).

23. Ambiente Ufficio S.P.A. and Others contra la República Argentina, Caso CIADI No. ARB/08/9, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 8 de febrero de 2013, § 582.

las negociaciones tendientes a la solución y el Estado receptor no ha respondido de manera suficiente. Al respecto, el Tribunal en Albahloul contra Tayikistán, basado en los hechos del caso, consideró que “[p]arecería claro que la Demandada no estuvo interesada en resolver la diferencia por medios amistosos. Insistir en el cumplimiento del período de tres meses sería por lo tanto una formalidad innecesaria”<sup>24</sup>.

### C. OBSERVACIONES SOBRE EL CASO OCCIDENTAL CONTRA ECUADOR Y EL FUTURO DE LOS PERÍODOS DE ESPERA

La corriente actual de los casos que tienen que ver con períodos de espera demuestra una completa reversión en la tendencia. Mientras las decisiones previas trataron el requisito como procesal, la tendencia más reciente de las decisiones lo trata al parecer de manera más sistemática como jurisdiccional. Esta línea de análisis es más coherente con la interpretación de las condiciones para el consentimiento que la CIJ sostiene. Si bien el éxito de este argumento a favor de los Estados dependerá de la redacción específica de la cláusula arbitral pertinente y de los hechos del caso, se espera que la consistencia en el tratamiento de dichos requisitos conduzca a una mayor certeza jurídica tanto para las demandantes como para las demandadas. A la luz de la jurisprudencia reciente, también es posible que la cuestión aparezca cada vez menos, puesto que

puede presuponerse que el abogado de la defensa de las demandantes aconsejará a los clientes sobre estos requisitos cuando decidan sobre la estrategia en las fases iniciales de un caso. El caso Occidental v. Ecuador fue una oportunidad que se perdió para aclarar aun más la cuestión.

El Tribunal en Occidental contra Ecuador trató sobre la defensa del período de espera en su Decisión sobre Jurisdicción del 9 de septiembre de 2008, la cual fue incorporada posteriormente a su Laudo del 5 de octubre de 2012. Ecuador había impugnado la jurisdicción del Tribunal arbitral en el arbitraje subyacente sobre la base de que Occidental no había provisto notificación sobre la diferencia y, en cambio, inició el arbitraje apenas dos días después de que se había declarado la *Caducidad* (siendo la *Caducidad* la base para sus reclamos). El Tribunal rechazó la impugnación y reivindicó la jurisdicción.

Los hechos de este caso particular debieron haber producido la desestimación de la jurisdicción o, muy por lo menos, el Tribunal debió haber provisto una discusión significativa sobre sus razones para desestimarla. Cuando se emitió la Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal del CIADI en Enron contra Argentina había adoptado el punto de vista de que dichos requisitos eran de naturaleza jurisdiccional. Es lamentable que el Tribunal no prestara la debida atención a la cuestión.

No se refutó que el TBI entre EUA y Ecuador aplicable incluía un período de espera de cumplimiento obligatorio. Si bien Occidental había argumentado que el requisito era de naturaleza procesal, el Tribunal no se ocupó de este punto.

Tampoco se debatió que Occidental no había provisto notificación de ninguna clase, habiendo solicitado el arbitraje apenas dos días después que se había declarado la *Caducidad*. Como se describió anteriormente, ciertos Tribunales han desestimado reclamos específicos cuando no se los ha expuesto con suficiente detalle en una notificación de la diferencia. Además, en el contexto fáctico de este caso, en el cual el procedimiento (pero no su declaración) de *Caducidad* se había iniciado meses antes, la definición de una “diferencia” de acuerdo con el derecho internacional pasó a ser muy pertinente. El Tribunal ignoró por completo esta cuestión.

Sin embargo, la jurisprudencia antes citada corrobora el punto de vista de que la “diferencia” conforme se define en el derecho internacional no había surgido.

No pudo haber habido oposición “positiva” por parte de Occidental contra la *Caducidad* antes de que se declarara ésta, tal como se establece en los *West Africa Cases*. Occidental tampoco pudo haber “decidido” resolver la diferencia mediante arbitraje, “cristalizando” así la diferencia, conforme estableció el Tribunal del CIADI en Helnan contra Egipto. El enfoque de Occidental habría sido igualmente contrario al estándar bajo el [caso] Lauder contra la República Checa, el cual vincula directamente la concepción de una diferencia a su *notificación* por parte del inversionista al Estado receptor de la inversión.

La determinación del Tribunal de que las negociaciones habrían sido fútiles es asimismo problemática desde el punto de vista jurídico. Es excesivamente breve, con lo cual hace que su análisis sea difícil o imposible. El Tribunal no identificó de manera clara cuál estándar estaba aplicando a los hechos del caso. La cuestión era sin duda pertinente porque los Tribunales en arbitrajes en materia de inversiones han considerado que la “futilidad obvia”<sup>25</sup> debe demostrarse, al contrario

24. Mohammad Ammar Al-Bahloul contra la República de Tayikistán, Caso SCC No. V064/2008, Laudo Parcial sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 2 de septiembre de 2009, § 155.

25. Véase, v.g. Consorzio Groupement L.E.S.I – Dipenta contra la República de Argelia (Caso CIADI No. ARB/03/08), Laudo, 10 de enero de 2005, § 32(iv): [Transcripción de las versiones en francés e inglés en el documento original, p. 13: “[l]e Tribunal arbitral relève, en outre, que la condition examinée n’a pas un caractère absolu et que l’on devrait pouvoir en faire abstraction dans des cas où il apparaîtrait à l’évidence qu’une tentative de conciliation serait d’emblée vouée à l’échec, en raison de l’attitude manifestée de manière définitive par l’autre partie” (Traducción no oficial: “[t]he Tribunal also notes that this condition is not absolute, and that it should be waived when it is obvious that any conciliation attempt would be doomed given the clearly demonstrated attitude of the other party”) (emphasis added) and *ICS Inspection and Control Services Ltd v. Argentine Republic* (PCA Case No. 2010-9), Award on Jurisdiction, 10 February 2012, § 269: explaining that because it was not a case of “obvious futility” “the Tribunal simply cannot conclude that recourse would have been completely ineffective at resolving the dispute”.] [NT: Traducción no oficial a español: El Tribunal advierte además que esta condición no es absoluta y que debería prescindirse de ella cuando es obvio que todo intento de conciliación estaría destinado al fracaso dada la actitud a todas luces evidente de la otra parte] (énfasis agregado) e *ICS Inspection and Control Services Ltd contra la República Argentina* (Caso CPA No. 2010-9), Laudo sobre Jurisdicción, 10 de febrero de 2012, § 269: donde se explica que debido a que éste no era un caso de “futilidad obvia” “el Tribunal simplemente no puede concluir que el recurso habría sido completamente ineficaz en resolver la diferencia”].

del simple estándar inferior de futilidad (aparente) del Tribunal. Además, la determinación de que las negociaciones habrían [sido] fútiles quedó en gran parte sin explicación y al parecer está en contradicción con las determinaciones de otros Tribunales en el momento que Ecuador en realidad negociaba con las compañías petroleras<sup>26</sup>. Por lo tanto, la cuestión ameritaba un escrutinio más minucioso que el que recibió.

En estas circunstancias, el enfoque ligero del Tribunal con respecto a las cuestiones antes expuestas deja más preguntas que respuestas.

En el proceso de anulación, Ecuador argumentó que el Tribunal no abordó de la definición de “diferencia” de acuerdo al derecho internacional –la cual es pertinente para la cuestión de si existió una “diferencia” antes de que se declarara la *Caducidad*– o si éste consideraba el período de espera como un requisito de naturaleza procesal o jurisdiccional. Ecuador también argumentó que, si bien el Tribunal determinó también que las negociaciones habrían sido fútiles, éste no se ocupó del estándar aplicable para esta determinación, esto es, que las negociaciones debieron haber sido “*obviamente* fútiles”. La decisión del Comité *ad hoc* aun está pendiente a la fecha de este artículo.

## ***Occidental c. Ecuador (ii)*** ***La conclusión del Tribunal sobre “negligencia”***

*Stephen P. Anway y Raúl B. Mañón, Squire Sanders LLP<sup>1</sup>*

### I. INTRODUCCIÓN

El Laudo en *Occidental Petroleum Corp. y Occidental Exploration and Production Co. contra la República de Ecuador*; Caso CIADI No. ARB. 6.11 (el “Laudo”) es una de las decisiones más controversiales en la jurisprudencia de tratados de inversión. Mientras que el Laudo sigue siendo objeto de debate en la literatura académica y los círculos del derecho internacional, un aspecto del Laudo se ha omitido en gran medida: la conclusión del Tribunal de que *Occidental Exploration and Production Company (OEPC)* era meramente “*negligente*” en violar su Contrato de Participación con la compañía estatal petrolera de Ecuador, PETROECUADOR, y la Ley de Hidrocarburos de Ecuador (la “**Ley de Hidrocarburos**” o LHC). En este artículo se examina esta conclusión, el análisis utilizado por el Tribunal para llegar a ella, y sus profundas implicaciones en el resultado final del arbitraje.

El Contrato de Participación y la LHC –cuyos artículos operativos fueron citados en el Contrato de Participación– prohibían que OEPC transfiriera cualquier parte de su interés en el Contrato de Participación a terceros sin la aprobación previa del Ecuador. También autorizaba expresamente a que Ecuador declarara la Caducidad si sucedía tal transferencia no autorizada. En el Laudo, el Tribunal encontró que OEPC había hecho precisamente eso: que había trasladado su interés en el Contrato de Participación y sin la aprobación previa del Ecuador. A pesar de esta conclusión, el Tribunal llegó a la conclusión de que el ejercicio de Ecuador de su derecho contractual expreso de declarar la Caducidad fue “*desproporcionada*” y, por tanto, ilegal. Solo esta conclusión polémica fue la base para un Laudo de USD1,7 mil millones.

Por su parte, OEPC y su empresa matriz, *Occidental Petroleum Corporation (OPC)* (colectivamente las “*De-*

26. Por ejemplo, el Tribunal en *Murphy contra Ecuador* sostuvo que Ecuador estaba negociando con las compañías petroleras en ese entonces (*Murphy Exploration and Production Co. Int'l contra la República del Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/4), Laudo sobre Jurisdicción, 15 de diciembre de 2010, § 136).

1. Los autores y su bufete de abogados representan a la República del Ecuador en el procedimiento arbitral (el “Arbitraje”) en esta materia, incluyendo el arbitraje de inversión ya concluido titulado *Occidental Petroleum Corp. y Occidental Exploration and Production Co. contra la República de Ecuador*; Caso CIADI No. ARB. 6.11, y el procedimiento de anulación en curso relacionado. Los autores desean agradecer a Rafael Langer-Osuna de Squire Sanders (US) LLP, quien colaboró en la preparación de este artículo.

*mandantes*”), abogaron por más de ocho años (a partir de mediados de 2004, cuando Ecuador había tenido conocimiento de la transmisión, hasta octubre de 2012, cuando se emitió el Laudo) que una transferencia no autorizada nunca había tenido lugar y que, aun suponiendo que si hubiera sucedido, Ecuador había dado su consentimiento para ello. El Tribunal rechazó ambos argumentos de las Demandantes, encontrando que OEPC (i) había transferido efectivamente sus derechos y obligaciones a un tercero cuando, el 19 de octubre de 2000, OEPC transfirió a un tercero el 40% de los derechos y obligaciones en el marco del Contrato de Participación, y (ii) no había obtenido la autorización del Ecuador para hacerlo.

Estos hallazgos fueron cruciales y debieron ser determinantes. Después de todo, el Tribunal había concluido que OEPC hizo aquello que tenía prohibido tanto contractualmente como en virtud de la normativa, lo que le dio el derecho al Estado a que impusiera la sanción específica de caducidad a la que OEPC había acordado que aplicaría en el Contrato de Participación bajo estas circunstancias exactas. En vez de proceder con estas conclusiones hasta su terminación lógica, sin embargo, el Tribunal evadió la conclusión al proceder a hacer dos conclusiones adicionales:

En primer lugar, el Tribunal determinó que, aunque OEPC transfirió sus derechos sin la autorización previa del Ecuador, lo hizo simplemente por “*negligencia*”; y

En segundo lugar, a partir de esa constatación de “*negligencia*”, el Tribunal sostuvo que la imposición

de Caducidad fue “*desproporcionada*” tanto en el derecho ecuatoriano como el derecho internacional público.

Mientras que el segundo hallazgo ha recibido mucha atención y sigue siendo objeto de un intenso debate, es el primer hallazgo el tema de este artículo. Según se analiza en este artículo, el Tribunal fundamentó su primera conclusión en la sola propuesta fáctica que OEPC presuntamente no pretendía lesionar a Ecuador y no actuó de mala fe. En vez de aquello, el Tribunal concluyó, OEPC simplemente actuó de manera “*imprudente*” y “*mal aconsejada*” porque, mientras que conocía de su obligación contractual y jurídica, así la habían asesorado sus abogados, su decisión fue tomada por “*empresarios, petroleros con experiencia, para quienes las formalidades legales no eran tan importantes como las realidades empresariales de la transacción*”.

## II. EL HALLAZGO DE NEGLIGENCIA

### A. El contexto fáctico

El Contrato de Participación –celebrado el 21 de mayo de 1999– concedió a OEPC el derecho a desarrollar y explotar ciertos yacimientos de petróleo en el Bloque 15 y a recibir como compensación, una cuota de participación del crudo producido. Cuatro disposiciones en el Contrato de Participación fueron relevantes en el arbitraje:

La Sección 16.1, que prohibía que OEPC transfiriera o

asignara a terceros sus derechos en virtud del Contrato de Participación, sin previo consentimiento escrito de Ecuador obtenido de acuerdo con la LHC<sup>2</sup>;

La Sección 21.1.2, que disponía que al Contrato de Participación se le “pondrá fin” si, entre otras cosas, OEPC transfería o cedía a terceros sus derechos en virtud del Contrato de Participación, sin la aprobación previa por escrito del Ecuador;

La Sección 21.3, en virtud de la cual el Capítulo IX de la LHC, que rige los procedimientos de Caducidad y las sanciones para las transferencias ilegales, se hizo aplicable en el caso que OEPC transfería o cedía sus derechos a un tercero de manera ilegal; y

La Sección 22.1.1, en la que OEPC reconoció explícitamente que no tenía conocimiento real de la legislación del Ecuador en materia de contratos de participación de hidrocarburos, incluyendo la LHC.

Leídas en su conjunto, estas disposiciones dejaron en claro que OEPC y Ecuador acordaron que OEPC no podía transferir o ceder sus derechos bajo el Contrato de Participación a terceros sin el consentimiento pre-

vio por escrito de Ecuador, y que si tal transferencia se llevaba a cabo, el Contrato de Participación se terminaría automáticamente y Ecuador impondría la sanción de Caducidad.

Poco después de que el Contrato de Participación fue ejecutado y sin el conocimiento de Ecuador, OEPC comenzó a negociar con un tercero, AEC<sup>3</sup>, la venta del 40% de sus derechos y obligaciones en virtud del Contrato de Participación. La operación se realizó en octubre de 2000 con la firma del Acuerdo Farm-out y el Acuerdo de Operación Conjunta adjunta (los “**Documentos Farm-out**”).

Durante el arbitraje, OEPC argumentó que los Documentos Farm-out prevén dos fases: la **Fase Uno** en la que OEPC transfería a AEC un 40% de su “interés económico” en el Bloque 15, el cual, de acuerdo con OEPC, simplemente consistía en que AEC pagara dinero a OEPC a cambio del petróleo; y la **Fase Dos**, en la que OEPC transferiría formalmente a AEC “*título legal*” por el 40% de los derechos de OEPC en el Contrato de Participación. OEPC alegó que la transferencia de un “*interés económico*” en la Fase Uno no era una transferencia para la que se requería la aprobación previa del Ecuador en el marco del Contrato de Partici-

2. Esta limitación también se aplicaba a la formación de cualquier consorcio o asociación con terceros.

3. Las negociaciones fueron originalmente entre OEPC y City Investing Company Limited (“City Investing”). Posteriormente, City Investing cambió de dueño varias veces y con eso cambió su nombre, primero a AEC Ecuador Ltd. y luego a Encana International Ltd. A menos que se especifique lo contrario, City Investing, AEC Ecuador Ltd. y Encana International se denominan colectivamente y de manera intercambiable en este documento como “AEC”. En 2005, durante la tramitación del arbitraje, Encana International, Ltd. vendió sus intereses en el Acuerdo Farm-out y Acuerdo de Operación Conjunta a Andes Petroleum Co. (“Andes”), una entidad controlada por China.

pación, ya que, OEPC alegó, era un simple intercambio de petróleo por dinero. Cualquier “cesión de derechos”, argumentó OEPC, se daría en la Fase Dos, que nunca se materializó.

El Tribunal rechazó el argumento de las Demandantes. Sobre la base del lenguaje de los documentos Farm-out, el Tribunal llegó a la conclusión de “la intención de efectuar una transferencia de derechos y obligaciones de conformidad con el Contrato de Participación para el beneficio de AEC”<sup>4</sup>. El Tribunal también rechazó el argumento de las Demandantes de que la transferencia de un 40% del “interés económico”<sup>5</sup> era funcionalmente diferente de una transferencia de “título legal”, y sostuvo que los documentos Farm-out verificaban una transferencia de derechos y obligaciones de OEPC en virtud del Contrato de Participación<sup>6</sup>. Por último, el Tribunal concluyó que, debido a que OEPC no había solicitado la aprobación previa del Ecuador, la transferencia no autorizada de OEPC constituía una violación del Contrato

de Participación y una violación de la LHC<sup>7</sup>.

### B. El Análisis del Tribunal de “negligencia”

Al determinar que OEPC había actuado injusta e ilegalmente por proceder con la transferencia no autorizada, el Tribunal procedió a evaluar la gravedad de la conducta del OEPC. Esto fue un ejercicio innecesario porque, según argumentó Ecuador durante el arbitraje, el motivo o la intención del OEPC por incumplir el Contrato de Participación y violar la LHC eran irrelevantes. La cuestión ante el Tribunal era simplemente si el traslado de OEPC del 40% de sus derechos en virtud del Contrato de Participación se hizo con o sin la aprobación del Ecuador. La posición de Ecuador fue que, si se hizo con aprobación, entonces Ecuador no podía declarar la Caducidad y debía daños a OEPC; pero si se hizo sin aprobación, Ecuador estaba expresamente facultado para declarar la Caducidad tanto en virtud del Contrato de Participación y de la LHC, y no ser responsable por ningún daño. El Tribunal llegó a la conclusión de que la transferencia se había hecho sin

la aprobación del Ecuador. Por lo tanto, es lógico que Ecuador tuviera derecho a declarar la caducidad y no deberle a OEPC ningún daño.

El Tribunal, sin embargo, encontró que aunque OEPC estaba consciente del riesgo de no obtener autorización previa para el Farm-out, su fracaso en hacerlo no fue “impulsado por mala fe”<sup>8</sup>, ni fue “hecho de mala fe”<sup>9</sup>, y no llegaban “a equivaler a mala fe”<sup>10</sup>. Más bien, el Tribunal sostuvo que OEPC era simplemente “negligente”. En palabras del Tribunal:

*“El fracaso del OEPC para asegurar la autorización necesaria por parte de las autoridades del Ecuador en octubre de 2000, si bien no supone mala fe, fue negligente”<sup>11</sup>.*

*El Tribunal también ha encontrado que esta transferencia requiere la autorización por parte de las autoridades ecuatorianas, que esta no fue solicitada, pero que el error de OEPC en obtener dicha autorización en octubre de 2000, mientras que imprudente y mal aconsejado, no constituía mala fe”<sup>12</sup>.*

*El [f]allo de parte de OEPC a revelar la verdadera naturaleza del Acuerdo Farm-out a Ecuador y a obtener la autorización ministerial en 2000 fue un “grave error”; OEPC, sin actuar de mala fe, fue negligente”<sup>13</sup>.*

En el procedimiento de anulación que siguió al Laudo, Ecuador argumentó que el Tribunal efectivamente creó un nuevo tipo, “menor”, de incumplimiento contractual y de violación de la LHC: uno simplemente “negligente”. Esta conclusión es problemática por tres razones.

- En primer lugar, la legislación ecuatoriana no tiene en cuenta la intención al evaluar o determinar un incumplimiento de contrato o una violación de la LHC.
- En segundo lugar, el Tribunal también fracasó en proporcionar cualquier análisis o citar a ninguna autoridad jurídica que sustenta su creación de un incumplimiento contractual o violación de la LHC “negligente”.
- En tercer lugar, aun en el supuesto de que la legislación ecuatoriana reconociera como “negligente” un incumplimiento contractual o violación de la

4. Laudo § 302 (el subrayado es nuestro). La conclusión se reitera en §§ 301, 305, 305, y 307, entre otros, del Laudo.

5. Laudo § 306: Aunque el Farm-out se caracterizaba a veces por las Demandantes como “simplemente” una transferencia a AEC, en 2000, de una participación económica del 40% en el Bloque 15, en contraposición a la titularidad legal de una participación en el Bloque 15, el Tribunal no acepta que la transacción, cualquiera que haya sido intención de las partes, no serviría para efectuar una transferencia de derechos y obligaciones que requieren autorización por parte de las autoridades ecuatorianas.

6. Laudo § 307: La realidad es que, al celebrar el Acuerdo de Operación Conjunta, OEPC estuvo de acuerdo en compartir con AEC algunos de los derechos y obligaciones que poseía bajo el Contrato de Participación y, al hacerlo, se acordó la transferencia de estos derechos y obligaciones. Como tal, se exige una autorización previa por parte de las autoridades ecuatorianas.

7. Laudo § 381 (“En conclusión, el Tribunal considera, con base en lo anterior, que OEPC, al no conseguir la autorización ministerial requerida, violó la cláusula 16.1 del Contrato de Participación y era culpable de una violación recurrible del artículo 74.11 de la HCL”).

8. Laudo § 348 (énfasis agregado).

9. Laudo § 380 (énfasis agregado).

10. Laudo § 380 (el subrayado es nuestro). Véase también Ib. en § 383 (“Habiendo concluido más arriba que la omisión del OEPC para obtener la preceptiva autorización por parte de las autoridades del Ecuador en octubre de 2000, si bien no supone mala fe, fue negligente”) (el subrayado es nuestro).

11. Laudo § 383 (énfasis agregado).

12. Laudo § 384 (énfasis agregado).

13. Laudo § 662 (énfasis agregado).

LHC, el Tribunal no dio las razones para considerar que la violación del OEPC era meramente negligente.

Por otra parte, según Ecuador argumentó en el proceso de anulación, la análisis empleado por el Tribunal para llegar a su conclusión de “*negligencia*” fue, en efecto, una investigación para determinar si OEPC había actuado de “*mala fe*”. Pero la falta de “*mala fe*” no equivale a “*negligencia*”. La “*mala fe*” es “*deshonestidad de creencia o propósito*”<sup>14</sup>. Ya si OEPC violó el Contrato de Participación o violó la LHC con mala fe o mal propósito no conduce a una conclusión de negligencia.

No obstante, la negligencia cae por debajo de la norma legal establecida para proteger a los demás contra un riesgo irrazonable de daño, excepto por una conducta

que es intencionada, insensible, o intencional sin tener en cuenta los derechos de los demás<sup>15</sup>. Por lo tanto, negligencia tiene dos componentes: (i) la evaluación de la conducta de una parte bajo un estándar de cuidado dispuesto por el derecho positivo; y (ii) la determinación de que la conducta en cuestión no es intencional, injustificada o deliberada. Esto es cierto en casi todos los sistemas legales en todo el mundo<sup>16</sup>, incluso en Ecuador.

Según la ley ecuatoriana, la conducta puede ser “*dolosa*” (es decir, una conducta intencional) o “*culposa*” (es decir, una conducta no intencional)<sup>17</sup>. La ley ecuatoriana distingue aun más entre tres tipos de conductas consideradas “*culposas*”, basada en el estándar de cuidado impuesto por la ley y la naturaleza de la conducta del actor, en un creciente nivel de gravedad: “*culpa o descuido levísimo*”, “*culpa leve*” y “*culpa grave*”<sup>18</sup>.

El Tribunal nunca mencionó, y mucho menos aplicó ninguna norma de cuidado que regía la conducta de OEPC bajo la legislación ecuatoriana. Más bien, el Tribunal sumariamente concluyó que OEPC fue solo negligente porque no actuó de mala fe. La investigación clave relacionada con la negligencia, sin embargo, es si OEPC actuó con *intención*, no con *mala fe*.

Cuando hablamos de “*intención*”, hay que aclarar lo que queremos decir: ¿intención de hacer qué? No nos referimos a la intención de engañar. Esa es otra manera de preguntar si había intención de *actuar de mala fe*. Y el Tribunal respondió a esta cuestión en el párrafo 360 del Laudo, concluyendo que “[e]l Tribunal no cree que OEPC tuviera una intención de engañar al Ministro Terán”. Dicho de otro modo, el Tribunal concluyó que OEPC no actuó de mala

fe. No obstante, nuevamente, esto no conlleva una conclusión de negligencia.

Para mostrar que el análisis de negligencia fue en absoluto relevante (lo que Ecuador niega), la cuestión no era si OEPC actuó de mala fe; era si OEPC actuó intencionalmente cuando transfirió sus derechos a un tercero sin la aprobación gubernamental, en violación del Contrato de Participación y en violación de la LHC. El Tribunal, sin embargo, no se refirió a esta cuestión.

### C. ¿Actuó OEPC frente a un riesgo conocido?

Si de modo alguno fuera relevante un análisis sobre “*negligencia*” (y no lo era), la pregunta objetiva era si OEPC actuó frente a un riesgo conocido. El Tribunal no abordó este cuestionamiento; más bien solo razonó en términos

14. *Black's Law Dictionary*, 8va Edición, p. 149 (“*Bad faith*”) (énfasis agregado).

15. *Ib.*, p. 1061 (“*negligencia*”) (énfasis agregado).

16. Esto es el caso en virtud del: (i) Derecho francés. Ver G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, 8th Edition, 2007, p. 610 (“*négligence*”) (“*faute non intentionnelle consistant à ne pas accomplir un acte qu'on aurait dû accomplir, quasi-délit source de responsabilité civile [...] ou parfois pénale*”); (ii) Derecho inglés. Ver Clerk & Lindsell on Torts, Edición 20ma, 2010, p. 415 (“[L]os requisitos de la ofensa de negligencia. Hay cuatro requisitos, a saber: (1) la existencia en derecho de una situación con un deber de cuidado, es decir, aquella en la que la ley atribuye responsabilidad al descuido [...]; (2) incumplimiento del deber de cuidado por la parte demandada, es decir, que él no pudo llegar al estándar establecido por la ley [...]; y (iii) Derecho estadounidense. Ver *Second Restatement of Torts, The American Law Institute*, 1965, § 282 (negligencia es una conducta “que cae por debajo de la norma establecida por la ley para la protección de los demás contra el riesgo irrazonable de daño”); *Prosser y Keeton on the Law of Torts*, West Publishing Co., 5th Edition, 1984, p. 169 (“[l]a falta de conformidad con la norma [de conducta impuesta por la ley] es negligencia, por lo tanto, incluso si se debe a la torpeza, estupidez, falta de memoria, un temperamento excitable e incluso la ignorancia”).

17. *Comité Pro Mejoras Barrio Delfina Torres vda. de Concha v. PETROECUADOR, Petrocomercial and their affiliates*, published in Official Register No. 43, March 19, 2003, p. 26: La responsabilidad civil extracontractual, en nuestra legislación, es en esencia subjetiva; es decir, requiere la presencia de la culpabilidad como elemento indispensable para su configuración. La culpabilidad investiga la relación existente entre la voluntad del sujeto y su acto. Dicha voluntad es calificada de dolosa cuando el sujeto desea el acto y sus consecuencias, que son normalmente previsibles, y es culposa cuando el agente causa un daño sin el propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia, negligencia o impericia, y puede añadirse con infracción de normas legales o reglamentarias.

18. Ver Código Civil de Ecuador, Art. 29: “La ley distingue tres especies de culpa o descuido: Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la

que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano (...) Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro”.

Véase también Comité Pro Mejoras Barrio Delfina Torres vda. de Concha, p. 26: Las tres formas clásicas en que se presenta la culpa son: negligencia, imprudencia e impericia. La negligencia aparece cuando el sujeto omite la realización de un acto que habría evitado el resultado dañoso. Es aquella omisión más o menos voluntaria pero consciente de la diligencia que hubiere correspondido hacer de modo tal que no llegara a producir el efecto perjudicial. En suma, la negligencia manifestada del autor del hecho lesivo se produce cuando habiendo motivos para prever el perjuicio que acontecería, no actúa con suficiente diligencia para evitarlo. La imprudencia aparece en el supuesto del sujeto que al obrar precipitadamente no prevé las circunstancias perjudiciales a las que arriba con posterioridad. Se caracteriza por la falta de atención o cautela en el actuar del individuo, incurriendo en ella ya sea por acción o ya sea por omisión. El imprudente es aquel sujeto que actúa con audacia y por impulso sin detenerse a percibir los efectos que su accionar haya podido acarrear. En la práctica no resulta cosa fácil determinar la verdadera noción de la negligencia y de la imprudencia, porque no es sencillo delimitar sus alcances, por lo cual comúnmente ambos términos son utilizados de manera similar. La impericia aparece cuando existe incapacidad técnica para el ejercicio de una función, profesión o arte determinado. Estas tres diferentes maneras de representación que adopta la conducta culposa no suelen darse de un modo claro e independiente a la hora de la práctica forense.

de la inexistencia de mala fe. Pero en otros lugares en el Laudo, el Tribunal llegó a la constatación fáctica de que –antes de cerrar el acuerdo de transferencia– OEPC sí tuvo conocimiento de las prohibiciones y sanciones de LHC incorporadas en el Contrato de Participación, fue prevenido por un asesor legal sobre ello, y era plenamente consciente de las posibles consecuencias de sus acciones, incluida la sanción de Caducidad.

En efecto, el Tribunal concluyó que, aunque OEPC puede no haber estado un 100% segura de que la autorización previa del Ecuador se requería para el Farm-out<sup>19</sup>, había “dos escuelas de pensamiento” dentro OEPC: una que “percibió lo que el Farm-out realmente era para los petroleros, es decir, un acuerdo de ‘petróleo por dinero’ que permitió que OEPC financiara y aprovechara la exploración del Bloque 15”<sup>20</sup>, y otro compuesto probablemente por “los abogados, [que] defendían que era prudente pedir ‘autorización

previa’ para la fase de ‘opción de compra”.

Habían llevado a cabo, obviamente, un examen superficial de los acuerdos pertinentes<sup>21</sup>.

Frente a estas opiniones conflictivas, el Tribunal razonó que OEPC inexplicablemente decidió no seguir a los “abogados... [quienes] habían llevado a cabo, obviamente, un examen superficial de los acuerdos de los que se trataba”. Según razonó el Tribunal, así lo hicieron porque fueron impulsados por el enfoque arrogante de “los empresarios, petroleros experimentados, para quienes sutilezas legales no eran tan importantes como las realidades comerciales del acuerdo”<sup>22</sup>.

Según argumentó Ecuador, estas conclusiones reflejan que OEPC poseía un conocimiento real del riesgo asociado a su conducta y que tomó ese riesgo a sabiendas. Esta conducta corresponde totalmente a la definición de un acto intencional<sup>23</sup> o, por lo menos,

19. Esto se explica, entre otras cosas, en el párrafo 342 del Laudo, en el que el Tribunal analizó la Carta de Intención OEPC -AEC del 09 de agosto de 2000 (que precedió a los Documentos Farm-out). Allí, el Tribunal señala que el documento expresamente condicionaba la “Transacción Farm-in” en la obtención de las aprobaciones necesarias del gobierno, “en su caso, incluyendo, sin limitación, la aprobación del Ministerio de Energía y Minas de Ecuador” (Laudo § 342). El Tribunal reconoce a continuación que, como mínimo, el lenguaje significaba que no había “ningún consenso entre AEC y OEPC que la autorización ministerial era necesaria”. Ib. En otras palabras, OEPC tuvo conocimiento del hecho de que la aprobación previa del Ecuador podría ser necesaria, a pesar de que sin duda no estaba 100% seguro de ello; sin embargo, optó por no confirmar este hecho. Independientemente de si se había llegado a la plena conciencia de que el consentimiento previo del Ecuador fue de hecho necesario, OEPC, como parte en el Contrato de Participación (que declaró explícitamente que no era necesario el consentimiento previo), tuvo conocimiento efectivo de esa obligación legal y contractual.

20. Laudo § 345.

21. Laudo § 347 (énfasis agregado).

22. Laudo § 348 (énfasis agregado).

23. *Black’s Law Dictionary*, p. 26 (Un “Acto intencional” es “el acto resultante de la voluntad del actor dirigido a ese fin. Un acto es intencional cuando está previsto y deseado por el hacedor, y esta visión de futuro y voluntad resultó en el acto a través de la operación de la voluntad”).

uno imprudente<sup>24</sup>. Y cuando una persona actúa “intencionalmente, sin motivo, dejando voluntariamente de respetar los derechos de los demás”<sup>25</sup>, o por imprudencia, uno, por definición, no actúa simplemente “con negligencia”. Por lo tanto, incluso si se acepta la conclusión del Tribunal de que OEPC no actuó con mala voluntad o mala intención (es decir, mala fe), los otros hallazgos del Tribunal demuestran una intención o dolo al incumplir el Contrato de Participación y violar la LHC.

#### D. El impacto de la conclusión de negligencia

El hallazgo de negligencia tuvo un efecto determinante en dos aspectos: (i) si el Decreto de Caducidad era una respuesta proporcionada a la conducta de OEPC; y (ii) cuál era el porcentaje apropiado de culpa de OEPC al causar la pérdida de su inversión.

En cuanto a la primera cuestión, el Tribunal evaluó la supuesta conducta “negligente” de OEPC en la determinación de la proporcionalidad de la declaración de Caducidad. Después de analizar tanto la legislación ecuatoriana como el derecho internacional público, el

Tribunal resumió su comprensión de la doctrina de la proporcionalidad de la siguiente manera:

“En los casos en que la administración desea imponer una sanción severa, entonces parece al Tribunal que el Estado debe ser capaz de demostrar (i) que un daño suficientemente grave fue causado por el infractor; y/o (ii) que se había producido una violación flagrante o incumplimiento persistente del contrato o la legislación pertinente, suficiente para justificar la sanción impuesta; y / o (iii) que por razones de disuasión y de la buena gobernanza, es conveniente que se imponga una sanción significativa, a pesar de que los daños sufridos en el caso particular pueden no ser graves”<sup>26</sup>.

El segundo elemento, “que había habido una violación flagrante o un incumplimiento persistente del contrato de la legislación pertinente, suficiente para justificar la sanción impuesta”, deja claro que un simple incumplimiento de un deber legal no es suficiente. Algo más, según el Tribunal, era necesario. La infracción debe ser “flagrante y persistente”. La conducta flagrante se define como una conducta que es “notoriamente

24. *Ib.*, 1298 (“conducta imprudente” se “caracteriza por la creación de un importante e injustificable riesgo de daño a los demás y por a) la indiferencia consciente (y, a veces deliberada a favor de o indiferencia a ese riesgo... la conducta imprudente es mucho más que la simple negligencia: es una grave desviación de lo que una persona razonable haría”) (el subrayado es agregado).

25. *Ib.*, p. 1061 (“Negligencia” consiste en “cualquier conducta que cae por debajo de la norma legal establecida para proteger a los demás contra el riesgo irrazonable de daño, a excepción de una conducta que es intencional, sin motivo, o el hecho de dejar de respetar los derechos de los demás”) (el subrayado es agregado).

26. Laudo § 416 (énfasis agregado).

ofensiva... así que es obviamente inconsistente con lo que es correcto o apropiado para parecer una burla de la ley o la moral”<sup>27</sup>. El Tribunal no encontró que la conducta de OEPC fuera tan atroz. En vez de ello, encontró que OEPC había actuado con negligencia, de manera imprudente, pero no de mala fe, y con base en ese hallazgo determinó que Ecuador actuó de manera desproporcionada.

La consideración crítica que se le dio a la conducta supuestamente “negligente” de OEPC se confirma en el Laudo en otra parte. En la articulación de su conclusión definitiva sobre la proporcionalidad, por ejemplo, el Tribunal consideró “la verdadera naturaleza y efecto de la conducta que se está censurando” y midió la Caducidad en contra de la “mala conducta alegada contra OEPC”<sup>28</sup>. Ambos se refieren a la naturaleza y gravedad de la conducta de OEPC. Del mismo modo, en otra parte del Laudo, el Tribunal reitera que la prueba de proporcionalidad exigida no requiere “que el Estado... compruebe el daño, pero que cualquier sanción que el

Estado opte por imponer debe guardar una relación proporcional a la violación que se está tratando y sus consecuencias”<sup>29</sup>. Una vez más, el enfoque del Tribunal se encuentra en la naturaleza y la gravedad de la conducta del OEPC.

Del mismo modo, en la determinación de la culpa concurrente de OEPC, el Tribunal reconoció expresamente que “consideró la importancia de la contribución de la negligencia de las Demandantes a su lesión [...]”<sup>30</sup>.

Lógicamente, si una constatación de simple “negligencia” en la violación del Contrato de Participación y de la LHC causa que OEPC tuviera el 25 % de la culpa de su lesión, fue por ende un hallazgo que OEPC fue más que imprudente –un hallazgo, por ejemplo que OEPC actuó intencionalmente o de manera temeraria– solo habría aumentado el porcentaje de OEPC de la culpa (y por lo tanto habría reducido sus daños aun más)<sup>31</sup>.

En resumen, las conclusiones del Tribunal sobre las cuestiones de proporcionalidad y de culpa concurrente

estaban en gran parte ancladas en la conclusión anterior del Tribunal de que la conducta de OEPC era meramente “negligente”. Estas dos cuestiones claves son de importancia crucial en el caso, ya que la primera cuestión ha supuesto la posibilidad de absolver totalmente a Ecuador de responsabilidad por el Decreto de Caducidad y la segunda –en función de lo que se considera un porcentaje adecuado de culpa por parte de OEPC– podría haber reducido el importe de la responsabilidad del Ecuador en el marco del Laudo en más de mil millones de dólares.

### III. CONCLUSIÓN

La negligencia es un concepto jurídico cuyos elementos definitorios están fijados expresamente por la ley aplicable a la conducta a ser juzgada. En este caso, la ley ecuatoriana rige el asunto porque la conducta en cuestión fue el incumplimiento de OEPC del Contrato de Participación, que se rige por la ley ecuatoriana, y la violación de OEPC de la LHC ecuatoriana. Un examen superficial del Laudo establece que el Tribunal no basó

su constatación de “negligencia” en la ley ecuatoriana o ninguna otra ley. Llegó a su conclusión sin citar ninguna ley y sin dar proporcionar ninguna motivación.

Más fundamentalmente, Ecuador argumentó que la participación del Tribunal equivale a una constatación de que OEPC ha cometido un incumplimiento negligente del Contrato de Participación y una violación negligente de la LHC a pesar de que no existe tal cosa y de que los abogados de OEPC habían advertido específicamente a la empresa del riesgo de una Caducidad antes de la transferencia de derechos. Y esa cuestión conduce inexorablemente a la cuestión que el Tribunal no preguntó: cuando una parte obligada por un contrato cae en incumplimiento de dicho contrato y frente a un riesgo conocido, ¿se puede decir que ha actuado meramente con “negligencia”? La importancia de esta pregunta sin respuesta no puede ser exagerada; la conclusión del Tribunal sobre la “negligencia” yace en el eje central mismo del Laudo.

27. Diccionario Merriam-Webster (“flagrante”) (énfasis agregado).

28. Laudo § 450 (“Pero el principio esencial de proporcionalidad exige que cualquier objetivo administrativo deba equilibrarse con los intereses propios de las Demandantes y en contra de la verdadera naturaleza y el efecto de la conducta que se censuró. El Tribunal concluye que el precio pagado por las Demandantes -la pérdida total de una inversión de cientos de millones de dólares- estaba fuera de proporción con la ofensa que se imputa a OEPC[...]”) (el subrayado es agregado).

29. Laudo § 416 (énfasis agregado).

30. Laudo § 681 (énfasis agregado).

31. Cabe destacar a este respecto que la Profesora Stern cree que el Tribunal subestima la contribución de las Demandantes a su lesión, indicando que los Demandantes fueron el 50% responsable de provocar la aplicación del Decreto de Caducidad (Ver Voto Disidente § 7). Lógicamente, si no fuera por la constatación del Tribunal de negligencia, se habría encontrado que las Demandantes han violado la HCL de manera consciente y deliberada, haciendo que fueran las únicas responsables de su lesión o, como mínimo, que aumente considerablemente su porcentaje de culpa.

## Del supuesto “principio de proporcionalidad” como mecanismo de moderación contractual

Eduardo Silva Romero<sup>1</sup>, Dechert (París) LLP

La “*jurisprudencia*”<sup>2</sup> en materia de inversión es dubitativa y, por ende, oscilante en cuanto al valor que le debe ser atribuido al contrato que, en la mayoría de las inversiones, el inversionista (o una de sus filiales) y el Estado receptor de la inversión (o uno de sus órganos o agencias) celebran al momento de la realización de la inversión.

Dichas dudas y oscilación son particularmente sorprendentes cuando muchas inversiones internacionales –por no decir todas las inversiones internacionales– son vehiculadas, por imposición del Estado receptor de la inversión o práctica de los inversionistas internacionales, a través de un contrato. De esta práctica resultan, entre otras cosas, las nociones jurídicas de “*contrato de inversión*” y de “*contrato de Estado*”<sup>3</sup>. Utilizaremos, en especial, la primera para designar el contrato mediante el cual se vehicula la inversión.

En un **primer momento de desarrollo de la “*jurisprudencia*” de inversión**, quizás marcado por el deseo de ciertos árbitros de ganar la confianza de los inversionistas para que el sistema de arbitraje de inversiones fuera utilizado con creciente frecuencia, ciertos Tribunales de inversión, con ocasión, en particular, de los casos resultantes de la crisis argentina de los años 2000 y 2001, utilizaron los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones (“TBI” y “TBIs”, en plural) para reescribir y modificar los contratos celebrados por el inversionista (o su filial) y el Estado receptor de la inversión (o su órgano o agencia).

Este primer grupo de decisiones proviene, según nuestro juicio, de una noción subjetiva de justicia de los árbitros que las profirieron más que de una aplicación razonada de normas jurídicas. En este sentido, los Tribunales que tomaron este primer grupo de decisiones, extralimitándose manifiestamente en sus facultades, ac-

tuaron más como amigables componedores que como árbitros en derecho. La justicia objetiva del derecho positivo, sin embargo, es, en la mayoría de los casos, superior a la subjetividad de uno o tres mortales.

Parecería que quienes crearon esta “*jurisprudencia*” consideran, sin aportar mayores razones, que el TBI está por encima del contrato relevante. ¿Qué valor tiene entonces, en este primer momento “*jurisprudencial*”, el principio *pacta sunt servanda*?

Decisiones en los casos CMS c./ Argentina, Sempra c./ Argentina y Enron c./ Argentina fueron las primeras en olvidar –por no decir “*desconocer*”– la importancia de un contrato dentro de la relación inversionista-Estado y del principio *pacta sunt servanda* subyacente a aquél. Dicho olvido se observa en dichos casos de dos maneras diferentes:

En primer lugar, las decisiones en los casos CMS, Sempra y Enron utilizaron el estándar del Trato Justo y Equitativo de la Inversión (TJE) para reescribir el contrato relevante, esto es, para modificar su alcance *ratione materiae*. En dichas decisiones, la reescritura del contrato de inversión respectivo observó tres etapas:

**Primera**, los Tribunales en dichos casos, siguiendo en este punto lo sostenido por el Tribunal en el caso Tecmed c./ México, sostuvieron que el TJE se traduce en el respeto de las “*expectativas legítimas del inversionista*”.

**Segunda**, dichos Tribunales agregaron que CMS, Sempra y Enron tenían la expectativa legítima de que el régimen jurídico argentino vigente en la época en que se

realizó la inversión permanecería inalterado. Al sostener lo anterior, dichos Tribunales, dado que los contratos relevantes no contenían una cláusula de estabilización del derecho aplicable, los reescribieron y les agregaron, sobre la base del TJE, una disposición equivalente.

**Tercera**, dichos Tribunales concluyeron que todo cambio en el régimen jurídico argentino vigente al momento de realización de la inversión acarrearía una violación del estándar del TJE del TBI aplicable. En otras palabras, dichos Tribunales erigieron en “*acuerdo de estabilización del derecho aplicable*” al estándar del TJE del TBI.

En segundo lugar, Tribunales como el del caso CMS no dudaron en utilizar la llamada “*cláusula paraguas*” (*umbrella clause*) del TBI para extender el contrato de inversión relevante a partes que no lo suscribieron. En pocas palabras, dichos Tribunales simplemente desconocieron el principio, bien arraigado en los sistemas de derecho romano-germánico (*civil law*), del efecto relativo de los contratos (*res inter alios acta*).

En la “*jurisprudencia*” de inversiones no parece existir acción sin reacción. En un **segundo momento de dicha “*jurisprudencia*”**, en efecto, ciertos Tribunales sostuvieron (i) que un TBI y su estándar del TJE no pueden ser utilizados para incluir en contratos de inversión cláusulas de estabilización que no fueron negociadas ni introducidas por las partes y, por otro lado, (ii) que la “*cláusula paraguas*” de un TBI no puede ser utilizada para extender el contrato de inversión relevante a partes que no lo firmaron.

1. Socio del Departamento de Arbitraje Internacional de Dechert LLP. El autor debe revelar, *in limine*, que hizo parte del equipo de abogados que representó a la República del Ecuador (“Ecuador”) en el arbitraje que opuso a OPC y OEPC (separadamente y en conjunto, “OXY”) a Ecuador (caso “OXY 2”). Las opiniones expresadas por el autor en el presente artículo son personales, y no pretenden reflejar la posición del Ecuador ni la posición de Dechert LLP.

2. No existe a ciencia cierta una “*jurisprudencia arbitral*” en sentido estricto. De ahí las comillas.

3. Ambas nociones, desarrolladas por los profesores franceses Prosper Weil, Charles Leben y Pierre Mayer.

En primer lugar, hoy día existe una línea de “*jurisprudencia*” de inversiones en la que se determina con bastante claridad que el estándar del TJE de un TBI, junto con su supuesto contenido de la “*protección de las expectativas legítimas*”, no puede ser utilizado para insertar en el contrato de inversión del caso concreto una cláusula de estabilización que las partes no introdujeron ni discutieron durante las negociaciones del mismo. Las decisiones en los casos *Parkerings c./ Lituania* y *El Paso c./ Argentina* constituyen buenos ejemplos de esta línea “*jurisprudencial*”. En el caso *El Paso*, por ejemplo, el Tribunal sostuvo lo siguiente:

“El Tribunal no puede seguir la línea jurisprudencial que determinó que el trato justo y equitativo implicaba la estabilidad del marco jurídico y de negocios. La evolución es un elemento intrínseco de la vida económica y jurídica [...]”.

Es inconcebible que un Estado acepte que, puesto que ha concluido una serie de TBIs, ya no puede modificar las leyes que podrían tener un impacto negativo sobre los inversores extranjeros, a fin de enfrentar las nuevas condiciones económicas, y debe garantizar una estabilidad jurídica absoluta. En la opinión del Tribunal, el estándar de trato justo y equitativo no puede suponer la inmutabilidad del orden jurídico, el mundo económico y el universo social, y jugar el papel de una cláusula de estabi-

lización específicamente diseñada en beneficio de los inversores extranjeros con los que el Estado ha firmado acuerdos de inversión”<sup>4</sup>.

Esta línea de decisiones nos parece correcta. Casi todos los inversionistas, en efecto, son, en el sentido de la *lex mercatoria*, “*comerciantes internacionales*”. En su calidad de tales, los inversionistas presumen ser profesionales competentes. Así, si un inversionista no negoció, con el Estado receptor de la inversión o con la agencia respectiva, la inclusión de una cláusula de estabilización, no debería poder utilizar el estándar del TJE de un TBI para obtener en un arbitraje internacional de inversiones que no fue capaz de obtener durante las negociaciones del contrato de inversión. Los inversionistas, en suma, no deberían ser tratados por los Tribunales de inversión como si fueran incapaces jurídicos.

Es por esto que, en nuestra opinión, es menester operar una reintegración del derecho internacional en la que el derecho de las inversiones no sea aplicado de manera aislada, esto es, sin tener en cuenta otras ramas del derecho internacional como son, por ejemplo, el derecho comercial internacional (incluido en éste el principio según el cual los comerciantes internacionales se presumen ser profesionales competentes) y el derecho de las garantías fundamentales.

En segundo lugar, la misma línea “*jurisprudencial*” ha reivindicado el efecto relativo de los contratos (*res*

*inter alios acta*) al no hacer aplicación de las “*cláusulas paraguas*” cuando dicha aplicación supone la extensión del contrato respectivo a partes que no lo firmaron. En la Decisión del Comité de Anulación en el caso *CMS*, el efecto relativo de los contratos fue afirmado. En efecto, el Comité *CMS* anuló la decisión del Tribunal *CMS* de extender el contrato de inversión a partes que no lo firmaron.

El mejor ejemplo de afirmación del contrato de inversión respecto de la “*cláusula paraguas*” en el caso ecuatoriano se encuentra en la Decisión sobre la Responsabilidad en el caso *Burlington c./ Ecuador*. En dicha Decisión, el Tribunal dijo lo que sigue:

El Tribunal en *Gustav Hamester* observó que la decisión sobre anulación en el caso *CMS* “dejó en claro que [...] una obligación contractual entre una entidad pública distinta del Estado y un inversionista extranjero no puede ser transformada como por arte de magia de la llamada ‘cláusula paraguas’ en una obligación del Estado basada en un tratado, con respecto a un inversionista protegido”. Del mismo modo, la cláusula paraguas no puede transformar una obligación contractual del Estado con la subsidiaria del inversor, en un compromiso con el inversor mismo<sup>5</sup>.

El Laudo *OXY 2*, como veremos, marca un lamentable retroceso hacia la época “*jurisprudencial*” de decisiones tomadas en arbitrajes de inversión en las que los Tribunales arbitrales, guiados más por una noción

subjetiva de justicia que por la *Rule of Law*, han olvidado –por no decir “*desconocido*”– la importancia del contrato suscrito por el inversionista (o su filial) y el Estado receptor de la inversión (o su órgano o agencia) y, por ende, han dejado de aplicar uno de los pilares del Derecho, esto es, el principio *pacta sunt servanda*.

En definitiva, el Laudo *OXY 2* crea un principio –llamado de “*proporcionalidad*”– que le permitiría a la contratista privada solicitar la revisión del contrato de inversión cuando una o más cláusulas de dicho contrato sean consideradas (no se sabe cómo ni por qué) “*desproporcionadas*”. Se trata, en suma, de una suerte de moderación contractual por operación de un supuesto “*principio de proporcionalidad*”. Antes de proceder a la crítica de la creación de dicho supuesto “*principio de proporcionalidad*” en el Laudo *OXY 2* (Sección 2), es preciso describir brevemente la decisión del Tribunal *OXY 2* basada en dicho supuesto principio (Sección 1).

### 1. Del supuesto “*principio de proporcionalidad*” en el laudo *OXY 2*

En una decisión sin precedentes e inherentemente contradictoria, el Tribunal Arbitral en el caso *OXY 2* (“**Tribunal**”) sostuvo que la caducidad era una sanción desproporcionada y, por lo tanto, contraria al derecho ecuatoriano, al derecho internacional consuetudinario, y al BIT Ecuador – EE.UU. (“**Tratado**”), a pesar de haber determinado previamente que las partes acorda-

4. *El Paso Energy International Company c. República Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/15), Laudo de 31 de octubre de 2011, párrs. 352, 367-368.

5. *Burlington Resources Inc. c. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, párr. 231.

ron libre y expresamente en el Contrato de Participación que la caducidad era la sanción aplicable si OXY traspasaba derechos a un tercero (como AEC) sin la aprobación previa del Ministerio del Ramo.

En el párrafo 452 del Laudo, por ejemplo, el Tribunal sostuvo lo siguiente:

Se deduce que incluso si OEPC, como el Tribunal determinó antes, incumplió la Cláusula 16.1 del Contrato de Participación y fue culpable de una violación procesable del Artículo 74.11 (o los Artículos 74.12 o 74.13), el Decreto de Caducidad no fue una respuesta proporcionada en esas circunstancias particulares y así lo determina el Tribunal. El Decreto de Caducidad fue por lo tanto emitido violando el derecho ecuatoriano, violando el derecho internacional consuetudinario y violando el Tratado. En cuanto a este último, el Tribunal expresamente determina que el Decreto de Caducidad constituyó un incumplimiento de parte de la Demandada de su obligación según el Artículo 11.3 (a) de acordar tratamiento justo y equitativo a la inversión de las Demandantes y otorgarles un tratamiento no inferior al exigido por el derecho internacional.

Después, en los párrafos 453 al 455 del Laudo, el Tribunal añadió que el Decreto de Caducidad, supuestamente “desproporcionado”, también venía a ser lo mismo que una “medida equivalente a una expropiación”.

En las determinaciones que se resumieron en los

párrafos anteriores, el Tribunal no aplicó los términos explícitos del Contrato de Participación y, como consecuencia de ello, no observó el derecho ecuatoriano ni el principio de derecho internacional *pacta sunt servanda*. En cambio, el Tribunal no hizo caso del acuerdo explícito e inequívoco de las partes y aplicó un principio inexistente: el principio de “proporcionalidad” supuestamente presente en el derecho ecuatoriano, el derecho internacional consuetudinario y el Tratado.

A raíz de ello, por ministerio de dicho principio de “proporcionalidad”, el Tribunal no hizo caso del acuerdo de las partes y procedió a reescribir o evitar la aplicación de las Cláusulas 16.1, 21.1.1 y 21.1.2 del Contrato de Participación. No obstante, la proposición de que “un contrato es desproporcionado”, sobre todo donde, como en este caso, el contrato se negoció en condiciones de libre albedrío e igualdad entre dos partes muy sofisticadas que estaban asesoradas por asesores legales igualmente sofisticados, no tiene ningún fundamento en el derecho aplicable ni en el sentido común. Como cuestión de derecho y de hecho, una sanción expresamente estipulada en un contrato no puede ser “proporcionada” o “desproporcionada”. Como cuestión de hecho, una sanción libremente acordada “se aplica” o “no se aplica”. Es por eso que la decisión del Tribunal basada en un supuesto “principio de proporcionalidad” debe ser criticada.

## 2. Crítica de la decisión basada en un supuesto “principio de proporcionalidad” en el laudo OXY 2

En resumen, el Tribunal reescribió o evitó la aplicación del Contrato de Participación y, por lo tanto, no aplicó el principio *pacta sunt servanda*, que es válido conforme al derecho ecuatoriano y al derecho internacional (Sección 2.1) y, en vez de exigir el cumplimiento de un contrato válido, pretendió aplicar un principio de “proporcionalidad” que no existe en el derecho ecuatoriano ni en el derecho internacional consuetudinario ni en el Tratado (Sección 2.2).

### 2.1. el tribunal reescribió o evitó la aplicación del contrato de participación y, por lo tanto, omitió aplicar el derecho ecuatoriano y el principio de derecho internacional *pacta sunt servanda*.

No cabe duda de que tanto el derecho ecuatoriano como el derecho internacional incluyen el principio *pacta sunt servanda*. La Constitución del Ecuador de 1998, por ejemplo, expresamente reconoce en su artículo 23(18) ese principio jurídico universal. Por ello, el Tribunal tenía el deber de observar y aplicar el principio *pacta sunt servanda* en este caso. Sin embar-

go, el Tribunal, como se demostrará a continuación, no observó ni aplicó dicho principio y, por lo tanto, se extralimitó manifiestamente en sus facultades al no aplicar el derecho aplicable. En efecto, “en la jurisprudencia del CIADI, se reconoce ampliamente que no aplicar el derecho aplicable constituye un exceso de atribuciones. Las disposiciones pertinentes del derecho aplicable son elementos constitutivos del acuerdo de las Partes para someter al arbitraje y constituyen parte de la definición del mandato del Tribunal”<sup>6</sup>.

Es preciso subrayar que el Contrato de Participación para el Bloque 15 se celebró después de negociaciones prolongadas en condiciones de libre albedrío e igualdad entre dos partes sumamente sofisticadas, cada una de las cuales fue asesorada por asesores legales competentes y capaces. A modo de ejemplo, las prolongadas negociaciones de las partes para pasar de un Contrato de Prestación de Servicios al Contrato de Participación duraron aproximadamente dos años.

Además, OXY es una entidad comercial internacional y, como tal, se considera que es un profesional compe-

6. Decisión de Anulación en Soufraki, § 45. Véase también, por ejemplo, Decisión de Anulación en AES, §33 (“existe un ‘acuerdo generalizado de que no aplicar el derecho correspondiente puede equivaler a un exceso de facultades del Tribunal’, basándose en que las cuestiones planteadas ante el Tribunal están delimitadas por el consentimiento de las partes”); Decisión de Anulación en Azurix, § 136, (“el Comité acepta que un Tribunal puede excederse manifiestamente en sus facultades cuando el Tribunal hace caso omiso del derecho aplicable”) y Decisión de Anulación en Enron, § 218 (que cita la resolución de Azurix).

tente<sup>7</sup>. Es innegable que OXY sabe lo que hace cuando negocia e invierte. Por otra parte, OXY en ningún momento afirmó, ni podría afirmar, que celebró el Contrato de Participación mediando error, fuerza o dolo.

El Contrato de Participación, que fue celebrado por sus partes de forma voluntaria, contiene disposiciones específicas que rigen la decisión ilícita de una contratista de traspasar derechos a terceros y las consecuencias que se producen si se lleva a cabo ese traspaso. Por ejemplo, la Cláusula 16.1 del Contrato de Participación establece lo siguiente:

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

Además, la Cláusula 21.1.1 del Contrato de Participación establece lo siguiente:

*“21.1 Terminación: Este Contrato de Participación terminará:*

*21.1.1 Por declaratoria de caducidad emitida por el*

*Ministerio del Ramo por las causales y bajo el procedimiento establecido en los artículos setenta y cuatro (74), setenta y cinco (75) y setenta y seis (76) de la Ley de Hidrocarburos, en lo que sean aplicables”.*

La Cláusula 21.1.1 del Contrato de Participación incorpora por referencia el Artículo 74(11) de la Ley de Hidrocarburos que establece lo siguiente:

*“Artículo 74 - [Causales de resolución del contrato] El Ministerio de Energía y Minas podrá resolver el contrato si la contratista:*

*[...] 11. Traspasa los derechos o celebra un acuerdo con una contratista privada para ceder uno o más de sus derechos sin la autorización del Ministerio”.*

Además, la Cláusula 21.1.2 del Contrato de Participación establece lo siguiente:

*“21.1 Terminación: Este Contrato de Participación terminará:*

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

Las Cláusulas 16.1, 21.1.1 y 21.1.2 del Contrato de Participación y el Artículo 74 (11) de la Ley de Hidrocarburos no dejan lugar a dudas: la caducidad del

Contrato de Participación se producirá debido al traspaso de derechos sin autorización previa. Por lo tanto, el Tribunal, al concluir que OXY traspasó derechos derivados del Contrato de Participación a AEC sin aprobación previa del Ministerio del Ramo, debió también haber concluido que la caducidad se aplicó debidamente. Esa era la sanción **precisa** que acordaron las partes en el caso del mencionado traspaso de derechos. *Pacta sunt servanda*.

En su Laudo, el Tribunal, sin embargo, reescribió el Contrato de Participación de dos formas diferentes:

**Primera**, el Tribunal reescribió la Cláusula 21.1.2 del Contrato de Participación cuando, en los párrafos 419 y 420 del Laudo, sostuvo lo siguiente:

No existe controversia respecto de que el Decreto de Caducidad se refiere solamente al Artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos. Eso en sí mismo podría no ser el final del asunto si las disposiciones sobre resolución del Contrato de Participación fueran idénticas que en la Ley de Hidrocarburos, pero no lo son. El Artículo 74.11 de la Ley de Hidrocarburos faculta al Ministro para declarar la caducidad si la contratista *“traspasa derechos o celebra un contrato o acuerdo privado para la cesión de uno o más de sus derechos, sin la autorización del Ministerio”*. El Tribunal señala que la referencia solo es al traspaso de derechos. Por el con-

trario, la Cláusula 21.1.2 del Contrato de Participación se refiere a un traspaso no autorizado de *“derechos y obligaciones”*.

La Demandada no sugirió que la etapa de ‘ganancias’ del Acuerdo de Cesión de Derechos de alguna forma efectuase un traspaso de las obligaciones de OEPC a AEC conforme al Contrato de Participación. El hecho es que la única parte que debía cumplir obligaciones frente a PETROECUADOR, y la única parte en contra de la cual PETROECUADOR podría haber pretendido exigir el cumplimiento de las obligaciones debidas en virtud del Contrato de Participación, era OEPC. Es por ese motivo presumiblemente que la Demandada buscó proceder en virtud de la Ley de Hidrocarburos y no en virtud del Contrato de Participación.

La interpretación del Tribunal de la Cláusula 21.1.2 es a todas luces incorrecta. La intención de las partes cuando redactaron esta Cláusula no pudo haber sido que si OXY traspasaba derechos pero no obligaciones a un tercero sin la aprobación previa del Ministerio, el Contrato de Participación no terminaría mediante declaratoria de caducidad. Esa interpretación de la Cláusula 21.1.2 del Contrato de Participación elimina todo el propósito de dicha cláusula<sup>8</sup>. Lo que las partes quisieron decir fue que cualquier derecho traspasado implica el traspaso de la obligación correspondiente. En este caso, por ejemplo, el traspaso a AEC de los derechos de OXY de operación,

7. Por ejemplo, el Laudo de la Cámara Internacional de Comercio (ICC) en el Caso No. 2438, 1975, reportado en S. Jarvin y Y. Derains, *Collection of Arbitral Awards/Recueil des sentences arbitrales de la CCI* [Recopilación de Laudos Arbitrales de la CCI], 1974-1985, págs. 255-256; Laudo de la ICC en el Caso No. 3130, 1980, *ibidem.*, págs. 417-422; Laudo de la ICC en el Caso No. 3380, 1980, *ibidem.*, págs. 413-417.

8. *Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46*, 24 de junio de 2005 (Libro IV), Artículo 1578, que consagra el principio del efecto útil en la interpretación de los contratos (*“El sentido en que una cláusula puede surtir algún efecto deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de surtir efecto alguno”*).

dirección y voto también implicó el traspaso a AEC de la obligación que OXY tenía de financiar el 40% de las operaciones del Bloque 15. El propio Tribunal lo admite en el párrafo 301 del Laudo, donde indica que OXY traspasó “derechos y obligaciones” en virtud del Contrato de Participación a AEC<sup>9</sup>. La interpretación errónea de la Cláusula 21.1.2 del Contrato de Participación por parte del Tribunal no es otra cosa que un sofisma cuya finalidad es no observar el principio *pacta sunt servanda*.

**Segunda**, el Tribunal también reescribió la Cláusula 21.1.1 del Contrato de Participación. En los párrafos 421 y 422 del Laudo, el Tribunal sostuvo lo siguiente:

Ni la posición cambia por el hecho de que OEPC haya acordado que el contrato “*se resolverá*” en caso de “*una declaración de pérdida del derecho emitida por el Ministerio correspondientes por las causas y siguiendo el procedimiento establecido en el Artículo 74 [...] de [la Ley de Hidrocarburos] [...]*”. La referencia a una declaración de caducidad en virtud de la Ley de Hidrocarburos solamente puede significar una declaración hecha debidamente; no se puede entender que la contratista haya acordado aceptar la resolución en circunstancias en que el decreto se emita contrariamente al requisito de proporcionalidad del derecho ecuatoriano.

El hecho de que una contratista acuerde que la caducidad puede ser un recurso en ciertas situaciones no sig-

nifica que la contratista haya renunciado a su derecho de que ese recurso se imponga de forma proporcional, o si no, que se imponga de acuerdo con todas las leyes pertinentes. Es todavía más aplicable cuando, como en el presente caso, las partes han acordado que el contrato debe regirse por un ordenamiento jurídico (el derecho ecuatoriano) que expresamente requiere que se observe el principio de proporcionalidad. El Contrato de Participación no contiene ninguna indicación de que exista la intención de “*contratar excluyendo*” la proporcionalidad o cualquier otro principio jurídico de aplicación general.

A este respecto, el Tribunal reescribió la Cláusula 21.1.1 del Contrato de Participación al añadir las frases “*hecha debidamente*” y “*de acuerdo con el requisito de proporcionalidad del derecho ecuatoriano*”. **El Contrato de Participación no contiene esas palabras.** En vista de este hecho, el Tribunal en realidad decidió que la aplicación del Contrato de Participación debería evitarse de algún modo por ministerio del derecho ecuatoriano.

Sin mencionar las razones que, en virtud de un ordenamiento jurídico romano-germánico (*civil law*) como es el de Ecuador, se podrían invocar para evitar cumplir un contrato (la nulidad del contrato por alguna de las causales establecidas, por ejemplo, en el Código Civil del Ecuador), el Tribunal efectivamente evitó la aplicación del Contrato de Participación —omitiendo así

aplicar el principio *pacta sunt servanda* incluido en el derecho ecuatoriano y el derecho internacional— sobre la base de dos teorías incomprensibles:

**Primera teoría.** En los párrafos 418 y 419 del Laudo, el Tribunal sostuvo lo siguiente:

Para volver a los tres argumentos de la Demandada que se señalaron más arriba, el Tribunal no acepta el alegato de que las autoridades del CIADI en que se sustentaron las Demandantes pueden distinguirse por la ausencia de una disposición contractual comparable a la que aparece en la Cláusula 21 del Contrato de Participación. Como ya se señaló, el Decreto de Caducidad no se basó en un incumplimiento de contrato, sino que fue en cambio emitido de conformidad y sustentándose en presuntos incumplimientos del Artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos. Ese es un punto de importancia general dado que la Demandada sistemáticamente ha alegado que la caducidad no podría ser un incumplimiento del Tratado cuando fue una penalidad libremente acordada por OEPC. Por lo tanto, es una cuestión que merece un análisis detenido.

No se discute que el Decreto de Caducidad se refiere solamente al Artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos. Eso en sí mismo podría no ser el final del asunto si las disposiciones sobre resolución del Contrato de Participación fueran idénticas que en la Ley de Hidrocarburos, pero no lo son. El Artículo 74.11 de la Ley de Hidrocarburos faculta al Ministro para declarar la caducidad si la contratista “*traspasa derechos o ce-*

*lebra un contrato o acuerdo privado para la cesión de uno o más de sus derechos, sin la autorización del Ministerio*”. El Tribunal señala que la referencia solo es al traspaso de derechos. Por el contrario, la Cláusula 21.1.2 del Contrato de Participación se refiere a un traspaso no autorizado de “*derechos y obligaciones*”.

El hecho de que el Decreto de Caducidad no se refirió expresamente a un incumplimiento de las Cláusulas 16.1, 21.1.1 ó 21.1.2 del Contrato de Participación no viene al caso, o es falso por tres razones:

**Una**, como ya se indicó, el Contrato de Participación, sobre todo en la Cláusula 21.1.1, incorporó expresamente por referencia el artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos, el cual a su vez se refería expresamente al Decreto de Caducidad. Por lo tanto, por efecto de esa incorporación, un incumplimiento del Artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos automáticamente implica un incumplimiento del Contrato de Participación.

**Dos**, la sugerencia del Tribunal de que no hay incumplimiento del Contrato de Participación porque el Decreto de Caducidad no se refería expresamente a un incumplimiento del Contrato de Participación es infundada e ilógica. La determinación del Tribunal en el párrafo 418 del Laudo es particularmente preocupante a la luz de la determinación del Tribunal en el párrafo 452 del Laudo de que “*Se deduce que [...] OEPC [...] incumplió la Cláusula 16.1 del Contrato de Participación [...]*”.

**Tres**, el Decreto de Caducidad en realidad sí se refería

9. Laudo, § 301.

al Contrato de Participación y al incumplimiento de éste por parte de OXY. En el Decreto de Caducidad se hace referencia tres veces al incumplimiento del Contrato de Participación<sup>10</sup>. Es más, en la primera página se declara lo siguiente:

*“El Ministro de Energía y Minas [...] le solicita al Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR inicie el trámite previsto en la cláusula 21.2 y siguientes del CONTRATO que prevé la declaratoria de caducidad[,] considerando que las acciones ejecutadas por la CONTRATISTA, tipificadas como infracciones en los numerales 11, 12 y 13 del Art. 74 de la Ley de Hidrocarburos y en las cláusulas 21.1.1 y 21.1.2 del CONTRATO, representan causales para esa declaratoria [...]”<sup>11</sup>.*

Por tal motivo, la primera teoría del Tribunal dirigida a evitar la aplicación del Contrato de Participación y, por ende, el principio *pacta sunt servanda* es equivocada y equivale a no aplicar el derecho aplicable en este caso.

**Segunda**, al final del párrafo 422 del Laudo, el Tribunal sostuvo lo siguiente:

*“[...] El Contrato de Participación no contiene nada que indique la intención de ‘contratar excluyendo’ la proporcionalidad o cualquier otro principio jurídico de aplicación general”.*

El párrafo que se acaba de transcribir se refiere a la nota al pie 35 del Laudo, que reza así:

*“En todo caso, se debe dudar de que las partes hayan podido contratar excluyendo un principio de tanta importancia que está incluido en la Constitución del Ecuador”.*

La segunda teoría del Tribunal fracasa por tres razones separadas desde la perspectiva de la interpretación contractual:

**Uno**, las partes no tuvieron la intención de someter una declaratoria de caducidad a ningún requisito de proporcionalidad. La intención de las partes debe deducirse del lenguaje claro del Contrato de Participación y, allí, las partes no incluyeron ninguna redacción respecto de *“proporcionalidad”*. Específicamente, no hay ninguna disposición en el Contrato de Participación que establezca que la caducidad debería aplicarse de acuerdo con un *“principio de proporcionalidad”*.

**Dos**, el Tribunal no explicó en ninguna parte del Laudo cómo un *“principio de proporcionalidad”* evitaría totalmente que se aplique el Contrato de Participación. La nota al pie 35 del Laudo parece sugerir, sin ningún análisis, que, debido a su *“importancia crucial”* y a su inclusión en la Constitución del Ecuador, el *“principio de proporcionalidad”* sería una norma im-

perativa o de orden público en derecho ecuatoriano. Eso es incorrecto. Conforme al derecho ecuatoriano, la proporcionalidad no es obligatoria sino que es, a lo sumo, una norma supletiva que apunta a completar, de ser necesario, la voluntad de las partes expresada en el Contrato de Participación. Por ende, cuando la voluntad de las partes es clara –como lo es respecto de los términos del Contrato de Participación– no cabe el principio de proporcionalidad.

**Tres**, suponiendo, hipotéticamente, que el *“principio de proporcionalidad”* fuera una norma imperativa o de orden público en derecho ecuatoriano, el Tribunal en todo caso no explicó cómo ese principio, según los hechos del caso, podría conciliarse con el principio *pacta sunt servanda* también incluido en la misma Constitución del Ecuador.

Vale la pena señalar que el Laudo OXY 2 no menciona en ninguna parte que las Demandantes hayan alegado de alguna forma que el Contrato de Participación debía anularse por aplicación de una presunta norma imperativa o de orden público de proporcionalidad contenida en la Constitución del Ecuador.

Al basarse en dos teorías jurídicas fundamentalmente defectuosas para evitar la aplicación del Contrato de Participación, el Tribunal omitió aplicar el principio aplicable *pacta sunt servanda* y se extralimitó manifiestamente en sus facultades. Además, el Tribunal también se extralimitó manifiestamente en sus facultades al

pretender aplicar un *“principio de proporcionalidad”* que en realidad no existe.

## **2.2. El Tribunal aplicó un supuesto principio de “proporcionalidad” que no está contemplado en el Contrato de Participación, en el derecho ecuatoriano, en el Tratado o en el derecho internacional consuetudinario.**

El Tribunal no solamente se extralimitó manifiestamente en sus facultades al no aplicar el principio *pacta sunt servanda*, sino que también lo hizo al pretender aplicar un *“principio de proporcionalidad”* que no existe en el Contrato de Participación, el derecho ecuatoriano, el Tratado o el derecho consuetudinario internacional.

### **2.2.1. En el Contrato de Participación no se hace referencia a ningún “principio de proporcionalidad”.**

El Contrato de Participación no menciona en ninguna parte que la caducidad deba declararse de acuerdo con *“un principio de proporcionalidad”*.

Sin embargo, en los párrafos 396 y 422 del Laudo, el Tribunal sugiere que el Contrato de Participación se referiría indirectamente a un *“principio de proporcionalidad”* contenido en el ordenamiento jurídico del Ecuador mediante la cláusula del derecho aplicable que designa el derecho ecuatoriano como el derecho aplicable al Contrato de Participación. En particular, el párrafo 422 del Laudo sostuvo lo siguiente:

10. Decreto de Caducidad, págs. 1, 5 y 16.

11. Decreto de Caducidad, pág. 1 (el subrayado es agregado).

El hecho de que una contratista acuerde que la caducidad puede ser un recurso en ciertas situaciones no significa que la contratista haya renunciado a su derecho de que ese recurso se imponga de forma proporcional, o si no, que se imponga de acuerdo con todas las leyes pertinentes. Es todavía más aplicable cuando, como en el presente caso, las partes han acordado que el contrato debe regirse por un ordenamiento jurídico (el derecho ecuatoriano) que expresamente requiere que se observe el principio de proporcionalidad. El Contrato de Participación no contiene nada que indique la intención de “*contratar excluyendo*” la proporcionalidad o cualquier otro principio jurídico de aplicación general.

Como ya se demostró, el Tribunal, sin embargo, no explica en ninguna parte de su Laudo de qué forma este “*principio de proporcionalidad*” podría llevar a evitar la aplicación del Contrato de Participación y, por lo tanto, a dejar de aplicar el principio *pacta sunt servanda* reconocido en el derecho ecuatoriano y el derecho internacional. Al pretender aplicar un “*principio de proporcionalidad*” por encima del principio *pacta sunt servanda* sin ninguna justificación jurídica, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades.

La falta de atención del Tribunal hacia el principio *pacta sunt servanda* va todavía más lejos.

### 2.2.2. El Tribunal no establece que exista en el derecho ecuatoriano un “*principio de proporcionalidad*” que invalide el principio *pacta sunt servanda*

No existe ninguna demostración en el Laudo de cómo un “*principio de proporcionalidad*” debería prevalecer sobre el principio *pacta sunt servanda* en virtud del derecho ecuatoriano en general y, mucho menos, en las circunstancias del presente caso.

Las razones que el Tribunal da en los párrafos 396 al 401 del Laudo para reivindicar la existencia de un “*principio de proporcionalidad*” en virtud del derecho ecuatoriano son incomprensibles y frívolas.

El Tribunal parece importar la norma de proporcionalidad del Artículo 24 (3) de la Constitución del Ecuador de 1998, conforme a la cual las leyes penales solamente pueden imponer penalidades proporcionadas a los delitos. La extensión que hace el Tribunal de esta norma constitucional es incorrecta.

Además, debe señalarse que el Tribunal no cita (ni tampoco podría hacerlo) ni un solo precedente o doctrina que sustente su determinación de que los contratos están sujetos al requisito de proporcionalidad en virtud del derecho ecuatoriano.

La falta de aplicación del derecho ecuatoriano por parte del Tribunal fue todavía más lejos. En los párrafos 428 hasta el 436 del Laudo, el Tribunal se basó en un conjunto imaginario de normas que supuestamente pertenecen al derecho ecuatoriano, las cuales brindarían alternativas a la caducidad, como por ejemplo un acuerdo de transacción o una declaración de Ecuador en la que se solicitara a los inversionistas que no repitieran la conducta reprobable de OXY.

No obstante, no existe tal conjunto de normas en el derecho ecuatoriano.

Una mera lectura del Capítulo IX de la Ley de Hidrocarburos (“*Caducidad, Sanciones y Traspasos*”), que comprende los Artículos 74 al 80, confirma que las alternativas inventadas por el Tribunal en su Laudo no están contempladas en el derecho ecuatoriano. Sencillamente, no existe, para las circunstancias de este caso, sanción alternativa a la caducidad en derecho ecuatoriano. Ecuador, en definitiva, no tenía otra opción más que declarar la caducidad o no hacer nada ante la conducta reprochable de OXY.

### 2.2.3. El Tribunal no establece cómo el estándar del TJE del Tratado podría servir de sustento para obviar la aplicación del Contrato de Participación

En el párrafo 404 del Laudo, el Tribunal declaró que, “*en diversas ocasiones, se ha interpretado que la obligación del tratamiento justo y equitativo conlleva la obligación de proporcionalidad*”.

Para justificar esa afirmación, el Tribunal se refiere a cuatro casos CIADI: MTD, Tecmed, Azurix y LG&E. Sin embargo, ninguno de esos casos sirve para sustentar la existencia “*en el contexto de las controversias internacionales de inversión*” de una supuesta “*obligación de proporcionalidad*” en virtud de la norma de tratamiento justo y equitativo como la que aplicó

el Tribunal en este caso. Por el contrario, los casos mencionados confirman que el Decreto de Caducidad, como ejercicio de una sanción acordada contractualmente por las partes, no puede violar el criterio de tratamiento justo y equitativo en virtud del Tratado. Al dar la apariencia de que aplicó el derecho correspondiente (es decir, la norma de tratamiento justo y equitativo de acuerdo con cuatro casos previos del CIADI), pero en realidad aplicar algo que **no** es el derecho aplicable, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades<sup>12</sup>.

De los casos citados, el Tribunal prestó especial atención al caso Tecmed. Sin embargo, el caso Tecmed no sustenta la posición del Tribunal en el presente caso por los siguientes motivos:

**Primero**, contrariamente a lo afirmado por el Tribunal, el Tribunal de Tecmed no interpretó que la norma de tratamiento justo y equitativo supusiese una “*obligación de proporcionalidad*”. Por el contrario, el Tribunal de Tecmed concluyó que la norma de tratamiento justo y equitativo protege las expectativas legítimas del inversionista. Según el Tribunal de Tecmed:

“*El Tribunal Arbitral considera que la disposición [sobre tratamiento justo y equitativo] del Acuerdo, a la luz del principio de buena fe establecido por el derecho internacional, hace necesario que las*

12. Decisión de Anulación en MTD, § 47 (“el concepto de esforzarse por aplicar la ley no es un asunto meramente subjetivo. Un Laudo no podrá evitar la anulación si el Tribunal, a la vez que pretende aplicar la ley correspondiente, en realidad aplica otra ley totalmente diferente”).

*Partes Contratantes proporcionen a las inversiones internacionales un tratamiento que no afecte las expectativas básicas que el inversionista extranjero tomó en cuenta al hacer la inversión. El inversionista extranjero espera que el Estado receptor actúe de forma coherente, exento de ambigüedades y de forma totalmente transparente en sus relaciones con el inversionista extranjero, para que conozca de antemano absolutamente todas las reglas y normativas que regirán sus inversiones, así como también las metas de las políticas y las prácticas o directivas administrativas pertinentes, para poder planificar su inversión y cumplir con dichas normativas. Todas las acciones del Estado que cumplan con tales criterios deberían no solamente guardar relación con las pautas, directrices o requisitos emitidos, o las resoluciones aprobadas en virtud de ellos, sino también con las metas que fundamentan esas normativas. El inversionista extranjero también espera que el Estado receptor actúe de forma coherente, es decir, sin revocar de forma arbitraria las resoluciones preexistentes o los permisos emitidos por el Estado en los cuales se basó el inversionista para asumir sus compromisos, así como también para planificar y lanzar sus actividades comerciales y de negocios. El inversionista además espera que el Estado utilice los instrumentos legales que rigen las acciones del inversionista o la inversión de con-*

*formidad con la función normalmente asignada a tales instrumentos, y que no prive al inversionista de su inversión sin la compensación exigida”<sup>13</sup>.*

Al aplicar la definición de la norma del tratamiento justo y equitativo presentada por el Tribunal en el caso Tecmed a los hechos del presente caso, como ejercicio de una prerrogativa contractual que las partes libremente acordaron, se llega a la única conclusión posible de que el Decreto de Caducidad no frustra las expectativas legítimas de la Demandante y, por lo tanto, no constituye una violación de la norma del tratamiento justo y equitativo conforme al Tratado. Efectivamente, esa fue la conclusión a la que llegó el mismo Tribunal en el párrafo 383 del Laudo:

*“Habiendo concluido más arriba que el hecho de que OEPC no obtuvo la autorización necesaria de las autoridades del Ecuador en octubre de 2000, si bien no equivalió a mala fe, sí fue negligente, el Tribunal considera que no se puede determinar que las Demandantes hayan tenido la expectativa legítima de que el Ministro no ejercería su discreción y no impondría la caducidad. No haber obtenido la autorización necesaria significó que OEPC incumplió la Cláusula 16.1 del Contrato de Participación y fue culpable de una violación procesable del Artículo 74.11 de la Ley de Hidrocarburos, la*

*cual, como una de sus opciones, expresamente permitía que el Ministro declarara la caducidad de los Contratos de Participación y de los Acuerdos de Operación Conjunta. Por tal motivo, se rechaza la afirmación de las Demandantes de que el Decreto de Caducidad frustró sus expectativas legítimas”<sup>14</sup>.*

Por lo tanto, el caso Tecmed no puede servir de sustento para que el Tribunal se base en la norma del tratamiento justo y equitativo a fin de eludir la aplicación del Contrato de Participación. En particular, la interpretación en el caso Tecmed de la norma del tratamiento justo y equitativo en el sentido de que protege las expectativas legítimas de los inversionistas contradice directamente la conclusión del Tribunal en la presente controversia de que el Decreto de Caducidad infringió la norma del tratamiento justo y equitativo conforme al Tratado, a pesar del hecho de que no frustró las expectativas legítimas de las Demandantes.

**Segundo**, el Tribunal del caso Tecmed aplicó un criterio de proporcionalidad basándose en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con relación a la expropiación (y no según la norma del tratamiento justo y equitativo). El criterio aplicado por el Tribunal del caso Tecmed en el contexto de la expropiación es evidentemente distinto de la supuesta “obligación de proporcionalidad” que el Tribunal apli-

có en el contexto de la norma del tratamiento justo y equitativo. Por lo tanto, contrariamente a la proposición del Tribunal, el criterio aplicado por el Tribunal en el presente caso no es el mismo que el aplicado por el Tribunal del caso Tecmed.

En el caso Tecmed, el Tribunal primero determinó que la demandante, debido a la resolución que negaba la renovación de su licencia, “*fue privada drásticamente de su utilización y el goce de sus inversiones, como si los derechos a ellos [...] hubiesen dejado de existir*”<sup>15</sup>. Habiendo determinado que la demandante fue privada permanentemente de sus derechos económicos por la resolución, la cual fue una medida cuyos efectos equivalieron a una expropiación, el Tribunal procedió a aplicar un criterio de proporcionalidad para determinar si se podía justificar dicha privación de derechos sin indemnización (y, por lo tanto, incumpliendo el tratado pertinente). Según el Tribunal, dicho criterio se aplicó “[p]ara determinar si [las acciones del Estado a raíz de la disposición de expropiación del Acuerdo] eran razonables en relación con sus objetivos, la privación de los derechos económicos y las expectativas legítimas de quienes sufrieron dicha privación”<sup>16</sup>.

En el párrafo 383 del Laudo, el Tribunal concluyó que (i) “*OEPC incumplió la Cláusula 16.1 del Contrato de Participación y fue culpable de una violación procesable del Artículo 74.11 de la Ley de Hidrocarbu-*

13. Tecmed S.A. contra los Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2), Laudo, 29 de mayo de 2003, § 154.

14. Laudo, § 383 (el subrayado es nuestro).

15. Tecmed S.A. contra Los Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2), Laudo, 29 de mayo de 2003, § 115.

16. Tecmed S.A. contra Los Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2), Laudo, 29 de mayo de 2003, § 122.

ros, lo cual [...] permitió que el Ministro declarara la caducidad del Contrato de Participación y de los Acuerdos de Operación Conjunta”; y (ii) que el Decreto de Caducidad no frustró las expectativas legítimas de las Demandantes. En dichas circunstancias (es decir, la aplicación clara de un acuerdo contractual y la preservación de las expectativas legítimas de las Demandantes), no puede haber un incumplimiento de la norma del tratamiento justo y equitativo. Al no existir una violación previa de los derechos de OXY, el “principio de proporcionalidad” mediante el cual se evalúa si dicho incumplimiento fue justificado, como se aplicó en el caso *Tecmed* dentro del contexto de la expropiación, simplemente no se puede aplicar en el presente caso.

**Tercero**, en cuanto a los hechos, el caso *Tecmed* trataba sobre la emisión de un permiso para explotar un predio de relleno de desperdicios peligrosos. En ese caso, no se presentó ningún tema sobre ejecución y resolución de un contrato. Por lo tanto, el caso de *Tecmed* no puede servir de sustento para que el Tribunal se base en la disposición de tratamiento justo y equitativo del Tratado en el presente caso y eludir la aplicación del Contrato de Participación.

Como el Tribunal también se basó en los casos *Azurix* y *LG&E*, es preciso señalar que en ellos también se aplican las mismas conclusiones anteriores. Efectivamente, según observó el Tribunal en el párrafo 409 del Laudo, el Tribunal del caso *Azurix* “avaló que el caso *Tecmed* se sustentara en la jurisprudencia del Tribunal

*Europeo de Derechos Humanos*”. Tanto el Tribunal del caso *Azurix* como el Tribunal de *LG&E* mencionaron y aplicaron el criterio de proporcionalidad de la misma forma que en el caso *Tecmed*, es decir, (i) en el contexto de una expropiación y no según la norma del tratamiento justo y equitativo; y (ii) después de haber demostrado que una medida tomada por el Estado privó a un inversionista de sus derechos de propiedad sin que mediara indemnización (lo cual equivale a una expropiación incumpliendo así el tratado), para determinar si dicho incumplimiento fue justificado. Como ya se demostró, aquélla simplemente no es la norma legal que el Tribunal aplicó en este caso.

**Por último**, el Tribunal también citó el caso *MTD*. Sin embargo, en el caso *MTD*, el Tribunal no aplicó la norma del tratamiento justo y equitativo como si ésta requiriese una supuesta “obligación de proporcionalidad” ni tampoco siquiera presentó una definición de proporcionalidad que estaría comprendida en la norma del tratamiento justo y equitativo. El Tribunal en ese caso simplemente señaló en un solo párrafo (el cual fue citado por el Tribunal en el párrafo 405 del Laudo) que **las partes** habían acordado una definición general de la norma del tratamiento justo y equitativo propuesta por el testigo pericial de la demandante que abarcaba, entre otras cosas, la “proporcionalidad”. Sin embargo, la definición de la norma del tratamiento justo y equitativo acordada por las partes no fue la misma que el Tribunal aplicó en dicho caso. El Tribunal, en efecto, se basó en la definición de la norma del tratamiento

justo y equitativo del caso *Tecmed*, la cual, según ya se demostró, se refiere a la preservación de las expectativas legítimas y no a la proporcionalidad.

En resumen, para eludir la aplicación del Contrato de Participación, el Tribunal impuso una “obligación de proporcionalidad” que supuestamente se deriva de la norma del tratamiento justo y equitativo, según se determinó en los casos *Tecmed*, *Azurix*, *LG&E* y *MTD*. Sin embargo, el Tribunal en realidad aplicó una norma completamente distinta que no tiene sustento alguno en la “jurisprudencia” de arbitrajes de inversión.

#### 2.2.4 El Tribunal no establece que exista en el derecho internacional un “principio de proporcionalidad” que invalide el principio *pacta sunt servanda*

Para respaldar su afirmación inaudita de que la norma del tratamiento justo y equitativo y el derecho internacional consuetudinario hacen necesario evitar la aplicación de contratos “desproporcionados”, el Tribunal simplemente se refiere a “Europa”, en donde supuestamente se encuentra “el conjunto más desarrollado de jurisprudencia” sobre la proporcionalidad<sup>17</sup>.

Sin embargo, el derecho europeo no contiene ni el más remoto respaldo para esta afirmación. Es revelador que el Tribunal no haya presentado ninguna autoridad ni

casos específicos. En el contexto europeo, el principio de la proporcionalidad únicamente se aplica cuando se ha demostrado que hubo una violación de un derecho o libertad fundamental para determinar si se puede justificar el incumplimiento. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso citado en el Laudo del caso *Tecmed*, únicamente emprendió un examen de la proporcionalidad una vez que se demostró que la demandante había sido privada de sus derechos de propiedad<sup>18</sup>. De igual manera, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea únicamente examina si se justifican las medidas que incumplen los derechos de propiedad sobre la base del interés público<sup>19</sup>. Por lo tanto, incluso si fuésemos a equiparar el derecho europeo con el derecho internacional consuetudinario, lo cual Ecuador cuestiona, el único principio que podría surgir sería en el sentido de que los incumplimientos de los derechos fundamentales están sujetos a algún tipo de revisión judicial. Sin embargo, en la presente controversia, el Tribunal ha hecho exactamente lo opuesto: en vez de demostrar que se incumplieron los derechos de OXY (lo cual no sucedió) y posteriormente examinar si el incumplimiento fue proporcionado a los objetivos que se buscaban, el Tribunal simplemente consideró que todos los actos del Ecuador, aunque fueron legítimos y respetaron los derechos contractuales

17. Laudo, § 403.

18. James y otros contra El Reino Unido, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia del 21 febrero de 1986, solicitud no. 8793/79.

19. Por ejemplo, J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contra Comisión de las Comunidades Europeas, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia del 14 mayo de 1974, Caso 4-73, *Informes del Tribunal Europeo* 1974, pág. 00491.

de OXY, están sujetos a un examen general e irrestricto de proporcionalidad.

**En última instancia, lo que el Tribunal presenta como un principio de “proporcionalidad” es lo mismo que una arbitrariedad pura y desmedida.** En vez de aplicar las normas aplicables o dar la deferencia debida a las autoridades del Ecuador, el Tribunal ha utilizado el principio de proporcionalidad para justificar resolver *ex aequo et bono*, esto es, de acuerdo con su noción subjetiva de justicia. Efectivamente, en el párrafo 417 del Laudo, el Tribunal presenta en los siguientes términos el contenido del criterio de “proporcionalidad” que decidió aplicar:

*“A fin de cuentas, la prueba seguirá siendo una de criterio general, en la que se sopesen los intereses del Estado con los de la persona particular, a fin de evaluar si una sanción específica es una respuesta proporcional en las circunstancias específicas”<sup>20</sup>.*

Por lo tanto, el Tribunal no juzgó de acuerdo con normas jurídicas (y específicamente con las acordadas en el Contrato de Participación) sino que simplemente llegó a su propia conclusión de lo que era justo en el presente caso “sopesando” de manera libre y arbitraria todos los intereses que consideró pertinentes. Sin

embargo, esa no fue la misión que le encomendaron las Partes. Es más, las Partes no acordaron en ninguna parte que el Tribunal podía actuar como un amigable componedor o resolver la controversia *ex aequo et bono*. El Artículo 42 (3) del Convenio del CIADI establece que las Partes deberán acordar de forma expresa otorgar al Tribunal la facultad de resolver de acuerdo con lo justo y lo bueno para actuar como amigable componedor en la solución de la controversia. Dado que, en el presente caso, las partes en ningún momento otorgaron al Tribunal dicha facultad, éste evidentemente se extralimitó manifiestamente en sus facultades al actuar como amigable componedor para determinar la cuestión de la supuesta responsabilidad del Ecuador<sup>21</sup>.

\*\*\*\*

**En conclusión**, no nos resta sino esperar que el Laudo OXY 2 sea solamente una desafortunada excepción a la nueva regla general de respeto a los contratos de inversión diseñada por los Tribunales de inversión de la segunda línea “*jurisprudencial*” descrita más arriba. A fin de cuentas, el contrato es, en casi todos los casos, la única realidad objetiva que los árbitros pueden y deben aplicar para garantizar –para tranquilidad tanto de inversionistas como de Estados receptores de inversión– el principio de la “*seguridad jurídica*”. *Pacta sunt servanda*.

20. También, en § 450, el Tribunal declaró que “el principio prevaleciente de proporcionalidad exige que cualquier objetivo administrativo de ese tipo se sopesa comparando con los propios intereses de las Demandantes y con la verdadera naturaleza y efecto de la conducta que se está censurando”.

21. Decisión de Anulación en MTD, § 44 (“[...] está demostrado que [...] una resolución que se pronuncia de acuerdo con lo justo y lo bueno —es decir, ejerciendo una discreción general no otorgada por el derecho aplicable— que no fue autorizada por las partes conforme al Artículo 42(3)

## El “argumento 60/40” en el caso OXY

*Profesor Pierre Mayer, socio en Dechert (París) LLP y Audrey Caminades, asociado en Dechert (París) LLP<sup>1</sup>*

### INTRODUCCIÓN

El Laudo Final de fecha 5 de octubre de 2012 (el “Laudo”) no tiene precedentes, no solo por el monto de la indemnización concedida, sino también por el razonamiento dudoso sobre el que descansa y el vigor del voto disidente que lo acompaña y que abiertamente hace un llamado abierto a la anulación del Laudo.

La República de Ecuador compareció a este arbitraje con una posición muy simple y justa: Ecuador tenía derecho a declarar la Caducidad porque Occidental Exploration and Production Company (OEPC) y Occidental Petroleum Corporation (OPC) (en conjunto, las “Demandantes”) acordaron expresamente en el Contrato de Participación del Bloque 15 (el “Contrato de Participación”) que Ecuador podría hacerlo si OEPC cedía cualquier derecho a un tercero sin la aprobación del Gobierno. Lo mismo es cierto en virtud de la Ley

de Hidrocarburos (HCL) a la que las Demandantes y el Ecuador expresamente se sometieron en el Contrato de Participación. El Tribunal concluyó por unanimidad que las Demandantes transfirieron dichos derechos a un tercero (Alberta Energy Company Ltd., “AEC”) sin la aprobación del Gobierno mediante el Acuerdo Farm-out de fecha 19 de octubre de 2000, y el Acuerdo de Operación Conjunta entre las Demandantes y AEC (conjuntamente los “Contratos Farm-out”). Por lo tanto, Ecuador aplicó la sanción *precisa* que OEPC había acordado que Ecuador podría aplicar en esa circunstancia específica.

El Tribunal, sin embargo, se negó a aplicar a OEPC su propio compromiso. La base para esta negativa fue que, en opinión del Tribunal, la sanción que OEPC acordó voluntariamente en el Contrato de Participación era “*desproporcionada*”. Como el Profesor Silva Romero

*del Convenio*, puede constituir un exceso manifiesto de facultades”); Decisión de Anulación en MINE, § 5.03 (“el hecho de que un Tribunal haga caso omiso de las normas de derecho constituiría una derogación de los términos de referencia dentro de los cuales se autorizó la función del Tribunal. Entre los ejemplos de tal derogación están aplicar normas de derecho que no sean las acordadas por las partes, o una resolución que no se base en ningún Derecho a menos que las partes hayan acordado una resolución conforme a lo justo y lo bueno. Si la derogación es manifiesta, ello implica un exceso manifiesto de facultades”).

1. Las perspectivas expresadas en este artículo pertenecen solamente a los autores.

describe en un artículo anterior de este volumen, el Tribunal se arrogó a sí mismo el poder de actuar como *amiable compositeur* y decidió el caso *ex aequo et bono*. Aun eso, sin embargo, no pudo preparar a Ecuador para lo que sucedió después.

Después de que las Partes completaron sus presentaciones y audiencias sobre *daños*, se las dejó en espera hasta que el Tribunal dictara su Laudo. Mientras esperaban el Laudo, las Partes recibieron un correo electrónico del Tribunal el 6 de octubre de 2011.

El correo de última hora del Tribunal de 6 de octubre de 2011, sin embargo, planteó una propuesta que no se encontraba en ninguna parte de las comunicaciones de las Partes: que aun cuando el Tribunal concluyó que OEPC había transferido ilegalmente el 40% de sus derechos, en violación del Contrato de Participación y la ley ecuatoriana, las Demandantes *aun tendrían derecho a 100% del valor del Bloque 15*. Obligados a concluir, como más tarde lo hizo en el Laudo, que las Demandantes habían trasladado el 40% de sus derechos bajo el Contrato de Participación, en violación de la ley ecuatoriana, el Tribunal deseaba adjudicar a las Demandantes no solo el 60% del valor del Bloque 15, sino el 100%.

Y eso es precisamente lo que ocurrió.

Después de instruir a las Partes a presentar escritos sobre este asunto, el Tribunal actuó de inmediato de acuerdo con su propio argumento, planteado poco antes, para declarar inexistente la cesión de derechos efectuada mediante los Acuerdos Farm-out entre OEPC y AEC. Esta fue una conclusión alarmante, puesto que AEC no era parte en el arbitraje y -aunque lo hubiera sido- no era un nacional de EE.UU. que podría calificar como un inversor protegido en virtud del Tratado relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de fecha de 27 de agosto de 1993 (el “**Tratado**”) suscrito entre los Estados Unidos de América y la República de Ecuador. Después de haber pretendido anular la cesión de los derechos a terceros, la mayoría sostuvo que la participación del 40% siempre perteneció a OEPC y por lo tanto concedió el 100% del valor del Bloque 15 a las Demandantes, es decir, un adicional de USD 943 millones<sup>2</sup>.

En su ya famosa opinión disidente (la “Opinión Disidente”), la profesora Stern hizo un abierto llamado a la anulación del Laudo sobre esta base específica:

*“[...] me resulta fundamentalmente imposible aceptar las distintas conclusiones del Laudo respecto de los efectos que el Tribunal debe adscribir al Acuerdo de Farm-out. En mi opinión, la*

2. De acuerdo con el cálculo de daños del Tribunal, lo que se impugna aquí, el valor justo de mercado del Bloque 15 era USD 2,359,500,000.00. Ver Laudo § 824 y ss. Con base en estas figuras, el interés de titularidad del 60% de las Demandantes en el Bloque 15 consistía de USD 1,415,700,000.00 y la participación del 40% de AEC 40% constituía USD 943,800,000.00.

*posición de la mayoría respecto de los efectos del Acuerdo de Farm-out es tan escandalosa en términos jurídicos y tan contradictoria que no tengo otra alternativa que manifestar mis discrepancias. En mi opinión, el enfoque de la mayoría a la efectividad del Acuerdo de Farm-out presenta dos aspectos principalmente cuestionables: el primero de ellos es el análisis de la cuestión de la efectividad de un acto jurídico conforme al derecho ecuatoriano, que se basa en una falta absoluta de fundamentación, tanto así que no logré seguir el “razonamiento” del punto A al punto B, y presenta groseros errores jurídicos en la propuesta interpretación del contenido del derecho ecuatoriano. El segundo, y, en mi opinión, el más grave, es el manifiesto exceso de poder del Laudo al anular un contrato relativo a una sociedad que no sólo no era parte del arbitraje sino que, incluso si hubiera sido parte, no podría haber sido considerada, ya que se trata de un inversor chino, como un inversor respecto del cual el Tribunal tenía jurisdicción conforme al TBI Estados Unidos/Ecuador”.*<sup>3</sup>

Con el fin de comprender plenamente la decisión de la mayoría de anular los Acuerdos Farm-out (el “**argumento**

**60/40**”), el presente artículo hará un resumen de los antecedentes de esta decisión (**Sección I**) antes de detallar las fuertes críticas a las que da lugar (**Sección II**).

## I. EL CONTEXTO DE LA DECISIÓN DE LA MAYORÍA DE ANULAR LA CESIÓN DE DERECHOS POR LOS ACUERDOS FARM-OUT

Tanto los antecedentes fácticos (**Sección A**) y procesales (**Sección B**) del caso iluminarán a los lectores sobre el carácter extraordinario de la decisión de la mayoría.

### A. Antecedentes de hecho: las Demandantes ocultaron a Ecuador que el Acuerdo Farm-out y el Acuerdo de Operación Conjunta funcionaban como una transferencia de derechos

En Ecuador, la inversión de las Demandantes estaba relacionada con cuatro grandes campos de petróleo, conocidos como Yanaquincha, el Complejo Indillana, Limoncocha y Edén Yuturi. Estos cuatro campos estaban ubicados en la Cuenca Oriente de Ecuador. Los cuatro campos de petróleo se encuentran parcialmente dentro de lo que se conocía como Bloque 15.

El 25 de enero de 1985, OEPC y la petrolera estatal de Ecuador en ese momento, CEPE, celebraron un contrato de servicios para la exploración y explotación

3. Voto Disidente, § 5 (énfasis agregado).

de hidrocarburos en el Bloque 15 (el “**Contrato de Servicios**”)<sup>4</sup>. De conformidad con el Contrato de Servicios, OEPC llevó a cabo y financió todas las actividades necesarias para la exploración y producción de petróleo crudo del Bloque 15.

El 21 de mayo de 1999, OEPC y la petrolera estatal de Ecuador en ese momento, PETROECUADOR, firmaron un acuerdo que modificó el Contrato de Servicios, y lo convirtió en un Contrato de Participación (el “**Contrato de Participación**”) . En el marco del Contrato de Participación, OEPC tenía derecho a desarrollar y explotar ciertos campos dentro del Bloque 15 y a recibir como compensación una parte -una “*participación*”- del crudo producido, que debía calcularse con arreglo a una fórmula del contrato. Los derechos contractuales de OEPC en relación con el Bloque 15 terminarían el 22 de julio 2012 para las zonas designadas como la “*producción base*”, y el 22 de julio 2019 para las “áreas de exploración adicionales”, a menos que se terminara antes. Varias disposiciones fundamentales del Contrato de Participación estuvieron en discusión

durante el procedimiento.

En particular, OEPC estaba impedida de realizar la transferencia o cesión de sus derechos y obligaciones en virtud del Contrato de Participación a terceros sin autorización previa del Ecuador, de conformidad con el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos y los Decretos Ejecutivos 809, 2713, y 1179<sup>5</sup>. Del mismo modo, OEPC estaba impedida de crear un consorcio o una asociación relacionada con las actividades previstas en el Contrato de Participación, sin previa autorización del Ecuador<sup>6</sup>. La no obtención de dichas autorizaciones fue motivo para la terminación del Contrato de Participación, a través de un procedimiento de Caducidad<sup>7</sup>.

Además, el Contrato de Participación se regía por la legislación ecuatoriana<sup>8</sup> y debía ser interpretado de conformidad con el Título XIII, Libro Cuarto del Código Civil ecuatoriano<sup>9</sup>.

En 1999, el mismo año en que se celebró el Contrato de Participación, OEPC y AEC comenzaron las

negociaciones que eran originalmente para la venta del Bloque 15 y, posteriormente, para el “Farm-in” de AEC en el Bloque 15. Si el Farm-in de OEPC con AEC está en el centro de los procedimientos, cabe destacar que AEC no era parte en el proceso.

De conformidad con el mecanismo de “*Farm-in*”, OEPC transmitiría y cedería al AEC una participación del 40% en el Bloque 15 con todos los derechos y obligaciones derivadas del Contrato de Participación. El mecanismo de “Farm-in” constaba de dos fases: una primera fase (“**Fase Uno**”) en la que OEPC cedió a AEC un “interés económico” del 40% en el Bloque 15, que las Demandantes dijeron que era un simple pago de AEC a OEPC de dinero por crudo; y una segunda fase (“**Fase Dos**”), en la que OEPC transferiría formalmente a AEC “título legal” para el 40% de sus derechos en el Contrato de Participación.

Para habilitar a AEC para dirigir e instruir a OEPC durante la Fase Uno, las Partes acordaron ejecutar un acuerdo de operación conjunta (el “**Acuerdo de Operación Conjunta**”)<sup>10</sup> . El Acuerdo de Operación Conjunta era “*para administrar la exploración, explotación, desarrollo, mantenimiento, explotación y producción*

*del Bloque 15*”<sup>11</sup>. En el Acuerdo de Operación Conjunta, OEPC y AEC pretendieron “*definir sus respectivos derechos y obligaciones con respecto a sus operaciones en el marco de los Contratos de Participación*”<sup>12</sup>. Es significativo que el Acuerdo de Operación Conjunta fue un paso más allá del Acuerdo Farm-out al describir con precisión la relación entre las partes.

De conformidad con lo que concluyó el Tribunal<sup>13</sup> –la descripción de la Fase Uno hecha por las Demandantes, como una transferencia de un simple “interés económico”– es decir, dinero por petróleo era una farsa. Más bien, los Acuerdos Farm-out transfirieron inmediatamente a AEC un interés en el Contrato de Participación, que le concedió todo aquello asociado a una participación del 40% en el Contrato de Participación, excepto la titularidad de la propiedad.

Las Demandantes, sin embargo, nunca informaron a Ecuador nada de esto. A través de una serie de actos intencionales y cuidadosamente orquestados, las Demandantes impidieron la divulgación de los Acuerdos Farm-out a Ecuador hasta el año 2004. Conscientes de que la revelación total de la transacción consumada habría producido un escrutinio intenso y potencialmente

4. Modificación al Contrato de Prestación de Servicios para la Explotación de Hidrocarburos del Bloque 15 en Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo Crudo) en el Bloque 15.

5. Contrato de Participación, § 16.1.

6. Contrato de Participación, § 16.4.

7. Contrato de Participación, § 16.5. Ver también Contrato de Participación, § 21.1.

8. Contrato de Participación, § 3.1.

9. Contrato de Participación, § 22.1.

10. Acuerdo Farm-out, § 2.02.

11. Acuerdo Farm-out, § 2.02.

12. Acuerdo de Operación Conjunta, último “considerando”, §§ 1.51 y 3.1.1.

13. Laudo, §§ 302-303 y 305-307.

activaría el procedimiento de Caducidad por parte del Gobierno, en su lugar, las Demandantes tergiversaron a los funcionarios del Gobierno ecuatoriano la real extensión de su acuerdo con AEC.

Fue solo cuando los auditores independientes (Moore Rowland) descubrieron los Acuerdos Farm-out a través de una auditoría de OEPC en el año 2004 que estos salieron a la luz. A pesar de la importancia de ese hallazgo, OEPC nunca informó a AEC del mismo. En lugar de ello, el 15 de julio de 2004, OEPC escribió *unilateralmente* al Gobierno para solicitar la aprobación para la transferencia de “*título legal*”. El 27 de agosto de 2004, más de *más de cinco meses* desde que Moore Rowland hiciera su petición inicial, el Gobierno por primera vez recibió copias de los contratos celebrados.

Tras la revelación del Acuerdo Farm-out por parte de OEPC, el 15 de mayo de 2006, Ecuador rápida y adecuadamente declaró la Caducidad, según lo permitido por la ley ecuatoriana y según lo acordado por las Demandantes en el Contrato de Participación.

Paralelamente, el 30 de agosto de 2005, AEC celebró un Acuerdo de Venta de Acciones con Andes Petroleum Co. (“**Andes**”), una entidad china, por el que a través de AEC vendió AEC Ecuador y por lo tanto cedió su participación del 40% en el Contrato de Participación. Cabe destacar que Andes no era parte en el procedimiento.

Simultáneamente con el Acuerdo de Venta de Acciones, AEC y Andes también suscribieron un acuerdo de indemnización suplementario, con el que dejaron en claro que AEC y Andes eran plenamente conscientes de los procedimientos de Caducidad y del hecho que el Ecuador no había aprobado los Acuerdos Farm-out anteriores entre AEC y OEPC.

En febrero de 2006, sin embargo, las Demandantes se comprometieron a obligaciones nuevas y adicionales, no incluidas en los Acuerdos Farm-out, vis-à-vis con Andes. El 22 de febrero de 2006, OEPC celebró un contrato escrito (la “**Carta de Acuerdo de 2006**”) con Andes formando un frente unido para luchar contra la declaración anticipada de Caducidad. Dos disposiciones de la Carta de Acuerdo de 2006 son particularmente relevantes. *En primer lugar*, según el artículo 2 (a), Andes liberó a OEPC de cualquier responsabilidad que se derive de los procedimientos de *Caducidad* y reconoció que OEPC no tenía ninguna obligación de compensar a Andes, en caso de *Caducidad*. En segundo lugar, según el artículo 2 (g), OEPC estuvo de acuerdo en compartir con Andes el 40% de cualquier Laudo monetario que recibiera como consecuencia de las actuaciones de Caducidad. Esta nueva obligación adicional, para compartir la cantidad de cualquier Laudo monetario no tiene ninguna base en ninguna parte de los Acuerdos Farm-out.

Si bien este contexto de hecho llama la conclusión de que Ecuador tenía derecho a declarar la Caducidad, el

Tribunal se negó a fallar de esta manera sobre la base insostenible de que la sanción a la que OEPC acordó voluntariamente en el Contrato de Participación, sería “*desproporcionada*”. Peor aun, el Tribunal *sua sponte* creó y presentó un argumento por el que otorgaron a las Demandantes el 100% del valor justo de mercado del Bloque 15, a pesar de la transferencia del 40% de sus derechos en virtud del Contrato de Participación hacia AEC/Andes.

### **B. Los antecedentes procesales: el Tribunal, después de que hubiera concluido la fase de audiencias del arbitraje, planteó un nuevo argumento a favor de los Demandantes para adjudicarle más daños que los daños que había sufrido**

Durante la fase de daños del arbitraje, que se superponía con la fase de responsabilidad, las partes presentaron sus respectivos escritos y las pruebas sobre *daños*. El 15 de febrero de 2011, el Tribunal se dirigió a las partes para informarles que el Tribunal había llegado a una decisión sobre la responsabilidad con respecto a Ecuador, pero sin dar a conocer su motivación. Mientras que ambas Partes expresaron su preocupación por el enfoque del Tribunal, este celebró una audiencia adicional el 30 de junio de 2011. Después de que las Partes habían completado sus alegaciones por escrito y audiencias sobre daños, quedaron a la espera de que el Tribunal dictara su Laudo. Nadie podría haber predicho lo que sucedió después.

Mientras esperaban el Laudo, el 6 de octubre de 2011, las Partes recibieron un correo electrónico del Tribunal. El correo electrónico llegó sin previo aviso y *más de cinco años* después del comienzo de este caso, después de innumerables escritos, y luego de numerosas audiencias en persona, disponiendo lo siguiente:

*“Los miembros del Tribunal continúan sus intensas deliberaciones. El Tribunal lamenta que su decisión haya tomado más tiempo de lo que hubiera deseado. Sin embargo, las partes han presentado al Tribunal, en sus extensos escritos y presentaciones orales, un sinnúmero de cuestiones de hecho y de derecho que necesitan ser analizadas y resueltas. El Tribunal está convencido de que sus deliberaciones se terminarán pronto y la decisión será emitida poco después.*”

*En los últimos días, el Tribunal se ha ocupado de una cuestión que, a su juicio, ninguna de las partes ha tratado ampliamente en sus comunicaciones anteriores. La cuestión se refiere a la interpretación del Acuerdo Farm-out y el Acuerdo de Operación Conjunta.*

*La Demandada sostiene [...] que el cálculo de los daños (si los hay) que se concederían a las Demandantes en las circunstancias debe limitarse a una participación del 60% en el Bloque 15, debido a la transferencia por parte de las Demandantes a AEC, en los términos del Acuerdo Farm-out, del 40%*

de su interés bajo el Contrato de Participación. Las Demandantes no aceptan el argumento de la Demandada [... ]”.

La cláusula de la ley que rige el Acuerdo Farm-out dispone:

“Este Contrato se registrará e interpretará, y será aplicado de conformidad con las leyes del Estado de Nueva York, Estados Unidos de América, con exclusión de cualquier selección de normas jurídicas o conflicto de principios jurídicos que sometería el asunto a las leyes de otra jurisdicción, salvo en la medida en que las leyes del Ecuador requieran la aplicación de las leyes del Ecuador a los Contratos de Participación y el Bloque 15 o de otros bienes situados en u operaciones o actividades llevadas a cabo en Ecuador.

El Tribunal observa que las Demandantes argumentaron que la transferencia del “interés económico” a AEC no se consideraría una asignación en virtud de la ley de Nueva York y que, en consecuencia, la cláusula de no afectación constante en el artículo 16 (1) del Contrato de Participación no fue violada [... ]. Por consiguiente, las Demandantes no analizaron el efecto y la validez de una cesión, (asumiendo que una cesión realmente hubiera ocurrido como resultado del Acuerdo Farm-out y el Acuerdo de Operación Conjunta), en violación del artículo 16 (1) del Contrato de Participación y el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos. Ade-

más, las Demandantes no analizaron la normativa ecuatoriana y la de Nueva York en este sentido. El Tribunal observa, además, que la Demandada argumentó que la normativa de Nueva York es irrelevante para la cuestión de si una cesión en virtud del Acuerdo Farm-out y el Acuerdo de Operación Conjunta (si la hay) está en violación de la ley ecuatoriana (Memorial de Contestación sobre Responsabilidad, párrafo 185).

En resumen, ninguna de las partes, en sus comunicaciones sobre daños, se refirió a los efectos del artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos y el artículo 16 (1) del Contrato de Participación en el supuesto de que una cesión de derechos se produjera como consecuencia del Acuerdo Farm-out y el Acuerdo de Operación Conjunta.

El Tribunal ahora invita a las partes a asumir que una cesión de derechos se produjo como resultado del Acuerdo Farm-out y el Acuerdo de Operación Conjunta. Sobre la base de este supuesto, se solicita que las partes lleven a cabo un análisis detallado de los efectos de una cesión de derechos realizados conforme a un contrato regido por la ley de Nueva York (es decir, el Acuerdo Farm-out y el Acuerdo de Operación Conjunta) en violación de un cláusula de no-asignación establecida en un contrato regido por la ley ecuatoriana (es decir, el artículo 16 (1) del Contrato de Participación) y en violación del artículo 79 de la ley de Hidrocarburos. Adicio-

nalmente, se les solicita a las partes que aborden tanto la ley de Nueva York como la ley ecuatoriana y presenten escritos con arreglo a lo mismo, incluso si una o ambas partes pueden considerar que, por cualquier razón, la ley de Nueva York y / o la legislación ecuatoriana no sea relevante para la determinación del efecto del Acuerdo Farm-out y el Acuerdo de Operación Conjunta[... ]”.

En este correo electrónico de última hora, el Tribunal solicitó a las Partes que comentaran sobre la posibilidad de que, si el Tribunal estuviera de acuerdo con Ecuador que OEPC había transferido ilegalmente el 40% de sus derechos en el Contrato de Participación, por tanto el Tribunal podría anular la cesión y OEPC siempre hubiera poseído el 100% de los derechos en el Bloque 15. Tendría derecho a 100% del valor justo de mercado del Bloque 15 como daños. El Tribunal llegó a la conclusión de que OEPC violó el Contrato de Participación y la Ley de Hidrocarburos mediante la transferencia sin autorización de una participación del 40% a AEC, que, basado en las comunicaciones de las Partes al Tribunal, habría significado que no se debían daños (siendo la Caducidad la sanción expresamente acordada por dicha violación), o por lo menos hubiera limitado los daños de la Demandantes al 60% del valor del Bloque 15.

Al parecer, deseando dar a las Demandantes el 100% del valor del Bloque, pero reconociendo que las comunicaciones de las Partes no permitirán que lo hiciera, el Tribunal escribió a las Partes el 06 de octubre

2011 invitándolas a hacer frente a un nuevo argumento, lo que solamente podría beneficiar a las Demandantes, y que las Demandantes nunca habían argumentado antes.

Las posiciones de las partes en el caso habían sido ampliamente presentadas y fueron objeto de numerosos testimonios. Durante la fase de presentaciones escritas del arbitraje, la posición de las Demandantes fue que el Farm-out no era una transferencia de derechos en violación del Contrato de Participación y de la Ley de Hidrocarburos y, alternativamente, aun cuando ello fuera así, la reacción de Ecuador en la forma de Decreto de Caducidad había sido, entre otras cosas, injusta, arbitraria y discriminatoria, en violación del Tratado y la ley ecuatoriana. Las Demandantes también argumentaron que, aun cuando hubieran sido encontrados culpables, tenían derecho a la totalidad de los daños causados por la conducta expropiatoria de Ecuador porque: (i) el daño a las Demandantes fue exclusivamente causado por la conducta desproporcionada de Ecuador sin la contribución de las Demandantes; y (ii), como únicos titulares de los derechos del Contrato de Participación, las Demandantes tienen derecho a una indemnización que corresponde al valor total de los mismos.

En relación con el último punto, la posición de las Demandantes es que, a pesar del Acuerdo Farm-out a AEC, seguían teniendo derecho al 100% del valor justo de mercado del Bloque 15. En resumen, las Demandantes aceptaron que el Acuerdo Farm-out no efectivizó la transferencia de un 40%, pero añadieron que fue

culpa de OEPC que no se obtuviera la aprobación del Gobierno, lo que activó la Caducidad que privó a AEC/Andes de su participación del 40%; OEPC tenía una responsabilidad contractual vis-à-vis con AEC y, como resultado, las Demandantes tienen derecho a solicitar una indemnización por el 100% (60% + 40%) del valor del Contrato de Participación.

Por su parte, Ecuador argumentó durante la fase de responsabilidad que mediante los Acuerdos Farm-out efectuaron una transferencia de derechos en violación del Contrato de Participación y de la Ley de Hidrocarburos y que había actuado legalmente, justa y proporcionalmente en la expedición del Decreto de Caducidad. Como resultado, las Demandantes no tenían derecho a ninguna indemnización.

Por otra parte, Ecuador argumentó, entre otras cosas, que, suponiendo erróneamente que las Demandantes tenían derecho a daños y perjuicios, los daños de las Demandantes estaban limitados al 60% del valor del Contrato de Participación debido a que: (i) mediante la transferencia de 40% de sus derechos en virtud del Contrato de Participación a AEC, las Demandantes solo retienen un 60% de participación en el Contrato de Participación; (ii) AEC/Andes, la titular del 40% de los derechos en virtud del Contrato de Participación, no era un inversor protegido en virtud del Tratado y el Tribunal no tenía competencia para conceder indemnizaciones por pérdidas de AEC/Andes; y (iii) la adjudicación a las reclamantes del 100% del valor total del Contrato

de Participación, a la vista del 40% de las acciones propiedad de la AEC en el mismo, se traduciría en una ganancia inesperada y un enriquecimiento injusto para las Demandantes.

Así, a la conclusión de la fase de presentaciones escritas del arbitraje, ambas partes habían presentado escritos y presentado argumentos al Tribunal analizando en detalle las consecuencias jurídicas bajo el derecho ecuatoriano y el derecho internacional de la transferencia de derechos y obligaciones de las Demandantes a AEC. El tema que las Partes plantean de lleno al Tribunal, relativo al derecho de las Demandantes al 100% de los daños, era si la Responsabilidad Farm-out es por su naturaleza una obligación contractual de OEPC vis-à-vis con AEC (en contraposición a un derecho de propiedad de AEC en el Contrato de Participación en el Ecuador o en el petróleo del Bloque 15). En otras palabras, la principal cuestión sometida a determinación de las Partes era si la cesión de un “*interés económico*” de las Demandantes a AEC era, en efecto, una transferencia de los derechos sobre el Bloque 15 (en lugar de constituir, como sugerían las Demandantes, una obligación contractual de las Demandantes vis-à-vis con AEC).

La respuesta del Tribunal a esta proposición fundamental debía haber significado que las Demandantes recuperen un porcentaje de sus pérdidas alegadas. Si el Tribunal fallaba en favor de las Demandantes de que el Farm-out poseía una “*naturaleza de obligación contractual de*

*OEPC vis-à-vis con AEC*”<sup>14</sup>, entonces las Demandantes hubieran tenido derecho al 100% del valor del Contrato de Participación. Por el contrario, si el Tribunal (como lo hizo) concluyera a favor de Ecuador que el Farm-out poseía una naturaleza de un “*derecho de propiedad de AEC en el Contrato de Participación*”<sup>15</sup>, entonces las Demandantes habrían tenido derecho al 60% del valor del Contrato de Participación.

Ese fue el alcance del mandato de las Partes al Tribunal sobre esta cuestión. Sin embargo, el Tribunal se negó a cumplir con ese mandato y en su lugar se arrogó a sí mismo una autoridad que no tenía: *por su propia iniciativa, planteó un nuevo argumento a favor de las Demandantes que ninguna de las Partes había planteado en los 5 años de un procedimiento arbitral intensamente disputado.*

Conforme al mandato del Tribunal, las partes presentaron sus respectivos escritos principales sobre este tema el 3 de noviembre de 2011, y sus réplicas a los memoriales el 22 de noviembre de 2011. Ecuador presentó sus escritos con una reserva total de sus derechos. El 12 de abril de 2012, el Tribunal -después de haber manifestado su reticencia a escuchar a Ecuador en el asunto-, sostuvo una audiencia de un día sobre su argumento recién descubierto.

El 5 de octubre de 2012, un Tribunal fuertemente dividido emitió el Laudo. La mayoría del Tribunal, integrada por el Presidente Fortier y el Árbitro Williams, *aumentó* los daños por otros USD 943 millones, cuando adoptó el argumento que el Tribunal había planteado, y sobre el que las Demandantes avanzaron por primera vez, desde su correo electrónico de última hora de 06 de octubre 2011. La mayoría sostuvo que la transferencia era ilegal y por lo tanto debía ser anulada, lo que la mayoría concluyó significó que la participación del 40% volvió de nuevo a OEPC, la cual entonces tenía derecho al 100% de los daños.

## II. LAS CRÍTICAS FUERTES CONTRA LA DECISIÓN DE LA MAYORÍA DE DECLARAR INEXISTENTE LA TRANSFERENCIA DE DERECHOS HECHA POR LOS ACUERDOS FARM-OUT

La decisión de la mayoría acarrea fuertes críticas. Mientras que Ecuador solicitó la anulación de la decisión sobre la base de que la mayoría se extralimitó en el ámbito de sus competencias y se apartó gravemente de una norma de procedimiento al momento de decidir una cuestión no planteada por las Partes, las críticas más rigurosas se refieren a la decisión propiamente dicha de la mayoría.

Por un lado, la decisión se hizo en flagrante desprecio

14. Laudo, § 579.

15. Laudo, § 579.

del derecho internacional. En primer lugar, la mayoría ejerció jurisdicción *ratione personae* sobre una empresa china, Andes, sin ningún derecho que surgiera del Tratado o en el Contrato de Participación para hacerlo (en virtud del artículo 2 (g) de la Carta de Acuerdo de 2006, las Demandantes transfirieron el 40% de la indemnización acordada, proporcionando así a Andes la compensación por su pérdida, a pesar del hecho de que Andes no era parte en el procedimiento y -aunque lo hubiera sido- no era un nacional de EE.UU. que podría calificar como un inversor protegido por el Tratado); y en segundo lugar, el Tribunal no aplicó las normas aplicables del derecho internacional de daños y perjuicios. En particular, la mayoría no aplicó el estándar de derecho internacional del comprador/vendedor dispuesto para la evaluación de daños y perjuicios; no aplicó los principios de “Chorzów Factory Dictum” y otros principios de derecho internacional para la evaluación de daños y perjuicios; y no aplicó la norma de derecho internacional que prohíbe el enriquecimiento sin causa. Se invita a los lectores de este artículo a que lean el Voto Disidente de la Prof. Stern en este sentido.

Por otra parte, y lo más sorprendente, está la decisión de la mayoría de declarar inexistente en la legislación ecuatoriana la cesión no autorizada e ilegal entre

las Demandantes y AEC/Andes. Esta está llena de defectos fundamentales. Esta decisión dio lugar a uno de los disensos más fuertes en la historia del CIADI. En este tema específico, la profesora Stern explica que “[l]a decisión de la mayoría de los efectos del Acuerdo Farm-out es, en mi opinión, **tan atroz en términos jurídicas y está tan llena de contradicciones, que no podía dejar de expresar mi disenso**”<sup>16</sup> (traducción no oficial); y agregó que “la cuestión de la eficacia de un acto jurídico en la legislación ecuatoriana [...] se basa en una falta total de motivación, con la consecuencia de que yo no soy capaz de seguir el “razonamiento” del punto A al punto B, así como los **errores graves del derecho en la supuesta interpretación del contenido de la ley ecuatoriana**”<sup>17</sup> (traducción no oficial). El presente artículo se centrará tanto en la aplicación flagrante de la ley ecuatoriana (Sección A) y el defecto inherente del razonamiento contradictorio de la decisión de la mayoría (Sección B).

#### **A. La extraordinaria decisión de la mayoría para declarar inexistente la cesión de los derechos no se hizo en conformidad con la ley ecuatoriana**

En los párrafos 650 y 651 del Laudo, la mayoría concluyó:

*“De lo anterior se desprende que de conformidad con las leyes de Nueva York y del Ecuador, la cesión de los derechos de OEPC conforme al Contrato de participación a AEC que se perseguía a través del Acuerdo de Farm-out y el Contrato de Operación Conjunta es nula y no tiene ningún valor<sup>111</sup> y ésta es la conclusión del Tribunal. De conformidad con la doctrina de la inexistencia y el derecho de Nueva York, no es necesaria una declaración judicial de nulidad a los fines de la invalidación. En efecto, conforme a la doctrina de la nulidad absoluta, la cesión no se considera “válida” hasta tanto se declare la nulidad, sólo existe la “apariencia” de un acto. Por tanto, la cesión de derechos conforme al Acuerdo de Farm-out y el Contrato de Operación Conjunta no es válida y no produjo efecto alguno, de modo tal que el Tribunal debe excluirla de su análisis a los fines de determinar la indemnización que corresponde a las Demandantes<sup>112</sup>. A la luz de lo expuesto, el Tribunal concluye que a la fecha del Decreto de Caducidad, OEPC mantenía la titularidad sobre el 100% de los derechos que surgen del Contrato de Participación.*

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

18. Laudo, § 619.

La mayoría aplicó a la cesión un concepto doctrinal que no es reconocido por la legislación ecuatoriana, a excepción de contratos específicos para los que la ley exige expresamente una forma solemne para su existencia (**Sección 1**). En cualquier caso, la mayoría no podía anular la cesión no autorizada e ilegal de derechos entre las Demandantes y AEC/Andes (**Sección 2**).

#### **1. La cesión ilegal, no autorizada de los derechos entre las Demandantes y AEC/Andes no es inexistente bajo la legislación ecuatoriana**

Con el fin de llegar a la conclusión de que la ley ecuatoriana previó la inexistencia de una cesión no autorizada e ilegal de derechos, la mayoría llevó a cabo una demostración intrincada. A efectos de este artículo, la supuesta demostración se puede resumir de la siguiente manera: (i) el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos “en un primer análisis” contempla la inexistencia de una cesión no autorizada e ilegal de derechos; (ii) el concepto de inexistencia habría sido introducido en la legislación ecuatoriana por cuatro decisiones de la Corte Suprema de Ecuador; y (iii) las nulidades absolutas, en cualquier caso, no necesitan ser declaradas.

Como primer paso, la mayoría emprendió en examinar el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos y concluyó que, “[e]n un primer análisis”, el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos vuelve inexistente la asignación de derechos en la legislación ecuatoriana<sup>18</sup>. En este mismo

16. Voto Disidente, § 5 (énfasis añadido).

17. Voto Disidente, § 5 (énfasis añadido).

punto, la profesora Stern advierte que “ *la mayoría parece haberse convencido antes de analizar seriamente el texto [...] en cuestión* ”<sup>19</sup>.

El artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos establece:

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

El Artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos dispone la nulidad (serán nulas) de una cesión no autorizada. Por otra parte, la nulidad de artículo 79 se regirá por el Título XX del Libro IV del Código Civil ecuatoriano (De la Nulidad, los artículos 1697 a 1714). Estos textos legales indiscutiblemente confirman que el Artículo 79 de la HCL establece la nulidad (serán nulas) de una cesión no autorizada.

El artículo 1698 del Código Civil ecuatoriano establece lo siguiente:

*“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos,*

*en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas”.*

Por su parte, el artículo 1699 del Código Civil ecuatoriano expresamente dispone en este respecto que:

*“La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato [...]”.*

En cuanto a todas las nulidades, la nulidad del artículo de 79 no es automática y debe ser declarada por un juez.

Como observó la profesora Stern en su disenso, sobre la base de los textos legales citados, “*surge claramente que el incumplimiento de un requisito necesario para la validez de la transferencia conlleva la nulidad absoluta, y la nulidad absoluta debe ser declarada por un juez*”<sup>20</sup>.

Nunca ningún juez declaró que la cesión de derechos a la AEC/Andes era nula y sin validez, antes de la decisión de la mayoría. En pocas palabras, en virtud de la ley ecuatoriana, la cesión de derechos sigue siendo válida mientras no se declare nula y sin validez. Cuando los textos legales son claros, no hay margen para la interpretación.

Es revelador que, a pesar de que la mayoría sabía de la existencia de estas normas legales, no dedicó una sola línea o referencia en su Laudo a lo dispuesto en el Título XX del Libro IV del Código Civil Ecuatoriano sobre la Nulidad.

Como segundo paso, la mayoría pretendía fundamentar su conclusión sobre la base de cuatro decisiones ecuatorianas que supuestamente introdujeron un concepto general de la inexistencia en la legislación ecuatoriana. Estas decisiones son de fechas 16 de mayo de 2001<sup>21</sup>, 07 de junio 2001<sup>22</sup>, 29 de agosto de 2001<sup>23</sup>, y 20 de febrero de 2002<sup>24</sup>. La distorsionada lectura de esas cuatro decisiones por parte de la mayoría merece ser detallada.

Por un lado, la mayoría decidió, sin el menor apoyo en dichas decisiones, ampliar su ámbito de aplicación a una cesión no autorizada de derechos.

Estas cuatro decisiones aisladas en las que la mayoría confía se relacionan con ventas de bienes muebles o inmuebles o promesas de venta para bienes inmuebles que

fueron celebradas sin la forma solemne que se requiere de una escritura pública. Ninguna de estas decisiones se refiere a una cesión de derechos.

Por otro lado, la mayoría, deliberadamente, tampoco tuvo en cuenta los criterios de inexistencia establecidos para esas mismas decisiones de Ecuador.

En particular, la mayoría, basándose en la definición académica de inexistencia mencionada en la resolución de 16 de mayo de 2001, a saber, “*cuando el acto carece de los requisitos esenciales para que tenga vida*”<sup>25</sup> concluyó que “*es la opinión del Tribunal que cesión que se produjo en el marco del Acuerdo Farm-out y el Acuerdo de Operación Conjunta, sin duda cumple con los criterios expresados en las citas anteriores para una ‘inexistencia’*”<sup>26</sup>.

La mayoría no definió estos “*elementos esenciales de un contrato o de un acto jurídico para que tenga vida*”. La mayoría simplemente inventó una regla según la cual una autorización ministerial era un “*elemento esencial [...] para que la cesión tenga vida*”<sup>27</sup>. No lo es. Esto es tanto

19. Voto Disidente, § 64 (énfasis añadido).

20. Voto Disidente, § 60 (énfasis añadido).

21. Corte Suprema de Justicia, Decisión de 16 mayo 2001, *Gaceta Judicial*, Año CII, Serie XVII, No. 6.

22. Corte Suprema de Justicia, Decisión de 7 junio 2001, Registro Oficial No. 378.

23. Corte Suprema de Justicia, Decisión de 29 de agosto de 2001, Registro Oficial No. 420.

24. Corte Suprema de Justicia, Decisión de 20 de febrero 2002, Registro Oficial No. 616.

25. Corte Suprema de Justicia, Decisión del 16 de mayo 2001, *Gaceta Judicial*, Año CII, Serie XVII, No. 6, p. 1528.

26. Laudo, § 626.

27. Laudo, § 627.

más sorprendente dado que la definición de un “*requisito esencial para que el acto tenga vida*” se proporciona más adelante en esa misma decisión como “*La voluntad manifestada, el consentimiento, el objeto y la forma solemne*”<sup>28</sup>.

En cuanto a los elementos de la forma, dicha decisión también mencionó que:

“*En casos excepcionales, la ley prescribe la observancia de ciertas solemnidades para el perfeccionamiento de los actos jurídicos, lo que equivale a exigir que la voluntad se exprese en forma predeterminada para que se tenga por emitida. La falta de dichas solemnidades obstaculiza la formación o perfeccionamiento de tales actos jurídicos y conduce a que estos se reputen inexistentes*”<sup>29</sup>.

Según lo confirmado por la profesora Stern, “*estos casos confirman que la falta de otras formalidades, a excepción de la escrituración, no producen la inexistencia del acto*”<sup>30</sup>. La autorización ministerial previa del Artículo del 79 no es de ninguna manera (i) una forma solemne (ii) en / por

el cual las Demandantes y AEC/Andes deberían haber expresado su voluntad de entrar en el Acuerdo Farm-out.

La mayoría ignoró deliberadamente la definición de un “*requisito esencial para que el acto tenga vida*”, pretendiendo que el problema no era el Acuerdo Farm-out pero sí la cesión y que “*por lo tanto, la aplicación de un análisis contractual es inapropiado*”<sup>31</sup>. Esta conclusión es, en el mejor de los casos, sorprendente, dado que la mayoría aplicó dicho análisis contractual basándose en esas mismas decisiones para defender su argumento que la cesión era inexistente y que la decisión de la Corte Suprema de Ecuador, de 16 de mayo de 2001, en que se basa específicamente, se refiere a “*actos jurídicos*” (en lugar de solo a contratos) al definir “*el elemento esencial para que un acto tenga vida*”<sup>32</sup>.

Como ha señalado la profesora Stern, “[e]l enfoque de la mayoría puede describirse como una determinación a *proprio motu* de lo que la mayoría consideró un elemento esencial, una determinación completamente desconectada del orden jurídico en el que se definieron en forma precisa y restrictiva dichos elementos esenciales”<sup>33</sup>.

Como tercer paso, la mayoría pretendió confirmar su conclusión de que la cesión era inexistente al argumentar que, de cualquier manera, incluso si la nulidad del artículo 79 llegara a ser una nulidad absoluta, no sería necesaria ninguna declaración de nulidad para considerar que la cesión no tiene validez<sup>34</sup>. La mayoría va tan lejos como para proponer que bajo la normativa ecuatoriana “*un acto nulo no produce efectos jurídicos, aun antes de obtener una declaración judicial*”<sup>35</sup>.

Ya se ha señalado que en la legislación ecuatoriana toda nulidad, incluso absoluta, tiene que ser declarada.

Como observación final, cabe destacar que la fuerte dependencia de la mayoría en los términos “*y no tendrán valor alguno*”<sup>36</sup> en el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos es desconcertante. Esa expresión también existe bajo la ley francesa (“*nul nul et de Effet*”) y ningún autor jamás profesó que el concepto de inexistencia es reconocido de *lege lata* por el derecho francés.

## 2. La mayoría no podía, en cualquier caso, anular la cesión de derechos entre las Demandantes y AEC/Andes

Aunque el concepto de inexistencia había sido reconocido por la legislación ecuatoriana, la mayoría

no podía declarar la cesión nula de pleno derecho, sin exceder su jurisdicción.

Para “dar efecto” correctamente, la primera pregunta que la mayoría tenía que decidir era si era competente. La segunda pregunta era si la reclamación era admisible. La tercera pregunta era si la reclamación tenía algún mérito.

En primer lugar, la mayoría no tenía competencia para declarar nulo y sin efecto ninguno de los Acuerdos Farm-out o incluso la cesión.

La Cláusula 7.01 del Acuerdo Farm-out establece que:

“*Si OEPC y AECI o sus respectivos sucesores, cesionarios o representantes legales no pueden resolver en forma amigable cualquier disputa o diferencia que surja de o fuera de, en relación con, o de cualquier manera relacionada con (i) el presente Contrato, el JOA, los Contratos de Participación, o cualquiera de ellos, o (ii) cualquier operación, transacción, acción o inacción llevada a cabo, que surja de o fuera de, en relación con, o relacionados de alguna manera con este Acuerdo, el JOA, los Contratos de Participación, o cualquiera de ellos (ya sea contractual, extracontractual, equitativo, legal o de otro tipo), incluyendo, sin limitación, la negociación, la celebración, la*

28. Laudo, § 627, citando a la Corte Suprema de Justicia, Decisión de 16 de mayo 2001, *Gaceta Judicial*, Año CII, Serie XVII, No. 6, p. 1528.

29. Corte Suprema de Justicia, Decisión de 16 de mayo 2001, *Gaceta Judicial*, Año CII, Serie XVII, No. 6, p. 1529 (énfasis añadido).

30. Voto Disidente, § 105.

31. Laudo, § 627.

32. Corte Suprema de Justicia, Decisión de 16 Mayo 2001, *Gaceta Judicial*, Año CII, Serie XVII, No. 6 (“*En casos excepcionales, la ley prescribe la observancia de ciertas solemnidades para el perfeccionamiento de los actos jurídicos, lo que equivale a exigir que la voluntad se exprese en forma predeterminada para que se tenga por emitida*”).

33. Voto Disidente, § 70.

34. Laudo, §§ 629-633.

35. Laudo, § 632.

36. Véase por ejemplo Laudo, § 626.

*existencia, modificación, validez, ejecución, funcionamiento, falta de cumplimiento, incumplimiento, terminación, interpretación o la construcción del mismo, tal cuestión será remitida de manera definitiva y exclusiva y resuelta por arbitraje de acuerdo con las Reglas de Arbitraje Comercial de la Asociación Americana de Arbitraje de conformidad y con sujeción a los procedimientos de arbitraje establecidas en el Anexo H que se acompañan y se incorporan en el presente documento; siempre que, en la medida permitida por la ley de arbitraje, el ámbito de aplicación de las Reglas de Arbitraje Comercial de la Asociación Americana de Arbitraje será modificado como sea necesario para incluir todos los asuntos arriba mencionados dentro del ámbito de la aplicación de dichas normas. En caso de conflicto entre las Reglas de Arbitraje Comercial de la Asociación Americana de Arbitraje y los procedimientos de arbitraje establecidos en el Anexo H, los procedimientos de arbitraje establecidos en el Anexo H, regirán y prevalecerán”<sup>37</sup> (Traducción no oficial, original en inglés).*

La cláusula de arbitraje contenida en el Acuerdo Farm-out se extiende a la cuestión de la existencia o validez de una cesión de derechos. Por lo tanto, la mayoría no tenía competencia para pronunciarse sobre la inexistencia de la cesión de derechos.

*En segundo lugar,* una demanda presentada ante el Tribunal para que declare la nulidad de los Acuerdos Farm-out o incluso de la cesión era inadmisibles.

Es un principio general de derecho que la nulidad (o inexistencia) de un contrato o acto jurídico se puede declarar si, y solo si, todas las partes en el acto o contrato son parte en el proceso judicial.

Este es un principio jurídico consagrado en la Constitución ecuatoriana. Como la Corte Suprema del Ecuador observó:

**“La acción de nulidad en un contrato es un caso típico de indivisibilidad jurídica, porque no puede dividirse o fragmentarse, en otras palabras un contrato no puede ser válido para uno de los contratantes y nulo para el otro, la declaración judicial de nulidad no puede ser hecha por ende sino cuando las dos partes del contrato han sido oídas mediante la respectiva citación de la demanda.- De otro modo faltaría uno de los elementos esenciales del proceso, los legitimados pasivos con derecho a ejercer su acción de contradicción, y se está infringiendo el principio jurídico consagrado en la Constitución Política de la República del Ecuador de que nadie puede ser condenado en un juicio sin ser oído”<sup>38</sup>.**

37. Acuerdo Farm-out, Cláusula 7.01 (énfasis añadido).

38. Corte Suprema de Justicia, Decisión de 24 de febrero de 2003, Registro Oficial No. 66, 22 Abril 2003, p. 27 y ss. (énfasis añadido). Ver también 1999 Constitución Política de la República del Ecuador, artículo 24.

Los Acuerdos Farm-out fueron celebrados entre las Demandantes y AEC que, a su vez, cedió los derechos en el Contrato de Participación a Andes. Ecuador no es parte en esos acuerdos. Por lo tanto, dado que AEC (o su sucesor Andes) no era una parte del arbitraje subyacente, la mayoría carecía de la autoridad para declarar que los Acuerdos Farm-out no tenían validez.

*En tercer lugar,* cualquier reclamo direccionado a declarar la nulidad de pleno de los Acuerdos Farm-out o de la cesión no tenía mérito.

El artículo 1699 del Código Civil ecuatoriano establece lo siguiente:

*“La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba [...]”<sup>39</sup>.*

En otras palabras, los que han realizado el acto o contrato a sabiendas, o bajo el deber de conocer, el

vicio invalidante no tienen derecho a solicitar que un juez declare la nulidad absoluta, como la contenida en el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos. Tampoco podía ese juez hacerlo de oficio, sin violar la lógica del artículo 1699 del Código Civil ecuatoriano y el derecho constitucional al debido proceso de AEC. Este segundo efecto de la nulidad absoluta previsto en el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos es una aplicación del principio *nemo auditur* reconocido en la legislación ecuatoriana. Como la mayoría enfatizó: “*nullus commodum capere de sua injuria propria*: No se puede permitir que un Estado tome ventaja de su propio acto ilícito”<sup>40</sup>.

\*\*\*

En resumen, la decisión de la mayoría para declarar inexistente el Acuerdo Farm-out bajo la ley ecuatoriana se hizo en total desprecio de la ley ecuatoriana.

## **B. La decisión extraordinaria del Tribunal de declarar inexistente la transferencia de derechos es inherentemente defectuosa**

Considerando que el Tribunal determinó que las Demandantes sí transfirieron sus derechos en virtud del

39. Ver también Corte Suprema de Justicia, Decisión de 22 de agosto de 1991, Gaceta Judicial, Año XCI, Serie XV, No. 12, pp. 3529 *et seq.*, (“[...] [l]a nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba [...]”); Corte Suprema de Justicia, Decisión de 31 de marzo de 2009, Gaceta Judicial, Año CIX-CX, Serie XVIII, No. 6, pp. 2130 y ss. (“[...] [a]simismo, de conformidad con lo previsto en el Art. 1699 del Código Civil, la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato (como en el caso sub judice); puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba [...]”).

40. Laudo, § 564.

Contrato de Participación a AEC, la mayoría sostuvo que las Demandantes tenían, no obstante, derecho al 100% del valor justo de mercado del Bloque 15, con el argumento de que la transferencia de derechos nunca existió, a pesar de que ningún juez nunca declaró que la transferencia era nula y sin efecto.

La determinación de la mayoría se basa en una combinación de razones frívolas y contradictorias. Como afirma la profesora Stern, “*el primero de ellos [aspecto cuestionable en el enfoque de la mayoría a la cuestión de la eficacia del Acuerdo Farm-out] es el análisis de la cuestión de la efectividad de un acto jurídico conforme al derecho ecuatoriano, que se basa en una falta absoluta de fundamentación, tanto así que no logré seguir el “razonamiento” del punto A al punto B*”<sup>41</sup>.

Sobre todo, la constatación de la mayoría de que la cesión es inexistente está en contradicción tanto con una previa constatación del Tribunal (que las Demandantes efectuaron una transferencia de derechos en el Contrato de Participación a AEC a través de los Acuerdos Farm-out) y una conclusión posterior de la mayoría, que las Demandantes tienen “*la obligación de compensar a*

*Andes hasta un nivel de 40% de cualquier indemnización que reciba de las medidas adoptadas contra Ecuador*”<sup>42</sup>.

Por un lado, es imposible conciliar (i) la conclusión del Tribunal de que, puesto que “*el Acuerdo Farm-out y el Acuerdo de Operación Conjunta operaron para efectuar una transferencia de derechos en virtud del Contrato de Participación de OEPC a AEC*”<sup>43</sup>, las Demandantes “*al no conseguir la autorización ministerial exigida, violaron la Cláusula 16.1 del Contrato de Participación y eran culpables de una violación punible del artículo 74.11 de la Ley de Hidrocarburos*”<sup>44</sup>, con (ii) la conclusión de la mayoría que, ya que la transferencia de los derechos era automáticamente “*inexistente*” de conformidad con el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos, las Demandantes deben adjudicarse el 100% del valor de mercado del Bloque 15.

Uno no puede, al mismo tiempo, mantener, para los propósitos de responsabilidad, que la transferencia de los derechos en el Contrato de Participación se efectuó y, a efectos de daños, sostener que dicha transferencia fue inexistente.

Un lector diligente del Laudo se dará cuenta de la

adición de la mayoría del término “supuesto” previo al término “cesión” en ciertas partes de la decisión de responsabilidad tal vez como un intento de rescatar la contradicción. Que además, sin embargo, fue en vano. El artículo 74.11 de la Ley de Hidrocarburos establece específicamente que la Caducidad podrá declararse si el contratista “*traspasare derechos*”. No menciona una cesión “*supuesta*” de derechos. Además, las supuestas alternativas a la Caducidad inventadas por el Tribunal confirman que los Acuerdos Farm-out operaron una transferencia de derechos. Según el Tribunal, dispuso:

“*[...] Las opciones anteriores existían como una alternativa a la caducidad, a saber:*

*i) la insistencia en el pago de una tasa de transferencia en el orden de los USD 11,8 millones; y [...]*”<sup>45</sup>.

Si los Acuerdos Farm-out no efectuaron una transferencia de derechos o si la cesión de derechos de forma automática nunca existió, el pago de una tasa de transferencia sería absurdo. La solicitud para el pago de una tasa de transferencia si la asignación fue automáticamente inexistente incluso sería una violación de la legislación ecuatoriana en el escenario de la mayoría.

Por otro lado, la constatación de la mayoría de que, puesto que la asignación es inexistente, “*la Demandada está obligado a indemnizar a las Demandantes por el 100% de su participación en el Bloque 15*”<sup>46</sup> también está en contradicción con su conclusión de que las Demandantes se mantuvieron obligadas bajo los Acuerdos Farm-out compensar a Andes (y por tanto no se enriquecieron injustamente).

En particular, la mayoría sostuvo que:

“*En relación con el enriquecimiento ilícito, se presentó ante el Tribunal la Carta Acuerdo del 22 de febrero de 2006 entre OEPC y Andes en virtud de la cual OEPC está obligada a indemnizar a Andes por el 40% de cualquier indemnización que reciba por las acciones contra el Ecuador respecto de la rescisión del Contrato de Participación 113. Incluso de no mediar la Carta Acuerdo, el Tribunal señala que la nulidad de la cesión de conformidad con el derecho de Nueva York y del Ecuador no obstan a las acciones que AEC (o Andes) puedan tener contra OEPC conforme al Acuerdo de Farm-out. Tal como mencionamos anteriormente, la cesión no autorizada no invalida el Acuerdo de Farm-out entre el cedente,*

41. Voto Disidente, § 5 (énfasis añadido).

42. Laudo, § 654.

43. Laudo, § 384.

44. Laudo, § 381.

45. Laudo, § 434 (énfasis añadido).

46. Laudo, § 651.

OEPC y el cesionario, AEC, y su posición legal no se ve afectada por el hecho de que el cedente y el cesionario hayan ejecutado efectivamente inter se partes de esa cesión nula y efectuada sin autorización. OEPC se comprometió a transferir a AEC algunos de los derechos establecidos en el Contrato de Farm-out, pero violó dicho compromiso al no obtener la autorización del Ministerio. Este incumplimiento contractual puede constituir el fundamento de un reclamo por parte de AEC (o Andes) contra OEPC. Estos factores tienen fuerte incidencia sobre los argumentos de enriquecimiento ilícito planteados en relación con el derecho de OEPC de percibir una indemnización correspondiente a un interés del 100% en el Contrato de Participación”<sup>47</sup>.

Se supone que este único párrafo resuelve uno de los temas más debatidos del arbitraje subyacente, tanto antes como después de la invitación extraordinaria del Tribunal a comentar sobre el efecto del artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos en la cesión no autorizada e ilegal de los derechos.

El Punto 2 (g) de la Carta de Acuerdo 2006 establece lo siguiente:

“Si Occidental no recibe ningún Laudo monetario

por parte del Gobierno de Ecuador, como resultado de las medidas del Gobierno para hacer cumplir la caducidad y poner fin al contrato de Occidental con respecto al Bloque 15, Occidental está de acuerdo en que [Andes] tiene derecho a una participación del 40% en el importe neto recibido, después de todos los costos y gastos del proceso de caducidad se han reembolsado o pagado (en el cálculo de dicho monto no debe haber doble contabilidad)”.

En resumen, si bien entre las Partes y el Tribunal acordaron que toda la deuda continua no se debe deducir de los daños y perjuicios<sup>48</sup>, las Partes estuvieron en desacuerdo en cuanto a si la supuesta responsabilidad de las Demandantes hacia Andes era una obligación preexistente (que debería ser incluido en el importe de los daños) o no (y por lo tanto no debía ser incluido en el monto de los daños).

En el único y oscuro párrafo antes mencionado, la mayoría rechazó el argumento del Ecuador de que la Carta de Acuerdo 2006 no confirma ninguna responsabilidad preexistente en virtud del Acuerdo Farm-out, adoptando para ello una de numerosas tesis de la Demandante, sin dar ninguna razón en absoluto para apoyar de su decisión.

Incluso con independencia de que el argumento del Ecuador debería haber prevalecido, es imposible, en

ausencia de cualquier indicación de la mayoría, de comprender cómo el Acuerdo Farm-out podría ser una fuente de responsabilidad frente a AEC/Andes. La mayoría tuvo que tomar una posición sobre estos temas y explicar por qué la posición de Ecuador no se mantuvo. La mayoría no podía simplemente ignorar el argumento del Ecuador.

Peor aun, incluso admitiendo (*quod non*) que el Acuerdo Farm-out era la fuente de una obligación hacia Andes, esta responsabilidad debería haber sido considerada inexistente bajo el propio escenario de la mayoría.

La mayoría se limitó a añadir a este respecto que la inexistencia de la asignación no afectó los Acuerdos Farm-out:

“Como se señala más adelante, el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos sirve para invalidar la cesión, no el propio Acuerdo Farm-out que sigue siendo un contrato válido entre OEPC y AEC”<sup>49</sup>.

[...] El artículo 79 de la LHC se refiere a los efectos jurídicos de la propia cesión; no pretende invalidar el Acuerdo de Farm-out bajo el cual OEPC tenía la obligación de obtener las autorizaciones gubernamentales necesarias para la cesión o para el Contrato de Operación Conjunta<sup>50</sup>”.

Sin embargo, la mayoría no proporciona ninguna razón en absoluto de su decisión de romper con la transferencia de los Acuerdos Farm-out. La cesión de derechos fue reconocida como el núcleo del Acuerdo Farm-out. La mayoría sí sostuvo que “el propósito del Acuerdo Farm-out y el Acuerdo de Operación Conjunta fue transferir desde OEPC a AEC algunos de los derechos exclusivos de la contratista para llevar a cabo las actividades de explotación petrolera en el marco del Contrato de Participación, junto con los derechos y obligaciones relacionados”<sup>51</sup>.

El Acuerdo Farm-out contiene la siguiente cláusula de divisibilidad:

“Si algún término o disposición de este Acuerdo es inválido, ilegal o incapaz de ser ejecutado [...] todos los demás términos y disposiciones del presente Acuerdo, no obstante, permanecerán en pleno vigor y efecto, siempre y cuando la sustancia económica y jurídica de las transacciones contempladas por el presente no se vea afectada de una manera que sea materialmente adversa a alguna de las partes”<sup>52</sup>.

De acuerdo con ello, ya que la finalidad del Acuerdo Farm-out fue transferir los derechos en el Contrato

47. Laudo, § 654 (énfasis añadido).

48. Por ejemplo, *The Factory at Chorzów (Reclamación por Indemnización) (Fondo)*, CPIJ, Sentencia No. 13, 13 de septiembre de 1928, p. 31.

49. Laudo, § 619.

50. Laudo, § 619(bis).

51. Laudo, § 301.

52. Acuerdo Farm-out, Artículo 8.0.

de Participación, la cesión de derechos no pudo ser separada del Acuerdo Farm-out. La inexistencia de la cesión implica necesariamente la inexistencia de los Acuerdos Farm-out bajo el caso de la mayoría.

Como señaló la profesora Stern, **“Realmente no logro comprender el razonamiento: - no es controvertido que el propósito del Acuerdo de Farm-out fuera ceder derechos; - esta transferencia de derechos es inexistente/inválida; pero el Acuerdo de Farm-out es existente/válido”**<sup>53</sup>. Si no hay Acuerdo Farm-out, no puede haber un pasivo de OEPC hacia Andes.

## CONCLUSIÓN

La decisión de la mayoría para sostener que la transferencia de derechos efectuada en virtud de los Acuerdos Farm-out era inexistente en la legislación ecuatoriana amerita fuertes críticas, tales como aquellas expuestas por la Profesora Stern en su Voto Disidente y resumido en el presente artículo. Por el bien del arbitraje, esperamos que los Tribunales arbitrales aplicarán el derecho propio a las circunstancias concretas de un caso sin recurrir a conceptos inexistentes para adaptarse a su idea preconcebida de la justicia, sobre todo cuando, como en el presente caso, la ley aplicable fue acordada entre las Partes.

---

53. Voto Disidente, § 127 (énfasis añadido).



© 2014 · PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO  
· REPÚBLICA DEL ECUADOR ·

Quito - Ecuador

*[www.pge.gob.ec](http://www.pge.gob.ec)*  
*[www.oxyblogpge.com.ec](http://www.oxyblogpge.com.ec)*