



School of International Arbitration

School of International Arbitration, Queen Mary, University of London

International Arbitration Case Law

*Directores Académicos: Ignacio Torterola
Loukas Mistelis**

OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION Y OCCIDENTAL EXPLORATION PRODUCTION COMPANY C. REPÚBLICA DEL ECUADOR (CASO CIADI No. ARB/06/11)

LAUDO

Autor: Maria Lucila Marchini**

Editado por Ignacio Torterola ***

Laudo dictado el 5 de octubre de 2012, de acuerdo con el Convenio CIADI y sus Reglas de Arbitraje. Prof. Brigitte Stern emitió su Opinión Disidente el 20 de septiembre de 2012.

Tribunal:	Sr. L. Yves Fortier (Presidente), Sr. David A.R. Williams, Prof. Brigitte Stern.
Demandante:	Sr. David W. Rivkin, Sra. Marjorie J. Menza, DEBEVOISE & PLIMPTON LLP / Sr. Gaëtan J. Verhoosel, Sra. Carmen Martínez López, COVINGTON & BURLING LLP / Sr. Donald P. de Brier, Sra. Laura C. Abrahamson, OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION
Demandada:	Dr. Diego García Carrión, PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO / Sr. George von Mehren, Stephen P. Anway, SQUIRE, SANDERS (US) LLP / Sr. Eduardo Silva Romero, Sr. Pierre Mayer, Sr. José Manuel García Represa, DECHERT LLP

* Los Directores pueden ser contactados por email a i.torterola@qmul.ac.uk y l.mistelis@qmul.ac.uk.

** María Lucila Marchini es abogada en Estudio Beccar Varela especializada en arbitraje comercial. Puede ser contactada por email a mmarchini@ebv.com.ar o +54 (11) 4379-6870.

*** Ignacio Torterola es Co-Director de "International Arbitration Case Law" (IACL). Es abogado de la República Argentina en Arbitrajes Internacionales y "Enlace entre la Procuración del Tesoro de la Nación y el CIADI", en la Embajada de la República Argentina en Washington, DC.

ÍNDICE DE CUESTIONES DISCUTIDAS

1. Hechos del Caso.....	2
2. Cuestiones Legales Discutidas en la Decisión.....	8
(a) La competencia del Tribunal sobre las reclamaciones de las Demandantes (paras. 291-296).....	8
(b) Si OEPC, al celebrar el Acuerdo de Farmout y el Contrato de Operación Conjunta con AEC violó el Contrato de Participación y la LHC (paras. 297-339).....	9
(c) Si la obligación de OEPC de obtener autorización para transferir derechos contemplados en el Contrato de Participación fue debidamente adquirida (paras. 340-381).....	10
(d) Si el Decreto de Caducidad frustró las expectativas legítimas de las Demandantes (paras. 382-383)	11
(e) Si la sanción por la transferencia de derechos no autorizada en virtud del Contrato de Participación fue proporcional (paras. 384-456).....	12
(f) Determinación del monto de la compensación reclamada por las Demandantes (paras. 457-853)	14
(g) La improcedencia de la reconvención de la Demandada (paras. 854-869)	19
3. Decisión.....	19
4. Opinión disidente	20
(a) Los efectos del accionar ilícito de las Demandantes (paras. 7-8)	21
(b) El análisis de la Ley 42 (paras. 9-13).....	21
(c) El análisis de la Ley Interpretativa del IVA (paras. 14-15).....	22
(d) Las distintas cuestiones planteadas por el Acuerdo de Farmout (paras. 16-168).....	22

Resumen del Caso

1. Hechos del Caso

La porción de tierra en Ecuador denominada Bloque 15 se encuentra ubicada en la región productora de petróleo más prolífica del Ecuador, en la Amazonía ecuatoriana. Incluye los yacimientos petrolíferos de Limoncocha, Yanaquincha, el Complejo Indillana, y Edén Yuturi. Los yacimientos Limoncocha y Edén Yuturi se encuentran ubicados parcialmente dentro del Bloque 15 y parcialmente fuera de dicho bloque. Dichos yacimientos sobrepasan el límite entre el Bloque 15 y las propiedades administradas por Petroproducción, la filial operativa de PetroEcuador¹. De conformidad con la Ley de Hidrocarburos de Ecuador (“LHC”), una vez que el Ministro de Energía y Minas declara que este tipo de yacimientos son comunes a un contratista y a PetroEcuador, los yacimientos deberán “unificarse” y ser administrados conjuntamente por la contratista y por Petroproducción conforme a los convenios de explotación unificada.

En 1985, Occidental Petroleum Corporation (“OPC”) y Occidental Exploration and Production Company (“OEPC”), dos compañías estadounidenses (conjuntamente las “Demandantes”), celebraron un contrato de servicios con Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (actualmente denominada PetroEcuador). En virtud de dicho contrato, OEPC prestaba la totalidad de los servicios requeridos para la producción de petróleo en el Bloque 15. Si OEPC descubría petróleo, se le reembolsaban los costos y las inversiones. No obstante, el 100% del petróleo crudo producido era propiedad de PetroEcuador.

En 1993, Ecuador reformó su LHC para permitir la negociación de los “contratos de participación”. En esencia, un contrato de participación es un tipo de contrato de participación en la producción: aquel por el cual el Estado y los contratistas participan en la producción de petróleo crudo, y los gastos son costeados por la contratista. Este modelo contractual les otorgó un interés en la producción a los productores, tornando los riesgos de exploración más atractivos. Además, le

¹ PetroEcuador era la compañía petrolera nacional del Ecuador y sucesora de la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (“CEPE”).

garantizó a Ecuador las ganancias provenientes de su participación en la producción, dado que ya no tenía gastos asociados con la producción de petróleo.

El 21 de mayo de 1999, OEPC y Ecuador celebraron un Contrato de Participación (el "Contrato de Participación"). El contrato fue celebrado entre Ecuador, por intermedio de PetroEcuador, y OEPC, y estaría regido exclusivamente por la legislación ecuatoriana. De acuerdo a sus términos, OEPC tenía el derecho a desarrollar y explotar el Complejo Indillana hasta 2012, así como otros yacimientos en los que la producción comenzó luego de que las partes celebraran el Contrato de Participación, tales como Edén Yuturi y Yanaquincha, hasta 2019.

En efecto, el Contrato de Participación modificó las condiciones bajo las que OEPC operaba en Ecuador: a cambio de aceptar la obligación de explorar, desarrollar y explotar el Bloque 15, y por soportar todos los gastos asociados con dichas actividades -entre otras obligaciones-, OEPC recibía un porcentaje del petróleo producido en el Bloque 15, referido como la "participación" de OEPC. El monto de la participación de OEPC se determinó sobre la base de una ecuación, que tomaba en cuenta un número de factores, tales como el yacimiento, la tasa de producción y ciertos porcentajes acordados. Por su parte, la participación de Ecuador era calculada como el saldo del petróleo producido por el Bloque 15 por sobre la participación de OEPC.

Si bien OEPC podía disponer libremente de su participación, su capacidad para transferir o ceder sus derechos y obligaciones en virtud del Contrato de Participación se encontraba sujeta a condiciones estrictas. Los Artículos 16.1 y 16.2 disponían que la transferencia del Contrato de Participación o la cesión a terceros de derechos provenientes del mismo debieran ser autorizadas por el Ministro del Ramo. Asimismo, la prohibición de transferir o ceder los derechos del Contrato de Participación, sin la autorización del Ministerio del Ramo, no obstaba para que pudieran ser negociadas libremente las acciones de la Contratista sin necesidad de dicha autorización, a condición de que la negociación de dichas acciones no cambiara, modificara o extinguiera la personalidad jurídica de la Contratista, ni constituyera una disminución en su capacidad administrativa, financiera y técnica con relación a este Contrato de Participación.

El Tribunal también destacó que estas disposiciones se encontraban reflejadas en las disposiciones de “terminación y caducidad” del Contrato de Participación, las cuales establecían que el Contrato de Participación terminaría por transferir derechos y obligaciones del Contrato de Participación, sin autorización del Ministerio del Ramo (Artículo 21.1.2).

En este contexto, el Tribunal también observó que dichas disposiciones del Contrato de Participación hacían referencia a numerosas disposiciones de la LHC. De acuerdo a lo dispuesto por los artículos 74-79, el Ministerio del Ramo podía declarar la caducidad de los contratos, 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. La declaración de caducidad de un contrato implicaba 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. Asimismo disponía que la transferencia de un contrato o la cesión a terceros de derechos provenientes de un contrato fueran nulas y no tendrían valor alguno si no precedía la autorización del Ministerio del Ramo, sin perjuicio de la declaración de caducidad según lo previsto en la LHC.

En la misma fecha en que se firmó el Contrato de Participación, OEPC y Petroproducción también celebraron convenios para la explotación unificada de las reservas comunes de los yacimientos Edén Yuturi y Limoncocha (los “Convenios de Explotación Unificada de los Campos Unificados”). Eran aplicables a este Convenio Operacional los mismos derechos y obligaciones de las Partes según el Contrato de Participación, en lo que fuere pertinente.

Con el fin de financiar la expansión de sus operaciones en Ecuador, OEPC buscaba celebrar un acuerdo que le otorgara los fondos necesarios y que al mismo tiempo diversificara y redujera su riesgo. En este sentido, Alberta Energy Corporation Ltd. (“AEC”), le hizo una propuesta formal a OEPC para realizar un “*farmin*” en el Bloque 15. El 19 octubre de 2000, las partes celebraron el Acuerdo de Farmout (el “Farmout” o “Acuerdo de Farmout”). Asimismo, las partes firmaron un acuerdo operativo a fines de implementar el Farmout (el “Contrato de Operación Conjunta”

o “JOA” (por su sigla en inglés) y, conjuntamente con el Acuerdo Farmout, los “Acuerdos Farmout”).

El Farmout, acuerdo regido por las leyes de Nueva York, establecía la existencia de dos etapas. Durante la primera etapa de la transacción, mediante contribuciones a las inversiones de OEPC en el Bloque 15, AEC adquirió el derecho al 40% del interés de OEPC en la producción del Bloque 15. La segunda etapa del Farmout implicaba la cesión del título legal. La segunda etapa sólo comenzaría una vez cumplidas las siguientes dos condiciones: que AEC hubiere realizado los pagos requeridos y que el gobierno hubiere otorgado la autorización previa.

El 24 de octubre de 2000, altos ejecutivos de OEPC y AEC viajaron a Ecuador para reunirse con el Ministro de Energía y Minas, Pablo Terán, en su despacho. El propósito de la reunión era informar al Ministro acerca del Farmout y discutir acerca del compromiso con el oleoducto OCP y de nuevos proyectos en Ecuador. Al día siguiente, el 25 de octubre de 2000, el Presidente y Gerente General de OEPC le escribió al Ministro Terán en relación con la reunión del día anterior, solicitándole que confirmara su consentimiento con respecto a la transferencia de los intereses económicos anteriormente indicados a favor de AEC. No hubo una respuesta inmediata del Ministro Terán.

En noviembre de 2000, el Dr. Raúl Salgado, Director de la Dirección Nacional de Hidrocarburos (“DNH”), le solicitó a OEPC información acerca de la capacidad técnica y financiera de AEC. En diciembre de ese mismo año, el Dr. Salgado se reunió con representantes de OEPC a los fines de discutir la carta enviada al Ministro Terán. A principios de enero de 2001, el Dr. Salgado le envió un memorando al Ministro Terán, concluyendo que OEPC no estaba solicitando autorización de transferencia de derechos sino únicamente comunicando sobre la posible negociación a realizarse en un futuro inmediato. Asimismo, indicó que cuando la compañía decidiera realizar dicha transferencia, lo solicitaría al Ministro de Energía y Minas.

Finalmente, el 17 de enero de 2001, el Ministro Terán respondió a la carta de OEPC del 25 de octubre de 2000, en la que señaló que la intención que la compañía tenía de ceder el 40% de los derechos y obligaciones del bloque 15 requeriría

autorización gubernamental en el futuro. Asimismo, el Ministro Terán manifestó que OEPC sería la única compañía que seguiría participando en el contrato vigente con el Estado Ecuatoriano por ser propietaria del 100% de los derechos y obligaciones. No hay registro en el expediente de respuesta alguna por parte de OEPC a la carta del Ministro Terán.

Cabe señalar que en agosto de 2001, la autoridad en materia impositiva de Ecuador, contrariamente a su práctica habitual de reintegrar el impuesto al valor agregado (“IVA”) a las compañías petroleras, se rehusó a efectuar dichos reembolsos en el futuro y reclamó retroactivamente el reembolso de aquellos impuestos que ya habían sido abonados. OEPC interpretó que dicha decisión constituía una violación de las leyes impositivas de Ecuador y del Tratado y, en noviembre de 2002, inició un proceso de arbitraje internacional contra Ecuador para recuperar los reintegros del IVA. El 1º de julio de 2004, el Tribunal que entendía en la causa emitió un Laudo del IVA en favor de OEPC por la suma de \$75 millones, luego de concluir que la conducta de Ecuador había sido injusta y discriminatoria, decisión confirmada por el Tribunal de Apelaciones inglés el 4 de julio de 2007.

La cuestión de la transferencia de derechos por parte de OEPC a AEC surgió nuevamente en 2003, debido a que una auditoría requerida por la DNH, fue llevada adelante en OEPC. El informe de auditoría de fecha 14 de julio de 2004, observó que la cesión de derechos y obligaciones estipulada en el Farmout dependía del acaecimiento de hechos futuros y que la cesión “podía ocurrir o no” transcurridos cuatro años en los que se debían cumplir las condiciones.

Las pruebas revelan que, en febrero de 2004, AEC había efectuado todos los pagos correspondientes a OEPC en virtud del Farmout. El 15 de julio de 2004, OEPC le escribió al nuevo Ministro de Energía y Minas, el Sr. Eduardo López Robayo, solicitando al Ministerio autorizar la transferencia por parte de OEPC a AEC del título legal correspondiente al 40% del interés en el Bloque 15, según lo previsto en el Farmout. Al realizar este pedido, OEPC hizo referencia a su carta del 25 de octubre de 2000 y a la respuesta del Ministro Terán del 17 de enero de 2001.

OEPC no recibió la aprobación solicitada. Por el contrario, el 24 de agosto de 2004, el Procurador General de Ecuador le ordenó al Ministro de Energía y Minas que diera por terminado el Contrato de Participación y los Convenios de Explotación Unificada de los Campos Unificados a través de una declaración de caducidad.

El Procurador General aseveró que, en 2000 OEPC transfirió el 40% de los derechos y obligaciones del Contrato de Participación de Exploración y Explotación de Hidrocarburos del Bloque 15 a AEC, sin contar con la autorización del Ministerio de Energía y Minas, conforme lo manda la LHC y el propio Contrato de Participación. El Procurador General también alegó que OEPC había cometido una serie de infracciones técnicas, las que, afirmó, constituían una causal de terminación de conformidad con la LHC. Finalmente, en esa carta, el Procurador General expresaba que OEPC no había cumplido con sus obligaciones de inversión respecto del Bloque 15, lo cual, argumentó, constituía un causal de terminación del Contrato de Participación conforme a la LHC.

Ese mismo día, el Procurador General le envió una carta al Presidente Ejecutivo de PetroEcuador solicitando que siguiera el proceso estipulado en el Contrato de Participación: en aquellos casos en los que existieran causales de caducidad del contrato, PetroEcuador debía notificar dicho incumplimiento a OEPC para que negare o admitiera el incumplimiento. En caso de que OEPC lo admitiera, tenía treinta días para subsanarlo.

PetroEcuador notificó a OEPC. El 24 de septiembre de 2004, OEPC respondió negando las argumentaciones del Procurador General. La situación permaneció igual hasta los primeros meses de 2005 cuando algunos grupos de manifestantes anti-Estados Unidos y anti-inversores extranjeros realizaron una protesta en las calles de Quito, en particular frente a las oficinas de OEPC. Los manifestantes expresaron su preocupación ya que todavía no se había puesto fin al contrato de OEPC.

Así las cosas, el Procurador General le escribió a PetroEcuador, enfatizando las causales de terminación del Contrato de Participación e insistió en que el proceso de terminación fuera acelerado. Destacó también que el proceso de terminación ya debía haber sido completado. El Ministro de Energía y Minas, Iván Rodríguez,

notificó formalmente a OEPC acerca de las conclusiones de PetroEcuador respecto de que existían causales de terminación del Contrato de Participación. OEPC respondió a la notificación del sosteniendo que no existían fundamentos para la terminación del Contrato de Participación.

El 15 de mayo de 2006, el Ministro Rodríguez emitió el Decreto de Caducidad. El Decreto daba por terminado, con efectos inmediatos, el Contrato de Participación de OEPC y ordenaba que OEPC le entregara a PetroEcuador todos los bienes relacionados con el Bloque 15. El Decreto citaba como fundamentos legales para dictar la caducidad la LHC. Los días siguientes, funcionarios públicos se presentaron en OEPC e incautaron todos los bienes, los cuales pasaban a ser propiedad del Estado.

El 17 de mayo de 2006, OPC y OEPC, presentaron ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI” o el “Centro”) una Solicitud de Arbitraje en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (“Convenio del CIADI”) contra Ecuador y PetroEcuador², alegando incumplimientos por parte de Ecuador conforme a la legislación interna y al derecho internacional, especialmente bajo el Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (el “Tratado” o el “TBI”). El 16 de junio de 2008, la demandada presentó su Memorial de Contestación de la Demandada incluyendo también una Reconvención.

2. Cuestiones Legales Discutidas en la Decisión

(a) La competencia del Tribunal sobre las reclamaciones de las Demandantes (paras. 291-296)

La Demandada sostiene que las Demandantes se encontraban obligadas legalmente a presentar un reclamo local contra el Decreto de Caducidad ante los tribunales del Ecuador. Manifestaron que el acto del Ministro al dictar el Decreto de Caducidad no puede asignar ninguna responsabilidad al Estado como una

² Mediante carta al Centro de 29 de septiembre de 2006, las Demandantes retiraron sus reclamos contra PetroEcuador.

cuestión de derecho sustantivo cuando existía un mecanismo disponible para examinar dicho acto, cuya invocación el inversionista omitió simplemente.

El Tribunal indicó que la cuestión era “cosa juzgada” (res judicata). En su Decisión sobre Competencia³, el Tribunal dejó muy en claro que no aceptaba que las partes hayan acordado que las diferencias relacionadas con la caducidad, en el marco del Contrato de Participación, sólo podían resolverse sometiendo el caso a los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos. Es por ello que el Tribunal concluyó que era competente para entender en las reclamaciones de las Demandantes basadas en el Contrato de Participación y en el Tratado.

(b) Si OEPC, al celebrar el Acuerdo de Farmout y el Contrato de Operación Conjunta con AEC violó el Contrato de Participación y la LHC (paras. 297-339)

El Tribunal en primer término analizó si el Acuerdo de Farmout y el Contrato de Operación Conjunta con AEC significaron una transferencia o cesión de derechos contemplados en el Contrato de Participación, contrariamente y en violación de lo dispuesto por la HCL. La prohibición de transferir o ceder derechos del Contrato de Participación se encontraba en las Cláusulas 16.1. y 16.2.

El Tribunal consideró que existía una gran cantidad de pruebas que le permitían concluir que la finalidad del Acuerdo de Farmout y el Contrato de Operación Conjunta con AEC 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. Prueba de ello fueron los propios términos del Contrato de Operación Conjunta con AEC: sus términos demuestran explícitamente que el Contrato de Operación Conjunta formalizó una transferencia de derechos y obligaciones emanados del Contrato de Participación que derivó en la supuesta “propiedad” de AEC sobre estos derechos en la medida de su Interés Participativo.

El Tribunal también observó que “[e]l hecho de que OEPC pueda haber retenido el título legal a fin de evitar toda relación contractual entre AEC y Ecuador respecto del Contrato de Participación...no significa, per se, que no se haya perseguido una

³ Ver Decisión sobre Competencia de fecha 9 de septiembre de 2008.

transferencia de derechos y obligaciones a través del Contrato de Operación Conjunta”.⁴

Afirmó que la realidad era que al celebrar el Contrato de Operación Conjunta, OEPC acordó compartir con AEC los derechos y las obligaciones que poseía en virtud del Contrato de Participación y, al hacerlo, accedió a una transferencia de tales derechos y obligaciones. Como tal, la autorización previa por parte de las autoridades ecuatorianas era necesaria. Asimismo, el Tribunal consideró que el Contrato de Operación Conjunta tuvo como consecuencia el ejercicio de derechos de administración y de voto específicos por parte de AEC en relación con el Bloque 15, y por ende, confirió derechos del Contrato de Participación.

Los términos del Acuerdo de Farmout confirmaban que AEC habría de tener título legal de facto sobre su interés en la “Propiedad Sujeta al Farmout”, pero que dicho título estaría “en posesión” de OEPC en representación de aquella hasta tanto se obtuvieran las autorizaciones gubernamentales correspondientes. Ello confirma, además, que OEPC se había comprometido a actuar como Contratista conforme al Contrato de Participación – derecho que había adquirido a título exclusivo – “como si” AEC fuera parte en dicho Contrato de Participación.

El hecho de que OEPC haya retenido el título legal y de que no existía una relación contractual entre AEC y Ecuador respecto del Contrato de Participación no llevaba necesariamente a la conclusión, en las circunstancias del presente caso, que el Acuerdo de Farmout y/o el Contrato de Operación Conjunta no perseguían transferir derechos de OEPC a AEC.

En suma, el Tribunal concluyó que OEPC perseguía transferir a AEC derechos de lo que era titular conforme al Contrato de Participación.

(c) Si la obligación de OEPC de obtener autorización para transferir derechos contemplados en el Contrato de Participación fue debidamente adquirida (paras. 340-381)

El Tribunal destacó que era indiscutible el hecho de que para poder realizar una transferencia de derechos contemplados en el Contrato de Participación, OEPC

⁴ Ver Laudo, ¶306.

debía obtener autorización previa por parte de las autoridades ecuatorianas. El Tribunal recordó que el Contrato de Participación recogía los requisitos establecidos en la LHC de Ecuador.

A tales fines, el Tribunal analizó la prueba presentada por ambas partes: las cartas de intención preparadas por los ejecutivos de OEPC al Ministerio de Energía y Minas de Ecuador; el “guión” elaborado para la reunión de fecha 24 de Octubre de 2000; las cartas enviadas entre OEPC y el Ministerio; los memorándums internos del Ministerio; y las reuniones llevadas adelante entre el Ministerio y OEPC.

El Tribunal determinó, con base en lo anterior, que al no haber obtenido la autorización ministerial correspondiente, OEPC violó la Cláusula 16.1 del Contrato de Participación y fue culpable de una violación punible por la LHC. Sin embargo, el no haber obtenido dicha autorización no implicó que haya habido mala fe de las demandantes. Las Demandantes cometieron un error, un grave error, pero no lo hicieron de mala fe.

(d) Si el Decreto de Caducidad frustró las expectativas legítimas de las Demandantes (paras. 382-383)

El Tribunal, habiendo concluido que la falta de solicitud por parte de OEPC de la autorización correspondiente ante las autoridades ecuatorianas fue una decisión imprudente y desacertada, consideró que no puede afirmarse que las Demandantes tenían una expectativa legítima de que el Ministro no ejercería su discrecionalidad e impondría la caducidad.

En este sentido, la falta de solicitud de la autorización correspondiente significó que OEPC violó la Cláusula 16.1 del Contrato de Participación y fue culpable de una violación punible por 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 fue rechazada.

(e) Si la sanción por la transferencia de derechos no autorizada en virtud del Contrato de Participación fue proporcional (paras. 384-456)

La finalidad del laudo era analizar la proporcionalidad de la sanción impuesta por la Demandada - el Decreto de Caducidad-, el cual dio por terminado oficialmente, y con efecto inmediato, el Contrato de Participación de OEPC y ordenó a OEPC que entregara todos los activos relacionados con el Bloque 15.

El Contrato de Participación establecía que éste se regiría por la legislación ecuatoriana. En este sentido, el Tribunal observó que el principio de proporcionalidad se aplicaba de forma generalizada en el derecho ecuatoriano, principio originado en la Constitución. La aplicación más amplia del principio constitucional de proporcionalidad es confirmada por el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública (Decreto N° 3179 de fecha 19 de octubre de 2002).

El Tribunal sostuvo que la aplicación del principio de proporcionalidad puede observarse en una gran variedad de escenarios de derecho internacional. En el marco de los arbitrajes ante el CIADI, se ha establecido que el principio de proporcionalidad es aplicable a los posibles incumplimientos de las obligaciones que surgen de los tratados bilaterales de inversión. En el particular, el Tratado dispone, en su Artículo II.3(a), que se le concederá a las inversiones un trato justo y equitativo, que gozarán de protección y seguridad plenas y que en ningún caso se les concederá un trato menos favorable al establecido por el derecho internacional. “En numerosas ocasiones, se ha interpretado que el deber de otorgar un trato justo y equitativo incluye una obligación de proporcionalidad”⁵, es el mismo principio consagrado en el Artículo 11 del Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública ecuatoriano.

Asimismo, indicó que toda sanción que el Estado elija imponer debe tener una relación proporcionada con la violación en cuestión y sus consecuencias, lo cual

⁵ *Ibid.*, ¶ 404 y ss., citando a MTD Equity SDN.BHD. y otro c. República de Chile, Caso CIADI No. ARB/01/7 (25 de mayo de 2004); LG&E Energy Corp. y otros c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/1 (3 de octubre de 2006); Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2 (29 de mayo de 2003); y Azurix Corp. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/12 (14 de julio de 2006).

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

“A fin de cuentas, el enfoque a adoptar seguirá siendo el criterio general, ponderando los intereses del Estado con los del individuo, a fin de determinar si la sanción en cuestión es una respuesta proporcionada en las circunstancias particulares.”⁶

El hecho de que un contratista acepte que la caducidad pueda ser un recurso en determinadas situaciones no significa que el contratista haya renunciado a su derecho a que dicho recurso sea impuesto de manera proporcionada o bien conforme a las leyes correspondientes. Ello es particularmente así cuando, como ocurre en el presente caso, las partes acuerdan que el contrato será regido por un sistema de leyes (el derecho ecuatoriano) que exige expresamente que se respete el principio de proporcionalidad.

Las partes estuvieron finalmente de acuerdo en que al emitir el Decreto de Caducidad, el Ministro estaba ejerciendo una facultad discrecional, es decir, el Ministro no estaba obligado a dar por terminado el Contrato de Participación. Las partes también estuvieron de acuerdo en que el principio de proporcionalidad es relevante.

Sin embargo, el Tribunal consideró que existían otras opciones como alternativa a la caducidad. La opción final era no hacer nada más que, tal vez, realizar una declaración donde se le dejara en claro a todas las compañías extranjeras de petróleo que todas las transferencias de intereses económicos debían ser autorizadas y que si no lo eran, los procedimientos de caducidad serían

⁶ *Ibid.*, ¶ 417.

inevitables. Sin dudas, para la Demandada esta opción era desagradable y poco realista, pero en términos racionales, tal opción existía. La LHC sólo era facultativa, no directiva.

Quedó demostrado que el Farmout era (o habría sido) beneficioso para el Estado. Para más, si se hubiera podido retener la autorización de manera razonable, ello no significó que la Demandada haya sufrido un daño. Aunque la finalidad de la autorización era razonable, correspondía analizar si la Demandada sufrió un daño al ser privada de la posibilidad de otorgar la mencionada autorización. En efecto, y de acuerdo a la prueba presentada al Tribunal, no causó ningún daño.

El Tribunal remarcó que el principio primordial de la proporcionalidad exige que ese objetivo administrativo esté en equilibrio con los propios intereses de las Demandantes y con la verdadera naturaleza y el verdadero efecto de la conducta que se reprime. Así, el Tribunal concluyó que el Decreto de Caducidad fue desproporcionado respecto de hecho ilícito que se le imputó a OEPC. 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.

Por último, el Tribunal no dudó en concluir que la privación por parte de la Demandada de la inversión de las Demandantes mediante dicha sanción administrativa constituyó una medida “equivalente a la expropiación” y, por lo tanto, una violación del Artículo III.1 del Tratado.

(f) Determinación del monto de la compensación reclamada por las Demandantes (paras. 457-853)

i. El impacto de la Ley 42

La Demandada sostuvo que toda valoración de la compensación de las Demandantes debería tener en cuenta el impacto de la Ley 42 (también

denominada Modificación de la LHC) dado que cualquier avalúo del interés de las Demandantes en el Bloque 15 tendría que reflejar la situación actual que un comprador hipotético de ese interés tendría que haber confrontado en el Ecuador el 15 de mayo de 2006 con posterioridad a la sanción de la Ley 42.

Al comienzo de su análisis sobre la Ley 42, el Tribunal recordó el título de la Modificación de la LHC: “Participación del Estado en los excedentes de los precios de venta de petróleo no pactados o no previstos”. Por lo tanto, el Tribunal concluye que con la sanción de la Ley 42, la Demandada modificó de manera unilateral y sustancial el marco contractual y legal que existía al momento en que las Demandantes negociaron y pactaron el Contrato de Participación. Así, la Ley 42 no cumplía con el Contrato de Participación y frustra las expectativas legítimas de las Demandantes. Por lo tanto, dicha ley no cumple con la obligación de la Demandada, contenida en el Artículo II.3(a) del Tratado, de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión de las Demandantes.

Por tales razones, el Tribunal no tuvo en cuenta la Ley 42 para determinar el monto de sus daños.

ii. La Ley Interpretativa del IVA de Ecuador

El 2 de agosto de 2004, el Congreso ecuatoriano fue sancionada la Ley del IVA, también denominada Ley Interpretativa del IVA, la cual establecía que el reintegro del Impuesto al Valor Agregado, IVA, no era aplicable a la actividad petrolera en lo referente a la extracción, transporte y comercialización de petróleo crudo. La Demandada, haciendo eco de su posición con respecto a la Ley 42, sostuvo que la Ley Interpretativa del IVA debía ser considerada en la determinación por parte del Tribunal del valor de la inversión de las Demandantes porque un “comprador hipotético habría adquirido su interés con posterioridad a la sanción de la Ley Interpretativa del IVA” y, por lo tanto, no habría tenido ninguna expectativa legítima de recibir reintegros por IVA.

El Tribunal recordó que el Tribunal del IVA determinó que Ecuador estaba obligado, en virtud del Tratado, a reembolsar el IVA a OEPC y que, además, OEPC tenía la expectativa legítima de que Ecuador le reembolsaría dichos impuestos

porque la legislación ecuatoriana preveía ese reembolso en el momento en que OEPC realizó su inversión.

En opinión del Tribunal, la Ley Interpretativa del IVA frustró de manera injusta y arbitraria las expectativas legítimas de las Demandantes. Así, en lo que respecta a las Demandantes y la Demandada, la Ley Interpretativa del IVA carecía de todo efecto jurídico y no podía ser tenida en cuenta como un factor que afectara el valor justo de mercado de la inversión de las Demandantes.

iii. El interés de las Demandantes en el Bloque 15.

La Demandada afirmó que cualquier cálculo de daños en favor de las Demandantes debe limitarse a un interés del 60% en el Bloque 15, en atención a la transferencia que efectuaron del 40% de su interés en el Contrato de Participación a AEC.

Contrariamente, el Tribunal concluyó que la Demandada se encontraba obligada a compensar a las Demandantes el 100% de su interés en el Bloque 15, el cual adquirió con anterioridad al Decreto de Caducidad. Sostuvo que de acuerdo a la legislación de Nueva York y Ecuador, la pretendida cesión de derechos del Contrato de Participación de OEPC a AEC de acuerdo al Acuerdo de Farmout y el Contrato de Operación Conjunta era inexistente y nulo, y no tenía validez alguna.

De conformidad con la doctrina de la inexistencia y el derecho de Nueva York, no era 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 Farmout y el Contrato de Operación Conjunta no es válida y no produce efecto alguno, de modo tal que el Tribunal debió excluirla de su análisis a los fines de determinar la indemnización que corresponde a las Demandantes.

A la luz de lo expuesto, el Tribunal concluyó que a la fecha del Decreto de Caducidad, OEPC mantenía la titularidad sobre el 100% de los derechos que surgen del Contrato de Participación.

iv. La culpa de las Demandantes

La Demandada también sostuvo que toda recuperación que reciban las Demandantes debe ser reducida a fin de reflejar la conducta de las Demandantes que violó las leyes del Ecuador y que, según argumenta la Demandada, provocó la su decisión de declarar la caducidad.

En opinión del Tribunal, las Demandantes deberían pagar un precio por haber cometido un acto ilícito que contribuyó en forma sustancial al perjuicio que posteriormente sufrieron cuando se dictó el Decreto de Caducidad. Al analizar en qué proporción la culpa de las Demandantes contribuyó al daño sufrido por éstas, el Tribunal señala que el dictado del Decreto de Caducidad, tal como lo ha determinado el Tribunal, constituyó una sanción desproporcionada y una medida equivalente a la expropiación de la inversión significativa de las Demandantes en el Ecuador. La totalidad de los daños de las Demandantes fueron provocados por la Caducidad.

Luego de considerar y ponderar todos los argumentos que las partes presentaron ante el Tribunal, el Tribunal, en ejercicio de su amplia discrecionalidad, determinó que, como consecuencia de su sustancial y significativo acto ilícito, las Demandantes contribuyeron en un 25% al perjuicio sufrido cuando la Demandada sancionó el Decreto de Caducidad. Manifestó que la consecuente atribución de responsabilidad entre las Demandantes y la Demandada – es decir, un 25% y un 75% – era justa y razonable.

v. El valor justo del mercado de las inversiones de las Demandantes

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

Estos flujos de caja netos se determinan de manera apropiada calculando el flujo de beneficios (“flujos de caja”) que las Demandantes habrían esperado obtener

razonablemente en un estado de situación en el que hipotéticamente la terminación del Contrato de Participación no ocurrió y comparándolo con el flujo de caja real obtenido por las Demandantes con posterioridad a la terminación.

La diferencia entre estos dos flujos de caja (el estado de situación en el que no hubo terminación menos el estado de situación real con terminación del contrato), descontados a la fecha real de terminación contractual, es la medida económicamente apropiada y confiable del daño económico acumulativo sufrido por las Demandantes como consecuencia de la terminación contractual.

vi. Los daños indirectos alegados por las Demandantes.

Las Demandantes alegaron que también han sufrido daños indirectos como consecuencia del Decreto de Caducidad, tales como los compromisos de despacho o pago; indemnizaciones por despido anticipado; una carga abandonada.

El Tribunal concluyó que el reclamo por los compromisos de despacho o pago resultaba, en esencia, especulativo. Asimismo, las indemnizaciones por despido anticipado no podían ser atribuidas al Decreto de Caducidad. Por último, las Demandantes no han ofrecido prueba suficiente sobre la existencia y valor de la carga.

vii. Cálculo de los daños

El Tribunal determinó que el Valor Actual Neto de los flujos de caja descontados generados por la producción de OEPC en el Bloque 15 al 16 de mayo de 2006 asciende a US\$ 2.359.500.000 (dos mil trescientos cincuenta y nueve millones quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América). Luego de haber determinado que los daños de las Demandantes deberían reducirse en un 25% en función de su acto indebido que contribuyó de manera sustancial a los daños posteriormente sufridos cuando se sancionó el Decreto de Caducidad el 15 de mayo de 2006, los daños sufridos por las Demandantes a causa de la expropiación por parte de Ecuador ascienden a US\$ 1.769.625.000174 (mil setecientos sesenta y nueve millones seiscientos veinte cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) que el Tribunal ordenó pagar a la Demandada.

El Tribunal concluye que las Demandantes tienen derecho a percibir intereses anteriores al laudo a una tasa anual del 4.188%, compuesta anualmente desde el 16 de mayo de 2006, hasta la fecha del presente Laudo. El Tribunal observa que este enfoque es coherente con los términos del TBI, que dispone expresamente en su Artículo III la aplicación de “intereses devengados a un tipo de interés comercialmente razonable desde la fecha de la expropiación”.

(g) La improcedencia de la reconvención de la Demandada (paras. 854-869)

La Demandada argumentó que las Demandantes iniciaron y continuaron con el presente caso de mala fe. Sin embargo, tal como fue señalado precedentemente, el Tribunal concluyó que, no puede considerarse que el presente procedimiento iniciado por las Demandantes carece de fundamentos o que es malicioso o abusivo. La acusación y la reconvención de la Demandada sobre este punto fueron, por lo tanto, improcedentes.

La acusación de la Demandada de que OEPC utilizó la vía diplomática o Consular en violación a las disposiciones del Contrato de Participación, el Tribunal determinó que no existe prueba alguna de que las Demandantes hayan solicitado alguna vez ayuda del Gobierno de los Estados Unidos en relación con la controversia sobre caducidad a través de los canales diplomáticos. La reconvención de la Demandada sobre este punto fue, por lo tanto, improcedente.

La acusación de la Demandada sobre la conducta destructiva e ilícita de las Demandantes no fue declarada procedente toda vez que las Demandantes no han ofrecido prueba al respecto.

3. Decisión

La mayoría del Tribunal resolvió que Ecuador violó el Artículo II.3(a) del Tratado al no acordar trato justo y equitativo a la inversión de las Demandantes, y al no brindarle a las Demandantes el trato mínimo exigible conforme a derecho internacional. Asimismo determinó que Ecuador violó el Artículo III.1 del Tratado al expropiar la inversión de la Demandantes en el Bloque 15 a través de una medida “equivalente a la expropiación”. Además consideró que Ecuador dictó el

Decreto de Caducidad en violación del derecho ecuatoriano y el derecho internacional consuetudinario.

Por otra parte concluyó que OEPC violó la Cláusula 16.1 del Contrato de Participación al no obtener la autorización ministerial necesaria a los fines de la transferencia de derechos mediante el Acuerdo de Farmout, y que, como resultado de esta violación, los daños otorgados a las Demandantes serían reducidos por un factor del 25%.

En conclusión, otorgó a las Demandantes una indemnización de US\$1.769.625.000 (Mil setecientos sesenta y nueve millones, seiscientos veinticinco mil dólares estadounidenses). Se ordenó al Ecuador pagar intereses devengados hasta la emisión del laudo sobre el monto de la indemnización a una tasa anual del 4,188%, compuestos anualmente, desde el 16 de mayo de 2006 hasta la fecha del presente Laudo. También se ordenó al Ecuador pagar intereses devengados con posterioridad a la emisión del laudo a la tasa LIBOR a seis meses de los Estados Unidos, compuestos mensualmente.

4. Opinión disidente

De conformidad con el Artículo 48(4) del Convenio del CIADI, la árbitro Stern disintió de la mayoría.

Prof. Stern compartió el análisis de los hechos y el derecho que indicaron que la Demandada actuó de manera desproporcionada al reaccionar a la grave violación de sus leyes por parte de las Demandantes. Sin embargo, discrepó con el cálculo de daños, ya que consideró que se fundó en bases jurídicas completamente erróneas. Para ser más precisa, indicó que no discrepó con las cifras, sino con los principios aplicados (o no) para obtener tales cifras.

Para así fundamentar, manifestó en primer lugar 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”⁷. Agregó también que realizó un análisis distinto de las leyes aplicables a los fines de la determinación de daños.

En segundo lugar, y en relación a los efectos del Acuerdo de Farmout, consideró que el enfoque de la mayoría presentaba dos aspectos cuestionables. El primero de ellos era el análisis de la cuestión de la efectividad de un acto jurídico conforme al derecho ecuatoriano, que se basaba en una falta absoluta de fundamentación. El segundo era 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.

(a) Los efectos del accionar ilícito de las Demandantes (paras. 7-8)

Consideró que se subestimó enormemente la contribución de las Demandantes al daño, ya que estas últimas deliberadamente asumieron el riesgo de la caducidad por su propio comportamiento. Debería haberse adoptado una división de 50/50 en materia de responsabilidad entre las Demandantes y la Demandada, por el hecho de que las Demandantes procedieron en forma imprudente desde el punto de vista comercial, e ilegal.

(b) El análisis de la Ley 42 (paras. 9-13)

Señaló que existe consenso generalizado en que los Estados tienen amplia discrecionalidad al ejercer sus potestades fiscales, y en este sentido, de no existir una cláusula contractual de estabilidad fiscal, nada le impide al Estado participar en los beneficios de un cambio en la situación económica, que surgen de sus recursos naturales inalienables.⁸ Los impuestos a las ganancias imprevistas son medidas habituales para ajustar la distribución de los ingresos provenientes de recursos naturales entre los Estados y las empresas privadas.

⁷ Ver Opinión disidente, ¶ 4.

⁸ *Ibid.*, ¶ 9.

Si bien para la mayoría, la Ley 42 no constituía un impuesto ni un gravamen, siendo que se trataba de “una decisión unilateral del Congreso Ecuatoriano para asignar al Estado Ecuatoriano un porcentaje definido de los ingresos obtenidos por compañías contratistas”⁹, se la describe con la función de un impuesto o un gravamen.

Manifestó que la Ley 42 no violó el Contrato de Participación ya que trataba cuestiones distintas a las reguladas por este último. Más aún, considerando que la Ley 42 constituía claramente un impuesto, “habría concluido que no existe violación alguna, ya que una ley que le permite al contratista beneficiarse de un 50% de ganancias imprevistas no afecta la “economía del contrato”¹⁰. Concluyó entonces que la Ley 42 debió haberse tomado en consideración en el cálculo de los daños.

(c) El análisis de la Ley Interpretativa del IVA (paras. 14-15)

Indicó que se desprende del Contrato de Participación que no cualquier cobro del IVA tenía un impacto *ipso facto* en la economía del contrato. Tal impacto debió ser analizado, y la mayoría no lo hizo. “[E]l 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”¹¹. Por ello, concluyó que la Ley Interpretativa del IVA debió haberse aplicado a los fines del cálculo de daños.

(d) Las distintas cuestiones planteadas por el Acuerdo de Farmout (paras. 16-168)

Los efectos del Acuerdo de Farmout constituyó la principal cuestión que motivó la redacción del voto en disidencia.

Como comentario introductorio, manifestó que los dos interrogantes, a saber “¿Cuál fue el efecto de la firma del Acuerdo de Farmout sobre los derechos de

⁹ Ver Laudo, ¶ 510.

¹⁰ Ver Opinión disidente, ¶ 12.

¹¹ *Ibíd.*, ¶ 14.

OEPC?” y “¿El Acuerdo de Farmout puede considerarse inexistente o nulo de pleno derecho al producirse la caducidad?”, son independientes entre sí. Una cosa era saber si la situación jurídica generada por el Acuerdo de Farmout transfirió derechos o sólo generó responsabilidad, cuestión decisiva a fin de determinar si las Demandantes violaron el derecho ecuatoriano. Y la segunda cuestión radicaba en decidir si la transferencia de derechos era inexistente o automáticamente nula. Manifestó que la posición de la mayoría fue contradictoria en este sentido ya que consideró que la situación inicial de una cesión de derechos dejó de existir automáticamente por aplicación del Artículo 79 de la LHC, pero al mismo tiempo concluyó que subsistía la responsabilidad de las Demandantes. Como en primer lugar no existe tal responsabilidad, estos dos aspectos de la posición de la mayoría, en su opinión, eran contradictorios.

- i. ¿Cuál fue el efecto de la firma del Acuerdo de Farmout sobre los derechos de OEPC?

La mayoría del Tribunal concluyó que gran parte de los montos invertidos en el Bloque 15 fueron aportados por otra entidad distinta de las Demandantes (AEC, hoy Andes). El Tribunal reconoció también que los derechos se transfirieron a AEC, y luego se transfirieron a Andes. Siendo ello así, “[n]o veo cómo sería posible otorgar daños relativos a derechos que ya no les pertenecen a las Demandantes, sin violar las normas fundamentales del derecho internacional”.¹²

Compartió la decisión del Tribunal de que, mediante el Acuerdo de Farmout, las Demandantes efectivamente transfirieron el 40% de sus derechos bajo el Contrato de Participación a AEC. Sin embargo, consideró que la pregunta seguía siendo si esta situación fue modificada por el dictado de la caducidad.

- ii. ¿Puede considerarse inexistente o nulo de nulidad absoluta el Acuerdo de Farmout al producirse la caducidad? Cuestiones sustantivas.

¹² *Ibíd.*, ¶ 36.

La cuestión a dilucidar era si el Tribunal podía considerar la transferencia inexistente o nula por haberse producido la caducidad, por aplicación de las leyes de Nueva York y/o del Ecuador. La mayoría respondió la pregunta afirmativamente. Por consiguiente, otorgó daños a las Demandantes como si jamás hubieran celebrado el Acuerdo de Farmout y como si el Acuerdo no se hubiera ejecutado, en lo que respecta a los pagos de AEC a las Demandantes por la adquisición de sus derechos de propiedad.

Manifestó sin embargo que la cuestión primordial era si con arreglo a la ley aplicable, la existencia o nulidad se producían de pleno derecho o es necesaria una declaración judicial en tal sentido. A fin de responder esta pregunta, manifestó que debía encontrarse una determinación de la ley aplicable.

Afirmó que en ambos órdenes jurídicos, la inexistencia no era relevante en las circunstancias y la nulidad provocada por la falta de autorización debía ser declarada por un juez.

La mayoría concluyó que el Acuerdo de Farmout debía interpretarse por aplicación del derecho ecuatoriano, y que conforme a este derecho y las leyes de Nueva York, el Acuerdo era inexistente o nulo de pleno derecho. Por su parte, manifestó que la inexistencia era un concepto de uso restrictivo y no podía aplicarse a un caso de falta de autorización y, por otra parte, la nulidad absoluta debía ser declarada por un tribunal.

Agregó que independientemente de que se aplique el derecho ecuatoriano o las leyes de Nueva York, el Acuerdo de Farmout no se puede dejar de lado a la hora de determinar los daños a otorgarse a las Demandantes. No sólo no se han cumplido las condiciones de inexistencia, sino que la nulidad absoluta a la que se hace referencia en el Artículo 79 de la LHC debe ser declarada por un tribunal competente.

Concluyó que debió haberse tomado en consideración el Acuerdo de Farmout, ya que está plenamente vigente y resulta exigible.

iii. ¿Este Tribunal del CIADI podía considerar el Acuerdo de Farmout inexistente o nulo ante el dictado de la caducidad? Cuestiones jurisdiccionales.

La cuestión era si el Tribunal debió haber declarado que esta operación era inexistente o nula desde el principio, de modo tal que se privaría a AEC de los derechos que le corresponden en virtud del Contrato de Participación en virtud de este Laudo dictado en un procedimiento en el que no es parte.

Consideró que al tomar esa decisión, la mayoría se arrogó una competencia que claramente no posee y, al ejercer esa competencia, no aplicó los principios básicos de derecho internacional relativos a la responsabilidad internacional. En efecto, indicó que la mayoría se excedió manifiestamente en su jurisdicción al anular los derechos que le correspondían a AEC.

“Yo no estaba al tanto de que nuestro Tribunal CIADI estuviera facultado a actuar como juez del Ecuador y declarar nulo un contrato en el que la ley aplicable es el derecho de Nueva York. En efecto, independientemente del orden jurídico aplicable, nuestro Tribunal no goza de esa potestad”.¹³ Al declarar la inexistencia/nulidad del Acuerdo de Farmout entre una parte del arbitraje y un tercero no parte del arbitraje, consideró que la mayoría ejerció una facultad que no tenía, pues “[e]l Tribunal no debía resolver una controversia contractual respecto del Acuerdo de Farmout, y no se ha presentado ningún argumento en el sentido de que la existencia del Acuerdo de Farmout constituya una violación del TBI Ecuador/Estados Unidos”.¹⁴

Manifestó que la decisión de la mayoría equivalió a “expropiar” a una empresa china sobre la cual claramente carece de jurisdicción con arreglo a la reglas del derecho internacional: 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. Para más, afirmó que al declarar

¹³ *Ibíd.*, ¶ 124.

¹⁴ *Ibíd.*

inexistentes los derechos de AEC, la mayoría despojó 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.

Enfatizó también que la mayoría ignoró la existencia del Acuerdo de Farmout a los fines del cálculo de daños, sin siquiera restaurar la situación que se habría producido de no haberse celebrado el Farmout. Para hacer justicia, consideró que debió haber repuesto la situación que se habría producido de no declararse inexistente o nula la ejecución del Acuerdo de Farmout antes de sacar conclusiones sobre su inexistencia, a pesar de que todos ya sabían que existía y que se ejecutó plenamente.

Concluyó que la mayoría no aplicó la ley aplicable al cálculo de daños, que es el derecho internacional. Por otra parte, afirmó que si OPEC no entregara el 40% de la indemnización a AEC, precisamente con fundamento en el Laudo -que establece que AEC no tiene ningún derecho- la decisión de la mayoría habría condonado la violación del principio internacional que prohíbe el enriquecimiento injusto.

(iv) Si la mayoría no hubiera excedido manifiestamente sus facultades al anular los derechos de Andes, el Tribunal sólo podría haber ordenado el pago del 60% de los daños a las Demandantes, de conformidad con los principios de derecho internacional

Afirmó que de haberse tomado en consideración el Acuerdo de Farmout, como correspondía, el Tribunal no podría haber ordenado el pago del 100% de los daños a las Demandantes. En consecuencia, no debía indemnizarse a OEPC por el 100% del valor del Bloque 15, y, por consiguiente, sólo tenía derecho al 60% de los daños.

En primer lugar, consideró que según los principios de derecho internacional que rigen la jurisdicción del Tribunal, el Tribunal no podía ordenar el pago de daños en beneficio de AEC, debido a los límites a la competencia *ratione personae*. Indicó que una porción significativa de los montos invertidos en el Bloque 15 fue aportada por entidades sobre las cuales el Tribunal carecía de jurisdicción con arreglo al TBI Ecuador/Estados Unidos (AEC, hoy Andes). Es bien sabido que una inversión requiere de un aporte: no se ha discutido que OEPC haya contribuido

únicamente el 60 % del valor de la inversión ya que el otro 40 %, incluidos tantos los gastos de capital inicial como los gastos operativos durante la vida del proyecto, fueron pagados por AEC. Si dos inversores distintos reclaman por la interferencia con sus derechos, ambos deben presentar un reclamo, y un inversor no puede presentar un reclamo en nombre de otro, especialmente cuando no tienen la misma nacionalidad y no pueden invocar el mismo TBI, como sucede en la especie.

Así, indicó que no puede indemnizarse indirectamente a terceros no partes que no pueden beneficiarse del TBI conforme al cual se presentó el caso. Por ello, no era 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.

En segundo lugar, 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, manifestó que el Tribunal no podía ordenar el pago de daños que beneficiaran a AEC, ya que, en el caso de dominio compartido entre un beneficiario y un administrador fiduciario, sólo el beneficiario tiene derecho a percibir compensación. En lo que respecta al 40% de los derechos e intereses en el Bloque 15, afirmó que existe un dominio imperfecto o división de título, ya que la titularidad nominal le corresponde a OEPC y al interés beneficial le corresponde a AEC. Conforme a los principios de derecho internacional aplicables a este tipo de situaciones hay una división del título, y sólo el beneficiario, AEC, podía reclamar por la interferencia con sus intereses, ya que OEPC no tiene legitimación para reclamar en nombre del beneficiario.

Asimismo, de conformidad con los principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado, OEPC debió haber recibido únicamente el 60% de los daños totales. Destacó que al determinar los daños por violaciones de derecho internacional, el tribunal debía determinar los daños causados en forma directa y efectiva por la parte incumplidora y restituir al demandante, en la medida de lo posible, a la posición que habría ocupado de no ser por el ilícito. Enfatizó que al

estimar los daños causados por un acto ilícito, sólo el valor de los bienes, derechos e intereses que se han visto afectados y el propietario de los cuales es la persona a nombre del cual la indemnización se solicita, o el daño hecho a aquel que sirve como medida para calcular la reparación reclamada, deben ser tenidos en cuenta. En el particular, consideró que el hecho de indemnizar a OEPC por el 60% de sus derechos restantes se habría ajustado perfectamente al principio de reparación plena. La restitución es la reparación por excelencia y, cuando no es posible la restitución, el monto de los daños debe ser equivalente al valor que habría representado la restitución para las Demandantes. Así, la obligación de otorgar daños equivalentes a la restitución surge precisamente porque la restitución misma ya no es posible.

Una indemnización equivalente al 60% del valor del Bloque 15 a las Demandantes se habría ajustado perfectamente al principio de indemnización plena. El valor total de la inversión de OEPC ascendía sólo al 60% el valor total del Contrato de Participación. Por ello entiendo que el Tribunal debió haber concluido que OEPC tiene derecho al 60% del valor del Bloque 15, lo cual se ajusta al principio de indemnización plena. De ese modo, Ecuador habría indemnizado a las Demandantes por el valor total de su inversión que, por los motivos expuestos precedentemente, no incluye la porción de los derechos financiados por AEC, que pertenecen a estas últimas.

Por último, indicó que según el principio internacional que prohíbe el enriquecimiento ilícito, las Demandantes se enriquecerán ilícitamente si después de percibir el pago de AEC por la adquisición del 40% de los derechos económicos emanados del Contrato de Participación, reciben el equivalente al 40% de tales derechos

Concluyó su voto manifestando que no cabe duda de que las Demandantes no podían eludir el hecho de que, con o sin caducidad, con o sin declaración de nulidad de la cesión del derecho por parte de la mayoría, sólo tenían derecho a percibir un 60% de los beneficios del Contrato de Participación, porque AEC tenía derecho a percibir el 40% de los beneficios totales. Por tanto, AEC sufragó el 40% de todos los gastos incurridos en el Bloque 15, y por consiguiente no habría

justificación para ordenar el pago de una indemnización por las pérdidas que sufrió AEC como resultado de su inversión en el Bloque 15 a OEPC.

El Tribunal no debió haber ordenado el pago del 100% de los daños a las Demandantes, ya que no tiene garantía alguna de que éstas transferirán el 40% a Andes, ya que no se podían garantizar los derechos de AEC en el marco del Laudo de un Tribunal que respeta los límites de su jurisdicción, ya que ello afectaría los derechos de un tercero que no es parte en la controversia. Destacó que si OEPC hubiera cumplido con la obligación de transferir el 40% de la indemnización a AEC, ello indicaría precisamente que no reclama el 100% por sí, sino que reclama sólo el 60% para sí, y el 40% en nombre de AEC.

Parecería que no sería justo que la celebración del Acuerdo de Farmout entre OEPC y AEC el 1 de octubre de 2000 le permitiera al Ecuador, tras la caducidad, indemnizar a OEPC sólo por el 60% de su participación en el Bloque 15, a pesar de haber adquirido efectivamente el 100% del Bloque 15 mediante el dictado del Decreto de Caducidad. “Yo quisiera mencionar que no hay ilicitud aquí, ya que esto se desprende meramente de los límites a la jurisdicción de los tribunales del CIADI...En realidad, cada vez que un tribunal internacional no tuviera jurisdicción sobre un caso que parece tener sustento, teóricamente podría decirse que el Estado se enriqueció ilegalmente. Pero ello no debe sorprender a nadie, ya que resulta simplemente de los límites al acceso al arbitraje internacional, que la mayoría ha ignorado por completo”.¹⁵

¹⁵ *Ibid.*, ¶ 167-168.