

**Horacio A. Grigera Naón**  
*Doctor en Derecho*

**Disidencia Parcial**

En el

Arbitraje entre

Murphy Exploration and Production Company International

(en adelante "Murphy" o "Demandante")

Y

La República del Ecuador

(en adelante "Ecuador" o "Demandada")

(ambas partes colectivamente designadas "Partes")

Caso CIADI No. ARB/08/4

**A. Preliminar**

1. Debo apartarme del razonamiento y conclusiones del laudo emitido en estas actuaciones (el "Laudo") sólo y exclusivamente en cuanto en éste se niega la jurisdicción del Tribunal Arbitral basándose para ello en la ausencia de agotamiento del período de negociaciones previas o "período de enfriamiento" previsto en el Tratado Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América del 22 de abril de 1997 ("TBI").

2. Es indiscutido que a partir de septiembre de 2005<sup>1</sup> se iniciaron, con la anuencia del entonces Presidente del Ecuador, negociaciones entre las compañías petroleras extranjeras con operaciones en ese país y la empresa petrolera estatal Petroecuador en representación del Estado ecuatoriano motivadas por la intención del Ecuador de mejorar, atento al aumento del precio del petróleo, su participación económica en los contratos petroleros existentes con Petroecuador estructurados como *product sharing agreements* (los "Contratos Petroleros"), es decir, según una modalidad que le asignaba a cada una de las partes en tales contratos una cierta participación en el crudo extraído.

3. Es también indiscutido que Repsol S.A. ("Repsol") participó en tales negociaciones en cuanto se referían al Bloque 16 y al contrato del 27 de diciembre de 1996 entre Petroecuador en nombre del Estado

---

<sup>1</sup> *Ecuador Inmediato*, 21 de septiembre de 2005, CEX-48.

ecuatoriano y las contratistas suscriptoras del mismo (el “Contrato”)<sup>2</sup>, que tales contratistas incluían a Murphy Ecuador Oil Company Ltd (“Murphy Ecuador”) entre las integrantes no-operadoras de la parte contratista, y que Repsol revestía la condición de operadora del área cubierta por el Contrato<sup>3</sup>.

4. Es igualmente indiscutido que Ecuador, insatisfecho con lo que Ecuador estimaba ser una resistencia de las petroleras a negociar al aferrarse a los Contratos Petroleros existentes de los que eran parte, puso fin a dichas negociaciones y promulgó la Ley 42 reformativa de la Ley de Hidrocarburos, publicada el 25 de abril de 2006 (la “Ley 42”), por la cual introdujo, unilateralmente, una participación del 50% a favor de Ecuador sobre la diferencia en más entre el precio promedio mensual efectivo de venta FOB del petróleo crudo ecuatoriano y el precio promedio mensual de venta de dicho crudo a la fecha de celebración de los Contratos Petroleros<sup>4</sup>.

#### **B. La Diferencia Bajo el TBI y su Manifestación**

5. Murphy afirma que en el momento indicado en el párrafo 4 precedente surge la diferencia bajo el TBI entre Ecuador y Murphy a partir de la cual debe computarse el plazo de seis meses previsto en el TBI para negociaciones entre las Partes, vencido el cual se abren las puertas para las instancias arbitrales, contempladas en el Artículo 6.3 del TBI; es decir, mucho antes de la fecha de iniciación del presente arbitraje por Murphy el 3 marzo de 2008 y de la carta del 29 de febrero de 2008 por la cual Murphy comunica a Ecuador su consentimiento para someter a la jurisdicción del CIADI la diferencia existente entre Murphy y Ecuador bajo el TBI descrita en dicha carta (la “Carta”). La Demandada afirma que recién conoció la existencia de reclamos de Murphy al recibir la Carta y que la disputa entre Murphy y Ecuador bajo el TBI no pudo originarse antes del 3 de marzo de 2008; es decir, antes de la iniciación del presente arbitraje por Murphy<sup>5</sup>. Implícita en tal afirmación de Ecuador es que recién en esta última fecha se habría suscitado una diferencia bajo el TBI entre Murphy y Ecuador.

6. Es generalmente admitido que la mera presencia de un conflicto de intereses de orden legal es suficiente para configurar la existencia de una diferencia o disputa. Así, la Corte Internacional de Justicia, en consonancia con su jurisprudencia anterior, ha decidido que:

---

<sup>2</sup> *El Comercio* del 22 de noviembre de 2005, Anexo A-1 referido en la Audiencia del 6 de abril de 2010.

<sup>3</sup> La prueba, no contrastada por el Ecuador, revela que aún antes de la adopción de la Ley 42 hubieron negociaciones con las petroleras, incluida Repsol, en las cuales ésta actuó en el interés propio y el de los no-operadores, y que al fracasar dichas negociaciones, Ecuador adoptó dicha Ley (artículos periodísticos de fechas 21 de septiembre de 2005 (Ecuador Inmediato); 21 y 22 de noviembre de 2005 (ElComercio)), luego que el ministro de economía del Ecuador, Sr. Diego Borja, pusiera fin a las negociaciones (artículo periodístico de El Comercio del 2 de agosto de 2006) y anunciase que el Ecuador iba a ejercer su voluntad soberana al respecto.

<sup>4</sup> Registro Oficial del 25 de abril de 2006, CEX-49.

<sup>5</sup> Objeciones jurisdiccionales de Ecuador del 15 de agosto de 2009, no. 104, págs. 47-48.

*“According to the consistent jurisdiction of the Court and the Permanent Court of International Justice, a dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests between parties [numerosas citas omitidas]. Moreover, for the purposes of verifying the existence of a legal dispute it falls to the Court to determine whether “the claim of one party is positively opposed by the other”<sup>6</sup>.*

7. No cabe duda, pues, que la resistencia, de un lado, de las petroleras a aceptar cambios en lo que ellas entendían como sus derechos bajo los Contratos Petroleros vigentes y, de otro lado, la decisión de Ecuador de ejercer potestades soberanas para imponer a aquéllas, mediante la adopción de la Ley 42, un régimen de participación económica a favor del Estado Ecuatoriano que para las petroleras importaba una violación de tales derechos, constituye un conflicto de intereses con fuertes connotaciones jurídicas, frente al cual las partes involucradas mantienen posiciones radicalmente antagónicas; y que, por lo tanto, desde ese momento, el 25 de abril de 2006, brota o se suscita una diferencia calificable como tal bajo el derecho internacional.

8. En sus partes relevantes, el Artículo 6.2 y 6.3 a) del TBI reza como sigue:

(...)

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

(...)

*c) Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 de este artículo.*

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

(...)

9. El Artículo 6.2 y 6.3 a) del TBI – a diferencia de otros tratados similares, como por ejemplo el Acuerdo para la promoción y protección de inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador del 26 de junio de 1996 - no define cuando surge una diferencia en materia de inversiones ni impone o requiere que ésta sea alegada, planteada por escrito u otra forma o reclamada bajo alguna modalidad específica para constituirla, conocerla, formularla, manifestarla o para iniciar el proceso de

---

<sup>6</sup> CIJ, “Case concerning certain property (Liechtenstein v. Germany)”, sentencia del 10 de febrero de 2005, no.24, pág. 16, (Preliminary Objections Judgment, ICJ Reports 2005, p. 6).

negociaciones previas o su continuación; y establece, en cambio, que el plazo de 6 meses comienza a correr a partir del momento del surgimiento de la diferencia.

10. El Artículo 6 del TBI se refiere exclusivamente a "*diferencias en materia de inversión*". Claramente, diferencias de orden u origen contractual pueden constituir al mismo tiempo diferencias bajo acuerdos de protección de la inversión extranjera relevantes para el caso<sup>7</sup>; y según sus planteos en este arbitraje, Murphy alega que la Ley 42, constituye, a la vez y simultáneamente, una violación del Contrato y del TBI<sup>8</sup>. A los efectos jurisdiccionales (que son los únicos a considerar en este estadio procesal), como lo ha reconocido continuada jurisprudencia, sólo cabe evaluar tales alegaciones *prima facie* y asumirlas por ciertas como presentadas, siempre que no exista, al evaluarlas, razón para entender que dichas alegaciones son inverosímiles, frívolas o temerarias<sup>9</sup>. Debe concluirse pues, a tales efectos, que la diferencia bajo el Contrato y bajo el TBI "surgió" o "brotó" en un mismo momento – es decir, el 25 de abril de 2006 - en relación con ambos.

11. Como lo decidió el *Ad-Hoc Committee* en el caso *Vivendi* al resolver una cuestión de jurisdicción, "*Read literally, the requirements for arbitral jurisdiction in [Article 8] do not necessitate that the Claimant allege a breach of the BIT itself: it is sufficient that the dispute relate to an investment made under the BIT*"<sup>10</sup>. El Artículo 8 del Tratado Argentina-Francia al cual se refiere la decisión del *Ad-Hoc Committee* concierne, precisamente en sus párrafos 1 y 2, a la diferencia a partir de la cual transcurre el plazo de seis meses para la solución negociada de dicha diferencia. Esta misma interpretación es la que corresponde en relación con el Artículo 6.2/6.3 a) del TBI, cuyo texto es claro, libre de ambigüedad, y debe ser entendido conforme a su sentido literal.

12. Indudablemente, la Ley 42 y los decretos que la sucedieron guardan relación con las inversiones y derechos de Murphy como inversor relativos al Contrato y a sus inversiones en el Ecuador en el Bloque 16 dentro de los alcances del TBI. El hecho, por ejemplo, que las notas de protesta emitidas por Repsol en su calidad de operadora relacionadas con la adopción o aplicación de dicha legislación<sup>11</sup> no hagan referencia específica al TBI no impide que dichas notas reflejen y manifiesten la existencia de una

---

<sup>7</sup> Principio reafirmado recientemente en la decisión del *Ad hoc Committee* sobre anulación en el caso ICSID No. ARB/01/3 "*Enron Creditors Recovery Corp. Ponderosa Assets, L.P. vs The Argentine Republic*" no. 134, pág.54 (fecha de despacho a las Partes: 30 de Julio de 2010).

<sup>8</sup> Memorial sobre el Fondo del 30 de abril de 2009, No. 298.

<sup>9</sup> Laudo sobre jurisdicción en "*Amco Asia Corp. and others v. Indonesia*" del 25 de septiembre de 1983, 1 ICSID Reports no. 38, pág. 405 (1993). "*Methanex Corp vs United States*" (TLCAN), Primer Laudo Parcial sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 7 de agosto de 2002, no. 121, págs. 54-55, CLA-160.

<sup>10</sup> ICSID Case ARB/97/3, no. 55, pág. 115 (*Annulment Decision*).

<sup>11</sup> Por ejemplo, nota de Repsol dirigida al Jefe de la Unidad de Administración de Contratos Petroleros de Petroecuador del 18 de octubre de 2007, donde se deja constancia de los pagos bajo protesta por parte de Repsol por cuenta del consorcio contratista a partir de abril de 2006 de sumas reclamadas bajo la ley 42 y decretos reglamentarios, CEX-057.

diferencia ya existente y planteada con anterioridad bajo el TBI a partir de la adopción misma de la Ley 42, la cual ya había desencadenado el plazo de seis meses de negociaciones previas.

13. Por consiguiente: (a) con fecha 25 de abril de 2006 la diferencia suscitada con la adopción de la Ley 42 quedó configurada y trabada, a la vez, como una diferencia bajo el Contrato y como una diferencia bajo el derecho internacional alcanzada por las disposiciones de tratados internacionales eventualmente aplicables en materia de protección de inversiones tales como, en el caso de Murphy, el TBI, al tratarse al mismo tiempo de una diferencia en materia de inversión extranjera; y (b) no es menester manifestar la existencia de dicha diferencia mediante notificación o configurarla como una violación del TBI o alegarla o plantearla bajo la forma de una reclamación bajo éste o de alguna otra manera para que comience a correr el plazo previsto en su Artículo 6.3 a).

14. No desmerece tales conclusiones el hecho que Repsol haya enviado al Ecuador, con el consentimiento y en el interés de quienes eran entonces miembros de la parte contratista, la nota del 12 de noviembre de 2007 (la "Nota") con el objeto de indicar las violaciones bajo el Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones ya mencionado (el "Acuerdo") imputadas por Repsol al Ecuador y abrir el período de negociaciones como vía previa al acudimiento por Repsol al arbitraje internacional bajo el sistema del CIADI de conformidad con dicho Acuerdo. El envío de la Nota o su contenido nada tiene que ver con la satisfacción por Murphy de requerimientos bajo el TBI que hagan a sus reclamos individualmente considerados bajo cualquiera de sus Artículos, incluidos, sin limitarse a ello, el Artículo 6.2 y 6.3 a), ni con los derechos de ésta bajo el TBI.

15. La referencia en la demanda de arbitraje de Murphy del 3 de marzo de 2008 a la Nota lo fue al solo efecto de ilustrar las protestas de Murphy a través de la operadora Repsol por las medidas gubernamentales objeto de la demanda y acciones de Ecuador que, según Murphy, serían violatorias del TBI – es decir, como ilustración de la diferencia sobre la base de la cual Murphy interpone sus pretensiones bajo este último tratado<sup>12</sup> - lo que fue confirmado en la Audiencia por su representante legal<sup>13</sup>. Cabe destacar que la Nota también identifica a la adopción de la Ley 42 como fuente y momento de surgimiento de las controversias o diferencia invocadas bajo el Acuerdo, como también lo hace Murphy en este arbitraje en relación con la diferencia planteada por ella bajo el TBI<sup>14</sup>. Murphy de manera alguna dice o insinúa que la Nota – emitida respecto de un tratado distinto - constituya o intente constituir el momento a partir del cual habrá de transcurrir el plazo de seis meses bajo el

---

<sup>12</sup> Demanda de arbitraje del 3 de marzo de 2008, no. 37, pág.9: *"Since the enactment of the Government's measures adversely affecting its investment, Claimant, through its subsidiary and the Operator, has protested its application while working with the Government to negotiate an amicable resolution. This and the details of the Government's other actions in violation of the Treaty are outlined in two letters, both dated November 12, 2007, sent to the Government by the Block 16 Operator on behalf of the Claimant"*.

<sup>13</sup> Audiencia, transcripción del 5 de abril de 2010, págs. 259-261.

<sup>14</sup> Nota, No.13, pág.5: *"Estas medidas normativas, entre otras, constituyen una violación de las obligaciones de Ecuador bajo el Tratado..."*

Artículo 6.3 a) del TBI o manifestación de la existencia de la diferencia bajo dicho tratado. Ello está perfectamente explicitado en la Carta por la cual Murphy se somete a la jurisdicción del CIADI para arbitrar sus reclamos bajo el TBI contra Ecuador, donde de ninguna manera se hace hincapié en la Nota, y por el contrario se indica que transcurrieron seis meses desde que la diferencia surgió con la adopción de la Ley 42 sin haber sido resuelta de manera negociada (es decir, dicho plazo de seis meses expiró mucho antes de la fecha de la Nota<sup>15</sup>). Atento a ello, y a que la diferencia, como ya se ha indicado, se origina también en relación con Murphy con la adopción de la Ley 42, no es correcto afirmar que las negociaciones y consultas llevadas a cabo por Repsol como operadora sean anteriores en el tiempo al nacimiento de la diferencia.

16. La Nota parece encontrar explicación en el texto del Artículo XI (1) y (2) del Acuerdo, que distintamente del Artículo 6.2 del TBI, exige notificación expresa de la diferencia para manifestarla y detonar el plazo de negociaciones previas bajo el Acuerdo con el objetivo ulterior de habilitar a Repsol para acudir al arbitraje bajo el Acuerdo<sup>16</sup>. La adhesión de Murphy Ecuador a la Nota no precluye el derecho de Murphy de hacer valer separadamente sus derechos de inversor bajo un tratado distinto al Acuerdo, el TBI, ni, al hacerlo, de invocar un momento distinto para desencadenar el periodo de enfriamiento previsto en el TBI. Si el reclamo de Murphy objeto del presente arbitraje bajo el TBI se encuentra o no subsumido bajo el de Repsol al amparo del Acuerdo o no, es materia propia del fondo de estas actuaciones y no cabe ser dilucidada ahora, por lo cual la disyuntiva de si ello es así o no, no puede ser objeto de conjeturas en la presente etapa en la cual, como se ha dicho, en materia jurisdiccional habrá de estarse *prima facie* a las alegaciones de la Demandante.

17. Sea ello como fuere, lo que ocurre es que el presente caso tiene la particularidad de que los mismos hechos originan reclamaciones bajo diferentes tratados. Ello no excluye, sin embargo, la existencia de conductas relativas a tales hechos comunes a todos ellos; es decir, no susceptibles de ser visualizadas exclusivamente desde la perspectiva de uno solo de tales tratados. Ese carácter común tampoco autoriza a captar esas conductas bajo las disposiciones de un tratado con el resultado de privarlas de efectos o de significado autónomo bajo las disposiciones de otro. Por ejemplo, no corresponde atribuirle a la Nota el efecto de subsumir las negociaciones, consultas, notas y pagos bajo protesta de sumas

---

<sup>15</sup> Nota del 29 de febrero del 2008 dirigida, entre otros, al Presidente del Ecuador, pág. 4: “Estas y otras medidas crean una “disputa en materia de inversión” entre Murphy y el Gobierno según el Artículo VI del TBI. El Artículo VI(3) prevé que una sociedad afectada puede someter la disputa ante el CIADI si han transcurrido seis meses desde la fecha en que la misma surgió. Considerando que las objeciones y protestas a los actos y omisiones del Gobierno relacionados a las inversiones fueron hechas tanto por la subsidiaria de Murphy en el Ecuador como por los socios desde 2001, y el fracaso en la resolución de esas diferencias, no obstante los continuos intentos para negociarlas desde entonces, no queda duda que más de seis meses han transcurrido desde que la disputa surgió”.

<sup>16</sup> Boletín Oficial del Ecuador No. 8 del 10 de abril de 1998: “Artículo XI 1. Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversionista (Sic) de la otra Parte Contratante respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será notificada por escrito, incluyendo una información detallada, por el inversionista a la Parte Contratante receptora de la inversión. En la medida de lo posible las partes tratarán de arreglar esas diferencias mediante un acuerdo amistoso. 2. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar de la fecha de notificación escrita mencionada en el párrafo 1, será sometida a elección de inversionista ... [sigue mención de instancias arbitrales por las cuales puede optar el inversionista].

requeridas por Ecuador bajo la Ley 42 y decretos sucesivos efectuados por Repsol como operadora de la Contratista como conductas que guarden relación exclusiva con el Acuerdo o sólo de relevancia para éste, y no también respecto de Murphy según sus derechos bajo el TBI de conformidad con las disposiciones que le son propias. Tampoco corresponde asignarle a la Nota el efecto de neutralizar retroactivamente o hacia el futuro el significado que corresponda atribuir desde la perspectiva del TBI y de los derechos de Murphy bajo éste a tales actuaciones de Repsol como operadora para determinar la posición de Murphy respecto de la Ley 42 y decretos sucesivos o de dichas consultas o negociaciones, y la futilidad o no de los esfuerzos negociadores anteriores o posteriores a la Nota durante el período de enfriamiento bajo el TBI en la relación entre Murphy y Ecuador. Cabe destacar que las Partes no distinguen entre el período de negociaciones anterior y posterior a la Nota. Ecuador sólo traza una diferenciación entre la etapa de negociaciones que condujo a la suscripción del contrato modificatorio del Contrato el 12 de marzo de 2009 y las negociaciones que tuvieron lugar luego de dicha fecha<sup>17</sup>, sin distinguir entre negociaciones anteriores y posteriores a la Nota.

### C. Las Partes en la Diferencia Bajo el TBI

18. La circunstancia que Repsol era la operadora bajo el Contrato actuando en representación de los restantes integrantes de la parte contratista (lo que no se encuentra en discusión) y, además, que Murphy Ecuador, controlada por Murphy, es parte de dicho Contrato, debería conducir a la conclusión que la referida diferencia, suscitada a partir de la adopción de la Ley 42, quedó planteada simultáneamente tanto en relación con Murphy Ecuador como con la misma Murphy. Sin embargo, el Laudo sugiere que en los intercambios con Petroecuador o con las autoridades ecuatorianas, la actuación de Repsol no se extendía a los derechos e intereses de quienes realizaron inversiones indirectas en el Bloque 16 bajo el Contrato y, por consiguiente, que la diferencia no quedó también planteada en relación con Murphy, dado que Murphy Ecuador, sociedad constituida de conformidad con las leyes de Bermuda, e indirectamente controlada por Murphy a través la sociedad de las Bahamas Canaam Offshore Ltd., no es parte del Contrato. No concuerdo con dicha posición.

19. Murphy Ecuador – no es materia controvertida que en la etapa relevante para el análisis estaba totalmente controlada de manera indirecta por Murphy<sup>18</sup> – también estaba dirigida por Murphy y sujeta a las instrucciones de ésta en cuanto a las posiciones a adoptar en relación con los requerimientos de Ecuador bajo la Ley 42, las negociaciones del consorcio con Ecuador en relación con la adopción de ésta, y el pago o no de las sumas exigidas bajo la Ley 42, lo cual en realidad ha sido reconocido por el representante del Ecuador<sup>19</sup>. Por ende, la actuación de la operadora Repsol ante Ecuador tanto en el curso de las negociaciones como al plantear posiciones (como los pagos bajo protesta) referentes a la

---

<sup>17</sup> Manifestación del representante del Ecuador en la Audiencia del día 5 de abril de 2010, pág. 273.

<sup>18</sup> Audiencia, transcripción del 5 de abril de 2010, pág. 261.

<sup>19</sup> Murphy International “...puso reparos [a las negociaciones con las autoridades ecuatorianas] e impidió un pronto acuerdo con el objetivo de apalancar su capacidad de negociación con Repsol...”, transcripción, día 5 de abril de 2010, pág. 61.

legitimidad de la Ley 42 refleja – mientras Murphy Ecuador permaneció bajo el control de Murphy – las posiciones de Murphy, aunque ni Murphy Ecuador ni Murphy hayan participado directamente en tales negociaciones o suscrito las cartas que evidencian el pago bajo protesta. En consecuencia, la diferencia suscitada a partir de la adopción de la Ley 42 en relación con el Contrato y sus partes también quedó automáticamente planteada en relación con Murphy, y no sólo respecto de Murphy Ecuador.

20. Como se ha destacado en un caso CIADI<sup>20</sup>:

[11] *“...in general, ICSID tribunals do not accept the view that their competence is limited by formalities, and rather they rule on their competence based on a review of the circumstances surrounding the case, and, in particular, the actual relationship among the companies involved. This jurisprudence reveals the willingness of ICSID tribunals to refrain from making decisions on their competence based on formal appearances, and to base their decisions on a realistic assessment of the situation before them.*

[12] *It is for this reason that ICSID tribunals are more willing to work their way from subsidiary to the parent company rather than the other way round....”*

21. Este razonamiento, de relevancia para determinar quiénes son las partes involucradas o afectadas en la etapa previa de negociaciones que precede a la demanda arbitral, ha recibido confirmación reciente en el caso *Burlington*, también referido en parte a diferencias semejantes a las que originan este arbitraje, aunque concernientes a Bloques distintos ubicados en el Ecuador. En dicho caso, bajo circunstancias similares, se reconoció que atento a que la actuación de la operadora *Perenco* era imputable a la subsidiaria del inversor extranjero, dicha actuación no era tan sólo atribuible a dicha subsidiaria, sino que debía ser considerada realizada también en nombre del inversor demandante, aún cuando la subsidiaria que integraba la parte contratista estaba sólo controlada en un 50% por dicho inversor<sup>21</sup>.

#### **D. La Futilidad de las Negociaciones**

22. La prueba también revela la futilidad de negociaciones con visos de éxito entre las Partes debido a las posiciones firmemente antagónicas mantenidas por cada una de ellas luego de la adopción de la Ley 42, las que se siguieron manifestando a través del requerimiento de pago de sumas calculadas de acuerdo a la Ley 42 a partir del 6 de Julio de 2006 y los pagos bajo protesta de Repsol con dineros de las partes del Contrato. En la cartas donde Repsol formula tales protestas se deja constancia que éstas se basan en que los requerimientos de pago según la Ley 42 constituyen modificación unilateral de los Contratos Petroleros y vulneran así los derechos de la Contratista, noción esta última que incluye a Murphy Ecuador. Como ya se ha visto, al formular tales protestas, Repsol también estaba representando los intereses y la posición de Murphy, entonces controlante de Murphy Ecuador.

---

<sup>20</sup> *“Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L v. Democratic Republic of the Congo”, (ICSID Case No. ARB/98/7, laudo del 1 de septiembre de 2000), 17 FILJ 382 (2002).*

<sup>21</sup> ICSID Case No. ARB/08/05, *“Burlington Resources Inc. vs. Republic of Ecuador”,* laudo del 2 de junio de 2010, pág. 68, nos. 326-329.

23. La Ley 42 fue seguida del decreto reglamentario No. 662 promulgado el 18 de octubre de 2000, que eleva la participación de Ecuador bajo la Ley 42 del 50% al 99 %, lo que importó acentuar las ya marcadas diferencias entre la posición de Ecuador y la de Murphy al incrementarse sustancialmente mediante esta medida la contribución económica a favor del Ecuador que originó la diferencia.

24. De conformidad con las disposiciones del TBI (Artículo 6.2), también el Estado, no sólo la parte privada, debe procurar negociar. El TBI no identifica quién debe iniciar o estimular la negociación. Es un requerimiento dirigido igualmente a ambas partes.

25. La única apertura negociadora ofrecida por Ecuador luego de la adopción de dicho decreto reglamentario, según expresiones de su nuevo Presidente, Rafael Correa<sup>22</sup>, fue la transformación de los Contratos Petroleros en contratos de servicios; es decir, en acuerdos inspirados, según se deduce de las alegaciones en este caso, en una concepción jurídica y económica distinta del régimen instrumentado a través de los Contratos Petroleros. Más aún, el Presidente Correa había manifestado que la única opción negociadora posible era la de ese tipo de contrato, y que si ésta no era aceptada, la participación del 99 % prevista en el decreto reglamentario No. 662 para el Estado Ecuatoriano sería elevada al 100 %<sup>23</sup>.

26. Las constancias de estas actuaciones muestran que antes y luego de la emisión de la Nota, y aún luego de la venta por Murphy de su participación en Murphy Ecuador, Ecuador, a través de manifestaciones del Presidente Correa, continuó mateniéndose férreamente en su posición de que la única opción negociadora que podía contemplarse era la transformación de los Contratos Petroleros en contratos de servicios<sup>24</sup>. No es ocioso destacar que no hay constancias en estas actuaciones de que estas declaraciones del Presidente Correa, o las anteriormente citadas, hayan sido desmentidas oficialmente. Tampoco la Demandada ha cuestionado la veracidad o la autenticidad de las constancias aportadas por Murphy que reflejan tales declaraciones.

27. Murphy no aceptó – y no tenía obligación de aceptar - dicha opción, planteada por Ecuador, en términos sumamente terminantes y enérgicos, como la única que Ecuador estaba dispuesto a considerar como solución negociada de la diferencia entre las Partes, lo que finalmente condujo a la no suscripción por Murphy Ecuador del contrato modificatorio del Contrato ya mencionada (suscrito por Repsol el 12 de marzo de 2009), mediante el cual se establece un régimen de transición mientras proseguían negociaciones durante un año calendario (luego extendido en el tiempo, según información suministrada por Ecuador durante la Audiencia<sup>25</sup>) que apuntan a la transformación del Contrato en un contrato de servicios.

28. Claramente, criterios tan radicalmente encontrados conspiran de manera decisiva en contra de alcanzar un posible acuerdo de voluntades entre Murphy y Ecuador conducente a negociaciones

---

<sup>22</sup> Declaraciones recogidas por el diario El Universo del 23 de octubre de 2007, CEX-108.

<sup>23</sup> Declaraciones recogidas por el diario El Comercio, 6 de octubre de 2007, CEX-133.

<sup>24</sup> Declaraciones recogidas por el diario La Hora, 23 de abril de 2009, CEX-77.

<sup>25</sup> Transcripción de la Audiencia del 6 de abril de 2010, pág. 370.

fructíferas y evidencian elocuentemente la futilidad de todo esfuerzo negociador a lo largo y aún luego del plazo de seis meses previsto en el Artículo 6.3 a) del TBI, sin menester de pronunciarse acerca de si dicho plazo es de naturaleza procesal o jurisdiccional para arribar a tal conclusión. Ante tales circunstancias, sólo si se parte de la base que Murphy estaba obligada a aceptar la única opción negociadora formulada por Ecuador consistente en la transformación del Contrato en contrato de servicios, podría concluirse que proseguir el proceso negociador no sería fútil. Por cierto, tal hipótesis debe ser descartada, pues es incompatible con la idea de una negociación libre y sin condiciones establecidas de antemano.

29. El Artículo 6.2 del TBI no establece obligación de negociar, sino tan sólo la de “procurar” negociar (hacer esfuerzos), es decir, sólo traduce un compromiso de esforzarse para alcanzar una solución negociada. El TBI no impone un resultado positivo de la negociación, no establece un nivel mínimo de intentonas o esfuerzos a ser aplicados a dicho fin o para alcanzarlo, no prescribe intensidad alguna en su aplicación, ni tampoco obliga a prolongar la voluntad de negociar o el esfuerzo negociador por un plazo mínimo determinado.

30. Cabe contrastar el carácter suave de lo dispuesto en el Artículo 6.2 del TBI con el carácter terminante y perentorio del texto de su Artículo 6.3 a), que abre el derecho de acudir a la instancia arbitral de manera automática por el mero transcurso del plazo de seis meses a partir del surgimiento de la diferencia, sin referirse de manera alguna acerca de si el esfuerzo negociador fue adecuadamente emprendido o no, o de su cumplimiento. De conformidad con criterios adecuados de redacción de cláusulas para la solución de controversias en las que se contemplan, de manera combinada, un período de negociación previa seguido de instancia arbitral ulterior, el Artículo 6.3 a) del TBI establece una divisoria de aguas clara y precisa entre la etapa de negociación y la arbitral mediante la fijación de una fecha límite entre ambas, seguramente con el objeto de evitar demoras que pudieran suscitarse en razón de debates o posiciones contradictorias acerca de si efectivamente tales negociaciones fueron debidamente intentadas o tuvieron lugar o no, evitar retrasos indebidos ocasionados por disputas acerca de si la etapa de negociación previa fue o no cumplida, y minimizar así la posibilidad de que se interpongan objeciones jurisdiccionales en perjuicio del legítimo derecho de acceder a la justicia de quien persigue abrir la instancia arbitral para hacer valer sus derechos. Aún si hubiera dudas acerca de la futilidad de las negociaciones entre Murphy y el Ecuador, la presunción es que ante la ausencia de una solución negociada de las disputas entre las Partes y la expiración del plazo de seis meses previsto en el Artículo 6.3 a) del TBI, la etapa arbitral prevista en esa disposición quedó automáticamente abierta.

#### **E. Conclusiones**

31. De todo lo dicho corresponde entender que existió una diferencia directa entre Murphy y el Estado del Ecuador a los efectos del Artículo 6 del TBI a partir de la adopción de la Ley 42 por el Ecuador, y que todas las condiciones para que comenzase a correr el plazo de seis meses de negociaciones previas en relación con las pretensiones de Murphy de conformidad con dicho Artículo quedaron cumplidas desde ese momento. Atento a la fecha de promulgación de la Ley 42 (25 de abril de 2006), y en vista de que la demanda de arbitraje de Murphy fue presentada en el CIADI el 3 de marzo de 2008, es decir, mucho después de aquella fecha, el plazo para las negociaciones bajo el Artículo 6 del TBI ya había entonces

expirado y, de todas maneras, en virtud de las circunstancias del caso, tales negociaciones, los esfuerzos negociadores o su continuación ya habían demostrado su futilidad.

32. Sin perjuicio de tales consideraciones, parece difícil no advertir, dentro del marco de las particulares circunstancias específicas al presente caso, que forzar a Murphy, después de más de dos años y medio de arbitraje, a contemplar ahora una etapa negociadora de futuro incierto atento a la historia de la relación entre las Partes aquí relatada, pero con el desenlace altamente verosímil de que Murphy se verá obligada a reintroducir posteriormente la demanda instaurada en estas actuaciones en un nuevo procedimiento si quiere hacer valer los que estima ser sus derechos, no se compadece con un acceso razonablemente rápido y eficiente a las instancias arbitrales previstas en el TBI y enerva seriamente el derecho al acceso a la justicia arbitral de Murphy amparado bajo su Artículo 6.3.

33. Concluyo en rechazar la objeción jurisdiccional del Ecuador basada en el no agotamiento del período de negociaciones previsto en el Artículo 6 del TBI, con costas a cargo de la Demandada.

*[Firmado]*

Dr. Horacio A. Grigera Naón

Árbitro

Fecha: 19 de noviembre de 2010