

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

EN EL PROCEDIMIENTO ENTRE

**OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION
OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY
(DEMANDANTES)**

- Y -

**LA REPÚBLICA DEL ECUADOR
(DEMANDADA)**

(Caso CIADI No. ARB/06/11)

DECISIÓN SOBRE COMPETENCIA

Miembros del Tribunal

Sr. L. Yves Fortier, C.C., Q.C., Presidente
Sr. David A.R. Williams, Q.C., Árbitro
Profesora Brigitte Stern, Árbitro

Secretario del Tribunal

Gonzalo Flores

Ayudante del Tribunal

Renée Thériault

Representando a las Demandantes

David W. Rivkin
Gaetan J. Verhoosel
Carmen Martínez López
Debevoise & Plimpton LLP

Laura C. Abrahamson
Occidental Petroleum Corporation

Representando a la Demandada

George von Mehren
Squire, Sanders & Dempsey LLP

Eduardo Silva Romero
Pierre Mayer
Dechert LLP

Dr. Diego García Carrión
Procurador General del Estado

Fecha: 9 de septiembre de 2008

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	2
II.	ANTECEDENTES DE HECHO	5
III.	RESEÑA DE LAS EXCEPCIONES RELATIVAS A LA COMPETENCIA	10
IV.	POSICIONES DE LAS PARTES	17
	1. Primera excepción de la Demandada: La resolución de la presente diferencia entre las partes se rige por el Contrato de Participación, que según se alega excluye del arbitraje la caducidad	17
	A. Posición de la Demandada	17
	B. Posición de las Demandantes	21
	1. Segunda excepción de la Demandada: Las Demandantes no cumplieron con el período de espera de seis meses establecido en el TBI.....	28
	A. Posición de la Demandada	28
	B. Posición de las Demandantes	29
V.	ANÁLISIS DEL TRIBUNAL	30
	1. Primera excepción sobre competencia opuesta por la Demandada	30
	2. Segunda excepción sobre competencia opuesta por la Demandada	45
VI.	DECISIÓN	47

I. INTRODUCCIÓN

1. En su Decisión sobre Competencia, el Tribunal considera las excepciones opuestas por la Demandada con respecto a la competencia del Tribunal en relación con las reclamaciones formuladas por las Demandantes en el presente procedimiento del CIADI, y se pronuncia al respecto.

2. El Tribunal señala, para comenzar, que la Demandada opuso dichas excepciones conforme a lo previsto en la Regla 41 de las Reglas de Procedimiento Aplicables a los Arbitrajes del CIADI (Reglas de Arbitraje), cuyo texto es el siguiente:

“Regla 41 Excepciones preliminares

(1) Toda excepción que la diferencia o una demanda subordinada no cae dentro de la jurisdicción del Centro o que, por otras razones, no es de la competencia del Tribunal, deberá oponerse lo antes posible. La parte que oponga la excepción deberá presentársela al Secretario General a más tardar antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación o, si la excepción se refiere a una demanda subordinada, para la presentación de la réplica, a menos que la parte no haya tenido conocimiento entonces de los hechos en los que se funda la excepción.

(2) El Tribunal podrá considerar de oficio en cualquier estado del procedimiento, si la diferencia que se le ha sometido cae dentro de la jurisdicción del Centro y es de su propia competencia.

(3) En cuanto se oponga formalmente una excepción relativa a la diferencia, el Tribunal podrá decidir suspender el procedimiento sobre el fondo de la cuestión. El Presidente del Tribunal, después de consultar a los demás miembros, fijará un plazo dentro del cual las partes podrán hacer presente su parecer sobre la excepción.

(4) El Tribunal decidirá si las actuaciones adicionales relacionadas con la excepción interpuesta conforme al párrafo (1) serán orales. Podrá pronunciarse sobre la excepción como una cuestión preliminar o conjuntamente con el fondo de la diferencia. Si el Tribunal decidiere rechazarla o decidirla junto con el fondo de la diferencia, fijará nuevamente plazos para las actuaciones adicionales.

(5) Salvo que las partes hayan acordado otro procedimiento expedito para presentar excepciones preliminares, una parte podrá, a más tardar 30 días después de la constitución del Tribunal, y en cualquier caso antes de la primera sesión del Tribunal, oponer una excepción relativa a la manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación. La parte deberá especificar, tan precisamente como sea posible, el fundamento de su excepción. El Tribunal, después de dar a las partes la oportunidad de presentar sus observaciones sobre la excepción, deberá, en su primera sesión o prontamente después, notificar a las partes su decisión sobre la excepción. La decisión del Tribunal será sin perjuicio del derecho de una parte a oponer una excepción conforme al párrafo (1) u oponer, en el curso del procedimiento, defensas de que una reclamación carece de mérito jurídico.

(6) Si el Tribunal decidiera que la diferencia no cae dentro de la jurisdicción del Centro, o que no es de su competencia, o que todas las reclamaciones carecen manifiestamente de mérito jurídico, dictará un laudo a tal efecto”.

3. El Tribunal recuerda que el presente procedimiento del CIADI fue iniciado el 17 de mayo de 2006 por las Demandantes, Occidental Petroleum Corporation (“OPC”) y Occidental Exploration and Production Company (“OEPC”), mediante la presentación de una Solicitud de Arbitraje contra la Demandada, la República del Ecuador¹.

4. El Tribunal celebró su primera sesión con las partes el 2 de mayo de 2007. En las actas de la misma se consideró, *inter alia*, que la(s) eventual(es) excepción(es) de la Demandada con respecto a la competencia del Tribunal debían presentarse a más tardar el 15 de septiembre de 2007².

5. No obstante, posteriormente se presentó una solicitud de prórroga de ese plazo, en nombre de la Demandada, que cambió de abogados. El proceso de designación de nuevos

¹ La solicitud se dirigió inicialmente contra Ecuador y contra la entidad ecuatoriana conocida como “Petroecuador”, pero posteriormente las Demandantes retiraron sus reclamaciones contra esta última.

² Véanse las actas revisadas de la primera sesión, párrafo 16(2).

abogados resultó lento, y la designación formal de los nuevos abogados recién se confirmó a fines de diciembre de 2007. Oportunamente, el 11 de febrero de 2008, el Tribunal dictó su primera Resolución Procesal, estableciendo un calendario procesal revisado, que incluía un cronograma para la fase de consideración del presente procedimiento relativo a la competencia.

6. Según lo dispuesto por la referida Resolución Procesal, las partes presentaron, en esta fase relativa a la competencia, los siguientes escritos:

- De excepciones de la Demandada sobre competencia, de fecha 7 de marzo de 2008;
- De respuesta de las Demandantes sobre competencia de fecha 4 de abril de 2008;
- De réplica de la Demandada sobre competencia, de fecha 23 de abril de 2008; y
- De dúplica de las Demandantes sobre competencia, de fecha 12 de mayo de 2008.

7. Según lo dispuesto por la Resolución Procesal No. 1 del Tribunal, los días 22 y 23 de mayo de 2008 se celebró en París una audiencia sobre la competencia (“la Audiencia”).

8. Durante la Audiencia, el Tribunal escuchó a los abogados, quienes formularon amplias exposiciones iniciales y finales referentes a los diversos temas planteados por las excepciones a la competencia formuladas por la Demandada. También comparecieron para prestar su declaración oral en la Audiencia los peritos de las partes: el

Dr. Juan Pablo Aguilar Andrade por la Demandada, y el Sr. Hernán Pérez Loose por las Demandantes.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

9. A los efectos de la presente Decisión sobre Competencia no es necesario que el Tribunal formule una reseña detallada de los antecedentes de hecho de la diferencia entre las partes, por lo cual el Tribunal se limitará a resumir sólo algunos hechos pertinentes para la presente fase de consideración de la competencia. Aunque breve, este resumen no debe considerarse como prejuzgamiento de las cuestiones de hecho o de derecho que han de resolverse en la fase de consideración del fondo de la diferencia que ha dado lugar a este arbitraje.

10. En resumen, este arbitraje se refiere a diversos supuestos incumplimientos cometidos por Ecuador conforme a la legislación interna y al derecho internacional y al Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (el “Tratado” o “TBI”). Además, las Demandantes se basan en un acuerdo referido como el “Contrato de Participación”, de fecha 21 de mayo de 1999, celebrado entre OEPC, Ecuador y Petroecuador en relación con la exploración y explotación de hidrocarburos en lo que se ha denominado “Bloque 15” de la Amazonia ecuatoriana.

11. En virtud del Contrato de Participación y de los “Acuerdos Operativos” conexos referentes a los yacimientos unificados de Edén-Yuturi y Limoncocha, se otorgó a OEPC

el derecho exclusivo de realizar actividades de exploración y explotación en el territorio que se le asignó: el “Bloque 15” de la Amazonia ecuatoriana.

12. En octubre de 2000, OEPC celebró dos acuerdos (“el Acuerdo de Farmout de AEC” y el “Acuerdo Operativo de AEC”, en conjunto “los Acuerdos de AEC”) con City Investing Company Ltd. (ahora conocida como AEC Ecuador Ltd., “AEC”), filial de Bermudas de EnCana Corporation, que es una compañía canadiense de petróleo y gas. En virtud de los Acuerdos de AEC, OEPC y AEC realizaron una transacción en dos fases.

13. En una primera fase, OEPC otorgó a AEC un interés económico del 40% en la proporción de la producción del Bloque 15 que obtenía OEPC en virtud del Contrato de Participación y los Acuerdos Operativos. Como contrapartida, AEC se obligó a pagar a OEPC (i) una serie de sumas anuales determinadas a lo largo de un período cuatrienal, como aporte al financiamiento de inversiones de capital en el Bloque 15, y (ii) el 40% de los costos operativos incurridos por OEPC. El párrafo 2.01 del Artículo II del “Acuerdo de Farmout” de AEC establece:

“OEPC se obliga a [...] dar en arriendo y transferir a AEC [...] un interés económico del 40% (‘el interés de Farmout’) en la Propiedad sujeta a Farmout [...]. El interés de Farmout que ha de transferirse a AEC [...] no incluye título jurídico nominal a un interés en el Bloque 15 ni a un interés como parte en los Acuerdos [del Bloque 15]. OEPC seguirá siendo la propietaria del 100% del título jurídico a los Acuerdos [del Bloque 15] y al interés en el Bloque 15 conferido o proporcionado en los Acuerdos [del Bloque 15]”.

(Traducción del Tribunal)

14. Se preveía asimismo que en una segunda fase, una vez que AEC hubiera realizado todos los pagos preceptivos al final del período cuatrienal, y sujeto a que OEPC hubiera obtenido las aprobaciones gubernamentales necesarias, OEPC transferiría a AEC título jurídico. La segunda etapa se describe en el párrafo 4.01 del Artículo IV del “Acuerdo de Farmout”:

“[D]espués que AEC haya efectuado todos los pagos [...] OEPC y AEC otorgarán y entregarán los documentos que se requieran para transferir el título jurídico a AEC en y a un interés económico del 40% en los Acuerdos [del Bloque 15] y en el Bloque 15 y hacer de AEC parte de los Acuerdos [del Bloque 15] como propietaria de ese interés económico del 40% (sujeto a la obtención de las aprobaciones gubernamentales requeridas)”.

(Traducción del Tribunal)

15. El 1 de noviembre de 2000 OEPC emitió un comunicado de prensa en que anunciaba los Acuerdos de AEC. En él se confirmaba que OEPC seguiría siendo la operadora del Bloque 15 y que AEC recibiría un interés económico del 40% en las operaciones.

16. En 2004, después de haberse realizado los pagos que AEC estaba obligada a efectuar conforme al Acuerdo de Farmout de AEC, OEPC solicitó la aprobación del Gobierno ecuatoriano para llevar a cabo la transferencia de los títulos jurídicos. Dicha aprobación no fue otorgada.

17. Por el contrario, el 24 de agosto de 2004, invocando los Acuerdos de AEC, así como supuestos incumplimientos del Contrato de Participación descritos por el Departamento Nacional de Hidrocarburos (“DNH”), el Procurador General del Ecuador

ordenó al Ministerio de Energía y Minas que diera por terminado el Contrato de Participación y los Acuerdos Operativos a través de una declaración de caducidad.

18. El 8 de septiembre de 2004, el Ministro de Energía y Minas encomendó al Presidente Ejecutivo de Petroecuador iniciar los procedimientos de caducidad, lo que el Presidente Ejecutivo hizo el 15 de septiembre de 2004, notificando a OEPC supuestos incumplimientos del Contrato de Participación. En esa notificación se citaban las alegaciones que había efectuado el Procurador General en su carta del 24 de agosto de 2004, y se concluía que debía declararse la caducidad porque OEPC: i) había transferido a AEC, sin aprobación ministerial, derechos y obligaciones previstos en el Contrato de Participación; ii) había celebrado, sin aprobación ministerial, un acuerdo de consorcio o de asociación para realizar operaciones de exploración o explotación; iii) no había invertido las sumas mínimas requeridas conforme al Contrato de Participación, y iv) había violado repetidamente la Ley de Hidrocarburos y sus reglamentos.

19. En el subsiguiente período de aproximadamente 18 meses, OEPC efectuó una serie de manifestaciones por medio de las cuales intentó refutar, aunque infructuosamente, las alegaciones del Procurador General.

20. El 15 de mayo de 2006 el Ministro de Energía y Minas notificó a OEPC su decisión de dar por terminado el Contrato de Participación declarando su caducidad. Los Demandantes presentaron su Solicitud de Arbitraje dos días después, el 17 de mayo de 2006.

21. En su Solicitud de Arbitraje las Demandantes describieron en los términos siguientes la reparación que pretenden:

“Las Demandantes solicitan respetuosamente que se dicte un laudo en su favor, por el cual,

- (a) Se declare que las Demandadas han incurrido en incumplimiento de las obligaciones que les imponen el Contrato de Participación y los Acuerdos Operativos, el Tratado y el derecho ecuatoriano e internacional;
- (b) Se ordene a las Demandadas que declaren nulo y carente de valor el Decreto de Caducidad y restablezcan plenamente los derechos de OEPC conforme al Contrato de Participación y a los Acuerdos Operativos;
- (c) Se ordene a las Demandadas que indemnicen a las Demandantes por todos los daños y perjuicios causados por sus incumplimientos, incluidos los costos y gastos de este procedimiento, por montos que se determinarán en la audiencia, y que a juicio de las Demandantes superarán los US\$1.000 millones;
- (d) Se ordene a las Demandadas que paguen a las Demandantes intereses por todas las sumas que sean condenadas a pagarles, cuyo monto se determinará en la audiencia, y que dispongan toda otra reparación admisible y apropiada en las circunstancias del caso”.

(Traducción del Tribunal)

22. La solicitud de reparación formulada por las Demandantes fue articulada ulteriormente en los términos siguientes en su Memorial sobre los daños y perjuicios, de fecha 17 de septiembre de 2007:

“Las Demandantes solicitan respetuosamente al Tribunal:

- (a) Declarar que Ecuador violó sus obligaciones derivadas del Tratado y del derecho internacional;
- (b) Declarar que Ecuador violó sus obligaciones derivadas del Contrato de Participación y del derecho ecuatoriano;

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

23. Es en este contexto que la Demandada sostiene que el Tribunal no es competente para pronunciarse sobre las reclamaciones de las Demandantes.

III. RESEÑA DE LAS EXCEPCIONES RELATIVAS A LA COMPETENCIA

24. Para comenzar, el Tribunal observa que la Demandada ha presentado dos excepciones separadas en materia de competencia. En primer lugar, alega que el Tribunal carece de competencia para entender en la diferencia entre las partes porque la decisión relativa a esta diferencia está sujeta a lo dispuesto en las Cláusulas 21.4 y 22.2.1 del Contrato de Participación, que según la Demandada “excluye” la caducidad del ámbito del arbitraje, y/o implica renuncia al arbitraje en caso de caducidad. Esa, según la Demandada, es la consecuencia ineludible del principio jurídico ecuatoriano según el cual los decretos de caducidad como el que se considera en el presente arbitraje entrañan una presunción de legalidad, y sólo pueden impugnarse ante los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos. En segundo lugar, la Demandada sostiene que las Demandantes no cumplieron con el período de espera de seis meses previsto en el

Tratado antes de presentar su solicitud de arbitraje y, además, que sus reclamaciones son prematuras.

25. La Demandada ha expresado en los términos siguientes la reparación que pretende en esta fase relativa a la competencia:

“Por consiguiente, por las razones ya expuestas en las Excepciones a la Competencia presentadas por Ecuador y en el presente documento, y reservándose el derecho de desarrollar y expandir su presentación más adelante en vista de las ulteriores presentaciones de las Demandantes tanto escritas como orales, Ecuador ratifica las siguientes solicitudes de reparación:

- i)* el Tribunal declare que no tiene jurisdicción sobre las reclamaciones de las Demandantes;
- ii)* ordene a las Demandantes el pago de gastos de estos procedimientos arbitrales; incluyendo los gastos del Tribunal y los costas legales y otros gastos incurridos para indemnizar por completo a Ecuador;
- iii)* Pago de los intereses de cualesquiera de los gastos otorgados a Ecuador, cantidad que deberá ser determinada por el Tribunal.

En el caso, que el Tribunal dictamine que tiene jurisdicción sobre las reclamaciones de las Demandantes, Ecuador solicita:

- i)* una orden que suspenda este arbitraje hasta que OEPC impugne el Decreto de Caducidad en los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos competentes y que el tribunal emita un decisión definitiva sobre dicha impugnación;
- ii)* una orden que requiera que las Demandantes paguen los costos de estos procedimientos arbitrales; incluyendo los costos del Tribunal y los costos legales y otros incurridos para indemnizar por completo a Ecuador;
- iii)* pago de los intereses de cualesquiera de los costos otorgados a Ecuador, en una cantidad a ser determinada por el Tribunal”.

26. Como respuesta, las Demandantes alegan que ni la Cláusula 21.4 ni la Cláusula 22.2.1 excluyen del arbitraje las diferencias relativas a la caducidad. Señalan que la Cláusula 21.4 forma parte de la Sección 21 del Contrato de Participación, titulado “De la terminación y caducidad de este Contrato de Participación”. Señalan que esa sección

enuncia los diversos procedimientos que han de seguirse antes de que se dé por terminado, conforme a derecho, el acuerdo de las partes. Según las Demandantes, la Cláusula 21.4 establece ese procedimiento cuando se promueve la terminación por razones distintas de la caducidad. También rechazan la alegación de la Demandada de que la Cláusula 22.2.1 puede interpretarse como renuncia a la jurisdicción del CIADI para entender en diferencias relacionadas con la caducidad. Alegan que la cláusula no contiene un texto claro e inequívoco a esos efectos.

27. Las Demandantes agregan que aun cuando el Tribunal aceptara la interpretación de la Demandada con respecto a la Cláusula 21.4 y/o a la Cláusula 22.2.1, subsistirían las reclamaciones de OPC y OEPC basadas en el Tratado, así como las reclamaciones de OEPC basadas en el contrato, en virtud de lo dispuesto por el Artículo VI.2 del Tratado.

28. Con respecto a la alegación de la Demandada de que las Demandantes no respetaron el período de espera de seis meses previsto en el Tratado, las Demandantes sostienen que esta excepción es incompatible con la primera excepción formulada por la Demandada, que se basa en el Contrato de Participación, y no en el Tratado. Agregan que la diferencia de que se trata en realidad había surgido ya en septiembre de 2004 (más de 18 meses antes del Decreto de Caducidad) y que de todos modos un inversionista no tiene la obligación de respetar un período de espera si los intentos de llegar a una solución negociada han demostrado ser inútiles. Las Demandantes rechazan también el argumento de la Demandada de que sus reclamaciones son prematuras.

29. En consecuencia las Demandantes solicitan al Tribunal que rechace enteramente las excepciones de incompetencia opuestas por la Demandada, y condene a ésta a pagarles todas las costas de esta fase de los procedimientos.

30. En esta coyuntura, antes de considerar en forma más detallada los escritos de las partes, el Tribunal transcribirá determinadas disposiciones del Contrato de Participación y del Tratado que está llamado a interpretar y analizar para pronunciarse sobre la excepción de incompetencia opuesta por la Demandada.

31. El Contrato de Participación contiene el siguiente marco de resolución de diferencias:

“VIGÉSIMA: CONSULTORÍA Y ARBITRAJE.

20.1 Consultoría.- Los desacuerdos entre las Partes sobre asuntos de carácter técnico que involucren aspectos de carácter económico y viceversa, surgidos de la aplicación de este Contrato de Participación, excepto aquellos asuntos que por este Contrato de Participación o por la Ley deban ser decididos por autoridad competente, se someterán a los representantes legales de las Partes para su resolución. Si ésta no se acordase dentro del término de diez (10) días a contarse desde la fecha en que una de las Partes haya remitido el desacuerdo a la otra, las Partes someterán el desacuerdo a un consultor, salvo que las Partes acordasen por escrito ampliar este término en casos particulares.

[...]

20.2 Arbitraje.- Si los desacuerdos se relacionan con cualquier asunto que no esté incluido dentro del alcance de la Cláusula 20.1. o si, por cualquier razón, el sometimiento a un consultor no da como resultado una resolución final y obligatoria, todas las controversias derivadas de este Contrato de Participación se resolverán mediante arbitraje en derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 reformado de la Ley de Hidrocarburos, la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997 y según las reglas y procedimientos establecidos en esta cláusula.

[...]

20.3 No obstante lo dispuesto anteriormente, desde la fecha en que el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales

de otros Estados (el “Convenio”), suscrito por la República del Ecuador, como Estado Miembro del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, el 15 de enero de 1986 y publicado en el Registro Oficial No. 386 el 3 de marzo de 1986, sea aprobado por el Congreso Ecuatoriano, las Partes se obligan a someter las controversias o divergencias que tengan relación o surjan de la ejecución de este Contrato de Participación, a la jurisdicción y competencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el “CIADI”) para que sean arregladas y resueltas de conformidad con lo dispuesto en dicho Convenio. Bajo este sistema de arbitraje se aplicarán las siguientes disposiciones:

[...]

20.4 Adicionalmente y sin perjuicio de lo estipulado en las Cláusulas 20.2 y 20.3 de este Contrato de Participación, las Partes acuerdan también someter cualquier diferencia en materia de inversión a los Tratados, Convenios, Protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador conforme a la Ley”.

32. La Cláusula 21.4 del Contrato de Participación, que constituye un aspecto medular de la excepción de incompetencia formulada por la Demandada, tiene el texto siguiente³:

“**21.4.** La terminación de este Contrato de Participación por cualquier causa distinta a aquellas que producen caducidad, podrá ser demandada por cualesquiera de las Partes con sujeción a los procedimientos convenidos en la Cláusula Vigésima, a falta de acuerdo entre ellas”⁴.

³ La traducción al inglés proporcionada por la Demandada establece: “**21.4.**The termination of this Participation Contract for any reason other than those that result in *caducidad* may be requested by either of the Parties, subject to procedures stipulated in Clause 20 in the event that they fail to reach agreement.” Ulteriormente las Demandantes sostuvieron que la traducción de la Cláusula 21.4 “no era muy elegante”, por lo cual presentaron la nueva traducción certificada siguiente: “The termination of the Participation Contract for any cause other than those that result in *caducidad* may be requested by either of the Parties following the procedures stipulated in Clause 20, absent an agreement between them”. La Demandada rechaza esa nueva traducción y sostiene que la traducción original refleja con precisión el original en español. Las Demandantes han confirmado que “están dispuestas a trabajar con cualquiera de las dos versiones”.

⁴ En la traducción al inglés del Contrato de Participación que se adjunta al Memorial de las Demandantes sobre la Responsabilidad (documento de prueba CE-2) se traduce el término “caducidad” por “*forfeiture*”. Tanto las Demandantes como la Demandada utilizan el término “caducidad” en sus escritos ya que, conforme a la Cláusula 3.2, la versión original en español del Contrato de Participación prevalece sobre cualquier otra versión, incluida la traducción al inglés.

33. Se toma nota, asimismo, del texto de la Cláusula 22.2.1 del Contrato de Participación:

“22.2.1 En el caso de controversias que pudieren surgir a causa de la aplicación de este Contrato de Participación, la Contratista, de acuerdo con la legislación del Ecuador, renuncia de manera expresa a utilizar la vía diplomática o consular, o a recurrir a cualquier órgano jurisdiccional nacional o extranjero no previsto en este Contrato de Participación, o a un arbitraje no reconocido por la ley ecuatoriana o no previsto en este Contrato de Participación. El incumplimiento de esta disposición será motivo de caducidad de este Contrato de Participación”.

34. También resulta significativa, con respecto al tema de la competencia, la siguiente disposición del Tratado:

“ARTÍCULO VI

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

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

a) A los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia; o

b) A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convenido, o

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 con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio:

- i) Del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ('el Centro') establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 ('Convenio del CIADI'), siempre que la Parte sea parte en dicho Convenio; o
- ii) Del Mecanismo Complementario del Centro, de no ser posible recurrir a éste; o
- iii) Según las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o
- iv) De cualquier otra institución arbitral o conforme a otra norma de arbitraje, según convengan las partes en la diferencia.

b) Una vez que la sociedad o el nacional interesado dé su consentimiento, cualquiera de las partes en la diferencia podrá iniciar el arbitraje según la opción especificada en el consentimiento.

4. Cada una de las Partes consiente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio para su solución, de conformidad con la opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o de la sociedad, según el párrafo 3. Ese consentimiento, junto con el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, cuando se da conforme el párrafo 3, cumplirá el requisito de:

a) Un 'consentimiento por escrito' de las partes en la diferencia a efectos del Capítulo II de la Convención del CIADI (Jurisdicción del Centro) y a efectos de las normas del Mecanismo Complementario, y

b) Un 'acuerdo por escrito' a efectos del Artículo II de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 ('Convención de Nueva York').

5. Todo arbitraje efectuado de conformidad con la cláusula ii, iii ó iv del inciso a), párrafo 3 del presente artículo, tendrá lugar en un Estado que sea Parte en la Convención de Nueva York.

[...]"

35. En este contexto, el Tribunal pasa a considerar los argumentos respectivos de las partes con respecto a la competencia. Como el asunto fue promovido por la Demandada, el Tribunal considerará primero los argumentos de ésta, y luego los de las Demandantes.

IV. POSICIONES DE LAS PARTES

1. Primera excepción de la Demandada: La resolución de la presente diferencia entre las partes se rige por el Contrato de Participación, que según se alega excluye del arbitraje la caducidad

A. Posición de la Demandada

36. Como ya se señaló, la primera excepción sobre competencia formulada por la Demandada se basa en el argumento de que la diferencia entre las partes se rige por el Contrato de Participación, cuya Cláusula 21.4, según aduce, excluye la caducidad del ámbito del arbitraje. Según la Demandada, las Demandantes consintieron libremente en excluir del arbitraje las hipótesis de caducidad. En los términos usados por la Demandada, “ahora no pueden eludir” lo acordado.

37. Según la Demandada, la Cláusula 21.4 del Contrato de Participación fue concebida como una excepción a la posibilidad de acudir a la jurisdicción del CIADI en las circunstancias del presente caso. Basándose, *inter alia*, en esa disposición, la Demandada sostiene que es el derecho ecuatoriano, y no el Convenio del CIADI, el que rige las impugnaciones a las declaraciones de caducidad:

“La Constitución ecuatoriana le otorga competencia exclusiva a los tribunales de distrito de lo contencioso-administrativo para revisar la legalidad de actos administrativos unilaterales del Estado, y que posteriormente pueden ser apelados ante la Sala Contencioso- Administrativa de la Corte Suprema. La mencionada competencia exclusiva está reflejada en el Artículo 1 de la Ley Ecuatoriana de Arbitraje y Mediación (que reconoce el Contrato de Participación), la cual califica como no-arbitrables los asuntos que se encuentran dentro de la jurisdicción exclusiva de los tribunales – por ejemplo, aquellos asuntos que no son susceptibles de ‘transacción’ entre las partes.

[...]

Habiendo acordado que la Ley ecuatoriana rige sobre el Contrato de Participación, las Demandantes estaban obligadas a cumplir con las leyes

ecuatorianas al momento de decidir la impugnación del Decreto de Caducidad. Las Demandantes debieron haber solicitado la anulación del Decreto de Caducidad ante los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos por medio de la interposición de una demanda en contra del Decreto mismo (*recurso de plena jurisdicción*) o interponiendo una demanda para anular el Decreto (*recurso de nulidad*). Las Demandantes no actuaron sobre ninguna de las dos opciones. En consecuencia, todo organismo, incluyendo a este Tribunal, debe tomar la presunción de legalidad de dicha resolución descartando toda competencia para sentenciar sobre ellas”.

38. En su escrito de réplica la Demandada alega que las controversias que surgen de la caducidad no pueden calificarse como “controversias contractuales”⁵, sino que son de naturaleza “extracontractual”, por lo cual no pueden ser objeto de arbitraje, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador. La Demandada sostiene que la Cláusula 21.4 del Contrato de Participación no hace más que reflejar ese principio, y añade que su posición sobre este punto cuenta con el respaldo del caso del CIADI *Repsol YPF Ecuador SA c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*⁶:

“La presente interpretación se confirma bajo el derecho jurisprudencial internacional. El tribunal del CIADI en el caso *Repsol YPF Ecuador SA c. Empresa Estatal del Ecuador (Petroecuador)* sostuvo que los asuntos relacionados con la legalidad de actos administrativos, tal como lo es el Decreto de Caducidad, no son arbitrables conforme a la ley ecuatoriana. En un intento de evitar los devastadoras efectos sobre *Repsol*, las Demandantes la califican erróneamente como si estuviese confirmando la competencia del CIADI sobre un acto administrativo con efecto *res iudicata*. De hecho, *Repsol* tiene una postura totalmente opuesta.

[...]

Por lo tanto, el razonamiento del Tribunal del CIADI tiene dos aspectos: (i) si la decisión del DNH tenía como efecto la modificación unilateral del contrato, ésta transformaría el asunto de naturaleza contractual a naturaleza extra-contractual (administrativo); y (ii) sólo los asuntos contractuales son susceptibles de ‘transacciones’ y arbitraje. La palabra ‘transacción’ es la misma palabra que se encuentra en el Artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana (a la

⁵ El Tribunal constata que en sus Excepciones sobre Competencia, la Demandada sostuvo lo contrario, manifestando que las cuestiones de caducidad son de naturaleza contractual; no extracontractual.

⁶ Caso CIADI No. ARB/01/10, Laudo de fecha 20 de febrero de 2004.

cual esta sujeta el Contrato de Participación), y la cual califica como no-arbitrables a aquellos asuntos que están bajo la jurisdicción exclusiva de los tribunales – por ejemplo, asuntos que no son susceptibles de ‘transacciones’ entre las partes”.

39. A este respecto el Tribunal recuerda que en sus argumentos escritos y orales las Demandantes subrayan que sus reclamaciones se basan en el Tratado y en el contrato, en tanto que la Demandada alega que se trata de reclamaciones fundamentalmente contractuales, en el sentido de que “el Contrato de Participación en sus estipulaciones incluye específicamente al decreto de caducidad, de manera tal que los Demandantes no pueden solicitar algún recurso basados en una declaración de caducidad, en algún otro foro [es decir, mediante los medios tradicionales de impugnación previstos por las leyes ecuatorianas]”.

40. En la Audiencia, la Demandada amplió su argumento referente a la Cláusula 21.4, sosteniendo que en caso de conflicto entre las leyes ecuatorianas y el Contrato de Participación, aquellas derogan a éste, habida cuenta de lo dispuesto por la Cláusula 22.1.4 del Contrato de Participación, que establece:

“22.1.4 Marco Legal: La normativa legal aplicable a este Contrato de Participación comprende pero no se limita a los instrumentos listados a continuación:

1.- Ley de Hidrocarburos, promulgada en el Registro Oficial número setecientos once (711), de quince (15) de noviembre de mil novecientos setenta y ocho (1978).
[...]

13.- La Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997.
[...]

En caso de que hubiere alguna oposición entre los documentos indicados, el orden de prioridad entre ellos será el siguiente: Leyes, Reglamentos y este Contrato de Participación". (énfasis agregado)

41. Basándose en esa disposición del Contrato de Participación, la Demandada, en la Audiencia, sostuvo lo siguiente:

"Teniendo en cuenta lo expresado, le señalaría que se trata de una fuerte razón adicional para interpretar la Cláusula 21.4 tal como lo ha sostenido Ecuador, porque ésta es la interpretación que evita el conflicto, y siempre debe presumirse que las partes no celebraron un contrato que entrañe un conflicto fundamental. Pero si usted no comparte ese razonamiento, termina produciéndose un conflicto, y deben seguirse las directrices de la Cláusula 22.1.4, que establece que la Ley de Arbitraje y Mediación prevalece sobre todas las disposiciones en contrario del contrato".

42. La Demandada describe su primera excepción sobre competencia como expresión del doble obstáculo existente. En sus propios términos:

"Existen dos razones independientes y distintas por las cuales no son arbitrables las reclamaciones de OEPC. Primero: Las controversias sobre declaraciones de caducidad son intrínsecamente no-arbitrables de acuerdo con la ley ecuatoriana, la cual acordaron ambas partes que regiría el Contrato de Participación. Segundo: El Contrato de Participación en sí mismo excluye la caducidad como materia de arbitraje CIADI. Más importante aún, el Tribunal debe superar *ambos* obstáculos antes de poder ejercer su jurisdicción sobre las reclamaciones de OEPC". (énfasis en el original)

43. La Demandada sostiene que las Demandantes no están en condiciones de superar ninguno de esos dos obstáculos.

44. En su escrito de réplica, la Demandada interpretó un argumento adicional basándose en la Cláusula 22.2.1 del Contrato de Participación, que contiene el siguiente texto relativo a renuncia:

22.2.1 En el caso de controversias que pudieren surgir a causa a causa de la aplicación de este Contrato de Participación, la Contratista, de acuerdo con la legislación del Ecuador, renuncia de manera expresa a utilizar la vía diplomática o consular, o a recurrir a cualquier órgano jurisdiccional nacional o extranjero no

previsto en este Contrato de Participación, o a *arbitraje no reconocido por la ley ecuatoriana o no previsto en este Contrato de Participación*. El incumplimiento de esta disposición será motivo de caducidad de este Contrato de Participación. (énfasis agregado).

45. La Demandada sostiene lo siguiente:

“No es un arbitraje ‘reconocido por la ley ecuatoriana o establecido en el Contrato de Participación’ aquel arbitraje bajo las reglas del CIADI que tenga por materia la caducidad, asimismo, el arbitraje no se encuentra reconocido en los términos de la Cláusula 22.2.1. Según se explica a continuación, la Cláusula 20.4 no cambia dicha interpretación, ya que la Cláusula 21.4 y las demás disposiciones mencionadas anteriormente limitan las reclamaciones posiblemente alegadas por OEPC que deriven del tratado y estén en relación con esa Cláusula. Por tanto, en la Cláusula 22.2.1 del Contrato de Participación OEPC renunció de manera inequívoca y clara al recurso de arbitraje con respecto a asuntos sobre caducidad. El Tribunal debería desestimar el intento de las Demandantes ya que han ignorado de manera directa los límites contractuales que hacen referencia a la competencia de CIADI”.

46. Finalmente, también como parte de su réplica, la Demandada distingue en su análisis sobre la competencia lo que atañe, en primer lugar, a OEPC, y en segundo lugar a OPC. OEPC es signataria del Contrato de Participación; no así OPC, que por lo tanto, según la Demandada, carece de legitimación para formular reclamaciones como inversionista. La Demandada sostiene, alternativamente, que OPC está obligada a respetar la supuesta exclusión de la jurisdicción del CIADI acordada por OEPC conforme al Contrato de Participación.

B. Posición de las Demandantes

47. En respuesta a la primera excepción sobre competencia opuesta por la Demandada, en la medida en que se basa en la Cláusula 21.4, las Demandantes sostienen que, por las siguientes razones, dicha excepción es errónea e irrelevante:

“(i) La Sección 21 del Contrato de Participación no es una cláusula arbitral, sino tan sólo una disposición que establece los procedimientos que han de observarse para terminar legítimamente el Contrato de Participación. La Cláusula 21.4 en

ella establecida no está destinada, por lo tanto, a excluir diferencias que surjan de una declaración de caducidad emanada de un arbitraje de los previstos en la Cláusula 20.3;

(ii) Aunque se aceptara la interpretación dada por la Demandada a la Cláusula 21.4 – de que ésta refleje un acuerdo contractual de no someter a arbitraje las diferencias sobre rescisión unilateral – las reclamaciones de OPC basadas en el Tratado sobrevivirían, ya que OPC no es signataria del Contrato de Participación;

(iii) La interpretación dada por la Demandada a la Cláusula 21.4 – y su excepción basada en esa interpretación – tienen como premisa que las reclamaciones de las Demandantes resultan de supuesto incumplimiento del Contrato de Participación. No obstante, tanto OPC como OEPC han presentado principalmente reclamaciones basadas en el Tratado, que sobreviven sea cual fuere la interpretación de la Demandada sobre la Cláusula 21.4;

(iv) Las reclamaciones de OEPC basadas en el contrato sobreviven sea cual fuere la interpretación de la Demandada sobre la Cláusula 21.4, ya que el Artículo VI.2 del Tratado confiere a OEPC la facultad de optar por el arbitraje del CIADI en lugar de acudir a los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos, en virtud de disposiciones contractuales o legales, para obtener un pronunciamiento sobre sus reclamaciones contractuales”.

48. Para comenzar, las Demandantes subrayan que presentaron al Tribunal su diferencia con la Demandada basándose en el Tratado; no en el Contrato de Participación.

Al respecto expresaron:

“Las Demandantes sostienen que el Artículo VI de por sí otorga al Tribunal la competencia sobre toda la controversia entre las Demandantes y Ecuador y que únicamente los términos de dicha disposición rigen el ámbito de la competencia conferida. Sólo en el caso de que el Tribunal considerase que el Artículo VI no le confiere competencia sobre las reclamaciones *contractuales*, las Demandantes sostienen que tendría dicha competencia conforme a lo dispuesto en la Cláusula 20.3 del Contrato de Participación”. (énfasis en el original)

49. De todos modos, las Demandantes sostienen que la Cláusula 21.4 del Contrato de Participación no excluye las controversias que surjan con motivo de la caducidad ni contiene una selección afirmativa a favor de los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos, sino que la Sección 21, incluida la Cláusula 21.4, establece

los procedimientos que han de seguirse antes de efectuar la terminación legal. Las Demandantes enuncian en los términos siguientes su interpretación de la Cláusula 21.4:

“Volviendo a lo que la Cláusula 21.4 *efectivamente* dice, es importante destacar primero que la Cláusula 21.4 está poco después de la Cláusula 21.2, la cual dispone que si el Estado quisiese proceder a la terminación por motivos de caducidad, deberá primero seguir un procedimiento administrativo que concluya con una decisión del Ministro de Energía que declare la terminación. Este derecho de Ecuador de dar término al contrato después de un procedimiento administrativo es un reflejo de los *poderes exorbitantes* del Estado en el derecho administrativo. HPL ER III ¶ 44.

La Cláusula 21.4 complementa la Cláusula 21.2, disponiendo que si una de las partes desea proceder a la terminación *por causas distintas a aquellas que producen la caducidad* y a falta de acuerdo entre ellas, la parte que desee dar término al contrato deberá primero obtener la autorización del árbitro según lo estipulado en la Cláusula 20.3. *Ver* HPL ER III ¶¶ 44, 45. Conforme a la Cláusula 21.1, dichas otras causas son, por ejemplo, una reclamación del contratista respecto de una situación de fuerza mayor cuya duración exceda de 12 meses sin interrupción.

Las Cláusulas 21.2 y 21.4, por lo tanto, se complementan entre sí, estableciendo cada una de ellas los procedimientos apropiados a seguir por las partes *antes* de proceder a la terminación por causas de caducidad, por una parte y, por la otra, por otros motivos. La Cláusula 21.4 exige que las partes obtengan la autorización de un árbitro si desearan proceder a la terminación por causas distintas a aquellas que redundan en *caducidad* y no pudiesen llegar a un acuerdo. La Cláusula 21.2 exige que el Estado inicie un procedimiento administrativo que concluya con una decisión positiva del Ministro de Energía si desease proceder a la terminación por motivos de caducidad, como de hecho ocurrió en este caso. *Ver* HPL ER III ¶¶ 44-46.

Por lo tanto, al disponer la Cláusula 21.4 que si las partes no llegan a un acuerdo cualquiera de ellas puede *solicitar* la terminación por causas distintas a aquellas que producen la caducidad siguiendo los procedimientos de arbitraje contemplados en la Sección 20, simplemente establece el procedimiento que una parte debe seguir *antes* de que pueda proceder legalmente a la terminación. Sin embargo, la Cláusula 21.4 no dice nada respecto de los procedimientos a ser usados para solucionar las controversias que surjan de una *declaración* de caducidad *después* de la conclusión del procedimiento contemplado en la Cláusula 21.2.2 y la emisión de la declaración. *Ver* HPL ER III ¶¶ 46, 48-50, 53(1).

[...]

Cada una de estas disposiciones confirma, con diferentes términos, que la Cláusula 21.4 simplemente establece la obligación de las partes de solicitar la autorización arbitral antes de poder proceder legalmente a la terminación por

motivos distintos a aquellos que producen la caducidad; y que la Cláusula 21.4 no excluye del arbitraje las controversias que surjan de las declaraciones de caducidad ni refiere dichas controversias a los tribunales administrativos ecuatorianos. Lo anterior es coherente con el derecho ecuatoriano que reconoce que los actos administrativos, incluidas las declaraciones de caducidad, pueden ser sometidas a arbitraje. CA-409, *Laudo Arbitral N° 003-07/004-07*, en 46-47 (confirmando la competencia para decidir si el acto administrativo de caducidad del Tribunal Supremo Electoral ecuatoriano fue emitido de conformidad con las leyes y procedimientos de Ecuador y si había una causa para la caducidad); CA-364, *Repsol* ¶ 43 (rechazando el argumento de la Demandada en cuanto a que el Tribunal no tenía competencia sobre un acto administrativo con efecto de cosa juzgada si las condiciones del Artículo 25 de la Convención del CIADI se habían cumplido). HPL ER III ¶¶ 32-38, 53 (e)(f)(g)”. (énfasis en el original)

50. Las Demandantes agregan que aunque el Tribunal hubiera de aceptar la interpretación de la Demandada sobre la Cláusula 21.4, las reclamaciones de OPC basadas en el Tratado subsistirían, ya que OPC no es signataria del Contrato de Participación. Análogamente, sostienen que la interpretación de la Cláusula 21.4 efectuada por la Demandada no es pertinente a los efectos de las reclamaciones de OEPC basadas en Tratado, porque el Contrato de Participación no contiene una renuncia a ese respecto.

51. Análogamente, con respecto a las reclamaciones de OEPC basadas en el contrato, las Demandantes sostienen que la interpretación de la Cláusula 21.4 efectuada por las Demandada no afecta a la competencia del Tribunal, dado el texto de los Artículos VI.2 y VI.3 del Tratado. Los mismos sostienen al respecto:

“Dignos de mención son los términos del Artículo VI.2 que Ecuador omitió en sus escritos:

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:

(a) Los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia, o

(b) A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente consentido, o

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

El Artículo VI.3 del Tratado también confirma que el inversionista puede 'optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones'. (énfasis agregado)

Para ejercer dicho derecho, el Tratado requiere que el inversionista 'no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2' (es decir, 'a los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia' o 'a cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente consentido'). Si el inversionista no hubiese sometido la controversia a ninguna de las jurisdicciones antes mencionadas tendrá el derecho, conforme al Tratado, de someter dicha controversia a la consideración de un tribunal del CIADI *en vez de someterla* a dichas jurisdicciones alternativas o a la competencia seleccionada contractualmente". (énfasis en el original)

52. En consecuencia, las Demandantes resumen su posición sobre la competencia señalando que se basa, esencialmente, en el derecho conferido por el Tratado de optar por el arbitraje del CIADI en lugar de someterse a los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos, es decir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, o "TCA", de lo que concluyen lo siguiente:

"En conclusión, se deduce de la redacción clara del Artículo VI.2 y su objeto y propósito que las Demandantes tenían el derecho bajo este artículo a someter la controversia ya sea al arbitraje por CIADI o CNUDMI en lugar de al TCA, aunque el TCA tuviera de otra forma jurisdicción por ley o por contrato. O bien el contrato no contempla el arbitraje CIADI en relación con controversias relacionadas con la *caducidad*, y entonces el TCA es una 'corte nacional o tribunal administrativo', según el significado del Artículo VI.2(a); o bien el contrato contempla la jurisdicción del TCA sobre dichas controversias, y en tal caso el TCA puede ser un 'procedimiento de resolución de controversias previamente acordado' según el significado del Artículo VI.2(b). En cualquier caso, las Demandantes tenían derecho a elegir este Tribunal en lugar del TCA, en virtud del Artículo VI.2(c)". (énfasis en el original)

53. Las Demandantes reiteran además que pese a lo dispuesto en el Artículo VI.2 del Tratado, ambas Demandantes tienen derecho a someter sus reclamaciones basadas en el Tratado al arbitraje del CIADI. Más especialmente, exponen en los términos siguientes su posición con respecto a OEPC:

“Primero, la redacción clara de la Cláusula 20.3 se refiere a ‘controversias o divergencias que tengan relación o surjan de la ejecución de este Contrato de Participación’. No dice ‘controversias o divergencias que tengan relación o surjan de supuestas infracciones del Tratado’. Si las partes hubieran querido ampliar el alcance de esta Cláusula de arbitraje para cubrir reclamaciones del Tratado, lo habrían señalado. Además, como se muestra más arriba, si Ecuador acepta que la Cláusula de selección de foro en el contrato *SGS Filipinas* no se extendió a las reclamaciones del Tratado, está impedido de argumentar que la Cláusula 20.3 -la cual no está redactada en términos más amplios que la Cláusula de SGS- alcanza a reclamaciones del Tratado.

Segundo, si las partes hubieran intentado cubrir reclamaciones del Tratado en la Cláusula 20.3, no habrían incluido la Cláusula 20.4 (señalando que ‘[a]dicionalmente, y sin perjuicio de lo estipulado en las Cláusulas 20.2 y 20.3 de este Contrato de Participación, las partes acuerdan también someter cualquier diferencia en materia de inversión a los Tratados, Convenios, Protocolos y demás actos de derecho internacional’) en el Contrato de Participación. La lectura que hace Ecuador de la Cláusula 20.3 hace que la Cláusula 20.4 sea completamente superflua.

Tercero, los tribunales han rechazado sistemáticamente el argumento según el cual Cláusulas de selección de foro redactadas en forma similar en los tratados de inversión podrían afectar la jurisdicción del tribunal del tratado sobre reclamaciones del tratado. En *SGS (Pakistán)*, por ejemplo, el tribunal interpretó el alcance de una Cláusula de arbitraje refiriendo ‘[cualquier] diferencia, controversia o reclamación que surgiera de o se relacionara con este Convenio o la infracción, terminación o invalidación del mismo’ a un árbitro local. El tribunal explicó que:

Pakistán ha argumentado ante nosotros que el árbitro que conoce de reclamaciones fundadas en la violación del Convenio PSI tendría jurisdicción no sólo sobre dichas reclamaciones del contrato sino también sobre reclamaciones del Tratado Bilateral Internacional (TBI). No estamos persuadidos de que las reclamaciones del TBI de SGS contra Pakistán estén sujetas a la jurisdicción del árbitro de Islamabad aunque fuera sólo porque dichas reclamaciones no están basadas en el Convenio PSI, sino que aducen más bien una causa de acción al amparo del TBI. RLA-8, *SGS (Pakistán)* ¶ 154.

Véase también CA-9, Eureka ¶¶ 92-114 (apoyándose en Vivendi (Anulación) para desestimar la objeción de la demandada de que una disposición contractual refiriendo a los tribunales locales cualesquier ‘conflicto entre las Partes que surja del Contrato’ afectaba la jurisdicción del tribunal sobre reclamaciones del tratado de la demandante); CA-355, Azurix (Jurisdicción) ¶¶ 26, 76 (sosteniendo que una disposición contractual refiriendo ‘todas las controversias que puedan surgir de la Licitación’ a los tribunales locales no excluía la jurisdicción del Tribunal sobre las reclamaciones de la Demandante, ‘[incluso] si la controversia en la forma presentada por la Demandante pudiera implicar la interpretación o análisis de hechos relacionados con el cumplimiento bajo el Acuerdo de Concesión’). (énfasis en el original)

54. Con respecto a OPC, las Demandantes rechazan la alegación de la Demandada sobre falta de legitimación procesal, y concluyen que OPC está ejerciendo los derechos que le confiere el Tratado de buena fe y en cumplimiento de sus obligaciones frente a sus accionistas.

55. Finalmente, las Demandantes destacan que de todos modos el derecho ecuatoriano mismo no excluye el arbitraje de las diferencias relacionadas con la caducidad. Sostienen que declarar la caducidad es una potestad claramente discrecional, y que ni la relación jurídica mutua de las partes ni la declaración de caducidad son de naturaleza extracontractual. Según las Demandantes, las diferencias relacionadas con la caducidad son, pues, plenamente susceptibles de arbitraje.

1. ***Segunda excepción de la Demandada: Las Demandantes no cumplieron con el período de espera de seis meses establecido en el TBI***

A. **Posición de la Demandada**

56. La segunda excepción sobre competencia formulada por la Demandada se basa en el Artículo VI.3 del Tratado, que establece la obligación de respetar un período de espera de seis meses para someter a arbitraje una diferencia⁷.

57. La Demandada sostiene que al presentar su Solicitud de Arbitraje dos días después del Decreto de Caducidad, las Demandantes actuaron con mala fe en lo procesal y en lo sustancial:

“La segunda excepción del Ecuador a la competencia se fundamenta en que las Demandantes no cumplieron con el periodo de espera de seis meses establecido en el Artículo VI.3 del TBI. Este incumplimiento es un flagrante desacato a las disposiciones del TBI y las Demandantes no hicieron esfuerzo alguno para adherirse al periodo prescrito para ‘enfriarse’ con miras a una negociación para la solución de la presente controversia – precisamente para lo que fue diseñado el periodo de espera. Por el contrario, presentaron su Solicitud de Arbitraje apenas *dos días* después que el Ecuador emitió el *Decreto de Caducidad* y el *mismo día* que el gobierno asumió el control de las operaciones del bloque 15.

El desacato a las disposiciones del TBI por parte de las Demandantes es procesal y de mala fe. De hecho, las demandantes eligieron iniciar el arbitraje y solicitar las medidas provisionales en vez de proceder a lo acordado en el Contrato de Participación – concretamente, **no** arbitrar las declaraciones de caducidad, y proceder conforme a los dictámenes de la Ley ecuatoriana en el caso que escogiesen impugnar la declaración de caducidad”. (énfasis en el original)

58. La Demandada alega también que ese período de espera obligatorio constituye un genuino requisito jurisdiccional.

⁷ Véase *supra*, párrafo 34.

59. Finalmente, la Demandada sostiene que las reclamaciones de las Demandantes son prematuras, por no haber sido precedidas por la impugnación del Decreto de Caducidad ante los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos.

B. Posición de las Demandantes

60. Como ya se señaló, las Demandantes sostienen que la segunda excepción sobre competencia opuesta por la Demandada, basada en el Tratado, es incompatible con la primera, basada en el Contrato de Participación. Sostienen que en realidad la diferencia había surgido ya en septiembre de 2004 (más de 18 meses antes del Decreto de Caducidad) y que de todos modos el inversionista no tiene la obligación de respetar un período de espera cuando los intentos de llegar a una solución negociada han demostrado ser inútiles.

61. Las Demandantes rechazan asimismo la manifestación de la Demandada de que el período de espera en cuestión constituye un requisito de competencia; no un requisito procesal. Con respecto a la alegación de la Demandada de que sus reclamaciones son prematuras, las Demandantes lo niegan, señalando que, *inter alia*, tenían la obligación de optar irrevocablemente entre el TCA y este Tribunal y que, la cuestión, en todo caso, se refiere al fondo de la diferencia, y no a la competencia de este Tribunal.

V. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

1. *Primera excepción sobre competencia opuesta por la Demandada*

62. Como surge de la exposición de sus respectivos argumentos con respecto al tema de la competencia, las partes discrepan fundamentalmente sobre la interpretación de la Cláusula 21.4 del Contrato de Participación, en especial en cuanto a si esa disposición surte el efecto de excluir del ámbito de competencia del Tribunal las reclamaciones de las Demandantes. En consecuencia, el Tribunal debe pronunciarse acerca de si la Cláusula 21.4 establece una excepción a la posibilidad de acudir al arbitraje del CIADI en el contexto de una diferencia resultante de una declaración de caducidad del Contrato de Participación, efectuada por la Demandada.

63. Antes de analizar la Cláusula 21.4 del Contrato de Participación, el Tribunal constata que las partes discrepan también, fundamentalmente, sobre la cuestión de si la Cláusula 22.2.1 del Contrato de Participación, que forma parte de la Sección 22, titulada “Ley aplicable, domicilio, jurisdicción y trámite”, supone la renuncia a la resolución de reclamaciones en el marco del CIADI. Para facilitar la referencia se destaca nuevamente el texto de esa disposición;

“VIGÉSIMO SEGUNDA: LEY APLICABLE, DOMICILIO, JURISDICCIÓN Y TRÁMITE.-

[...]

22.2 Domicilio, Jurisdicción y Competencia.- Las Partes se someten a las leyes ecuatorianas y las controversias se sustanciarán conforme lo establece las cláusulas 22.1.2 y 22.1.3 de este Contrato de Participación. Esta disposición prevalecerá aún después de terminado este Contrato de Participación, hasta el momento en que el permiso de operación de la Contratista en el Ecuador sea legalmente cancelado [*sic*], sin consideración de las causas de terminación.

22.2.1 En el caso de controversias que pudieren surgir a causa de la aplicación de este Contrato de Participación, la Contratista, de acuerdo con la legislación del Ecuador, renuncia de manera expresa a utilizar la vía diplomática o consular, o a recurrir a cualquier órgano jurisdiccional nacional o extranjero no previsto en este Contrato de Participación, o a un arbitraje no reconocido por la ley ecuatoriana o no previsto en este Contrato de Participación. El incumplimiento de esta disposición será motivo de caducidad de este Contrato de Participación.

22.2.2 Las Partes se comprometen a utilizar los medios previstos en este Contrato de Participación para dirimir dudas y controversias que puedan surgir durante su vigencia, al igual que a observar y cumplir las decisiones emitidas por consultores, árbitros, jueces o tribunales competentes, en los casos que corresponda, según las estipulaciones de este Contrato de Participación.

[...]"

64. El Tribunal destaca que si bien el argumento de la renuncia relativo a la Cláusula 22.2.1 no fue un aspecto central de los escritos sobre competencia presentados por la Demandada, ésta lo expuso ampliamente en la Audiencia. De hecho, fue el aspecto principal de su exposición inicial, por lo cual el Tribunal aborda en primer lugar el referido argumento de la Demandada.

65. En la Audiencia, la Demandada sostuvo que la Cláusula 22.2.1 del Contrato de Participación representa “una renuncia clarísima de la arbitrabilidad”. Alegó que “es esto un acuerdo para renunciar a algunas de las opciones del Tratado Bilateral de Inversiones, pero no a todas. No se renuncia al TBI, sino que hay menos opciones disponibles”. El Tribunal recuerda que esas opciones, en el marco del TBI, se enuncian en el Artículo VI del mismo, que establece, *inter alia*, lo siguiente:

“ARTÍCULO VI

[...]

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:

a) A los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia; o

b) A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convenido, o

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 con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio:

i) Del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ('el Centro') establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 ('Convenio del CIADI'), siempre que la Parte sea parte en dicho Convenio;

[...]

[...]"

66. En esencia, la Demandada alega que la Cláusula 22.2.1 del Contrato de Participación restringe el alcance de la disponibilidad del arbitraje del CIADI en el marco del TBI creando una renuncia aplicable a todo arbitraje no reconocido por el derecho ecuatoriano. Según la Demandada, el arbitraje de diferencias relativas a la caducidad constituye "un arbitraje no reconocido por la ley ecuatoriana".

67. En respuesta a la pregunta formulada por el Presidente a ese respecto durante la Audiencia, el abogado de la Demandada respondió:

"primero hubo TBI y después se firmó el contrato, y creo que en la medida en que ello influya, se trata de una situación en que las partes sabían que había tres opciones, y según el contrato se pusieron de acuerdo para ejercer tan sólo una de ellas; totalmente lógico en una relación comercial y una decisión gubernamental [...]"

68. En otros términos, la Demandada sostiene que las partes convinieron en que ante una diferencia relacionada con la caducidad en el marco del Contrato de Participación, los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos tendrían competencia exclusiva. Esta línea argumental llevó al Tribunal a formular preguntas adicionales con respecto a la Cláusula 22.2.1, y en definitiva se produjo el siguiente diálogo entre el Sr. Williams y el Sr. von Mehren:

“ÁRBITRO WILLIAMS: Si se trata de una decisión en que las partes negocian con el trasfondo de este tratado, ¿por qué sería un resultado comercial, racional y lógico que las Demandantes incluyeran una cláusula de ese tipo – como ésta – que las obligara a acudir a los tribunales del Estado para debatir el tema del decreto de caducidad?

SR. VON MEHREN: ¿Por qué sería razonable?

ÁRBITRO WILLIAMS: Sí. ¿Por qué habrían querido hacerlo? Usted sostuvo que ese sería un resultado lógico, comercial y racional.

SR. VON MEHREN: Pues bien, mi experiencia en materia de negociación de disposiciones de arbitraje es que no siempre se logra lo que se preferiría en un mundo ideal, y lo que ocurre es que se piensa en los beneficios comerciales que se espera obtener de la transacción; los expertos en negocios están allí y dicen: ‘vea que haciendo ésto vamos a obtener grandes ganancias’; ‘hagámoslo’, y uno sopesa esos factores con lo que va a ocurrir si surge una diferencia y con el foro ante el que uno va a llevar esa diferencia, y con los efectos que ello tendría sobre sus posibilidades de ganar, si lo mereciera.

Creo que una decisión muy razonable – la he visto muchas veces en mi carrera – consiste en aceptar, quizá no el resultado que uno considera perfecto --lo que más se desea sobre la manera de resolver la diferencia-- para seguir adelante con una transacción económica, y, diría yo, aceptar lo sostenido, por ejemplo por el Procurador General, que los tribunales de Ecuador son independientes y están plenamente capacitados para manejar la cuestión; los tribunales de lo contencioso administrativo, y que este tribunal no tiene ante sí absolutamente ninguna prueba que lleve a pensar que no actuarían en forma absolutamente correcta.

Por lo tanto, creo que lo acordado es razonable en el contexto de la transacción toda y de las negociaciones relativas a Occi [sic], y una vez que las partes lo hacen, una vez que lo hacen, creo que es razonable decir: ‘tenemos un acuerdo y hay que cumplirlo’. Más que ‘hay que cumplirlo’ creo que en cualquier sistema de jurisprudencia, trátese de un sistema nacional o de este sistema internacional,

es necesario que los acuerdos se cumplan, y no que no se cumplan. Ello es extremadamente importante”.

69. Las Demandantes rechazaron tenazmente este argumento que, según señalan, surgió muy tardíamente en la objeción a la competencia formulada por la Demandada. En la Audiencia sostuvieron lo siguiente:

“[I]ncluso el argumento sobre la renuncia se basa no sólo en una interpretación errónea de esas palabras, cuestión a la que haré referencia, sino también en su utilización de la Cláusula 21.4, y como ya señalamos en nuestra contestación, ocurrió un poco como en uno de esos folletos de promoción, en que se insiste una y otra vez que esa cláusula establece una evidente exclusión, una excepción clara, etc.; se lo dicen a uno en alrededor de media docena de páginas; se lo repiten varias veces antes de mostrarle a uno realmente el texto, lo que no es sorprendente porque si esa evidente exclusión realmente existía cabía esperar que dijera algo así como ‘[p]ese a las disposiciones de la Cláusula 20, en caso de pérdida de derechos por caducidad el único recurso de que dispondrán los contratantes consistirá en acudir a los tribunales o al TCA [Tribunal de lo Contencioso Administrativo] ecuatorianos’. Eso merecería denominarse ‘evidente exclusión’, en lugar de un texto incluido --como el Presidente señaló en la pregunta que acaba de formular al Sr. Von Mehren-- en las secciones sobre pérdida de derechos, y simplemente establece que si una parte quiere invocar la pérdida de derechos, una de las causales previstas en el contrato, debe hacerlo a través del proceso de arbitraje y el Artículo [sic] 20, a menos que promueva la declaración de pérdida de derechos por caducidad, que tiene su propia disposición inmediatamente antes, en la Cláusula 21.2. Eso es lo que dice el contrato, dando por tierra con los argumentos de la Demandada”.

70. El Tribunal comparte la interpretación de las Demandantes sobre la Cláusula 22.2.1 del Contrato de Participación. El Tribunal no acepta que en virtud de esa disposición las partes hayan acordado que las diferencias relacionadas con la caducidad, en el marco del Contrato de Participación, sólo puedan resolverse sometiendo el caso a los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos, es decir al TCA. Esto, sencillamente, no es lo que establece la cláusula.

71. Sobre la base de elementales principios de interpretación de los contratos, toda excepción a la disponibilidad del arbitraje de CIADI para la resolución de diferencias que

surjan en el marco del Contrato de Participación --en este caso diferencias relacionadas con la caducidad-- requiere un texto claro en ese sentido. El requisito de que el texto sea claro e inequívoco en tales circunstancias fue confirmado por el tribunal del CIADI en el caso *Aguas del Tunari c. la República de Bolivia*⁸, en que se recordó (en el párrafo 119) la obligación de un tribunal frente a las partes a ese respecto:

“[A] juicio del Tribunal, un tribunal del CIADI tiene la obligación de ejercer su competencia en esos casos cuando no existe indicio alguno de que las partes hubieran tenido la intención específica de que la cláusula incompatible con la jurisdicción del Centro operara como renuncia a, o modificación de, un mecanismo existente de otorgamiento de jurisdicción al CIADI. Un documento independiente e incompatible debe ser considerado obstando la jurisdicción de un tribunal del CIADI sólo si está claramente destinado a modificar la jurisdicción otorgada por otra parte al CIADI. Como ya se señaló, la renuncia expresa, por parte de un inversionista, a sus derechos de invocar la jurisdicción del CIADI en virtud de un TBI podría afectar a la competencia de un tribunal del CIADI. No obstante, el Tribunal no declarará la existencia de una renuncia o modificación implícitas de la jurisdicción del CIADI a menos que existan indicios específicos de la intención común de las Partes.” (énfasis agregado)

72. En el referido caso el tribunal (en el párrafo 122) advirtió asimismo: “El Tribunal no interpretará una cláusula ambigua como una renuncia implícita a la jurisdicción del CIADI; el silencio, en tal sentido, no es suficiente.” Esta advertencia es pertinente en el presente caso, y este Tribunal la adopta.

73. Dado su texto, la Cláusula 22.2.1 no puede interpretarse como excepción o renuncia a la jurisdicción del CIADI con respecto a diferencias relacionadas con la caducidad. El Contrato de Participación contiene toda clase de referencias expresas y

⁸ Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre las excepciones a la competencia opuestas por el Demandado, de fecha 21 de octubre de 2005.

amplias a la caducidad, en la sección inmediata anterior a aquella en que se encuentra la Cláusula 22.2.1. Las partes conocían cabalmente el significado del término “caducidad” en relación con la potencial renuncia a mecanismos del Contrato de Participación, y las diferencias consiguientes. Si hubieran querido exceptuar esas diferencias de la jurisdicción del CIADI y conferir competencia exclusiva a los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos en esa materia, podrían haberlo hecho. Como no lo hicieron, el Tribunal no admite que esa exclusión esté implícita en la referida cláusula.

74. En virtud del Tratado, la Demandada consintió expresamente que las diferencias en materia de inversión fueran sometidas, para su resolución, al arbitraje del CIADI en el marco de la Convención de Washington. En la Audiencia, la Demandada reconoció que ese tratado, una vez ratificado, pasó a formar parte del derecho ecuatoriano. Por lo tanto, si bien la Cláusula 22.2.1 alude a “arbitraje no reconocido por la ley ecuatoriana”, el Contrato de Participación no contiene texto alguno que respalde, o tan sólo sugiera, que esa expresión, leída en su contexto, revele la intención común de renunciar a la jurisdicción del CIADI en relación con diferencias relacionadas con la caducidad. El Tribunal así lo declara.

75. El Tribunal pasa ahora a considerar la disposición que, por lo menos en un comienzo, constituyó un aspecto central de la excepción a la competencia opuesta por la Demandada, es decir la Cláusula 21.4, que como ya se señaló forma parte de una sección del Contrato de Participación titulada “De la terminación y caducidad de este Contrato de Participación”. Dicha cláusula es, en efecto, la penúltima disposición de esa sección, que

se reproduce *in extenso* a los efectos de la cabal apreciación del contexto contractual de que se trata:

“VIGÉSIMO PRIMERA: DE LA TERMINACIÓN Y CADUCIDAD DE ESTE CONTRATO DE PARTICIPACIÓN.-

21.1 Terminación: Este Contrato de Participación terminará:

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

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

21.1.3 Por sentencia judicial ejecutoriada de quiebra de la Contratista.

21.1.4 Por modificación de la personalidad jurídica de la Contratista, sin autorización del Ministerio del Ramo.

21.1.5 Por extinción de la personalidad jurídica de la Contratista.

21.1.6 Por acuerdo de las Partes.

21.1.7 Por sentencia judicial ejecutoriada que declare la terminación del Contrato de Participación.

21.1.8 En cualquier tiempo y durante la vigencia de este Contrato de Participación, a opción de la Contratista, una vez que hubiere cumplido con sus obligaciones contractuales y legales exigibles a la fecha, previa autorización del Ministerio del Ramo.

21.1.9 Por el vencimiento del plazo del Contrato de Participación.

21.1.10 A criterio de la Contratista y sin derecho a indemnización alguna de ninguna de las Partes, cuando la Fuerza Mayor o el Caso Fortuito se extienda por un plazo mayor de doce meses continuos o discontinuos en un período de veinticuatro meses.

21.2 Caducidad.- Para los casos de incumplimiento que puedan constituir causa de caducidad, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Hidrocarburos, se seguirá el procedimiento descrito a continuación:

21.2.1 El representante legal de PETROECUADOR notificará el reclamo del incumplimiento a la Contratista, para que lo conteste en el plazo de diez (10) días, desvirtuando o aceptando el reclamo y, en este último caso, ofreciendo subsanarlo dentro de un plazo no mayor de treinta días contados desde la fecha

de recepción del mismo; plazo dentro del cual la Contratista tomará las acciones conducentes, según las circunstancias, para remediar, corregir o rectificar la falta o incumplimiento originó el reclamo.

21.2.2 Si, dentro de los plazos mencionados en la cláusula 21.2.1, la Contratista no solucionare tales faltas o incumplimientos o no los justificare a satisfacción de PETROECUADOR, el representante legal de PETROECUADOR solicitará al Ministro del Ramo la declaratoria de caducidad de este Contrato de Participación.

21.2.3 Previamente a la declaratoria de caducidad, el Ministro del Ramo notificará a la Contratista para que, en un plazo no menor de treinta ni mayor de sesenta días a partir de la fecha de la notificación, cumpla con las obligaciones no atendidas o desvanezca los cargos formulados. Si habiendo tomado tales acciones este plazo resultare insuficiente para que la Contratista pueda remediar, corregir o rectificar tal falta o incumplimiento y ésta así lo demuestra, el Ministerio del Ramo le concederá un plazo adicional al otorgado, a petición de la Contratista.

21.2.4 Declarada la caducidad se aplicará lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley de Hidrocarburos, debiendo entregar la Contratista al Ministerio del Ramo y a PETROECUADOR, los originales y copias, respectivamente, de todos los antecedentes, registros y estudios de carácter geológicos, geofísicos, de perforación o de cualquier naturaleza, relativos al Área del Contrato de Participación, a menos que se demuestre que estos documentos ya han sido entregados.

21.3 Para los efectos de caducidad y sanciones se aplicará lo dispuesto en el Capítulo IX de la Ley de Hidrocarburos.

21.4 La terminación de este Contrato de Participación por cualquier causa distinta a aquellas que producen caducidad, podrá ser demandada por cualesquiera de las Partes con sujeción a los procedimientos convenidos en la Cláusula Vigésima, a falta de acuerdo entre ellas.

21.5 El incumplimiento del este Contrato de Participación o la infracción de la Ley de Hidrocarburos o de sus reglamentos que no produzcan el efecto de caducidad, se sancionarán de acuerdo con dicha Ley y sus Reglamentos”. (énfasis agregado)

76. Recurriendo a argumentos no disímiles de los referentes a la renuncia basados en la Cláusula 22.2.1, la Demandada sostiene que la Cláusula 21.4 excluye la posibilidad de que las diferencias relativas a caducidad se resuelvan mediante arbitraje en general, y, en especial, mediante arbitraje del CIADI. Según lo manifestó el abogado de la Demandada, “las disposiciones de las Cláusulas 21.4 y 22.2.1 son específicas; se aplic[an] a situaciones específicas y por lo tanto representan excepciones a las reglas generales de la

Cláusula 20”. Por razones que no difieren de las que llevaron al Tribunal a rechazar el argumento de la Demandada sobre la renuncia que implicaría la Cláusula 22.2.1, el Tribunal concluye que es también infundado el argumento sobre exclusión formulado por la Demandada en relación con la Cláusula 21.4.

77. Para expresar lo obvio, la Sección 21 se refiere a la terminación y caducidad del Contrato de Participación. La Cláusula 21.4, en especial, establece que cualquiera de las dos partes puede promover la terminación de dicho contrato por cualquier causal distinta de las que dan lugar a caducidad y aclara que ello debe realizarse (“... con sujeción a los procedimientos convenidos en la Cláusula Vigésima...”). En esta cláusula, cuyo texto es diáfano, simplemente nada indica una intención común de las partes de excluir la posibilidad de que las diferencias sobre caducidad se resuelvan mediante arbitraje en general, o, en especial, arbitraje del CIADI.

78. Dicho en términos llanos, la Sección 21 en conjunto, incluida *a fortiori* la Cláusula 21.4, no se refiere a solución de diferencias que surjan en el marco de un Contrato de Participación, estén o no relacionadas con la caducidad, sino a las causas y a la manera en que el Contrato de Participación puede llegar a su fin, inclusive a través de una declaración de caducidad. Más especialmente, dispone que el Contrato de Participación puede rescindirse legítimamente por las causales que se mencionan en la Cláusula 21.1. En caso de terminación resultante de la caducidad, la Demandada tiene la obligación de seguir el procedimiento establecido en la Cláusula 21.2. Y antes de promover la terminación invocando causas distintas de la caducidad, las partes deben

tratar de lograr un acuerdo de terminación del contrato, y si no lo logran, observar los procedimientos enunciados en la Sección 20. El Tribunal coincide con las Demandantes en que la Sección 21 es “muy lógica”. Su texto consiste nada más (ni nada menos) que en la descripción de los procedimientos que han de seguirse para terminar legítimamente el Contrato de Participación.

79. Por lo tanto el Tribunal concluye que la Cláusula 21.4 no tiene como objeto excluir de la jurisdicción del CIADI las diferencias sobre caducidad. El Tribunal observa que determinadas exclusiones en esa materia aparecen en otras partes del Contrato de Participación, por ejemplo en la Cláusula 22.1.2, que vuelve a reproducirse aquí, y cuyo texto es el siguiente:

“22.1.2. En los reclamos que se originen como producto de los actos o resoluciones de la Dirección Nacional de Hidrocarburos, será el Ministro del Ramo, la instancia superior administrativa. Sin embargo, la Contratista tendrá derecho a acudir directamente ante el Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, órgano jurisdiccional competente para conocer las reclamaciones directas o para resolver las apelaciones de las decisiones del Ministro del Ramo. En los reclamos que se originen como producto de los actos o resoluciones de la Dirección General del Servicio de Rentas Internas, será ese Organismo la instancia superior administrativa. Luego de lo cual, la Contratista tendrá derecho a acudir ante el Tribunal Distrital No. 1 de lo Fiscal, órgano jurisdiccional competente para conocer las reclamaciones directas o para resolver las apelaciones de las decisiones del Ministro de Finanzas”. (énfasis agregado)

80. La Cláusula 20.2.1 es un ejemplo más de un texto de renuncia claro e inequívoco contenido en el Contrato de Participación:

“20.2.1. Las controversias que surjan en la interpretación, aplicación y cumplimiento de este Contrato de Participación se someterán al arbitraje en derecho, administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, o a un Centro de Arbitraje Internacional que estará regulado por los

Tratados, Convenciones, Protocolos, y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador, de conformidad con la Ley.

PETROECUADOR renuncia expresamente a la jurisdicción ordinaria, en caso de que existan controversias entre las Partes en la interpretación, aplicación y cumplimiento en la ejecución de este Contrato de Participación". (énfasis agregado)

81. Si las partes hubieran tenido la intención de excluir las diferencias de caducidad del arbitraje del CIADI y conferir competencia exclusiva a los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos muy fácilmente podrían haberlo hecho, utilizando un texto similar al que aparece en las disposiciones arriba citadas.

82. Finalmente, el Tribunal recuerda también que al alegar que la Cláusula 21.4 excluye la caducidad como causal de sometimiento de un caso a arbitraje, la Demandada ha sostenido que esa es la consecuencia inevitable del principio jurídico ecuatoriano conforme al cual los decretos de caducidad, como el que se considera en este arbitraje, entrañan una presunción de legalidad y sólo pueden impugnarse ante los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos. Más especialmente, la Demandada hace referencia al Artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, señalando que el mismo sienta el principio de que las diferencias relacionadas con la caducidad no pueden ser sometidas a arbitraje. La posición de la Demandada a este respecto fue confirmada en la Audiencia en respuesta a preguntas del Tribunal:

“ÁRBITRO STERN: ¿Puede resumirse lo que usted acaba de expresar diciendo que su posición, y lo que usted ha manifestado, es que conforme al derecho ecuatoriano, a su juicio, un acto administrativo no puede ser sometido a arbitraje?

SR. SILVA: Lo confirmo, especialmente en relación con la caducidad. Esa sería mi respuesta”.

83. En su argumento final, los abogados de la Demandada agregaron lo siguiente:

“Sostengo, distinguidos miembros del Tribunal, que surge de la muy fundamental premisa de la organización básica del Estado ecuatoriano, de las políticas que éste ha adoptado en relación con la organización que debe darse a los diferentes poderes de gobierno, que Ecuador ha decidido confiar a sus tribunales las cuestiones relativas a los actos administrativos. Ello es importante para Ecuador, porque Ecuador, como dije, podría eventualmente promover el recurso de casación contra esos actos administrativos, y no podría hacerlo en un arbitraje”.

84. El Tribunal señala que, como parte de sus argumentos finales en la Audiencia, los abogados de la Demandada admitieron que la Cláusula 21.4 no se refiere a la resolución de las diferencias relacionadas con caducidad *per se*. Según la Demandada, se trata de una omisión “deliberada”:

“La Cláusula 21 se refiere a la terminación en general, y establece que con respecto a una terminación no relacionada con caducidad, puede recurrirse al arbitraje. No menciona, en cambio una determinación sobre caducidad; creemos que la omisión es deliberada y que refleja el punto del derecho ecuatoriano, de que no puede existir arbitraje con respecto a la caducidad. En toda la sección que se refiere a terminación, el único derecho a arbitraje que se reconoce es el que atañe a una situación no vinculada con caducidad. Si no se trata de una exclusión, señalamos que la referencia es, en realidad, redundante, porque es enteramente innecesaria. Ciertamente, la Cláusula 20 se referiría al arbitraje en una situación no referente a caducidad”. (énfasis agregado)

85. El Tribunal no acepta el argumento de la Demandada. Se recordará una vez más lo expresado por el tribunal en *Aguas del Tunari c. la República de Bolivia* (párrafo 122): “El Tribunal no interpretará una cláusula ambigua como una renuncia implícita a la jurisdicción del CIADI; el silencio, en tal sentido, no es suficiente.” La excepción que promueve la Demandada simplemente no puede operar por vía de omisión, sea ésta deliberada o no.

86. Más fundamentalmente, la Demandada no puede invocar su legislación interna a los efectos de evitar la jurisdicción del CIADI en el marco del Tratado. Como ya se señaló, en virtud del Tratado la Demandada consintió expresamente que las diferencias se

sometieran a un arreglo a través de arbitraje obligatorio en el marco del Convenio de Washington, sentando así las bases para la competencia de este Tribunal en las presentes circunstancias. En su Artículo 163, la Constitución de la Demandada reconoce que los tratados internacionales debidamente ratificados por la República del Ecuador prevalecen sobre las leyes de ese país. Así lo confirmó en la Audiencia el propio experto en derecho ecuatoriano de la Demandada al dar respuesta a preguntas que le formuló el abogado de las Demandantes:

“P.¿Coincide usted conmigo en que conforme al Artículo 163 de la Constitución, en caso de conflicto entre esos tratados internacionales debidamente ratificados, por una parte, y el derecho del arbitraje, por otra parte, prevalecen las disposiciones de los tratados internacionales debidamente ratificados? ¿Es así?

R. Sí. Así es.

[...]

P. Entendido. Una hipótesis muy sencilla: si existiera un tratado debidamente ratificado que en términos categóricos otorgara competencia a un tribunal arbitral y la ley ecuatoriana sobre arbitraje no otorgara esa competencia por incumplimiento de determinados requisitos de esa ley, ¿es exacto afirmar que el tribunal de todos modos sería competente conforme a ese tratado?

R. En una situación como esa, si la norma jurídica ecuatoriana consiste, como usted señaló, en una ley o una norma regulatoria de nivel inferior, así sucedería”.

87. La anterior es, de hecho, una respuesta acabada a la alegación de la Demandada con respecto a la prohibición de someter a arbitraje diferencias vinculadas con caducidad. De hecho, la Demandada reconoció en la Audiencia que no puede invocar su derecho interno para evitar la jurisdicción del CIADI en el marco del Tratado. En su argumento final, los abogados de la Demandada también alegaron que el “principio de competencia exclusiva”, conforme al cual los decretos de caducidad sólo pueden impugnarse ante los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos, está consagrado en la Constitución ecuatoriana, y que la Constitución prevalece sobre el Tratado:

“[C]iertamente admitimos que en los casos en que la Demandante no ha efectuado ningún tipo de renuncia, el Estado no puede utilizar su propio derecho para tratar de eludir o dificultar la actuación del tribunal internacional. Creemos que este caso pertenece a una categoría de casos muy diferente, ya que hubo una renuncia expresa, y ésta consistió en que en las circunstancias regidas por este contrato, el contratista, el inversionista, convino en que sólo podía tener acceso a un tribunal internacional en el marco del TBI en la medida en que ese arbitraje fuera reconocido por el derecho ecuatoriano, y cabría imaginar que en muchos casos –en realidad en la mayoría de los casos– no existiría conflicto alguno, ya que el Tratado forma parte del derecho ecuatoriano. El único caso es [sic] en que se produce un problema es aquel en que la propia Constitución entra en conflicto con el Tratado; en ese caso debe prevalecer la Constitución”. (énfasis agregado)

88. La premisa de esta línea de argumentación se basa en que el Contrato de Participación contiene – en la Cláusula 22.2.1 o en la Cláusula 21.4 –una renuncia clara e inequívoca a la jurisdicción del CIADI. El Tribunal ha concluido ya, en la presente Decisión, que no se ha realizado ninguna renuncia de ese tipo conforme al Contrato de Participación. Por todas las razones que anteceden se rechaza, por lo tanto, la primera excepción sobre competencia opuesta por la Demandada.

89. De ello se sigue que el Tribunal es competente para entender en las reclamaciones de las Demandantes basadas en el Contrato de Participación y en el Tratado. Por esta razón, lo manifestado por la Demandada de que la Demandante OPC, la “compañía matriz” de OEPC, no está legitimada para promover reclamaciones como inversionista en las circunstancias del caso, porque no es signataria del Contrato de Participación, carece de relevancia jurídica, y no es preciso abordarlo como parte de esta Decisión sobre Competencia.

2. Segunda excepción a la competencia opuesta por la Demandada

90. El Tribunal considerará ahora la segunda excepción a la competencia opuesta por la Demandada, según la cual las Demandantes no respetaron el período de espera de seis meses antes de someter la diferencia a arbitraje, período que impone el Artículo VI.3 del Tratado, cuyo texto es el siguiente:

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

91. El Tribunal toma nota de que la Demandada reconoció en la Audiencia que “no se trata de una excepción a la competencia que haya recibido una acogida extremadamente favorable en muchos casos. Todos lo sabemos, pero aquí nos encontramos en el extremo”. Ese “extremo” fue resumido por el abogado de la Demandada en los términos siguientes:

“Yo considero que no lo iniciaron justo dos días después porque decidieron que esto no se puede resolver de ninguna manera con Ecuador’, sino que lo hicieron por motivos estratégicos, para poder reclamar una reparación provisional; porque creían que esa era la manera de volver a instalarse a la fuerza en el Bloque 15. Eso es lo que pasaba, y no que hubieran llegado a la conclusión, justa y legítima, de que habría sido inútil tratar de debatir y resolver la cuestión dentro del término de seis meses”.

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

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

93. A este respecto el Tribunal recuerda que el procedimiento de caducidad de que se trata en el presente arbitraje de hecho se inició en 2004. Como ya se señaló, en el período de alrededor de 18 meses que precedió a la sanción del Decreto de Caducidad, el 15 de mayo de 2006, OEPC presentó varios escritos en que intentó infructuosamente refutar las alegaciones basadas en las cuales se había iniciado el procedimiento de caducidad⁹.

94. Además, el Tribunal acepta, aunque sin prejuzgar sobre el fondo del asunto, que en efecto, en las circunstancias del caso, los intentos de llegar a una solución negociada fueron inútiles¹⁰.

95. En consecuencia se rechaza la segunda excepción a la competencia opuesta por la Demandada.

96. Finalmente, se recuerda que la Demandada solicitó al Tribunal, como parte de su segunda excepción sobre competencia, que dictara una orden de suspensión del arbitraje

⁹ Véase *supra*, párrafo 19.

¹⁰ Algunos tribunales han confirmado que en los casos en que las negociaciones necesariamente han de ser inútiles, no es necesario dejar transcurrir enteramente el período de espera: véase, por ejemplo, *Lauder c. República Checa*, Laudo de fecha 3 de septiembre de 2001, párrafos 187-191. Véase también *Conorzio Groupement L.E.S.I. DIPENTA c. República Argelina Democrática y Popular*, Caso CIADI No. ARB/03708, Laudo de fecha 10 de enero de 2005, párrafo 32(iv); *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/10/13, Decisión sobre Competencia de fecha 6 de agosto de 2003, párrafo 184, y *Ethyl Corporation c. Gobierno de Canadá*, Laudo sobre Jurisdicción de fecha 24 de junio de 1998, párrafo 84.

“hasta que OEPC impugn[ara] el Decreto de Caducidad en los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos competentes, y que... emit[ier]a un decisión definitiva sobre dicha impugnación”. Esta solicitud se basó en la alegación de que las reclamaciones de las Demandantes son prematuras, porque no fueron precedidas por la impugnación del Decreto de Caducidad ante los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos. Por las razones enunciadas en esa Decisión sobre Competencia, las Demandantes no estaban obligadas a hacerlo, por lo cual se rechaza esta solicitud.

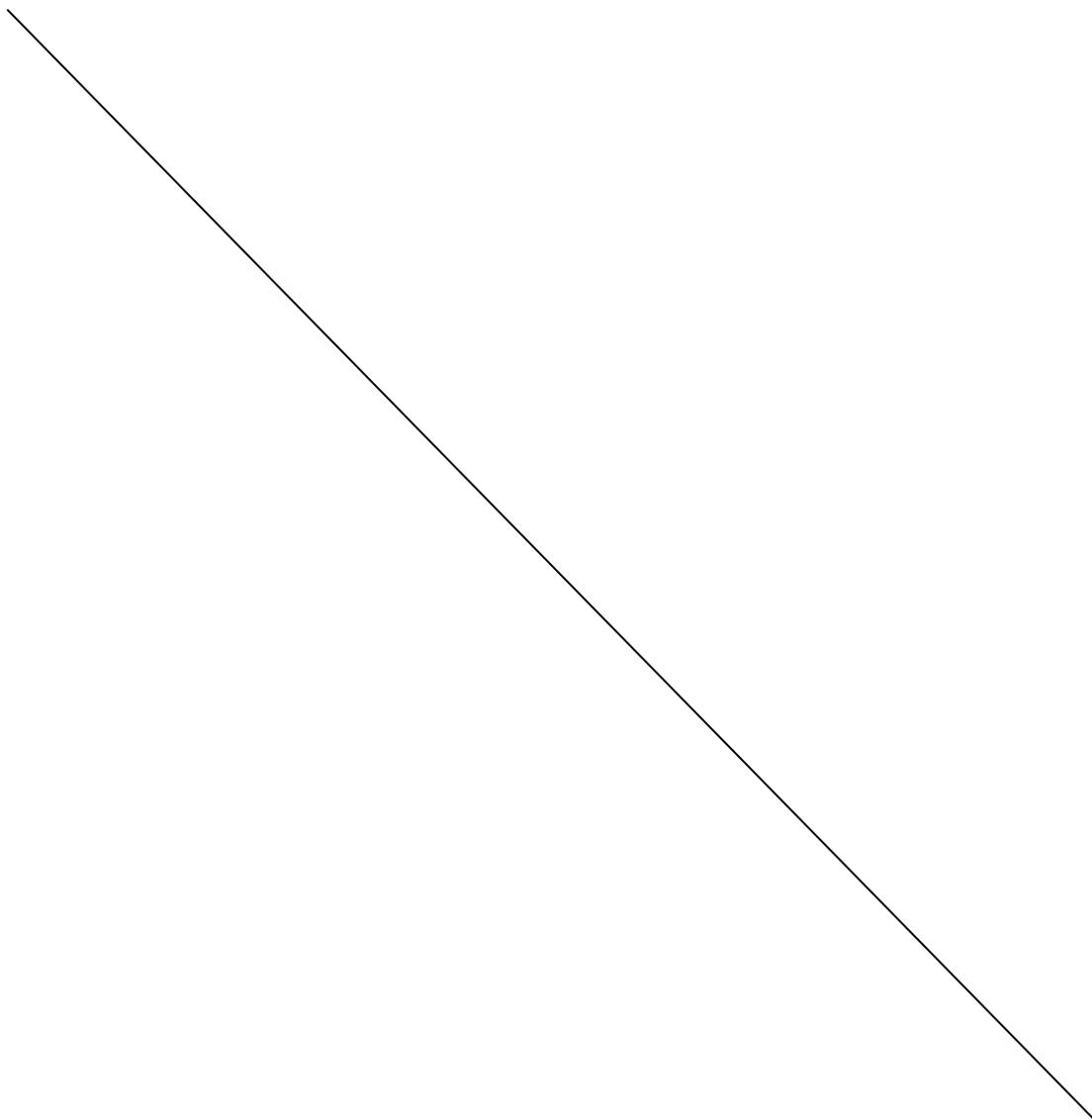
VI. DECISIÓN

97. Por las razones que anteceden el Tribunal decide y declara lo siguiente:

- (i) se rechaza la primera excepción sobre competencia opuesta por la Demandada;
- (ii) se rechaza la segunda excepción sobre competencia opuesta por la Demandada;
- (iii) se rechaza la solicitud alternativa de la Demandada de que se dicte “una orden que suspenda este arbitraje hasta que OEPC impugne el Decreto de Caducidad en los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos competentes y que el tribunal emita un decisión definitiva sobre dicha impugnación”;
- (iv) se declara que el Tribunal es competente para pronunciarse sobre las reclamaciones de OEPC y OPC en este procedimiento, y que los procedimientos arbitrales continuarán, hasta ingresar en la fase de consideración del fondo del

asunto, de acuerdo con el calendario establecido en la Resolución Procesal No. 1 tal y como fue modificada por la Resolución Procesal No. 2 del Tribunal.

98. El Tribunal se reserva el pronunciamiento sobre las costas hasta la conclusión de otra fase del arbitraje, por lo cual a esta altura nada se dispondrá a ese respecto.



[firmado]

Profesora Brigitte Stern

[firmado]

David A.R. Williams, Q.C.

[firmado]

L. Yves Fortier, C.C., Q.C.

Presidente