

DESMITIFICANDO FALSAS CREENCIAS: NO EXISTE CORRELACIÓN ENTRE EL CIADI Y LOS RESULTADOS QUE HA TENIDO EL ECUADOR EN ARBITRAJES DE INVERSIÓN



Por Dr. David Toscano Andrade^{1,2}

El siguiente artículo se difunde con la autorización expresa del Coordinador de la compilación: Dr. Miguel Hernández Terán, Director de la Maestría en Derecho Constitucional. Forma parte integrante del libro: “El retorno del Ecuador al CIADU y la Corte Constitucional (Y evaluación sobre el Ecuador en el CIADI)” publicado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Se difunde sin fines comerciales.

SUMARIO

1. Introducción	03
2. Las fuentes del derecho internacional de inversiones en el Ecuador: la naturaleza del convenio CIADI es distinta a la de los TBIs	04
3. No existe correlación entre resultados negativos para el estado ecuatoriano y las reglas que han regulado el arbitraje internacional de inversiones	07
3.1. No existe correlación entre resultados negativos para el Estado ecuatoriano y el arbitraje CIADI	09
3.2. Las estadísticas de arbitrajes CNUDMI (casos iniciados entre 2002 y 2009) son consistentes con las estadísticas de los arbitrajes	11
4. Análisis de los casos que resultaron en decisiones favorables para el Estado ecuatoriano	14
4.1. MCI v. Ecuador: los hechos no fueron susceptibles de una violación al TBI	15
4.2. EMELEC v. Ecuador: éxito en fase jurisdiccional	20
4.3. Los resultados arbitrales de la “Ley 42” para el Ecuador: 1 arbitraje ganado en sede jurisdiccional, 1 acuerdo amistoso	25
4.4. La Ley 42 “IN A NUTSHELL”	27
4.5. Murphy v. Ecuador: 2 victorias procesales y una derrota en el fondo	30

1. David Toscano es Socio Fundador de TADIR Dispute Resolution, quien centra su práctica en arbitraje internacional. David ha actuado como abogado patrocinador de compañías de alto perfil en arbitrajes internacionales bajo reglas CIADI, CNUDMI y CCI. David es profesor de la Universidad San Francisco de Quito, en las cátedras de Contratos, Litigación Oral y Derecho Internacional Privado, y actúa como profesor en la Maestría de Arbitraje y Litigio Internacional de la misma universidad.

2. El autor agradece la participación de Sebastián Arrieta Uquillas en la investigación realizada dentro del proceso de redacción de este artículo.

4.5.1. Murphy v. Ecuador (I): victoria jurisdiccional del Estado	30
4.5.2. Secunda aplicación reportada de Murphy ante el CIADI: Ecuador se atribuyó el resultado como “una segunda victoria”	34
4.6. Arbitrajes con Burlington y perenco: hechos relevantes para los dos arbitrajes	36
4.7. Contextualizando el Caso Burlington: el Estado tuvo aciertos relevantes durante los arbitrajes	38
4.8. Contextualizando el Caso perenco: el Ecuador también tuvo determinados aciertos	42
4.9. Arbitrajes con Burlington y perenco: 2 reconversiones en favor del Estado.....	46
5. Conclusiones	47
6. Bibliografía	51
7. Artículos y otros	53
8. Normativa	54
9. Reportes, Boletines de Prensa	55

Abstract

Este trabajo confirma que no existe correlación entre los resultados favorables, o desfavorables, que ha tenido Ecuador en arbitrajes internacionales ante el CIADI y el hecho de que esos arbitrajes hayan sido resueltos ante el CIADI. Mas bien, el resultado depende de la ley aplicable y los hechos específicos de cada caso. Las estadísticas de los casos CIADI de Ecuador muestran que el resultado global de esos casos es balanceado y que estos no favorecen particularmente a los inversionistas; ni tampoco perjudican, de manera particular, a la República del Ecuador.

Abstract

This essay confirms that there is no correlation between the favorable, or unfavorable, results that Ecuador has had in ICSID international arbitrations and the fact that those cases have been brought before ICSID. To the contrary, the result depends on the applicable law and the specific facts of each case. Statistics of Ecuador ICSID cases show that the overall result of those case is rather balanced, and do not particularly favor investors, nor they particularly harm the Republic of Ecuador.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo cuestiona la premisa de que el arbitraje internacional ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“**CIADI**” o “**Centro**”) ha perjudicado al Estado ecuatoriano y que, típicamente ha favorecido a los inversionistas extranjeros. Este no es el caso. De hecho, los resultados de los casos llevados ante el CIADI demuestran que hay un equilibrio y que no existe correlación entre, por un lado, el resultado de esos casos y, por el otro, el hecho de que aquellos arbitrajes se hayan resuelto por un tribunal CIADI.

El presente trabajo inicia con una breve explicación del arbitraje internacional de inversiones. Después, se realiza un análisis estadístico de los arbitrajes internacionales que han sido traídos en virtud de un tratado internacional (“**Arbitraje Internacional de Inversiones**”), haciendo un especial énfasis en los arbitrajes internacionales que se han resuelto ante tribunales del CIADI (“**Casos CIADI**”). El presente trabajo no considera Casos CIADI que hayan iniciado por vía contractual.³

Luego, se realiza un análisis más detallado de aquellos casos que fueron favorables para el Estado ecuatoriano, incluyendo aquellos que resultaron de la emisión de una ley conocida como “Ley 42”. Dentro de este análisis, se consideran ciertos casos en los que, si bien Ecuador obtuvo un laudo desfavorable, su defensa tuvo aspectos positivos que merecen ser resaltados. Finalmente, se presentan las conclusiones alcanzadas en este trabajo.

3. En este trabajo se han identificado al menos 3 Casos CIADI que iniciaron por vía de contrato y no tratado. Estos son: *Repsol YPF Ecuador S.A. y otros v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/01/10, Laudo, 20 de febrero de 2004 (a favor de los demandantes); *City Oriente Limited v. República del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/06/21, Resolución Procesal Dejando Constancia de la Terminación del Procedimiento de Arbitraje, 12 de septiembre de 2008 (Proceso terminado de mutuo acuerdo); *Corporación Quiport S.A. y otros v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/09/23, Order Taking Note of the Discontinuance of the Proceedings, 11 de noviembre de 2011 (Proceso terminado de mutuo acuerdo).

2. LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES EN EL ECUADOR: LA NATURALEZA DEL CONVENIO CIADI ES DISTINTA A LA DE LOS TBIS

Para presentar un análisis apropiado del contexto de los casos CIADI en el Ecuador, es preciso entender que el Arbitraje Internacional de Inversiones está compuesto por un sistema de fuentes. De esas fuentes se derivan aspectos que son clave para el desarrollo de esta rama del derecho. Naturalmente, el Arbitraje Internacional de Inversiones, como su nombre lo indica, es una rama del derecho internacional público. Por ende, las fuentes del derecho que lo rigen son aquellas que tienen una naturaleza internacional, y no las fuentes de derecho local.

Las fuentes del derecho internacional público están recogidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Una de esas fuentes consiste en tratados internacionales.⁴ Para el Derecho Internacional de Inversiones, es de particular importancia un tipo de tratados que típicamente se conocen como Tratados Bilaterales de Inversión (“**TBIs**”).⁵ Los TBIs son tratados internacionales en los que un estado acuerda otorgar ciertas protecciones a las inversiones que se realicen en el territorio de dicho estado. Estos compromisos son generalmente recíprocos y buscan que las inversiones provenientes de ambos estados, y por tanto los inversionistas que efectúan dicha inversión, tengan protección suficiente para promover el desarrollo recíproco de las inversiones en los estados que son parte del TBI.

Pese a que los TBIs tienen un protagonismo indudable en el Arbitraje Internacional de Inversiones, estos no son los únicos tratados que existen en esta materia, aquellos conviven con otros tratados internacionales. Este es el caso, por ejemplo, del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y

4. Naciones Unidas, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 1945, Artículo 38 (“1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. **las convenciones internacionales**, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59. [...]” (énfasis añadido)

5. Existe mucha variedad de tratados relevantes para el derecho internacional de inversiones y no necesariamente se trata de tratados bilaterales. Un ejemplo de ello es el North American Free Trade Agreement (NAFTA), celebrado entre Estados Unidos, Canadá y los Estados Unidos Mexicanos, que contiene un capítulo (Chapter 11) relativo a protección de inversiones.

Nacionales de Otros Estados (“**Convenio CIADI**”). El Convenio CIADI es el tratado internacional que creó el Centro.

El CIADI fue creado como entidad autónoma y multilateral especializada, que busca brindar un mecanismo para el arreglo de diferencias entre inversionistas extranjeros y Estados. Es una institución, un organismo internacional, que fue creado por un tratado internacional. El Convenio CIADI estuvo motivado por la necesidad de crear “*medios de conciliación o arbitraje internacionales a los que puedan los Estados Contratantes y los nacionales de otros Estados Contratantes, si lo desean, someter dichas diferencias.*”⁶

Así, en su artículo 1, el Convenio CIADI creó el Centro (institución), cuyo objeto fue definido de la siguiente manera:

“[...] **facilitar** la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje **de acuerdo con las disposiciones de este Convenio**” ⁷ (énfasis añadido)

El texto resaltado pone de manifiesto la naturaleza del Convenio CIADI y del Centro, pues el tratado internacional estableció normas destinadas a regular el funcionamiento del Centro, como la institución destinada a facilitar la solución de diferencias internacionales en materia de inversión. Esto es clave para entender que existen diferencias fundamentales entre la naturaleza de los TBIs, el Convenio CIADI, y el Centro. Estos no pueden ser confundidos.

En primer lugar, el Convenio CIADI contiene un conjunto de normas de carácter orgánico, que busca regular el funcionamiento del Centro y, entre otras, de los eventuales tribunales arbitrales que operarán bajo su auspicio. A diferencia de un TBI, el CIADI no contiene norma alguna que regule estándares de protección aplicables a la inversión extranjera. Esta es una materia que está típicamente regulada en los TBIs, mismos que contienen estándares de protección tales como

6. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 1965, (“**Convenio CIADI**”), Preámbulo.

7. Convenio CIADI, Artículo 1(2).

no expropiación, trato justo y equitativo, no discriminación, protección y seguridades plenas, trato nacional, nación más favorecida, etc.

De esto se desprende que un tribunal arbitral no recurrirá al Convenio CIADI para determinar el contenido y alcance de dichos estándares. El Convenio CIADI no es una fuente de derecho internacional del cual se pueda derivar responsabilidad internacional del Estado por la violación de aquellos estándares. Para determinar si es que existió una violación a una norma de derecho internacional público, que derive en responsabilidad internacional del Estado, el tribunal arbitral deberá recurrir al TBI y a otras fuentes de derecho internacional que sean aplicables – pero no al Convenio CIADI.

En segundo lugar, el Convenio CIADI no contiene norma alguna que permita un inversionista someter sus disputas a arbitraje internacional y obligar a un Estado acudir a dicho arbitraje de manera automática. La razón es que los Estados que son parte del CIADI no otorgan, como regla general, su consentimiento para someter sus disputas a arbitraje internacional. Este es un principio que está claramente recogido en el preámbulo del Convenio CIADI:

*“[...] la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, **a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado;**” (énfasis añadido)*

Al ratificar el CIADI, el Estado no otorga consentimiento automático para resolver disputa alguna. Esto es una materia que estará reservada para los TBIs, u otros instrumentos susceptibles de otorgar dicho consentimiento. Así, el Convenio CIADI se diferencia de un TBI en que generalmente solo este último contendrá el consentimiento del Estado para acudir a arbitraje. Ese consentimiento puede contener la opción de acudir a un tribunal arbitral constituido bajo las normas del Convenio CIADI. Cuando ese sea el caso, entonces un arbitraje internacional CIADI podrá llevarse a cabo.

3. NO EXISTE CORRELACIÓN ENTRE RESULTADOS NEGATIVOS PARA EL ESTADO ECUATORIANO Y LAS REGLAS QUE HAN REGULADO EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

El Estado ecuatoriano ha participado en 25 casos de arbitraje internacional de inversión basados en un TBI.⁸ Esos casos no fueron iniciados bajo 25 tratados diferentes, sino que estos se concentraron en un grupo de TBIs particulares, siendo el TBI celebrado entre Estados Unidos y Ecuador el tratado internacional que ha sido la fuente de la mayoría de los arbitrajes internacionales de inversión.⁹

La siguiente tabla contiene el detalle del número de arbitrajes iniciados bajo cada uno de los TBIs que dieron paso a Arbitrajes

Internacionales de Inversión:¹⁰

	Tratado Bilateral de Inversión	Número de Arbitrajes Iniciados (2002-2021)
1	Estados Unidos - Ecuador	16
2	España - Ecuador	3
3	Canadá - Ecuador	4
4	Francia - Ecuador	1
5	Bolivia - Ecuador	1
	TOTAL	25

La opción de acudir a Arbitraje CIADI existía en todos estos tratados internacionales, siendo la única alternativa en el caso del TBI Francia-Ecuador.¹¹

8. UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format)*, 31 de diciembre de 2020.

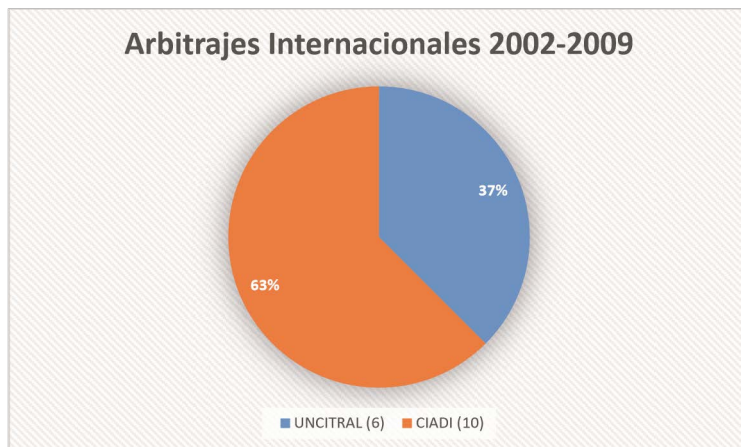
9. UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format)*, 31 de diciembre de 2020.

10. UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format)*, 31 de diciembre de 2020.

11. Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección de Inversiones, 27 de agosto de 1993, Artículo VI(3) ("**TBI Ecuador-Estados Unidos**"); Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador, 26 de junio de 1996, Artículo XI(2); Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 29 de abril de 1996, Artículo XIII(4); Convenio entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, 19 de junio de 1997, Artículo 9; Convenio entre la República de Bolivia y la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 25 de mayo de 1995, Artículo IX(3).

En 2009, inició el proceso de denuncia del Convenio CIADI por el Ecuador, a través del Decreto Ejecutivo No. 1823 emitido por el entonces Presidente Rafael Correa Delgado.¹² En su Artículo 1, aquel decreto resolvió “[d]enunciar y por tanto declarar terminado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados -CIADI” y, en su Artículo 2, derogar el Decreto Ejecutivo No. 1417-B de 6 de abril de 2001, mediante el cual se ratificaba el Convenio.¹³ La denuncia significó que, en adelante, la opción de acudir al CIADI no estaba disponible para los inversionistas. Este trabajo se concentra en Arbitrajes CIADI que tuvieron como fuente un TBI. Así, se analiza el período 2002 (cuando se presentó el primer arbitraje CIADI en contra de Ecuador)¹⁴ y 2009 (Cuando se denunció el Convenio CIADI).

En el período comprendido entre 2002 y 2009, la opción de acudir al CIADI fue la más utilizada por los inversionistas extranjeros. Se iniciaron 10 Arbitrajes CIADI en dicho período, correspondiendo al 63% del total de procesos iniciados hasta el 2009:



Como se ve en el gráfico, diez casos correspondieron a Arbitraje CIADI. Los seis restantes, fueron arbitrajes iniciados bajo el reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI). Es decir, que en el 37%

12. Decreto Ejecutivo No. 1823, Presidencia de la República, R.O 632 de 13 de julio de 2009.

13. Decreto Ejecutivo No. 1823, Presidencia de la República, R.O 632 de 13 de julio de 2009.

14. *IBM World Trade Corp. v. República del Ecuador*, ICSID Case No. ARB/02/10, Laudo, 22 de julio de 2004. En 2001 se inició otro Arbitraje CIADI en contra de la República del Ecuador, aunque aquel no tuvo como base un TBI, sino un contrato. Se trata de un caso iniciado por Repsol YPF y otros contra Petroecuador. Este caso fue favorable para Repsol, condenando

de los casos, los inversionistas optaron por no acudir al CIADI. De esto, surgen inmediatamente algunas preguntas: ¿Qué pasó en esos casos? ¿En cuántos de ellos el Ecuador obtuvo un resultado adverso? ¿Existe una correlación entre esos resultados adversos y el CIADI?

3.1. No existe correlación entre resultados negativos para el Estado ecuatoriano y el arbitraje CIADI

Para responder a las preguntas presentadas en el párrafo anterior, se analizaron los 10 Arbitrajes CIADI que se iniciaron en ese período. Atendiendo al resultado de dichos casos, se desprende que no todos a Petroecuador al pago de aproximadamente USD 13.6 millones. Ver *Repsol YPF Ecuador S.A. y otros v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/01/10, Laudo, 20 de febrero de 2004.

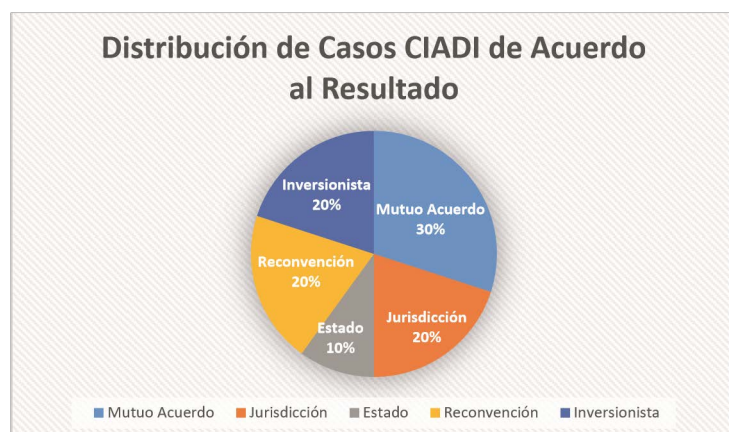
los arbitrajes terminaron con una decisión favorable para el inversionista (y, por ende, una decisión adversa para el Estado), sino que aquellos casos terminaron dentro de una de las siguientes circunstancias:

- a- De mutuo acuerdo (antes de que una decisión final del tribunal arbitral fue emitida);
- b- El tribunal desechó el caso con base a cuestiones jurisdiccionales;
- c- Se desecharon todas las pretensiones del inversionista;
- d- El estado ecuatoriano presentó una reconvencción y ésta fue resuelta favorablemente para el estado.
- e- El tribunal otorgó una o más pretensiones reclamadas por el inversionista.

Una vez que se han identificado los posibles resultados de los arbitrajes internacionales analizados, se ha contabilizado cuántos arbitrajes corresponden a cada una de las categorías, obteniendo valores porcentuales. Los casos en que el

tribunal arbitral resolvió a favor de una reconvencción presentada por el Estado ecuatoriano no fueron contabilizados como favorables o desfavorables para el estado ni para el inversionista, sino que se consideraron como rubros independientes.

En base a las consideraciones anteriores, las estadísticas muestran lo siguiente:



En los diez casos CIADI analizados, existe un balance entre los resultados obtenidos por los inversionistas y por el estado ecuatoriano. En el 10% de los casos, el resultado fue favorable para el estado en la fase de méritos del arbitraje.¹⁵ El 20% de los casos fue resuelto en sede jurisdiccional en favor del Estado, donde el tribunal arbitral se declaró incompetente para conocer el caso.¹⁶ Entre estos dos rubros, el Estado habría tenido una resolución favorable (en fase jurisdiccional o fase de méritos) en el 30% de los casos. Igualmente, el 30% de los casos, las partes llegaron a un acuerdo que puso fin a la disputa.¹⁷ En el 20% de los casos, el tribunal otorgó una o más pretensiones de la demanda a favor del inversionista.¹⁸ En el 20% de los casos restantes,

15. M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc. v. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/03/6; Ver UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format)*, 31 de diciembre de 2020.

16. Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. v. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/05/9; Murphy Exploration and Production Company International v. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/4; Ver UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format)*, 31 de diciembre de 2020.

17. Técnicas Reunidas, S.A. and Eurocontrol, S.A. v. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/06/17; Noble Energy Inc. and Machala Power Cía. Ltd. v. República del Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad, Caso CIADI No. ARB/05/12; IBM World Trade Corp. v. República of Ecuador, Caso CIADI No. ARB/02/10; Ver UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format)*, 31 de diciembre de 2020.

18. Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. República del Ecuador (II), Caso CIADI No. ARB/06/11; Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. República del

el inversionista obtuvo un laudo favorable, pero Estado también obtuvo una reconvencción a su favor.¹⁹

La conclusión que se desprende de estas estadísticas es que no existe una correlación entre el Arbitraje CIADI y la existencia de resultados negativos para el estado ecuatoriano. De hecho, es cuestionable la premisa de que el Estado ecuatoriano ha sido perjudicado o ha obtenido resultados desfavorables. Incluso si es que el rubro correspondiente a reconvencciones no fuese tomado como un rubro independiente, este debería distribuirse *a prorrata*, otorgando un porcentaje de favorabilidad al Estado y otro al inversionista. Además, se debe considerar que hay un 10% de casos resueltos en sede jurisdiccional que podrían computarse como desfavorables para el inversionista. En general, las cifras analizadas sugieren que no existe correlación entre el Arbitraje CIADI y los resultados favorables o desfavorables para el Estado.

3.2. Las estadísticas de arbitrajes CNUDMI (casos iniciados entre 2002 y 2009) son consistentes con las estadísticas de los arbitrajes CIADI

En el período 2002-2009, se iniciaron seis arbitrajes bajo el reglamento CNUDMI (“**Arbitrajes CNUDMI**”). El resultado de esos seis arbitrajes tampoco sugiere una tendencia en la que el Estado ecuatoriano haya tenido predominantemente resultados adversos. Esto es consistente con los datos obtenidos en los Arbitrajes CIADI.

Respecto a los casos iniciados entre 2002 y 2009, los Arbitrajes CNUDMI caen dentro de una de las siguientes categorías:

- a- Terminación por mutuo acuerdo;
- b- Se desecharon todas las pretensiones del inversionista;

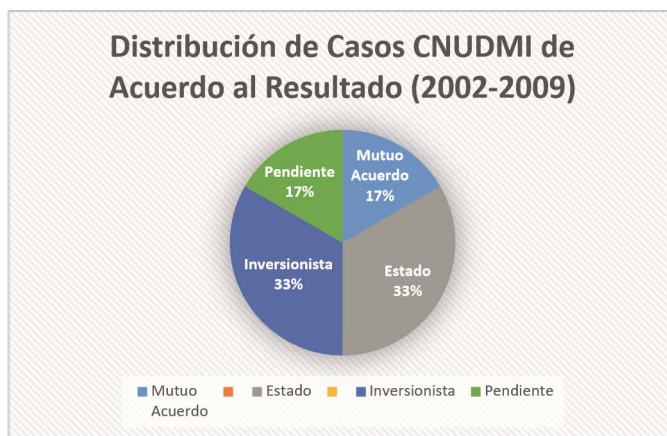
Ecuador (ICSID Case No. ARB/04/19); Ver UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format)*, 31 de diciembre de 2020.

19. *Burlington Resources Inc. v. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5; *Perenco Ecuador Limited v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6.

c- El tribunal otorgó una o más pretensiones reclamadas por el inversionista.

d- El caso aún se encuentra pendiente.

A diferencia de los casos CIADI, no hay resoluciones que hayan otorgado una reconvencción a favor del Estado. Tampoco hay casos que se hayan resuelto favorablemente en fase jurisdiccional. Los datos computados arrojan los siguientes resultados:



De los seis casos, uno de ellos (17%) terminó por mutuo acuerdo de las partes.²⁰ Dos de esos casos (33%) fueron resueltos en favor del estado, al haberse rechazado las pretensiones en la fase de méritos.²¹ En otros dos casos (33%), el inversionista obtuvo una decisión favorable en los aspectos de fondo del arbitraje.²² Finalmente, existe un caso (17%) que se encuentra aún pendiente.²³ Estos datos sugieren que durante el período 2002-2009 no existió correlación alguna entre resultados

20. *Globalnet - Únete Telecomunicaciones S.A. y Clay Pacific S.R.L. v. República del Ecuador*, Orden de Conclusión de Procedimiento Arbitral, 7 de agosto de 2013; Ver UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format)*, 31 de diciembre de 2020.

21. *Ulysseas, Inc. v. República del Ecuador*, PCA No. 2009-19; *EnCana Corporation v. República del Ecuador*, Caso LCIA No. UN3481; Ver UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format)*, 31 de diciembre de 2020.

22. *Occidental Exploration and Production Company v. República del Ecuador (I)*, Caso LCIA No. UN3467; *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador*, Caso PCA No. 2007-02/AA277; Ver UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format)*, 31 de diciembre de 2020.

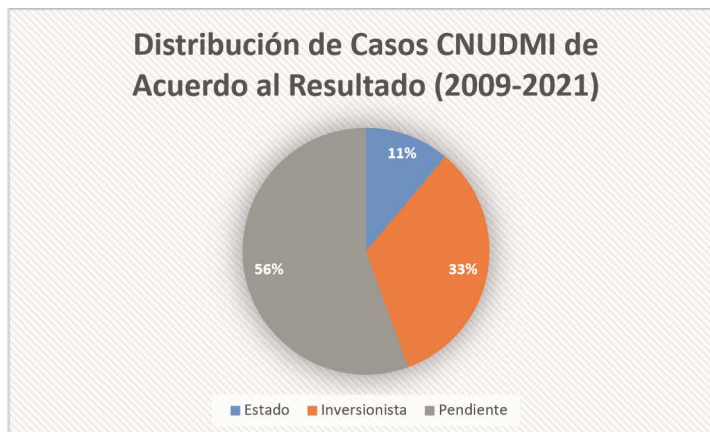
23. *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. República del Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23; Ver UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format)*, 31 de diciembre de 2020.

desfavorables para el Estado y los Arbitrajes conducidos bajo reglas CNUDMI.

Con posterioridad a la denuncia del Convenio CIADI en 2009, el Arbitraje Internacional de Inversiones en el Ecuador estuvo dominado por arbitrajes (reportados) bajo el Reglamento CNUDMI. En el período 2009-2021, se han reportado nueve arbitrajes internacionales de inversión que surgieron de un TBI. En cuanto a los resultados, estos se pueden clasificar dentro de los siguientes parámetros:

- a- Se desecharon todas las pretensiones del inversionista;
- b- El tribunal otorgó una o más pretensiones reclamadas por el inversionista;
- c- El caso se encuentra pendiente.

Los datos computados arrojan los siguientes resultados:



En el gráfico se observa que el mayor número de casos que fueron iniciados entre los años 2009 y 2021 se encuentran en estado “pendiente”. Es decir, que no han llegado a ser resueltos. Este rubro corresponde al 56% de los casos (5 arbitrajes).²⁴ En el 33% de los casos (3 arbitrajes), el tribunal arbitral aceptó las pretensiones de

²⁴ *WorleyParsons International, Inc. v. Republic of Ecuador; Aecon v. Ecuador; Mantenimientos, Ayuda a la Explotación y Servicios S.A. and Sociedad Española de Montajes Industriales S.A. (formerly Consorcio GLP) v. Republic of Ecuador; Zamora Gold Corporation v. Ecuador; RSM Production Corporation v. Republic of Ecuador; Ver UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format), 31 de diciembre de 2020; Ver también Jack Ballantyne, Airport Investor Brings Tax Claim Against Ecuador, Global Arbitration Review, 28 de septiembre de 2020.*

los inversionistas.²⁵ En el 11% de los casos (1 arbitraje) el Estado prevaleció, pues el tribunal arbitral desechó las pretensiones del inversionista en la fase de méritos.²⁶

En este período, no es posible llegar a una conclusión debido a que más del 50% de los casos se encuentra pendiente. El porcentaje de éxito del Estado podría incrementarse conforme se vayan resolviendo dichos arbitrajes. En el período 2002-2009, donde todos los arbitrajes iniciados en dicho tiempo han concluido (excepto por uno), vemos que existió un balance en los resultados de los arbitrajes, tanto en Arbitrajes CIADI como en arbitrajes UNCITRAL. No se descarta que esa tendencia continúe cuando los casos que se encuentran en estado “pendiente” se vayan resolviendo.

4. ANÁLISIS DE LOS CASOS QUE RESULTARON EN DECISIONES FAVORABLES PARA EL ESTADO ECUATORIANO

Habiendo establecido que no existe una correlación entre decisiones adversas para el Estado y Arbitrajes CIADI, a continuación, se presenta un análisis del caso en donde existió una decisión favorable para el Estado en la fase de méritos. El objetivo es presentar los hechos y las razones por los cuales el tribunal encontró que aquellos no fueron susceptibles de generar responsabilidad internacional. Este caso es: *M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc. v. República del Ecuador* (“**MCI v. Ecuador**”).²⁷

Además, se analizan a continuación los dos casos en el que el tribunal arbitral encontró que no tenía jurisdicción para conocer la demanda presentada por el inversionista. Se trata de los arbitrajes *Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/05/9 (“**EMELEC v. Ecuador**”) y *Murphy Exploration and Production Company International v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/4 (“**Murphy v. Ecuador**”).

25. *Copper Mesa Mining Corporation v. República del Ecuador*, Caso PCA No. 2012-2; *Murphy Exploration & Production Company – International v. The Republic of Ecuador (II)*, Caso PCA No. 2012-16; *Merck Sharpe & Dohme (I.A.) Corporation v. The Republic of Ecuador*, Caso PCA No. 2012-10; Ver UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format), 31 de diciembre de 2020; Ver también Jus Mundi, Reporte de Merck v. Ecuador, último acceso el 15 de noviembre de 2021.

26. *Albacora S.A. v. República del Ecuador*, PCA Case No. 2016-11; Ver UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format), 31 de diciembre de 2020.

27. *M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc. v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6 (“**MCI v. Ecuador**”).

4.1. MCI v. Ecuador: los hechos no fueron susceptibles de una violación al TBI

El arbitraje de MCI fue iniciado en 2002 y el laudo fue emitido el 31 de julio de 2007.²⁸ Los Demandantes presentaron pretensiones sobre violaciones a los estándares de trato justo y equitativo, trato no discriminatorio o arbitrario, protección y seguridades plenas, y expropiación bajo el TBI Ecuador – Estados Unidos.²⁹ Ninguna de estas pretensiones fue admitida por el tribunal arbitral. A continuación, se analizan dos de estas pretensiones, relativas a trato justo y equitativo y expropiación, por ser aquellas donde se centró prioritariamente la discusión del caso.

Los demandantes son dos, MCI Power Group L.C. (“**MCI**”) y New Turbine Inc., ambas compañías constituidas en Estados Unidos de América. Estas compañías controlaban a la compañía Seacoast (también estadounidense), quien firmó un contrato de suministro de electricidad con el Instituto Ecuatoriano de Electrificación (“**INECEL**”) en 1995.³⁰ Seacoast debía proveer la instalación y operación de dos plantas de generación de energía eléctrica en Santa Elena y en Santo Domingo, y vender esa energía a INECEL.³¹

Durante la ejecución del contrato, surgieron diferencias en cuanto al pago de la energía, reembolsos de costos de combustible y la imposición de multas y penalidades por parte de INECEL a Seacoast.³² En abril de 1996, Seacoast suspendió la operación de las dos plantas de generación y también suspendió la entrega de energía a INECEL, argumentando la falta de pago de facturas de acuerdo a los términos del contrato.³³ Un mes después, como respuesta, INECEL dio por terminado el contrato, alegando incumplimiento contractual por parte de Seacoast.³⁴ En julio de 1996, las acciones de Seacoast relativas a la generación de energía fueron transferidas a otra entidad denominada Ecuapower.³⁵ En abril de 1997, se realizó una reunión inicial para la liquidación del contrato, convocándose a una

28. MCI v. Ecuador, Laudo, 31 de julio de 2007.

29. MCI v. Ecuador, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 232.

30. MCI v. Ecuador, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 195.

31. MCI v. Ecuador, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 195.

32. MCI v. Ecuador, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 200.

33. MCI v. Ecuador, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 200.

34. MCI v. Ecuador, Laudo, 31 de julio de 2007, pp. 201-202.

35. MCI v. Ecuador, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 204.

“Comisión de Liquidación”.³⁶ Estas reuniones continuaron hasta que la Superintendencia de Compañías de Ecuador revocó el permiso de operación de Seacoast en febrero de 1999.³⁷ El mismo año, en marzo de 1999, se dieron por terminadas las reuniones de la Comisión de la Liquidación.³⁸ Con la suspensión del permiso de operación, se cayeron negociaciones entre Seacoast y Ecuador para la celebración de un convenio arbitral. También se declaró la nulidad de un proceso local iniciado por Seacoast, donde la corte ecuatoriana determinó que ésta carecía de legitimidad de personería por haber perdido el permiso de operación.

Trato Justo y Equitativo. El hecho alegado por los Demandantes como violatorio de trato justo y equitativo fue una demora injustificada en la constitución de la comisión que estaría a cargo de la liquidación del contrato, después de que este fue terminado. Transcurrieron 7 meses hasta que el proceso previsto en el contrato para proceder con la liquidación del contrato inicie.³⁹ También alegaron que Ecuador tenía una obligación de negociar de buena fe dentro de la Comisión de Liquidación del Contrato y que el Estado violó dicha obligación, pues no se resolvieron las diferencias relativas a facturas impagas y multas impuestas unilateralmente por INECEL dentro de dicha comisión para la liquidación del Contrato.⁴⁰

Ninguno de estos elementos dio paso a la pretensión de los demandantes. Según el tribunal arbitral, aquellos hechos no sugirieron la existencia de mala fe en el comportamiento de INECEL. Adicionalmente, el tribunal encontró que el hecho de que no se haya alcanzado un acuerdo para la liquidación definitiva del contrato tampoco era susceptible de dar paso a una violación del TBI. Ello porque la comisión de liquidación no era un mecanismo de resolución de disputas, ni tampoco existía una obligación de INECEL de llegar a un acuerdo dentro de ese foro. Así, el tribunal determinó que:

36. MCI v. Ecuador, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 209.

37. MCI v. Ecuador, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 211.

38. MCI v. Ecuador, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 212.

39. MCI v. Ecuador, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 256.

40. MCI v. Ecuador, Laudo, 31 de julio de 2007, pp. 256-261.

“La legitimidad de las expectativas del trato debido por parte del inversor extranjero protegido por el TBI no dependen de la mera intencionalidad de las partes, sino de la certeza sobre el contenido de las obligaciones exigibles.”⁴¹

En los hechos, el tribunal encontró que Seacoast no tenía una legítima expectativa fundada, pues no existía una obligación de solucionar las controversias existentes a través de la comisión de liquidación.⁴² Así, el tribunal rechazó la pretensión de que el Estado ecuatoriano habría violado el estándar de trato justo y equitativo del TBI.

Los demandantes también alegaron que la revocación del permiso de operación de Seacoast habría devenido en que Ecuador decidió no continuar con la negociación de un convenio arbitral, en la emisión de una decisión de nulidad de una corte local, y en un alegado hostigamiento a Seacoast por parte de autoridades locales. Ninguna de estas alegaciones fue aceptada.

Respecto a la alegación de que Seacoast tenía expectativas legítimas en el juicio local que fue anulado por la revocatoria del permiso de funcionamiento (sobre la base de que Seacoast habría perdido personería), el tribunal sostuvo que no procede la reclamación de trato justo y equitativo. La decisión estuvo basada en el hecho de que fue la propia inacción de la compañía la que generó que el juicio devenga en una nulidad y que ésta no utilizó las vías locales que estaban a su alcance para subsanar el problema (a pesar de que continuaban estando a su disposición).⁴³

Sobre la alegación de que el inversionista habría perdido la confianza en la justicia local, el tribunal determinó lo siguiente:

“[...] dentro de las alegadas legítimas expectativas de un inversor frente a los comportamientos exigibles a un Estado receptor no pueden incluirse las meras apreciaciones subjetivas sobre la imposibilidad de lograr una solución viable a través de los recursos judiciales internos del Estado cuando esos recursos ni siquiera fueron propiamente

⁴¹. MCI v. Ecuador, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 280.

⁴². MCI v. Ecuador, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 281.

⁴³. MCI v. Ecuador, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 349-353.

activados. Seacoast aceptó la nulidad de la acción judicial que contenía sus reclamos sobre los incumplimientos contractuales de INECEL y no apeló [...] En definitiva, Seacoast consintió la declaración de nulidad de su acción judicial. Tampoco Seacoast demostró interés en constatar las posibilidades de presentar una nueva demanda [...]"⁴⁴

De manera similar, el tribunal rechazó el reclamo de que habría existido una violación de trato justo y equitativo debido a que el Estado optó por no continuar con las negociaciones de un convenio arbitral después de que fue revocado el permiso de funcionamiento. El tribunal consideró que “las Demandantes no probaron la existencia de una obligación por parte de las autoridades ecuatorianas de llegar a un acuerdo de arbitraje.”⁴⁵ Por lo tanto, “la frustración de las negociaciones para acordar un arbitraje no violó el estándar de trato justo y equitativo del TBI y, por lo tanto, no generó la responsabilidad de Ecuador frente a las eventuales expectativas de Seacoast para llegar a celebrar ese acuerdo.”⁴⁶

Finalmente, respecto a la alegación de hostigamiento, el tribunal consideró que el mismo no fue probado al no haber presentado “evidencias significativas de una conducta sistemática de discriminación.”⁴⁷ Frente a la sugerencia de los demandantes de que no encontraría justicia en las cortes ecuatorianas, el tribunal opinó que “esas apreciaciones subjetivas ponen de manifiesto un cierto grado de negligencia que afectó la toma de decisiones por parte de Seacoast en cuanto a la eventual solución de los conflictos planteados.”⁴⁸

Finalmente, respecto al estándar de trato justo y equitativo, el tribunal concluyó lo siguiente:

“El Tribunal observa que el trato justo y equitativo obliga convencionalmente a los Estados parte del TBU a respetar los estándares de tratamiento requeridos por el derecho internacional. El derecho internacional mencionado por el Artículo II del TBI

⁴⁴. MCI v. Ecuador, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 349.

⁴⁵. MCI v. Ecuador, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 322.

⁴⁶. MCI v. Ecuador, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 324.

⁴⁷. MCI v. Ecuador, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 364.

⁴⁸. MCI v. Ecuador, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 368.

se refiere al derecho internacional consuetudinario, es decir a la práctica reiterada, general y constante de los Estados respetada por éstos con conciencia de su obligatoriedad. El trato justo y equitativo es entonces la expresión de una norma de derecho. Un trato injusto o inequitativo, al igual que un trato arbitrario, es aquel al que el Tribunal podrá razonablemente reconocer como un acto contrario a derecho.

En este sentido, el trato justo y equitativo no puede confundirse con la aplicación de la regla ex aequo et bono que presupone un ejercicio amplio de la discrecionalidad de los árbitros en la búsqueda de una solución a la controversia planteada.”⁴⁹

Expropiación. Los demandantes argumentaron que la revocación del permiso de operación por parte de la Superintendencia de Compañías constituía en sí misma una expropiación y también una violación al estándar de trato justo y equitativo. El tribunal no estuvo de acuerdo con dicho argumento. El tribunal observó lo siguiente:

“Para el Tribunal el permiso para operar se relaciona básicamente con la necesidad de instalar, poner en funcionamiento y operar las plantas generadoras de electricidad. Seacoast, al momento de producirse la revocación de su permiso, había transferido sus derechos sobre las plantas por lo que no era la dueña ni operaba dichas plantas.”⁵⁰

El tribunal consideró que para que se configure una expropiación

“debe necesariamente contemplarse la existencia de una interferencia sustancial por parte del Estado que afecte el uso y goce de la inversión protegida.”⁵¹ En los hechos, debido a que en junio de 1996, las acciones de Seacoast relativas a la generación de energía fueron transferidas a Ecuapower, el tribunal consideró que “la falta de titularidad sobre la inversión [...] restringe la posibilidad de alegar la revocación del permiso para operar como una expropiación.”⁵²

49. MCI v. Ecuador, 31 de julio de 2007, Laudo, pp. 369-370.

50. MCI v. Ecuador, 31 de julio de 2007, Laudo, p. 298.

51. MCI v. Ecuador, 31 de julio de 2007, Laudo, p. 300.

52. MCI v. Ecuador, 31 de julio de 2007, Laudo, p. 300.

4.2. EMELEC v. Ecuador: éxito en fase jurisdiccional

El arbitraje fue iniciado en 2005, bajo el TBI Ecuador-Estados Unidos, y el laudo fue emitido el 2 de junio de 2009.⁵³ El tribunal decidió que las personas que iniciaron el arbitraje, actuando a nombre de EMELEC, no contaban con personería jurídica para representarla en un Arbitraje CIADI.⁵⁴ El tribunal ni siquiera llegó a considerar si es que éste tenía jurisdicción bajo el artículo 25 de dicho Convenio. Así, el tribunal no tuvo que analizar si existía una inversión (*ratione materiae*)⁵⁵ o si EMELEC tenía la calidad de inversionista (*ratione personae*).⁵⁶ Por su parte, Ecuador obtuvo un resultado favorable, sin que se haya tenido que analizar todas las excepciones a la jurisdicción.

Ecuador presentó 4 objeciones a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del tribunal arbitral:

- a- EMELEC no se encuentra acreditada ante el CIADI pues las personas que actúan a su nombre carecen de debida personería;
- b- Si el tribunal decidiese que EMELEC sí estaba representada debidamente, no se cumple el requisito *ratione personae*, pues EMELEC está conformada en última instancia sólo por capitales ecuatorianos;
- c- Si el tribunal decidiese que sí se cumple con el requisito *ratione personae*, EMELEC no puede invocar a su favor el TBI en virtud de la cláusula de denegación de beneficios del TBI (artículo 1.2 del tratado).⁵⁷

53. Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. v. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/05/9 (“**EMELEC v. Ecuador**”).

54. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, pp. 130, 133-136.

55. Convenio CIADI, Artículo 25(2)(b) (“Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”: (b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes presentaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.”)

56. Convenio CIADI, Artículo 25(1) (“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política y organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.”)

57. TBI Ecuador-Estados Unidos, Artículo 1.2 (“2. Cada Parte se reserva el derecho de denegar a cualquier socie-

d- Ecuador no ha dado consentimiento para que las diferencias con el representante de EMELEC puedan someterse a jurisdicción CIADI.

Respecto a estas objeciones, el tribunal sostuvo en sus consideraciones, lo siguiente:

*“El Tribunal considera que si determina que la primera de las cuatro excepciones a la jurisdicción del CIADI planteadas por la República del Ecuador tiene un sustento legal definitivo, las otras tres excepciones ya no habrán de ser materia de examen por parte del Tribunal [...] al existir la evidencia de una incapacidad jurídica para representar válidamente a EMELEC, ello acarreará por necesidad un impedimento para dar continuidad a este juicio arbitral.”*⁵⁸

Al haber resuelto favorablemente respecto a la primera objeción jurisdiccional, el tribunal no tuvo la necesidad de conocer las siguientes tres objeciones a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del tribunal arbitral.⁵⁹ Esto es suficiente para determinar el éxito que tuvo Ecuador en el caso *EMELEC v. Ecuador*. Sin perjuicio de ello, a continuación, se presenta un resumen de los hechos del caso que será del interés del lector.

Resumen de Hechos Relevantes

De los hechos se desprende que EMELEC es una corporación constituida en Estados Unidos de América, la cual habría sido titular de una concesión para el suministro de energía eléctrica para la ciudad de Guayaquil desde su constitución en 1925.⁶⁰ La totalidad de las acciones de EMELEC eran de propiedad de North Eastern Power & Energy Corporation (“**NEPEC**”).⁶¹

EMELEC, a través de quien alegaba ser su representante legal, el señor Miguel Llucó Tixe (“**Sr. Llucó**”), presentó como fundamento a su demanda que habría

dad los beneficios del presente Tratado si dicha sociedad está controlada por nacionales de un tercer país y, en el caso de una sociedad de la otra Parte, si dicha sociedad no tiene actividades comerciales importantes en el territorio de la otra Parte o está controlada por nacionales de un tercer país con el cual la parte denegante no mantiene relaciones económicas normales.”)

58. *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 74.

59. *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 136.

60. *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 41.

61. *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 40.

existido una expropiación por parte del Gobierno de Ecuador, debido a la toma de control de sus instalaciones, cuentas bancarias y otras propiedades ubicadas en el territorio ecuatoriano, mediante intervención de un contingente militar y policíaco.⁶² Además, EMELEC argumentó que los bienes de EMELEC fueron expropiados *de jure*, mediante una resolución emitida por el Consejo Nacional de Electricidad (CONELEC) y que el Superintendente de Bancos transfirió depósitos y cuentas bancarias de EMELEC a CONECEL.⁶³ Esos bienes habrían sido después transferidos a una entidad estatal denominada Corporación para la Administración Temporal Eléctrica de Guayaquil (CATEG), sin que EMELEC haya recibido compensación alguna.⁶⁴ Adicionalmente, otra entidad estatal denominada Corporación Centro Nacional de Control de Energía (CENACE) habría demandado a EMELEC por el cobro de valores pendientes de pago que habrían sido generados cuando EMELEC ya no tenía el control de los bienes que le habían sido expropiados, lo que habría agravado la disputa.⁶⁵

Sin haber siquiera considerado las pretensiones anteriores, la discusión del tribunal arbitral se centró, más bien, en determinar si es que el Sr. Miguel Lluco Tixe (“**Sr. Lluco**”) estaba en capacidad para representar a EMELEC en el arbitraje.⁶⁶ El Sr. Lluco era beneficiario y único accionista de un fideicomiso denominado Progreso Repatriation Trust (“**PRT II**”), que controlaba NEPEC.⁶⁷ Al controlar PRT II (y por tanto, NEPEC), el Sr. Lluco argumentaba que tenía control absoluto de EMELEC. Así, el Sr. Lluco sostenía ser el representante legal de EMELEC y estar legitimado para presentar la demanda arbitral.⁶⁸ Esto fue impugnado por Ecuador, sobre la base de que el Sr. Lluco no habría demostrado tener capacidad para actuar como representante legal y que, por ende, no podía intervenir a nombre de EMELEC.⁶⁹

62. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 41.

63. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 41.

64. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 43.

65. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 48.

66. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 75.

67. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 77.

68. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 77.

69. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 55.

Para resolver la discrepancia, el Tribunal Arbitral decidió analizar la historia del control accionario y propiedad de EMELEC, con el objetivo de entender cómo ésta se desarrolló a través de la creación de una serie de fideicomisos que la controlaban en distintas épocas. En 1993 el Sr. Fernando Aspiazu (dueño del Banco del Progreso) (“**Sr. Aspiazu**”) notificó a Ecuador que había adquirido el control accionario y propiedad de EMELEC, a través de la adquisición de NEPEC.⁷⁰ En 1999, el Banco del Progreso fue intervenido por la Agencia de Garantía de Depósitos (“**AGD**”), y ordenó la devolución del 100% de los depósitos a los clientes del banco.

⁷¹ El Sr. Aspiazu fue eventualmente detenido por el delito de peculado.

Para cumplir con la disposición de la AGD (i.e. el pago de más de US\$ 890 millones), el Sr. Aspiazu creó un fideicomiso en las Bahamas denominado Progreso Repatriation Trust, al que transfirió todas las acciones en NEPEC.⁷² Este fideicomiso pasó a controlar EMELEC, pero no fue el único que fue creado. En efecto, se crearon nuevos fideicomisos de tiempo en tiempo, cada uno reemplazando al anterior; y cada vez que se creaba uno, se le transferían a éste las acciones de NEPEC (y EMELEC).⁷³

En 1999, el Sr. Aspiazu constituyó el primero de esos fideicomisos, *Progreso Recapitalization Trust* (“**PRT I**”), al que le transfirió las acciones de NEPEC.⁷⁴ El Sr. Aspiazu se reservó el derecho de dar instrucciones al fiduciario con respecto a “transacciones que estaba autorizado a emprender” y de revocar el fideicomiso.⁷⁵ Mediando la autorización del Sr. Aspiazu, en el año 2000 el PRT I fue liquidado, y los bienes de NEPEC (y EMELEC) se transfirieron a un nuevo fideicomiso denominado *Progreso Depositors Fund* (“**PDT**”) con una duración de seis años.⁷⁶ El objetivo de este fideicomiso también era realizar transacciones en favor de depositantes del Banco del Progreso y se creó con una naturaleza de ser “irrevocable”.⁷⁷

70. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 82.

71. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 83.

72. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 85.

73. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 85.

74. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 87.

75. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 88.

76. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, pp. 91, 94(c).

77. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, pp. 98-99.

En 2003, el Sr. Aspiazu constituyó un nuevo fideicomiso (i.e. PRT II) revocable, motivado en que los fiduciarios del fideicomiso PDT habrían estado sustrayendo recursos del fideicomiso para su beneficio personal y no habrían cumplido con el objeto del fideicomiso (distribuir recursos entre depositantes).⁷⁸ Es en este fideicomiso donde aparece la designación del Sr. Lluco como fiduciario.⁷⁹ El problema radica en que el PDT tenía el carácter de irrevocable, y los fiduciarios de dicho fideicomiso se opusieron a su cancelación, indicando entre otras cosas, lo siguiente:

“[...] en un serio contraste con el PDT, el nuevo fideicomiso [i.e. PRT II] sería irrevocable, con lo cual, si este proyecto tuviese éxito, los señores Aspiazu podrían, a su conveniencia, liquidar el nuevo fideicomiso y reasignarse los bienes del fideicomiso a ellos mismos en cualquier oportunidad y a su entero arbitrio [en perjuicio de los depositantes del Banco del Progreso]; como lo reconoce usted en sus cartas, los bienes del fideicomiso ya se encuentran conferidos al fiduciario del PDT, quien tiene el propósito de cumplir con la responsabilidad que le ha sido confiada bajo el PDT [i.e. realizar pagos a depositantes del Banco del Progreso]”⁸⁰

Además, los fiduciarios del fideicomiso PDT se opusieron a la validez y eficacia del fideicomiso PDT II sobre la base de que el Sr. Aspiazu fue condenado a prisión por el delito de peculado y “[a]l estar en esa condición jurídica, el señor Aspiazu está incapacitado legalmente para disponer de cualquier tipo de propiedad, sea a través de la creación de un fideicomiso o por cualquier otro medio. Todo acto de disposición patrimonial que se pretende efectuar de esos bienes es nulo absolutamente, de acuerdo con el derecho vigente.”⁸¹

Considerando lo anterior, el tribunal determinó que las acciones de NEPEC (y por ende, de CELEC) nunca se transfirieron al fideicomiso PDT II, sino que se quedaron en PDT.⁸² Con ello, según el tribunal, “con toda certeza, [PDT] no ha autorizado

78. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, pp. 111, 118, 122.

79. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 117.

80. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 121.

81. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 123.

82. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 103.

este procedimiento arbitral en contra de la República de Ecuador” y “[s]in esas acciones [de NEPEC], el Sr. Llucó no ejerce control sobre EMELEC.”⁸³

De acuerdo a los árbitros, porque el PDT era irrevocable,⁸⁴ no se satisfizo “de manera suficiente la carga que les corresponde probar [al Sr. Llucó] que se ha conferido a PRT II el título, el control y el derecho de representación de la empresa EMELEC.”⁸⁵ La conclusión del tribunal fue entonces que:

“[n]o existió un traspaso real y efectivo en favor del señor Llucó, a favor de NEPEC o a favor de PRT II, de las acciones con derecho a voto en EMELEC. La razón de ello es que dichos [sic] acciones habían sido previamente depositadas en otro fideicomiso, el PDT, cuya vigencia legal ha quedado debidamente comprobada.”⁸⁶

Así, el tribunal determinó que el Sr. Llucó no tenía la capacidad necesaria ni la debida personería para representar a EMELEC, para actuar a su nombre, ni para haber iniciado el arbitraje. El tribunal aceptó la excepción jurisdiccional planteada por Ecuador y no necesitó examinar las otras excepciones jurisdiccionales.⁸⁷ Naturalmente, el tribunal no llegó a conocer sobre las alegaciones sobre el fondo relativas, principalmente, a expropiación.

4.3. Los resultados arbitrales de la “Ley 42” para el Ecuador: 1 arbitraje ganado en sede jurisdiccional, 1 acuerdo amistoso, 2 reconveniciones favorables, 1 nulidad parcial de laudo

Medidas tomadas por el Ecuador en 2006 y 2007 derivaron en distintos arbitrajes, iniciados por tres compañías petroleras. La medida fue tomada mediante la adopción de la Ley No. 42-006 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos (“**Ley 42**”).⁸⁸ Durante más de 10 años de litigio entre estas compañías y el Estado ecuatoriano, se desencadenaron varias batallas. En unas de ellas, la balanza se inclinó

⁸³. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 103.

⁸⁴. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, pp. 126-127.

⁸⁵. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 125.

⁸⁶. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, pp. 129.

⁸⁷. EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, pp. 136.

⁸⁸. Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos No. 42-006, Registro Oficial No. 257, 25 de abril de 2006 (“Ley 42”).

hacia el lado del Estado, en otras, hacia el lado del inversionista. La otra, terminó de mutuo acuerdo.

Una de estas batallas fue ganada por el Estado, al haber obtenido un laudo favorable en un arbitraje CIADI, en donde el tribunal encontró que no tenía jurisdicción para conocer el caso. Se trata del arbitraje

Murphy Exploration and Production Company International (“Murphy”) v. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/4 (“**Murphy v. Ecuador (I)**”). A este caso le siguió el inicio de dos arbitrajes adicionales por parte de la misma compañía. El primero fue otra demanda ante el CIADI que terminó por ser abandonada por Murphy, solo para después iniciar un tercer arbitraje (ahora bajo reglas CNUDMI y ante la Corte Permanente de Arbitraje) en el que ésta prevaleció (“**Murphy v. Ecuador (II)**”).⁸⁹

En 2008, la compañía Repsol YPF Ecuador, S.A. (“**Repsol YPF**”), operadora del consorcio conformado por las compañías Repsol YPF, Murphy Ecuador Oil Company, Ltd., CRS Resources (Ecuador) LDC, Overseas Petroleum y Investment Corporation (“**Repsol y Otros**”), también inició un Arbitraje CIADI en contra de Ecuador por US\$ 417 millones.⁹⁰ Esta demanda fue retirada mediante acuerdo de las partes, después de que el Estado celebrara un nuevo contrato de prestación de servicios con las mencionadas petroleras, llegando así a un acuerdo que puso fin a la disputa.⁹¹ Según fue reportado, la renegociación de los contratos por parte del Estado estaba sujeta a la condición de que las compañías debían renunciar a los reclamos por la Ley 42.⁹² En 2011, el tribunal CIADI emitió la siguiente resolución:

“Mediante carta conjunta de fecha 31 de enero de 2011, las Demandantes y las Demandadas informaron al Tribunal y al Centro que habían acordado dar por terminado este procedimiento de arbitraje. Asimismo, solicitaron al Tribunal de Arbitraje emitir

⁸⁹ *Murphy Exploration & Production Company – International v. The Republic of Ecuador (II)*, Caso PCA No. 2012-16, (“**EMELEC v. Ecuador (II)**”).

⁹⁰ Ciadi Niega Demanda de Murphy, El Comercio, 17 de diciembre de 2010.

⁹¹ Kyriaki Karadelis, *Ecuador Signs New Contracts*, Global Arbitration Review, 31 de enero de 2011.

⁹² CIADI Niega Demanda de Murphy, El Comercio, 17 de diciembre de 2010.

una resolución dejando constancia de la terminación del procedimiento, de conformidad con la Regla 43(1) de las Reglas de Arbitraje del Centro.”⁹³

Al haberse llegado a un acuerdo amistoso, este caso no será analizado más adelante.

En otros dos arbitrajes, se evidenció una de las batallas más interesantes en el mundo del arbitraje. Mientras que los dos inversionistas prevalecieron en sus pretensiones sobre el fondo, el Estado ecuatoriano marcó un precedente histórico, pues las dos reconvencciones que presentó en contra del inversionista fueron exitosas. Se trata de los casos *Burlington Resources, Inc. (“Burlington”) v. República del Ecuador (“Burlington v. Ecuador”)*⁹⁴ y *Perenco Ecuador Limited (“Perenco”) v. Republic of Ecuador (“Perenco v. Ecuador”)*.⁹⁵

Previo a analizar los casos comentados, a continuación, se presenta un breve resumen de los hechos que dieron paso a estos arbitrajes internacionales referente a la Ley 42.

4.4. La Ley 42 “IN A NUTSHELL”

Durante la administración del Ex-Presidente Alfredo Palacio, se emitió la Ley 42. La emisión de esta ley estuvo motivada por la subida del precio del petróleo, y el deseo del Estado ecuatoriano de ajustar el beneficio que estaban recibiendo las empresas petroleras a causa de aquella. La lógica de Ecuador era que el precio del petróleo estaba muy por encima del precio que se consideró cuando se celebraron los distintos contratos de participación con las empresas petroleras. Así, en la motivación de la Ley 42, el Estado ecuatoriano expresaba lo siguiente:

“[L]os precios internacionales de venta del crudo que estuvieron vigentes a la fecha de suscripción de los contratos, difieren enormemente de los actuales y por tanto, las

⁹³. *Repsol YPF Ecuador, S.A. y otros v. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/10, Resolución Procesal que Deja Constancia de la Terminación del Procedimiento de Arbitraje, 9 de febrero de 2011, p. 15.

⁹⁴. *Burlington Resources, Inc. v. República del Ecuador* (ICSID Case No. ARB/08/5) (“*Burlington v. Ecuador*”).

⁹⁵. *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador* (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6 (“*Perenco v. Ecuador*”).

condiciones económicas de dichos contratos se han modificado a favor de las compañías exclusivamente.⁹⁶ (énfasis añadido)

En otras palabras, el Estado consideró que las empresas extranjeras eran las únicas que se beneficiaban de la subida del precio de petróleo, y que ello generaba un perjuicio del Estado. Para Ecuador, el “equilibrio económico de la relación Invercionista – Estado” se habría roto.⁹⁷ Así, el Estado consideraba lo siguiente:

“[E]s indispensable incorporar en lo sustantivo de la Ley de Hidrocarburos, principios de equilibrio económico – financiero, así como de seguridad jurídica, que permita ejecutar los contratos de participación suscritos por el Estado Ecuatoriano basándose en criterios de justicia y equidad para las partes.”⁹⁸

En concreto, la Ley 42 reformó el artículo 55 de la Ley de Hidrocarburos, añadiendo texto para garantizar que el Estado pueda obtener un beneficio por los “excedentes” que estaban recibiendo las empresas petroleras a causa de la subida del precio del petróleo (**“Ingreso Extraordinario”**).⁹⁹

El Ingreso Extraordinario era el resultado de la diferencia entre el ingreso que la compañía estaba obteniendo y el ingreso que habría obtenido si se consideraba el precio del petróleo vigente a la fecha de celebración del contrato. El ingreso de la contratista es el resultado de multiplicar la producción de petróleo (Q) por el precio del petróleo. Cuando se expidió la Ley 42, el precio del petróleo era mayor al precio del petróleo vigente al momento de celebrar los contratos. Para el Estado, se trataba de un precio extraordinario o exorbitante (PE). El Estado planteó contrastar el ingreso resultante de ese precio extraordinario (PE) con el ingreso resultante del precio que estaba vigente a la fecha de la celebración de los contratos (P). La diferencia es el Ingreso Extraordinario, cuyo cálculo se resume a continuación:¹⁰⁰

96. Ley 42, Motivación, quinto párrafo.

97. Ley 42, Motivación, sexto párrafo.

98. Ley 42, Motivación, séptimo párrafo.

99. Ley 42, Artículo 2.

100. Ver también, Decreto Ejecutivo No. 1672, Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Aplicación de la Ley de la Ley No. 42-2006 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, Registro Oficial No.312, 13 de julio de 2006, Artículo 4 (Explicando la fórmula de cálculo del Ingreso Extraordinario).

CONTRATO	LEY 42
Precio en el Contrato = P	Precio Extraordinario = PE Donde PE > P
Producción (Q)	Producción (Q)
Ingreso Contrato (IC)	Ingreso Ley 42 (IL)
IC= P * Q	IL= PE * Q
	Donde IL > IC
	IL – IC = Ingreso Extraordinario

De acuerdo a la Ley 42, el Estado debía obtener el 50% del Ingreso Extraordinario.¹⁰¹

En 2007, durante el gobierno del Ex-Presidente Rafael Correa Delgado, se expidió el Decreto Ejecutivo No. 662 (“**Decreto 662**”) que reformaba el reglamento que fue emitido para aplicar la Ley 42.¹⁰² La reforma consistió en cambiar el porcentaje de beneficio para el Estado.¹⁰³ Esta reforma estaba motivada por la percepción del Estado de que la distribución del beneficio sobre los Ingresos Extraordinarios era inequitativa. En la explicación de motivos del Decreto 662, se incorporó el siguiente lenguaje:

“Considerando [...] Que se siguen generando ingresos extraordinarios a favor de las compañías contratistas, que mantienen contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos, **lo cual hace inequitativo para el Estado Ecuatoriano los contratos mencionados, por lo que es necesario regular de forma más justa tales ingresos;** [...]

101. Ley 42, Artículo 2 (“Art. ... **Participación del Estado en los excedentes de los precios de venta de petróleo no pactados o no previstos.** - Las compañías contratistas que mantienen contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos vigentes con el Estado ecuatoriano de acuerdo con esta Ley, sin perjuicio del volumen de petróleo crudo de participación que les corresponde, cuando el precio promedio mensual efectivo de venta FOB de petróleo crudo ecuatoriano **supere el precio promedio mensual de venta vigente a la fecha de suscripción del contrato** y expresado a valores constantes del mes de la liquidación, **reconocerán a favor del Estado ecuatoriano una participación de al menos el 50% de los ingresos extraordinarios que se generen por la diferencia de precios.** Para los propósitos del presente artículo, se entenderá **como ingresos extraordinarios la diferencia de precio descrita multiplicada por el número de barriles producidos.** El precio del crudo a la fecha del contrato usado como referencia para el cálculo de la diferencia, se ajustará considerando el Índice de Precios al Consumidor de los Estados Unidos de América, publicado por el Banco Central del Ecuador.” (énfasis añadido)

102. Decreto Ejecutivo No. 662, Reforma al Reglamento de Aplicación a la Ley No. 42-2006 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, Registro Oficial No. 193, 18 de octubre de 2007 (“**Decreto 662**”).

103. Decreto 662, Artículo 1.

Que el mencionado reglamento requiere precisiones **que permitan una más justa aplicación de la Ley No. 42-2006 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos**” (énfasis añadido)

El Decreto 662 aumentó el porcentaje de beneficio del Estado sobre el Excedente del 50% al 99%.¹⁰⁴ Fueron estas medidas las que gatillaron las demandas de Murphy, Repsol y Otros, Burlington, y Perenco.

4.5. Murphy v. Ecuador: 2 victorias procesales y una derrota en el fondo

El caso *Murphy v. Ecuador* no fue resuelto en un solo arbitraje, sino que hubo un arbitraje CIADI, el reportado inicio de un segundo intento ante el mismo Centro, y un arbitraje CNUDMI. En el primer arbitraje, prevaleció el Estado. En el segundo, el inversionista habría retirado su solicitud de arbitraje en una etapa temprana del proceso (también CIADI). El tercer arbitraje fue resuelto, en los méritos, de manera favorable para el inversionista. A continuación, se analizan los dos primeros procesos, pues se tratan de arbitrajes iniciados ante el Centro, que es materia del presente estudio.

4.5.1. Murphy v. Ecuador (I): victoria jurisdiccional del Estado

Este arbitraje se inició en el 2008 y concluyó con un laudo el 15 de diciembre de 2010.¹⁰⁵ La decisión fue favorable para el Estado y constituyó un triunfo importante para Ecuador. *Murphy Exploration and Production Company International* (“**Murphy International**”) alegaba que Ecuador no le brindó un trato justo y equitativo a su inversión; que violó la cláusula paraguas del TBI Ecuador – Estados Unidos; no le brindó protección y seguridad plena a su inversión; que las medidas que tomó Ecuador perjudicaron la inversión; y que Ecuador expropió su inversión.¹⁰⁶ El arbitraje se resolvió en fase jurisdiccional por cuanto el Tribunal decidió que carecía de competencia para conocer el caso. Ninguna de las pretensiones de *Murphy International* fue aceptada.

104. Decreto 662, Artículo 1.

105. *Murphy Exploration and Production Company International v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/4 (“**Murphy v. Ecuador (I)**”).

106. *Murphy v Ecuador (I)*, Laudo, 15 de diciembre de 2010, p. 41.

El 27 de enero de 1986 Conoco Ecuador Limited (“**Conoco**”) firmó con Ecuador un contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 16 de la Amazonía ecuatoriana.¹⁰⁷ El 28 de julio de 1987 Conoco cedió un 10% de sus derechos del contrato a Murphy Ecuador Oil Company Limited (“**Murphy Ecuador**”) y a Canam Offshore Limited (“**Canam**”), ambas subsidiarias de Murphy International.¹⁰⁸ En el año 2001, Repsol YPF Ecuador S.A (“**Repsol**”) adquirió el 35% del contrato y asumió el papel de operadora del consorcio. El 12 de marzo de 2009 Murphy International le vendió a Repsol la totalidad de las acciones de Murphy Ecuador que le pertenecían a Canam.¹⁰⁹

Sobre esto corresponde analizar la única excepción a la jurisdicción del Centro aceptada que interpuso Ecuador, la cual se fundaba en la inobservancia, por parte de Murphy International, del plazo de seis meses de consultas y negociaciones que establecía el Artículo VI del TBI Ecuador – Estados Unidos. Es decir, lo relativo al “período de enfriamiento” (*cooling-off period*). Sobre esto, el Tribunal analizó el surgimiento de la controversia; la inexistencia de negociaciones previas; la inutilidad de las negociaciones; y la naturaleza del plazo de espera de seis meses.

Surgimiento de la controversia. De acuerdo con Murphy International, la controversia surgió en abril del 2006, cuando el Gobierno sancionó la Ley 42, por lo tanto, se habría cumplido el periodo de seis meses.¹¹⁰ Ecuador, por otro lado, sostiene que Murphy International le notificó que tenía un reclamo mediante carta del 29 de febrero de 2008. En este sentido, dado que Murphy Internacional presentó su solicitud de arbitraje el 3 de marzo del 2008, habría incumplido el período obligatorio de espera bajo el Artículo VI del TBI.¹¹¹ El Tribunal estimó que el período de espera de seis meses “comienza una vez que se evidencia la existencia de un reclamo conforme al TBI” y que esa diferencia “debe ser de conocimiento de la parte Demandada, a efectos de iniciar efectivamente el cómputo del plazo de los seis meses”.¹¹² Por lo mismo, el Tribunal concluyó que el primer día hábil después

107. *Murphy v Ecuador (I)*, Laudo, 15 de diciembre de 2010, p. 41.

108. *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 32.

109. *Murphy v Ecuador (I)* 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 41.

110. *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 94.

111. *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 93.

112. *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 107.

del aviso que le dio a Ecuador fue el 3 de marzo de 2008 y no se cumplió con el requisito de que las partes pudieran tratar de llegar a un acuerdo amistoso.¹¹³

Existencia de consultas y negociaciones previas. Sobre este punto, Murphy International alegó que las negociaciones entre Repsol y Ecuador satisfacen el requisito de consultas y negociaciones previas del Artículo VI(2) del TBI,¹¹⁴ por cuanto Repsol, como operadora del Consorcio, habría negociado con Ecuador en representación de todos los miembros del Consorcio.¹¹⁵ Ecuador consideró que esto no puede ser así, debido a que la carta remitida por Repsol el 12 de noviembre de 2007, no constituyó un intento de Murphy International para negociar la controversia.¹¹⁶ Al respecto, el Tribunal anotó que:

“[...] las negociaciones y consultas celebradas entre Repsol, como Operadora del Consorcio por una parte, y Ecuador por la otra, anteriores al surgimiento de la controversia entre Murphy International y Ecuador, y hechas al amparo del Tratado entre España y Ecuador no se identifican ni pueden asimilarse con las negociaciones exigidas por el artículo VI(2) del TBI entre Estados Unidos de América y Ecuador.”¹¹⁷

En este sentido, quien formaba parte del consorcio liderado por Repsol era Murphy Ecuador, una compañía constituida en Bermuda; y no Murphy International, una sociedad constituida en los Estado Unidos de América.¹¹⁸ Por lo mismo, cualquier gestión que realizó Repsol ante las autoridades ecuatorianas, la habría efectuado en nombre de Murphy Ecuador y no de la dueña de sus acciones como lo son Canam y Murphy International.¹¹⁹ Según el tribunal, la existencia de las cartas de Repsol del 12 de noviembre de 2007 y de Murphy International de 29 de febrero de 2008, denota que ambas responden a controversias distintas, por cuanto las negociaciones y consultas entre Repsol y Ecuador, bajo el TBI España – Ecuador, difieren en cuanto a los sujetos y al derecho aplicable.¹²⁰

113. *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 109.

114. *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 110.

115. *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 112.

116. *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 111.

117. *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 116.

118. *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 120.

119. *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 120.

120. *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 131.

La inutilidad de las negociaciones. Murphy International alegó que, de acuerdo con ellos, cumplió con la exigencia de consultas y negociaciones previas, sin embargo, incluso aunque no lo hubiera hecho, estaría excusado, puesto que las negociaciones resultaban inútiles.¹²¹ El Tribunal consideró que:

“Para determinar si unas negociaciones serán exitosas o no, lo primero que deben hacer las partes es iniciarlas. La obligación de consultas y negociaciones es de ambas partes y, es evidente que no tuvieron lugar en este caso ya que, según se ha dicho reiteradamente, Murphy International le remitió a Ecuador, el viernes 29 de febrero del 2008, una carta en la que le informaba que tenía un reclamo contra esa República basado en el TBI y el lunes 3 de marzo del mismo año presentó su Solicitud de Arbitraje ante el CIADI. Esa conducta de Murphy International de decidir, a priori y unilateralmente, que ni tan siquiera intentaría resolver sus diferencias con Ecuador mediante la negociación, constituye un incumplimiento grave de lo dispuesto en el artículo VI del TBI.”

En esta línea, Murphy International apoyó esta tesis citando el caso de *Burlington v. Ecuador*, en el cual dicha compañía sí cumplió con la condición de negociar antes de presentar su solicitud de arbitraje y no tuvo éxito y que, por lo mismo, si hubiese intentado negociar antes tampoco habría logrado un resultado positivo, quedando así eximida de intentar estas negociaciones.¹²² Esto, a criterio del Tribunal, resulta inaceptable, por cuanto no necesariamente las negociaciones fallidas en *Burlington* conducirían al mismo resultado para Murphy International¹²³ y que dicha consideración subjetiva *“no puede fundamentar la conclusión general de que las negociaciones hubieran sido inútiles porque no había posibilidad de alcanzar un acuerdo con Ecuador”*¹²⁴. Por lo tanto, el Tribunal rechazó el argumento de Murphy International.

La naturaleza del plazo de espera de seis meses. A criterio de Murphy International, el período de espera de seis meses es un requisito procesal y no jurisdiccional.¹²⁵

121. *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 134.

122. *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 137.

123. *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 137.

124. *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 138.

125. *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 140.

El Tribunal no compartió el argumento de que los “requisitos jurisdiccionales” son de una categoría tal que su incumplimiento conduce a la incompetencia del Tribunal, mientras que los “requisitos procesales” pueden incumplirse sin ninguna consecuencia. En este sentido, el Tribunal determinó que:

Es por esto que el Tribunal rechazó el argumento formulado por Murphy International de que el período de espera de seis meses no constituye un requisito jurisdiccional¹²⁶ y concluyó que Murphy International incumplió con las exigencias del Artículo VI del TBI Ecuador – Estados Unidos de América, lo cual constituye un grave incumplimiento, por lo que el Tribunal carece de competencia para conocer el proceso.¹²⁷

Sobre el resultado del laudo, el Procurador General del Estado, se pronunció en los siguientes términos:

“[...] es un triunfo importante para el país, ya que producto de la falta de competencia de este Tribunal, la legitimidad de la Ley 42-2006 sigue sin ser cuestionada. Hay que recordar que dicha Ley es la causa de cuatro arbitrajes internacionales en contra del Ecuador. La Procuraduría General del Estado, en cumplimiento de su defender los intereses del Estado ecuatoriano, continuará presentando sus argumentos en los arbitrajes restantes, en relación a la legitimidad de la Ley 42-2006.”¹²⁸

Poco tiempo después, Murphy presentó una segunda solicitud de arbitraje ante el CIADI.

4.5.2. Segunda aplicación reportada de Murphy ante el CIADI: Ecuador se atribuyó el resultado como “una segunda victoria”

En 2011, Murphy habría iniciado otro proceso en contra del Estado ecuatoriano ante el CIADI. Esto después de Ecuador logró que se desestimara el caso *Murphy v. Ecuador (I)* en sede jurisdiccional. La defensa del Estado ante el Centro habría estado basada en la falta de consentimiento para acudir al mismo, debido a que

¹²⁶. *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 156.

¹²⁷. *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 157.

¹²⁸. Procuraduría General del Estado, Boletín de Prensa, 15 de diciembre de 2010.

la denuncia del Convenio CIADI tuvo pleno efecto desde el 7 enero de 2010 y la solicitud de arbitraje fue presentada con posterioridad.¹²⁹

Sin embargo, según fue reportado por el Estado, dicho proceso habría sido retirado por el inversor extranjero el mismo año.¹³⁰ El Procurador General del Estado ecuatoriano en ese entonces, calificó el retiro del arbitraje como “una segunda victoria” frente a Murphy.¹³¹ Sin perjuicio de ello, una fuente cuestionó la veracidad de la segunda aplicación de Murphy ante el CIADI como “un hecho altamente disputado.”¹³²

Respecto a estos dos procesos, la Procuraduría General del Estado de Ecuador los ha calificado como exitosos, en los siguientes términos:

“Su primer intento [de Murphy] fue bajo la Convención CIADI, pero estos reclamos fueron desechados por el tribunal arbitral CIADI mediante su decisión de fecha 15 de diciembre de 2010. La República argumentó de manera exitosa que el tribunal CIADI no tenía jurisdicción para escuchar los reclamos, debido a que Murphy International falló en cumplir con los requisitos de notificación, y periodo de espera de seis meses estipulados en el Artículo VI del Tratado. El segundo intento de Murphy International no fue más allá de instituir el procedimiento ante el CIADI en julio de 2011. La vigorosa objeción de Ecuador al registro de este caso ante la Secretaría General del CIADI causó que Murphy International retire su segundo caso CIADI en Agosto de 2011.”¹³³

Según Ecuador, en los casos iniciados por Murphy ante el CIADI, Ecuador obtuvo dos resultados favorables. Fue solo después, cuando Murphy presentó la demanda ante la Corte Permanente de Arbitraje, bajo el reglamento CNUDMI,

129. Procuraduría General del Estado, Boletín de Prensa, 23 de agosto de 2011; *Petrolera Murphy Retiró Demanda en Contra de Ecuador*, El Comercio, 24 de agosto de 2011.

130. *Petrolera Murphy Retiró Demanda en Contra de Ecuador*, El Comercio, 24 de agosto de 2011.

131. Procuraduría General del Estado, Boletín de Prensa, 23 de agosto de 2011; *Petrolera Murphy Retiró Demanda en Contra de Ecuador*, El Comercio, 24 de agosto de 2011; Ver también Alison Ross, *Tawil and Stern Step Away from Tribunal*, Global Arbitration Review, 23 de febrero de 2012 (“It has been suggested that Murphy subsequently attempted to refile the claim at ICSID but later withdrew its request, GAR cannot confirm this strongly disputed fact.”)

132. Alison Ross, *Tawil and Stern Step Away from Tribunal*, Global Arbitration Review, 23 de febrero de 2012 (“It has been suggested that Murphy subsequently attempted to refile the claim at ICSID but later withdrew its request, GAR cannot confirm this strongly disputed fact.”)

133. Procuraduría General del Estado de Ecuador, Boletín de Prensa, 16 de mayo de 2016.

que obtuvo un laudo desfavorable respecto al fondo de la disputa.¹³⁴ El presente trabajo no analiza dicho arbitraje por no tratarse de un Caso CIADI, aunque aspectos del mismo se comentan en las siguientes secciones de manera tangencial.

4.6. Arbitrajes con Burlington y Perenco: hechos relevantes para los dos arbitrajes

Burlington Resources Inc, era una compañía incorporada bajo las leyes de Delaware, Estados Unidos, que fue adquirida por ConocoPhillips en 2006.¹³⁵ Perenco Ecuador Limited, era una compañía constituida bajo las leyes de las Bahamas, y estaba controlada por nacionales de Francia.¹³⁶

Burlington y Perenco eran socios (de un consorcio) y poseían intereses en los contratos de participación celebrados con el Estado ecuatoriano para la exploración y explotación de los Bloques 7 y 21 de la Amazonía ecuatoriana (“**Contratos de Participación**”).¹³⁷ El socio mayoritario, y operador, de esos bloques era Perenco, quien tenía una participación de 53.75% en el Bloque 21 y 57.5% en el Bloque 7.¹³⁸ Burlington era el socio minoritario de aquellos bloques, teniendo el 46.25% en el Bloque 21 y el 42.5% de interés en el Bloque 7.¹³⁹

Los Contratos de Participación contenían fórmulas que distribuían el petróleo producido entre Ecuador y los dos contratistas, en función del volumen de petróleo producido:¹⁴⁰

134. *Murphy v. Ecuador (II)*, Laudo Final, 10 de febrero de 2017.

135. *Burlington Resources Inc. v. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5 (“**Burlington v. Ecuador**”), Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 1.

136. *Perenco Ecuador Limited v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6 (“**Perenco v. Ecuador**”), Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 1.

137. *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 73.

138. *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 43; *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 15.

139. *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 15.

140. *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, pp. 77-78; *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, pp. 18-19.

BLOQUE 7		
producción promedio Diaria por año (bpd)	Participación de Burlington y perenco	Participación del Estado
< 5000	76.2%	23.8%
5000 – 10.000	74.2%	25.8%
> 10.000	65%	35%
BLOQUE 21		
producción promedio Diaria por año (bpd)	Participación de Burlington y perenco	Participación del Estado
< 30.000	67.5%	32.5%
30.000 / 60.000	60%	40%
> 60.000	60%	40%

Las disputas entre los miembros del consorcio y el Estado ecuatoriano surgieron a raíz de la emisión de la Ley 42 y, posteriormente, del Decreto 662. Como se explicó anteriormente, el Estado impuso un beneficio a su favor igual al 50% y 90%, respectivamente, sobre el Ingreso Extraordinario obtenido a causa de la subida del precio del petróleo. Eventualmente, Ecuador inició procesos coactivos en contra de las dos compañías para obtener el pago del porcentaje de participación impuesto por la Ley 42, por un monto de US\$ 327.3 millones.¹⁴¹

Tanto el tribunal arbitral en el caso *Perenco v. Ecuador* como *Burlington v. Ecuador* emitieron solicitudes dirigidas al Estado para que este se abstenga de iniciar o continuar todo acto o medida que pueda modificar el *status quo* entre las partes y agravar la controversia.¹⁴² Ecuador se opuso, aduciendo que se trataban de meras recomendaciones.¹⁴³ Adicionalmente, procedió con las medidas de ejecución, embargando todos los cargamentos de producción de crudo de los Bloques 7 y 21.¹⁴⁴ El crudo fue rematado y el comprador fue Petroecuador (con un 50% de des-

¹⁴¹. *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 157; *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 56.

¹⁴². *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 155; *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 57.

¹⁴³. *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 156.

¹⁴⁴. *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 159; *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 58.

cuento).¹⁴⁵ Como consecuencia, el consorcio notificó al Estado que suspendería las operaciones de los Bloques 7 y 21.¹⁴⁶ Ecuador entonces declaró el “estado de emergencia” en los bloques y tomó control de ellos.¹⁴⁷ Un año después, en julio de 2010, Ecuador declaró la caducidad de los Contratos de Participación.¹⁴⁸

4.7. Contextualizando el Caso Burlington: el Estado tuvo aciertos relevantes durante los arbitrajes

Si bien es cierto que el resultado de los Arbitrajes CIADI de Burlington y Perenco fueron favorables en el fondo para los inversionistas, no es menos cierto que el Estado consiguió ciertos resultados importantes durante el curso de estos arbitrajes. El propósito de esta sección es dar un contexto más completo a aquellas decisiones, apoyando la tesis de que no existe correlación entre resultados negativos para el Estado y el mero hecho de que un arbitraje sea resuelto ante el CIADI.

En el caso Burlington, el Estado obtuvo ciertos resultados favorables en aspectos jurisdiccionales, logrando que se desestimen los siguientes reclamos relativos a la Ley 42 de manera temprana: trato justo y equitativo, trato arbitrario, falta de protección y seguridad plenas.¹⁴⁹ El Tribunal Arbitral decidió que tenía jurisdicción únicamente para resolver sobre el reclamo de expropiación.¹⁵⁰

La razón de esto fue que el tribunal consideró que el 50% y 99% de beneficio del Estado sobre los Ingresos Extraordinarios creados por la Ley 42 y el Decreto

145. *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, pp. 176, 195; *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, pp. 58-59.

146. *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, pp. 62-63; *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 196, 199.

147. *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, pp. 62-63; *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 204.

148. *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 65; *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, pp. 214-215.

149. *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, p. 342(D).

150. *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, p. 342(A); *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 546(B).

622 eran impuestos, a la luz del derecho internacional.¹⁵¹ El TBI Ecuador-Estados Unidos, contiene una exclusión de las protecciones otorgadas cuando se trata de “Cuestiones Tributarias”, limitando la protección a ciertas circunstancias, incluyendo casos de expropiación.¹⁵² Basándose en la decisión de *EnCana v. Ecuador* y *Duke Energy v. Ecuador*, el tribunal concluyó lo siguiente:

“[...] hay un impuesto bajo el Artículo X del Tratado si se satisfacen los siguientes cuatro requisitos: (i) una ley (ii) impone a una clase de personas la obligación (iii) de pagar dinero al Estado (iv) con fines públicos. De acuerdo con esta definición, el Tribunal considera que la Ley 42 es un impuesto.”⁴⁰⁷

Este es un ejemplo, donde la aplicación del Derecho Internacional por parte de un tribunal arbitral internacional resultó favorable para el Estado ecuatoriano. El tribunal arbitral en el caso *Perenco v. Ecuador* también consideró, al amparo del Derecho Internacional, que la Ley 42 “debe caracterizarse como una medida tributaria”, un impuesto.¹⁵³

En otro Arbitraje CIADI bajo el mismo TBI Ecuador-Estados Unidos, *Occidental (II) v. Ecuador*, el tribunal llegó a una conclusión distinta. En dicho caso, el tribunal consideró que la Ley 42 no creaba un impuesto, ni un gravamen, ni una regalía, ni caía dentro del concepto de “Cuestiones Tributarias” bajo el artículo X del TBI Ecuador-Estados Unidos.¹⁵⁴ Para aquel tribunal, se trataba de “una decisión unilateral del Congreso Ecuatoriano para asignar al Estado Ecuatoriano un porcentaje

¹⁵¹. *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, p. 162 (“El Artículo X forma parte de un tratado internacional entre Estados Unidos y Ecuador. Un tratado internacional se rige por el derecho internacional, no por el derecho interno de Estados Unidos o de Ecuador. Por consiguiente, la cuestión de si la Ley 42 es un impuesto a efectos del Artículo X se rige por el derecho internacional, no por el derecho ecuatoriano.”)

¹⁵². TBI Ecuador-Estados Unidos, Artículo X (“1. En lo relativo a sus normas tributarias, cada Parte deberá esforzarse por actuar justa y equitativamente en el trato de las inversiones de los nacionales y las sociedades de la otra Parte. 2. No obstante, las disposiciones del presente Tratado, especialmente de los Artículos VI y VII del mismo, se aplicarán a cuestiones tributarias solamente con respecto a: a) La expropiación, de conformidad con el Artículo III; b) Las transferencias, de conformidad con el Artículo IV, o c) La observancia y el cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversión, tal como se menciona en el inciso a) o el inciso b), en la medida en que estén sujetas a las disposiciones sobre la solución de diferencias de un Convenio para evitar la doble imposición tributaria concertado entre las dos Partes, o que se hayan suscitado de conformidad con dichas disposiciones y no se hayan resuelto en un plazo razonable.”) ⁴⁰⁷ *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, p. 165.

¹⁵³. *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, pp. 584-585.

¹⁵⁴. *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11 (“**Occidental II v. Ecuador**”), Laudo, 5 de octubre de 2012, pp. 487-511.

definido de los ingresos obtenidos por compañías contratistas.”¹⁵⁵ Así, el tribunal consideró incluso que el 50% de beneficio sobre el Ingreso Extraordinario era susceptible de violar el estándar de trato justo y equitativo bajo el TBI.¹⁵⁶ Curiosamente, contrario a lo que sostuvo en el caso de Burlington, en *Occidental II v. Ecuador*, el Estado sostuvo que la Ley 42 no caía dentro el concepto de “Cuestiones Tributarias”, ni que se trataba de un “impuesto”, con el objetivo de lograr una reducción en el *quantum* de la demanda.¹⁵⁷

Además de la decisión favorable relativa a jurisdicción, el caso *Burlington v. Ecuador* es interesante porque el tribunal arbitral encontró que no existía expropiación debido a la Ley 42 (50% de participación del Estado), ni tampoco debido al Decreto 622 (99% de participación del Estado).¹⁵⁸ Tampoco consideró que las medidas coactivas iniciadas por Ecuador en contra de Burlington resultaron en expropiación progresiva (*creeping expropriation*).¹⁵⁹ Todos esos argumentos fueron desechados.

155. *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11 (“**Occidental II v. Ecuador**”), Laudo, 5 de octubre de 2012, p. 510.

156. En *Occidental II v. Ecuador*, el tribunal arbitral llegó a esa conclusión al momento de analizar el *quantum*. Aquel arbitraje no se originó por la emisión de la Ley 42, pero sí tuvo un impacto en la decisión en el *quantum*. Ver *Occidental II v. Ecuador*, Laudo, 5 de octubre de 2012, pp. 522-523, 525-527, 536 (“*Resulta claro para el Tribunal que, en el Contrato de Participación, las Demandantes aceptaron en forma consciente el riesgo de daños a su inversión ante un escenario de precios bajos y que la Demandada dejó de lado en forma consciente la oportunidad de incrementar su participación ante un escenario de precios altos. Este fue el acuerdo al que llegaron las partes y que fue reflejado en el Contrato de Participación. La Ley 42, al tomar el 50% de los ingresos de OEPC generados por la producción en el Bloque 15 por encima del precio de referencia acordado, modificó radicalmente la participación de las partes pactada en la Cláusula 8.1. El Tribunal concuerda con la afirmación de las Demandantes de que “la Modificación de la Ley de Hidrocarburos afectó la esencia misma de los derechos adquiridos por OEPC en virtud del Contrato de Participación al modificar la fórmula de participación acordada de la Cláusula 8.1 para reducir la participación en la producción acordada por OEPC [...] Por lo tanto, el Tribunal concluye que con la sanción de la Ley 42, la Demandada modificó de manera unilateral y sustancial el marco contractual y legal que existía al momento en que las Demandantes negociaron y pactaron el Contrato de Participación y que, por lo tanto, viola la Cláusula 5.3.2 y la Cláusula 8.1 del Contrato de Participación. [...] El inversor, es decir OEPC, tenía motivos para esperar que este marco contractual se respete y que no fuera modificado en forma unilateral por la Demandada. En conclusión, la Ley 42 no cumple con el Contrato de Participación y frustra las expectativas legítimas de las Demandantes. Por lo tanto, dicha ley no cumple con la obligación de la Demandada, contenida en el Artículo II.3(a) del Tratado, de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión de las Demandantes y ésta es la conclusión del Tribunal. En vista de ello, no es necesario que el Tribunal se pronuncie sobre si la Ley 42 es violatoria de otras disposiciones del Tratado. [...] En consecuencia, tal como solicitaron la Demandantes, en [sic] Tribunal no tendrá en cuenta la Ley 42 para determinar el monto de sus daños.”); Ver también *Global Arbitration Review, Ecuador Held Liable Again Over Windfall Oil Profits Levy*, 17 de mayo de 2016.*

157. *Occidental II v. Ecuador*, Laudo, 5 de octubre de 2012, pp. 489-490 (“*El Tribunal recuerda que la Demandada, durante la Audiencia sobre el quantum, se resistía a caracterizar a la Ley 42. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada señaló categóricamente que la Ley 42 no constituía una regalía. El Tribunal también recuerda que durante la Audiencia sobre el quantum, la Demandada sostuvo categóricamente que la Ley 42 ‘no es un impuesto’*”).

158. *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, pp. 433, 457.

159. *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 485, 538.

La expropiación ocurrió por otro hecho: la intervención y toma de control del Estado de los Bloques 7 y 21. Según el Tribunal, el Estado excedió los límites de la doctrina del poder policial,¹⁶⁰ debido a que la Ley de Hidrocarburos permitía a Burlington suspender las operaciones hasta por 30 días (con o sin justa causa) e incluso más de 30 días, si es que tenía justa causa.¹⁶¹ El tribunal encontró que, en los hechos, la toma de posesión de los Bloques 7 y 21 ocurrieron incluso antes de que se realice cualquier suspensión y era injustificada:

“[E]l Tribunal considera que el ingreso y la toma de posesión de los Bloques efectuada por Ecuador no estuvo justificada en virtud de la doctrina del poder policial porque (i) al momento de tomar posesión de los Bloques, la decisión de Burlington de suspender las operaciones estaba legalmente justificada como una cuestión del derecho ecuatoriano y (ii) las pruebas no muestran que la intervención inmediata de Ecuador en los Bloques fuera necesaria para prevenir un daño grave y significativo a los Bloques.”

*“[...] el hecho es que las operaciones no habían sido suspendidas antes de que Ecuador tomara posesión de los Bloques. El Consorcio meramente “amenazó con llevar a cabo la suspensión”, como admitió Ecuador en sus alegaciones. Esto es manifiestamente insuficiente para justificar la caducidad y la intervención en virtud de los términos del Artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos.”*¹⁶²

Además, el tribunal sostuvo que Burlington tenía justa causa para suspender las operaciones:¹⁶³

*“Ecuador promulgó el impuesto de la Ley 42, no absorbió sus efectos como debería haberlo hecho de conformidad con sus compromisos en virtud de los [Contratos de Participación] y eventualmente cobró los impuestos por medio de incautaciones y remates. Por lo tanto, incluso si la suspensión hubiera durado más de 30 días, Ecuador no habría tenido derecho a intervenir los Bloques.”*¹⁶⁴

160. *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 529

161. *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, pp. 512-515.

162. *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 516.

163. *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 517.

164. *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 517.

El efecto fue el cancelar su inversión, perdiendo el uso y control efectivo de la misma, y por tanto, configurándose la expropiación:¹⁶⁵

“Esta desposesión no solo privó a Burlington de su participación en la producción de petróleo, y por lo tanto de sus ganancias, sino también de los medios de producción que hicieron posible esas ganancias. En resumen, la ocupación de los Bloques privó a Burlington de todos los bienes tangibles que componían su inversión en Ecuador. Si bien Burlington aún poseía los derechos de su subsidiaria en los [Contratos de Participación], al igual que las acciones de su subsidiaria, estos derechos y acciones carecían de valor sin la posesión de los yacimientos de petróleo y sin acceso al petróleo.”¹⁶⁶

Finalmente, el Tribunal determinó que la expropiación era ilegítima, puesto que debía haberse aplicado el factor de corrección de los Contratos de Participación o habersele ofrecido una indemnización.¹⁶⁷ Esto no se hizo, a pesar de que “Ecuador estaba al tanto de que debía una indemnización, dado que ofreció pagar una indemnización a otras compañías petroleras cuando tomó posesión de sus operaciones.”¹⁶⁸

4.8. Contextualizando el Caso perenco: el Ecuador también tuvo determinados aciertos

El caso *Perenco v. Ecuador* estaba gobernado por el TBI Ecuador-Francia. A diferencia del TBI Ecuador-Estados Unidos, aquel tratado no tiene una exclusión de “Cuestiones Tributarias”. Por ello, aunque el tribunal consideró que la Ley 42 era una medida tributaria, éste analizó el reclamo de trato justo y equitativo (además de expropiación). Eso no quiere decir que en este caso el Estado no haya tenido aciertos favorables. En este caso, el Tribunal tampoco consideró que la “Ley 42 al 50%” representaba un incumplimiento del tratado (estándar de trato justo y equitativo).

Al respecto, el tribunal consideró que la medida original no tenía como objetivo “impedir la gestión, preservación o uso de Perenco Ecuador Ltd. o sus inversio-

¹⁶⁵. *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 536.

¹⁶⁶. *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 530.

¹⁶⁷. *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 545.

¹⁶⁸. *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 543.

nes”; que tampoco tenía el “objetivo de alterar fundamentalmente la estructura” de los Contratos de Participación; ni “obstaculizaban inversiones adicionales.”¹⁶⁹ De hecho, el tribunal consideró que mientras estaba vigente la medida del 50%:

*“Perenco todavía generaba flujos de caja significativos y parecería ser bastante rentable. Obviamente no gozaba de las ganancias extraordinarias de las que había gozado en ausencia de la Ley 42, pero hasta que el valor demandado por el Estado fue aumentado a 99%, Perenco aún generaba un flujo de caja mayor al de su caso de estudio empresarial presentado al adquirir los intereses [...] en los dos bloques.”*¹⁷⁰

Según el tribunal, la respuesta inicial de Ecuador a la subida del precio del petróleo “no fue diferente a la de muchos otros Estados” y la Ley 42 “*per se* no representaba un incumplimiento” del tratado.¹⁷¹ Para el tribunal de Perenco, “avanzar del 50% al 90% mediante la aplicación del Decreto 662 a Perenco” además de las medidas adicionales que se tomaron (incautación, remates, toma de posesión de los Bloques, amenazas de expulsión del país, entre otros) sí violó el estándar de trato justo y equitativo del TBI Ecuador-Francia.¹⁷²

Por otro lado, consistente con el tribunal de *Burlington v. Ecuador*, en este caso el tribunal tampoco encontró que “la Ley 42 al 50%” constituyó una expropiación por parte del Estado.¹⁷³ El tribunal encontró lo siguiente:

*“Como cualquier otro impuesto sobre utilidades extraordinarias, la Ley 42 redujo la rentabilidad de Perenco, no privó a la Demandante de sus derechos de gestión y control de su inversión en Ecuador, ni alcanzó el nivel requerido de una disminución sustancial del valor de dicha inversión.”*¹⁷⁴

169. *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 598-600.

170. *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 601.

171. *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, pp. 582, 601.

172. *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 627.

173. *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 671.

174. *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 672.

En este caso, el tribunal tampoco encontró que el Decreto 662 haya constituido una expropiación, pues “Perenco continuó operando los Bloques y no hubo perjuicio para sus derechos de propiedad y control”.¹⁷⁵ A criterio de los árbitros, el Decreto 622 “si bien el Decreto 622 violó el estándar de trato justo y equitativo, no constituyó una expropiación indirecta. Estuvo cerca de hacerlo, pero no cruzó la línea.”¹⁷⁶ La clave está en que “no provocó la interrupción de sus operaciones, ni [...] neutralizó efectivamente la inversión o la tornó extinta como si hubiese dejado de existir.”¹⁷⁷

En extremo interesante, el tribunal de Perenco se alejó completamente del razonamiento del tribunal en el caso Burlington respecto a la relevancia de la toma de control de los Bloques 7 y 21 por parte del Estado. En *Perenco v. Ecuador* el tribunal encontró que no existen razones para considerar que esa toma de control constituye una expropiación. Por el contrario, los árbitros sostuvieron que era completamente razonable que el Estado intervenga para asegurar la continuidad en la operación de los bloques. El razonamiento fue el siguiente:

“Si bien el Tribunal aceptó que [...] en virtud de la ley ecuatoriana [...] podía [Perenco] suspender legítimamente las operaciones frente a un incumplimiento contractual sin que su propio accionar se considere incumplimiento, esto no debe llevar a la conclusión de que ante la suspensión de las operaciones, el Estado no tenía derecho a intervenir y que dicha intervención constituyó una expropiación.

En este punto, el Tribunal acepta el argumento de la Demandada de que cuando el Consorcio anunció su intención de suspender las operaciones, había razones justificadas y válidas para que el Estado interviniera con el fin de operar los Bloques, para así garantizar su continuidad y mantener su productividad. La Demandada dio pruebas de las pérdidas potenciales de producción y otros problemas técnicos que hubiera tenido de haberse suspendido las operaciones. En consecuencia, el Tribunal acepta

175. *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, pp. 680, 681.

176. *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 684.

177. *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 685.

que el Estado tenía derecho a operar y mantener los Bloques luego de que el Consorcio se había retirado.”¹⁷⁸

Con este razonamiento, se desechó el reclamo de expropiación sobre la base de la toma de control. Sin embargo, el tribunal sí consideró que la declaración de caducidad constituyó expropiación y que una vez que el Estado tomó el control de los Bloques, no era necesario declarar la caducidad, sino que podía haberse esperado hasta que el tribunal resolviera el caso.¹⁷⁹

Aunque el análisis del caso no es materia del presente trabajo, es relevante mencionar que el laudo emitido en el arbitraje *Perenco v. Ecuador* fue parcialmente anulado en mayo de 2021.¹⁸⁰ El resultado de la decisión de anulación fue la reducción del laudo, a favor del Estado, de US\$ 448 millones a US\$ 412 millones.¹⁸¹ El tribunal anuló la decisión de otorgar US\$ 25 millones a Perenco por el lucro cesante de extender la vigencia del Contrato de Participación del Bloque 7 y la decisión de que el costo del *ship-or-pay* de OCP era deducible de impuestos.¹⁸² Esta no es la única vez que Ecuador ha obtenido la nulidad de un laudo ante el CIADI.

En 2015, el Estado obtuvo la anulación parcial del laudo dictado en el caso *Occidental II v. Ecuador*, obteniendo una reducción del 40% del valor otorgado originalmente.¹⁸³ La reducción representó un total de aproximadamente US\$ 700 millones.¹⁸⁴ Según la Procuraduría General del Estado: “[E]sta decisión constituye un caso excepcional en el sistema de arbitraje, solo presente en el 7% de los casos de anulación presentados ante el CIADI a nivel internacional.”¹⁸⁵ A pesar de ello, el

178. *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 685.

179. *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, pp. 710-711.

180. *Perenco v. Ecuador*, Decisión de Nulidad, 28 de mayo de 2021.

181. *Perenco v. Ecuador*, Decisión de Nulidad, 28 de mayo de 2021, p. 733; Procuraduría General del Estado, Comité ad hoc de CIADI notifica su decisión final en Caso Perenco vs. Ecuador, 1 de junio de 2021.

182. *Perenco v. Ecuador*, Decisión de Nulidad, 28 de mayo de 2021, p. 744.

183. *Occidental II v. Ecuador*, Decisión de Nulidad del Laudo, 2 de noviembre de 2015, p. 585.

184. *Occidental II v. Ecuador*, Decisión de Nulidad del Laudo, 2 de noviembre de 2015, p. 586 (“The Tribunal has established the value of 100% of Block 15, i.e. of the Farmout Property, at US\$ 2,359,500,000. Consequently, the value of the 60% interest would amount to US\$ 1,415,700,000. Applying to this amount the 25% reduction factor explained in para. 825 of the Award, the resulting amount is US\$ 1,061,775,000. This is the proper amount that should have been inserted in Sub-paragraph (v) of the dispositive section of the Award. [...]”)

185. Procuraduría General del Estado, Comunicado de Prensa: La Procuraduría General del Estado Logró una Victoria Legal en Caso Oxy, 2 de noviembre de 2015.

Estado demostró su descontento con la decisión: “Sin embargo, sigue sin hacerse justicia a todos los argumentos presentados por la defensa, lo que ratifica la convicción cada vez más generalizada de los Estados sobre inequidad de un sistema arbitral creado por inversionistas para defender exclusivamente los intereses de los inversionistas, motivo que llevó al Ecuador en el 2010 a abandonar el CIADI.”

Originalmente, el valor otorgado a en el laudo a favor de Occidental fue de US\$1.769.625.000.¹⁸⁶ El monto anulado es cercano a la suma de los montos otorgados a favor del inversionista en los casos Perenco y Burlington (aproximadamente de US\$ 790 millones).¹⁸⁷

4.9. Arbitrajes con Burlington y perenco: 2 reconvenciones en favor del Estado

No es posible menospreciar, en términos objetivos, el éxito que representa para el Estado ecuatoriano haber obtenido decisiones favorables en las reconvenciones que presentó en los casos *Burlington v. Ecuador* y *Perenco v. Ecuador*. No es común, en Arbitraje Internacional de Inversión, que los Estados prevalezcan en sus intentos de contrademandar a los inversionistas. De hecho, las decisiones favorables obtenidas por Ecuador son consideradas – a nivel internacional – como decisiones históricas.

En *Burlington v. Ecuador*, el tribunal condenó al inversionista a pagar US\$ 41 millones por daños ambientales.¹⁸⁸ De acuerdo a la Procuraduría General del Estado:

“El Tribunal, en una decisión histórica en el mundo del derecho de inversiones, aceptó las alegaciones de la Procuraduría General del Estado respecto a las reconvenciones planteadas en contra de Burlington y su operación ‘bajo costo’, la cual afectó ambientalmente a una zona altamente sensible como la Amazonía ecuatoriana. [...]”¹⁸⁹

¹⁸⁶. *Occidental II v. Ecuador*, Laudo, 5 de octubre de 2012, p. 876(v).

¹⁸⁷. *Burlington v. Ecuador*, Decisión Sobre Reconsideración y Laudo, 7 de febrero de 2017, p. 635(C) (El Estado fue condenado a pagar US\$ 380 millones); *Perenco v. Ecuador*, Decisión de Nulidad, 28 de mayo de 2021, p. 733 (El laudo de nulidad parcial redujo el monto que Ecuador debía pagar a Perenco de US\$ 448 millones a 412 millones).

¹⁸⁸. *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Reconvenciones, 7 de febrero de 2017, p. 1099.

¹⁸⁹. Procuraduría General del Estado, *Caso Burlington: Tribunal Arbitral Emite Laudo Final y Acepta Contrademandanda Ambiental de Ecuador*, 8 de febrero de 2017.

En *Perenco v Ecuador*, el tribunal condenó a la compañía a pagar US\$ 54 millones por concepto de “costos emanados de la restauración del ambiente en las áreas dentro de los Bloques 7 y 21.”¹⁹⁰

De 25 contrademandas contabilizadas en un estudio realizado en noviembre de 2021 a nivel internacional, más de la mitad fueron inadmitidas porque los tribunales encontraron que “carecían completamente de sustento legal o factual, o si fueron admitidas, fueron rechazadas por carecer de base legal o sustancia. (traducción libre).”¹⁹¹ En general, “mientras el número de contravenciones [en Arbitraje Internacional de Inversiones] crece, muy pocas han sido exitosas. Es más frecuente que estas sean rechazadas en base a cuestiones de jurisdicción o admisibilidad. (traducción libre)”¹⁹² De los 25 casos de Arbitraje de Inversión, las reconvencciones fueron exitosas únicamente en dos casos recientes: *Burlington v. Ecuador* y *Perenco v. Ecuador*.¹⁹³ Esas decisiones históricas, se dieron en Arbitrajes CIADI.

5. CONCLUSIONES

El retorno del Ecuador al CIADI ha estado marcada por críticas que encuentran sus antecedentes en los argumentos que utilizó el gobierno del Ex-Presidente, Rafael Correa, para denunciar el Convenio CIADI en 2009. Principalmente, se ha esparcido una percepción de que el CIADI ha sido perjudicial para los intereses del Estado y que, típicamente, el Estado ha perdido ante los intereses de los inversionistas extranjeros. En este trabajo se ha demostrado que ese no es el caso. Los resultados de los Arbitrajes CIADI (entre 2002 y 2009) demuestran lo contrario.

En ese período de tiempo, mientras estuvo vigente el Convenio CIADI, el Estado prevaleció en el 30% de los casos. Además, Ecuador obtuvo decisiones favorables en las reconvencciones planteadas en contra de los inversionistas (20% de los

190. *Perenco v. Ecuador*, Laudo Final, 27 de septiembre de 2019, p. 1023(b).

191. Anna de Luca y Cristina Baltag, *Counterclaims in Investment Arbitration: Reflections on UNCITRAL WG III Reform*, Kluwer Arbitration Blog, 5 de noviembre de 2021.

192. Yasmine Lahlou y Rainbow Willard (Chaffetz Lindsey LLP), *The Rise of Environmental Counterclaims in Mining Arbitration*, Global Arbitration Review, 9 de junio de 2021.

193. Anna de Luca y Cristina Baltag, *Counterclaims in Investment Arbitration: Reflections on UNCITRAL WG III Reform*, Kluwer Arbitration Blog, 5 de noviembre de 2021.

casos). Las cifras analizadas en este trabajo demuestran, más bien, un resultado global balanceado.¹⁹⁴ Cuando se contrastó estas cifras con los resultados obtenidos por el Estado en Arbitrajes CNUDMI, el escenario continuó siendo consistente. Así, es justo concluir que no existe correlación entre las reglas de procedimiento que las partes elijan para sus arbitrajes internacionales (sean CIADI, CNUDMI, u otras) y el resultado de sus disputas. Ello depende de otros factores.

Uno de esos factores fue analizado al inicio de este artículo, cuando se explicó que el Arbitraje Internacional de Inversión está regida por distintas fuentes de Derecho Internacional Público, incluyendo TBIs. Estos TBIs son de distinta índole, y se encontró que los Arbitrajes de Inversión (sean CIADI o UNCITRAL) iniciados en contra de Ecuador, tuvieron como fuente 5 tratados internacionales distintos. Es en estos tratados internacionales donde los distintos tribunales encontraron responsabilidad del Estado en aquellos casos donde prevaleció el inversionista. Y también es en estos tratados internacionales donde el Estado prevaleció, sea en base a cuestiones jurisdiccionales o en los méritos. De ahí que no es coherente oponerse, de plano, al Convenio CIADI o al Centro, sin entender que los TBIs juegan un rol fundamental en la resolución de disputas internacionales en materia de inversión. El Ecuador ha denunciado los TBIs y ahora podrá negociar nuevos tratados del modo que considere más apropiado para asegurar que sus intereses sean protegidos. Sin perjuicio de ello, el presente trabajo también demostró que el Estado ha tenido éxito incluso con aquellos TBIs que ya fueron denunciados.

Como se ha visto, no es correcto afirmar que los TBIs que dieron paso a los 25 casos de Arbitrajes de Inversión benefician exclusivamente a los inversionistas. Aquello es falso. Los Casos CIADI demuestran lo contrario.

En el Estado prevaleció completamente en los méritos del caso, logrando que todas las pretensiones del inversionista sean desechadas. Los hechos de ese caso probaron no ser susceptibles de generar una violación a un tratado internacional. La defensa del Estado fue exitosa. Así mismo, el Estado prevaleció en sede

194. Iñigo Salvador Crespo y Melanie Riofrío La denuncia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones o la calentura en las Sábanas, en *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, Número 2, 30 de septiembre de 2010, p. 97-100 (En 2010, Iñigo Salvador Crespo y Melanie Riofrío realizaron un análisis de los Casos CIADI hasta ese momento, concluyendo que el “historial de arbitrajes internacionales que tiene el Ecuador es relativamente equilibrado”. Es el criterio del artículo presentado ahora, más de 10 años después, que tal conclusión sigue siendo aplicable.)

jurisdiccional tanto en el caso *Emelec v. Ecuador* como *Murphy (I) v. Ecuador*. En el caso de EMELEC, el éxito del Estado fue tal, que el tribunal arbitral ni siquiera tuvo que considerar las alegaciones de jurisdicción o de fondo del inversionista, al encontrar que quien inició el arbitraje a nombre del inversionista, ni siquiera tenía capacidad legal para representar a EMELEC. En el caso *Murphy (I) v. Ecuador*, el Estado logró que se desechase la demanda porque no se había concluido el período de negociaciones directas después de haber presentado la notificación de disputa (*cooling-off period*). Tres victorias que el Estado en su momento celebró, como se ha visto.

Por otro lado, este trabajo también ha desmitificado las creencias que giran alrededor de los casos en los que el Estado no prevaleció en los méritos. En particular, este trabajo analizó los efectos que tuvo la Ley 42 y el Decreto 662. No basta con contabilizar el número de casos que se iniciaron a raíz de la emisión de dichas medidas para concluir que el CIADI es contrario a los intereses del Estado. También es necesario analizar el resultado de esos casos.

Como se observó, el Estado llegó a un acuerdo y puso fin a la disputa que surgió con la compañía Repsol YPF. Este es un resultado favorable que se suma al éxito que tuvo en el caso *Murphy (I) v. Ecuador*. Además, el Estado obtuvo dos reconvenções favorables calificadas como “históricas” en los casos *Burlington v. Ecuador* y *Perenco v. Ecuador*. Ecuador es el único Estado que ha sido exitoso en las reconvenções que ha presentado en Arbitraje Internacional de Inversión. Eso ocurrió en Casos CIADI.

Finalmente, el presente trabajo analizó los casos donde el Estado obtuvo laudos desfavorables, puntualizando aspectos positivos para Ecuador durante el litigio. Aunque las compañías Burlington y Perenco prevalecieron en sus respectivos arbitrajes, el presente trabajo desmitificó la creencia sobre aquellos casos. Es en extremo relevante que, en ambos arbitrajes, los tribunales encontraron que la Ley 42 (50% de beneficio sobre Ingresos Extraordinarios) no constituyó violaciones al TBI Ecuador-Estados Unidos, ni tampoco al TBI Ecuador-Francia. En el caso Burlington, de hecho, el tribunal encontró que ni siquiera la subida al 90% constituyó una violación al estándar de expropiación. Ecuador, en ese caso, además obtuvo un éxito importante al prevalecer parcialmente en sede jurisdiccional, logrando

que se deseche la pretensión, *inter alia*, de violación del estándar de trato justo y equitativo.

Debido a que el texto del TBI con Francia y con Estados Unidos es distinto y no contiene una exclusión de “Cuestiones Tributarias” (La medida impuesta por la Ley 42 fue calificada como “impuesto”), en el caso Perenco la subida al 90% sí se consideró como una violación al estándar de trato justo y equitativo del TBI. Esto demuestra nuevamente que no es coherente cuestionar el resultado de los Arbitrajes Internacionales de Inversión sobre la base de las reglas que lo rigen (en este caso arbitrajes CIADI) sin considerar la ley aplicable (TBI). Pero eso no es todo, también depende de los hechos del caso y de las medidas adoptadas por el Estado.

Ni en el caso Burlington, ni tampoco en Perenco, los tribunales encontraron que la Ley 42 o el Decreto 662 hayan constituido expropiación. Aquellos tribunales encontraron que otras actuaciones del Estado violaron las obligaciones internacionales adquiridas por Ecuador. Estas actuaciones, tales como la toma de control de los Bloques 7 y 21 (*Burlington v. Ecuador*) o la emisión del decreto de caducidad de los Contratos de Participación durante el curso del arbitraje (*Perenco v. Ecuador*) fueron los actos del Estado que, a criterio de los tribunales respectivos, configuraron la expropiación. Son los hechos analizados a la luz de la ley aplicable, no las normas de procedimiento utilizadas para resolver los arbitrajes, los que determinarán el resultado de uno u otro caso. Los hechos en el caso determinaron que el Estado prevalezca por sobre el inversionista. Esto a pesar de que este caso se resolvió bajo el mismo tratado que rigió el caso de *Burlington v. Ecuador*.

Las conclusiones alcanzadas en este trabajo también deben ser puestas en contexto de la reciente ratificación del Ecuador del Convenio CIADI. Como no existe correlación entre el CIADI y el resultado de los Arbitrajes de Inversión, los eventuales arbitrajes que se lleguen a conocer ante el Centro no serán automáticamente favorables o desfavorables para el Estado o los inversionistas. Aquellos casos tampoco surgirán de manera inmediata, pues el Estado deberá primero otorgar su consentimiento para someter alguna disputa a Arbitraje CIADI. Esto podrá suceder, entre otras posibilidades, si es que el Estado celebra un tratado internacional (TBI o similar). El Estado deberá negociar aquellos TBIs de manera

consciente y adecuada, y podrá atender las preocupaciones y críticas existentes al sistema de resolución de controversias Inversionista-Estado. Para ello, deberá mirar hacia la experiencia pasada que ha tenido en los Arbitrajes Internacionales de Inversión (CIADI y CNUDMI, y eventualmente otros). Como se ha visto a lo largo de este trabajo, los datos demuestran que aquella experiencia es más bien equilibrada. En adelante, Ecuador debe actuar conforme datos objetivos y no basado enteramente en apreciaciones subjetivas (especialmente políticas) sobre el CIADI u otras instituciones arbitrales internacionales.

6. BIBLIOGRAFÍA

Decisiones Internacionales

Repsol YPF Ecuador S.A. y otros v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), Caso CIADI No. ARB/01/10, Laudo, 20 de febrero de 2004.

IBM World Trade Corp. v. República del Ecuador, ICSID Case No. ARB/02/10, Laudo, 22 de julio de 2004.

M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc. v. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo, 31 de julio de 2007.

City Oriente Limited v. República del Ecuador (Petroecuador), Caso CIADI No. ARB/06/21, Resolución Procesal Dejando Constancia de la Terminación del Procedimiento de Arbitraje, 12 de septiembre de 2008.

Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. v. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/05/9, Laudo, 2 de junio de 2009.

Burlington Resources Inc. v. República de Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010.

Murphy Exploration and Production Company International v. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/4 (Murphy I), Laudo, 15 de diciembre de 2010.

Repsol YPF Ecuador, S.A. y otros v. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/10, Resolución Procesal que Deja Constancia de la Terminación del Procedimiento de Arbitraje, 9 de febrero de 2011.

Corporación Quiport S.A. y otros v. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/09/23, Order Taking Note of the Discontinuance of the Proceedings, 11 de noviembre de 2011.

Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company v. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/06/11, Laudo, 5 de octubre de 2012.

Burlington Resources Inc. v. República de Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012.

Globalnet - Únete Telecomunicaciones S.A. y Clay Pacific S.R.L. v. República del Ecuador, Orden de Conclusión de Procedimiento Arbitral, 7 de agosto de 2013.

Perenco Ecuador Limited v. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014.

Burlington Resources Inc. v. República de Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión Provisional Sobre la Reconvención Ambiental, 11 de agosto de 2015.

Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company v. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión de Nulidad del Laudo, 2 de noviembre de 2015.

Burlington Resources Inc. v. República de Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Reconvenciones, 7 de febrero de 2017.

Burlington Resources Inc. v. República de Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión Sobre Reconsideración y Laudo, 7 de febrero de 2017.

Murphy Exploration & Production Company – International v. República del Ecuador (II), Caso PCA No. 2012-16, Laudo Final, 10 de febrero de 2017.

Perenco Ecuador Limited v. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/6, Laudo Final, 27 de septiembre de 2019.

7. ARTÍCULOS Y OTROS

Iñigo Salvador Crespo y Melanie Riofrío La denuncia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones o la calentura en las Sábanas, en *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, Número 2, 30 de septiembre de 2010, disponible en: <https://iea.ec/publicaciones/revista-2/>

Global Arbitration Review, *Ecuador Held Liable Again Over Windfall Oil Profits Levy*, 17 de mayo de 2016, disponible en: <https://globalarbitrationreview.com/ecuador-held-liable-again-over-windfall-oil-profits-levy>

Yasmine Lahlou y Rainbow Willard (Chaffetz Lindsey LLP), *The Rise of Environmental Counterclaims in Mining Arbitration*, Global Arbitration Review, 9 de junio de 2021, disponible en (requiere suscripción): <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-mining-arbitrations/2ndedition/article/the-rise-of-environmental-counterclaims-in-miningarbitration#-footnote-080>

Anna de Luca y Cristina Baltag, *Counterclaims in Investment Arbitration: Reflections on UNCITRAL WG III Reform*, Kluwer Arbitration Blog, 5 de noviembre de 2021, disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/11/05/counterclaims-in-investmentarbitration-reflections-on-uncitral-wg-iii-reform/>

UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format), 31 December 2020, disponible en: <https://in->

vestmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/ country/61/ ecuador

Jus Mundi, Reporte de Merck v. Ecuador, último acceso el 15 de noviembre de 2021, disponible en: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-merck-sharpe-dohme-i-a-llc-v-the-republic-of-ecuador-partial-final-award-thursday-25th-january-2018>

Jack Ballantyne, *Airport Investor Brings Tax Claim Against Ecuador*, Global Arbitration Review, 28 de septiembre de 2020, disponible en (requiere suscripción): <https://globalarbitrationreview.com/airport-investor-brings-tax-claim-against-ecuador>

Reporte caso Aecon v. Ecuador, Corte Permanente de Arbitraje, último acceso el 15 de noviembre de 2021: <https://pca-cpa.org/en/cases/254/>

8. NORMATIVA

Naciones Unidas, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 1945.

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 1965.

Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección de Inversiones, 27 de agosto de 1993.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador, 26 de junio de 1996.

Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 29 de abril de 1996.

Convenio entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, 19 de junio de 1997.

Convenio entre la República de Bolivia y la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 25 de mayo de 1995.

Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos No. 42-006, Registro Oficial No. 257, 25 de abril de 2006

Decreto Ejecutivo No. 1672, Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Aplicación de la Ley de la Ley No. 42-2006 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, Registro Oficial No.312, 13 de julio de 2006

Decreto Ejecutivo No. 662, Reforma al Reglamento de Aplicación a la Ley No. 42-2006 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, Registro Oficial No. 193, 18 de octubre de 2007.

Decreto Ejecutivo No. 1823, Presidencia de la República, R.O 632 de 13 de julio de 2009.

9. REPORTES, BOLETINES DE PRENSA

Ciadi Niega Demanda de Murphy, El Comercio, 17 de diciembre de 2010, disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/ciadi-niega-demanda-murphy.html>

Procuraduría General del Estado, Boletín de Prensa, 15 de diciembre de 2010, disponible en: http://www.pge.gob.ec/index_php/2014-10-01-0232-39/boletines2/item/522-ecuador-obtiene-un-triunfo-importante-en-arbitraje-internacional-sobre-ley-42-2006

Petrolera Murphy Retiró Demanda en Contra de Ecuador, El Comercio, 24 de agosto de 2011, disponible en: <https://www.>

eluniverso.com/2011/08/24/1/1356/petrolera-murphy-retiro-demanda-contra-ecuador.html

Kyriaki Karadelis, *Ecuador Signs New Contracts*, *Global Arbitration Review*, 31 de enero de 2011, disponible en (requiere suscripción): [https:// globalarbitrationreview.com/ecuador-signs-new-contracts](https://globalarbitrationreview.com/ecuador-signs-new-contracts)

Procuraduría General del Estado, Boletín de Prensa, 23 de agosto de 2011, disponible en: <http://www.pge.gob.ec/index.php/2014-10-01-02-32-39/boletines2/item/608-procuraduria-logra-el-retiro-de-la-solicitud-de-arbitraje-en-el-ciadi-presentada-por-la-petrolera-murphy>

Alison Ross, *Tawil and Stern Step Away from Tribunal*, *Global Arbitration Review*, 23 de febrero de 2012, disponible en (requiere suscripción): [https:// globalarbitrationreview.com/tawil-and-stern-step-away-tribunal](https://globalarbitrationreview.com/tawil-and-stern-step-away-tribunal) Procuraduría General del Estado, *Comunicado de Prensa: La Procuraduría General del Estado Logró una Victoria Legal en Caso Oxy*, 2 de noviembre de 2015, disponible en: <http://www.pge.gob.ec/index.php/2014-10-01-02-32-39/boletines2/item/193-la-pge-logro-una-victoria-legal-en-caso-oxy>

Procuraduría General del Estado de Ecuador, Boletín de Prensa, 16 de mayo de 2016, disponible en: <http://www.pge.gob.ec/index.php/component/k2/item/793-tribunal-arbitral-emite-laudo-parcial-en-caso-murphy>

Procuraduría General del Estado, *Caso Burlington: Tribunal Arbitral Emite Laudo Final y Acepta Contrademanda Ambiental de Ecuador*, 8 de febrero de 2017, disponible en: <http://www.pge.gob.ec/index.php/2014-10-01-02-32-39/boletines2/item/887-caso-burlington-tribunal-arbitral-emite-laudo-final-y-acepta-la-reconvencion-ambiental-del-ecuador>.

Procuraduría General del Estado, *Comité ad hoc de CIADI notifica su decisión final en Caso Perenco vs. Ecuador*, 1 de junio de 2021, disponible en: <http://www.pge.gob.ec/index.php/2014-10-01-02-32-39/boletines2-2/item/1686-comite-ad-hoc-de-ciadi-notifica-su-decision-final-en-caso-perenco-vs-ecuador>