



UNIVERSIDAD SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO

Trabajo de investigación de análisis de caso

Previo a la obtención del título de:

**ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA
REPUBLICA DEL ECUADOR**

TEMA:

Caso Derecho Internacional Público N° AA434 que por violación del Tratado Bilateral de Inversiones mediante la creación de la ley 42 sigue Murphy Exploration and Production Company International contra la República del Ecuador.

Autoras:

Pierina Nicolle García Lara

Diana Carolina Rosero García

Tutor personalizado:

Abg. Mallury Alcivar Toala

Cantón Portoviejo – Provincia de Manabí - República del Ecuador

2020

CESION DE DERECHOS DE AUTOR

García Lara Pierina Nicolle y Rosero García Diana Carolina, declaran ser las autoras del presente análisis de caso y de manera expresa hace la cesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo investigativo:

Caso de Derecho Internacional Público N° AA434 que por violación del Tratado Bilateral de Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones sigue Murphy Exploration and Production Company-International contra del Estado ecuatoriano.

Declaramos que dicho trabajo es original en su contenido de expresión, el cual no infringe derechos de terceros, asimismo concedemos este tema a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por otorgar su entidad universitaria, para el desarrollo del mismo.

Portoviejo,

**García Lara Pierina Nicolle
Carolina**

C.C

Autora

Rosero García Diana

C.C 1314678515

Autora

ÍNDICE

INTRODUCCION	5
MARCO TEORICO	7
1.1BANCO MUNDIAL.....	7
1.1.1 Historia.....	7
INVERSORES (CIADI)	8
2.1.2 Funciones	8
3.1.2 Concepto	10
RECÍPROCA DE INVERSIONES.....	12
4.1.2 Definición	12
5.1.1 LA INDUSTRIA DEL PETRÓLEO EN EL ECUADOR.....	15
5.1.2 Concepto de crudo	15
6. 1.1 CONTRATO DE PARTICIPACIÓN	17
6.1.2 Características del contrato de participación	17
7.1.1 LEY 42	19
7.1.2 Concepto	19
8.1.1 TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES	20
8.1.2 Concepto	20
ANALISIS DEL CASO	22
2.1Hechos facticos	22
ANÁLISIS DE LA PRIMER ORGANISMO (CIADI).....	30

INTRODUCCION

El presente trabajo estará dirigido a analizar de manera minuciosa y detallada el caso N° AA434 en el área de Derecho Internacional Público, que inició Murphy Exploration and Production Company International contra del Estado ecuatoriano por la violación del Tratado Bilateral de Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones que había sido firmado por la República del Ecuador y Los Estados Unidos de América.

En cuanto a la estructura del estudio de caso escogido, se desglosó temas que lograron una mayor comprensión del caso como premisa inicial se analizó los hechos por los cuales la Corte Permanente de Arbitraje consideró que el Estado ecuatoriano violó el Tratado Bilateral de Inversiones al momento de expedir la ley 42 en el año 2006.

Así mismo se expuso la transición de contratos que se efectuaron en nuestro país debido al boom petrolero en el que encontraban algunos países de América Latina. También se recopiló conceptualizaciones básicas del Derecho Internacional Público, principios como el pacta sunt servanda y el trato justo y equitativo su preponderancia al momento de que los Estados participan en un Tratado Bilateral, puesto que en estos contextos se visualiza la credibilidad y responsabilidad internacional de los Estados.

No obstante, como premisa final se consideró el pronunciamiento de los organismos internacionales competentes para conocer este tipo de conflictos, es

decir que se mencionó el pronunciamiento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias a Inversores ante la solicitud que propuso por Murphy Exploration and Production Company International y de igual manera lo emitido y decidido por la Corte Permanente de Arbitraje, organismo que dictó laudo parcial definitivo a favor de la petrolera estadounidense.

Todo lo abordado en el párrafo anterior es el resultado de los métodos sintéticos y analíticos cuya información fue obtenida a través de textos, libros y doctrina; también se aplicó el método deductivo que a través de análisis de laudos similares al caso *Murphy vs Ecuador* nos permitió un mejor entendimiento jurídico en cuanto al caso escogido.

Este tema fue de nuestro interés ya que consideramos sustancial conocer cómo se maneja nuestro país frente a la exploración y explotación del recurso natural no renovable que más ingresos económicos genera al Ecuador; el modo en el que operan las petroleras extranjeras y si existe el respecto a la naturaleza; bajo que normativas legales están regidas en el ámbito nacional e internacional. En caso de existir algún incumpliendo por parte de los sujetos mencionados a que organismos acudir como vía de solución de conflictos.

Se concluye que el presente trabajo se ha enfocado en comprender los lineamientos del Derecho Internacional Público y el estricto cumplimiento que deben tener los Estados frente a la celebración de tratados y convenios internacionales, los cuales únicamente buscan el desarrollo económico e internacional de los Estados suscritores.

MARCO TEORICO

1.1BANCO MUNDIAL

1.1.1 Historia

El Banco Mundial tiene sede su sede en Estados Unidos, y tiene su enfoque en la economía, es decir que esta hace créditos o préstamos a demás países que se encuentren en situaciones de pobreza, se la considera como una de las organizaciones con mayor preponderancia en el mundo por la función que esta cumple.

Al respecto (Caiba, 2011)¹ nos da la siguiente conceptualización:

“El Banco Mundial es una organización internacional especializada en finanzas cuya principal actividad es la ayuda a países en desarrollo que necesiten apoyo económico a través de préstamos o créditos que se encuentren en situación de pobreza. Fue creado en el año de 1994 y depende de las Naciones Unidas “(pág. 22)

De acuerdo a lo mencionado en el párrafo anterior debemos tener en claro también que el Banco Mundial se encuentra estructurado por miembros adherentes que en su totalidad actualmente son 189 países, todos estos miembros tienen un representante en el Banco Mundial y se los denomina como Junta de Gobernadores.

Las reuniones que tienen los miembros de la Junta de Gobernadores es cada dos años y se reúnen con el objetivo de verificar el directorio y cambiarlo de serlo necesario, cabe recalcar que este directorio solo está conformado por países

¹ Caiba, D. L. (2011). Banco Mundial. *Economipedia*, 3.

de gran importancia como lo son Reunido Unido, Japón, Francia entre otros. El Banco Mundial se mantiene de acuerdo a las contribuciones que hacen los países miembros a esta organización.

Para el autor (Caiba, 2011)² así mismo este posee organismos que se encuentran adscritos a esta organización como lo son:

“Centro Internacional de arreglo de diferencias a inversores: Se encarga de solucionar la inversión extranjera entre países. Organismo de garantía de inversores: Se encarga de la inversión en países subdesarrollados Corporación financiera internacional: Promueve la inversión en el sector privado Asociación internacional de fomento: ayuda al desarrollo de servicio básico. Banco Internacional de reconstrucción y fomento: ayuda a reducir la pobreza en los países”. (pág. 26)

El Banco Mundial es una de las organizaciones más importantes del mundo, no solo por financiar a países con economías débiles sino también porque este posee varios organismos de vital importancia adscritos, los cuales cumplen distintos roles en los distintos países que hayan ratificado la intervención de esos organismos en sus países.

2.1.1 CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS A INVERSORES (CIADI)

2.1.2 Funciones

El CIADI es un organismo adscrito al Banco Mundial creado en el año de 1966 mediante un Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre los países que pertenecen a este organismo; cabe mencionar

² Caiba, D. L. (2011). Banco Mundial. *Economipedia*, 3

que el tratado del CIADI es considerado como un tratado multilateral el cual fue creado por los directores ejecutivos del Banco Mundial.

Este debe cumplir con uno de los fines del Banco Mundial el cual es la inversión internacional hay que puntualizar que el CIADI es el principal organismo encargado de intervenir y resolver diferencias relativas a inversiones internacionales, de tal manera que posee experiencia en este ámbito siempre y cuando los países acepten la intervención de este organismo.

En cuanto al autor (Rios, 2015)³ nos propone un concepto sobre el CIADI de la siguiente forma:

“El CIADI prevé el arreglo de diferencias mediante conciliación, arbitraje o comprobación de hechos. El proceso del CIADI está diseñado para tener en cuenta las características particulares tanto de las diferencias relativas a inversiones internacionales como de las partes involucradas y, de ese modo, mantener un cuidadoso equilibrio entre los intereses de inversionistas y Estados receptores” (pág. 54)

En caso de que exista algún tipo de conflicto entre un Estado y otro sobre aspectos relativos a inversiones este organismo prevé mecanismos para resolver algún tipo de conflicto que haya ocurrido; entre los mecanismos que posee el CIADI está la conciliación, el arbitraje entre otros; el objetivo principal es poder llevar al fin de la controversia y así mismo en caso de que una de las partes haya faltado a su deber este será obligado a reparar el daño causado de manera íntegra.

³ Negociaciones comerciales internacionales. (2015). En A. S. Rios, *Negociaciones comerciales internacionales*. Peru: esan.

Cuando se detecta algún conflicto entre dos Estados dentro de esta materia, deberá ser notificado al CIADI y este deberá estructurar una Comisión de Conciliación o un Tribunal de Arbitraje independiente, quiere decir que cada estado propondrá el nombre de un árbitro y en caso de no llegar a acuerdo alguno se lo hará mediante un sorteo, además se deberán de presentar pruebas y los correspondientes argumentos jurídicos.

Cabe puntualizar que a cada caso se le asignara un equipo para ofrecerle asistencia especializada mientras dure el proceso, es sustancial puntualizar que únicamente los Estados miembros podrán acceder a este organismo y será competente para conocer y resolver un conflicto en materia de inversiones que mantengan empresas extranjeras con un Estado.

3.1.1 CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE (CPA)

3.1.2 Concepto

La Corte Permanente de Arbitraje es un organismo encargado de solucionar conflictos internacionales que se hayan efectuado entre el Estado y un particular; el CPA mantiene su propia estructura y está organizada por una oficina internacional la cual posee un Secretario General que posee las funciones de cumplir el mandato del Consejo Administrativo el cual se encuentra conformado por ciertos países miembros, este Consejo Administrativo se reúne únicamente dos veces al año dentro de estas reuniones se encuentran a las distintas representaciones diplomáticas de los Estados miembros.

El autor (Figuroa, 1991)⁴ denomina a la corte como:

“...una organización intergubernamental establecida en 1899 para facilitar el arbitraje y otras formas de resolución de diferencias entre Estados, en la actualidad cuenta con 115 Estados miembros, sus actividades se han expandido hacia el ámbito privado y en la actualidad conoce casos en los que se ven involucrados Estados, entidades estatales, organizaciones intergubernamentales y partes privadas. “ (pág. 67)

En cuanto a las funciones de este consejo hay que destacar que se enfoca en el ámbito administrativo, decisiones que se vayan a tomar y también aprueba el presupuesto de la Corte. La Corte por su lado tiene autonomía e independencia dentro del trabajo arbitral, el consejo administrativo no podrá inmiscuirse en las decisiones que llegue a tomar la corte; en lo que respecta nuestro país Ecuador es uno de los Estados miembros su adhesión fue el 03 de julio de 1907.

Nuestro país ha trabajado de manera articulada con la Corte en procesos de elaboración de Reglas Financieras y Económicas; el Procurador General del Estado es quien tendrá la potestad y facultad de intervenir en casos inherentes a la corte puesto que este será nuestro representante.

Nuestra Constitución (Ecuador, 2008)⁵.establece en su artículo 237 textualmente lo siguiente:

Corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley: 1. La representación judicial

⁴ Figuroa, U. (martes de junio de 1991). *Organismos Internacionales*. Santiago de Chile: Printed Chile

⁵ Ecuador, A. N. (2008). Sección cuarta Procuraduría General del Estado. En *Sección cuarta Procuraduría General del Estado*. Quito: Lexis..

del Estado. 2. El patrocinio del Estado y de sus instituciones. 3. El asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos. 4. Controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público. (pág. 81)

Es decir que casos en que el Estado ecuatoriano sea demandado por otro Estado, organismo u otro particular será facultad del Procurador General del Estado intervenir y defender al Estado ecuatoriano bajo argumentos jurídicos valederos, este deberá estructurar una línea de defensa que beneficie en lo más posible a nuestro país asimismo deberá hacer el uso correspondiente de las pruebas.

4.1.1 TRATADO BILATERAL DE PROMOCIÓN Y LA PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES

4.1.2 Definición

Los tratados internacionales celebrados entre dos o más países llegan a ser unas de las alianzas más importantes puesto que esta busca ayudar de manera mutua a los Estados que forman parte del tratado, también mejora las relaciones en los países y busca que existan grandes beneficios, así mismo este se encuentra regulado por el Derecho Internacional Público.

En lo que respecta al TBI el autor (Vildea, 2004)⁶ manifiesta que:

“..el TBI considerado como un compromiso al que se someten dos partes, este tratado genera obligaciones recíprocas para los Estados firmantes y

⁶ Vildea, E. (2004). *Tratados Internacionales Derecho Internacional*. Washintong D.C: Alvedo.

en caso de existir algún incumplimiento esto se sancionará bajo las reglas del Derecho Internacional.” (pág. 67)

En lo que respecta al TBI nos ha quedado claro que es pacto que firman los Estado con el fin de obtener un beneficio mutuo, así mismo debe existir el respeto de dicho tratado, nuestro país ha firmado varios tratados internacionales (Ecuador E. U., 1994)⁷ entre estos esta:

“..el TBI es un tratado internacional firmado por Estados Unidos de América y la República del Ecuador, fue firmado en el estado de Washintong D.C. el 27 de Agosto en 1993 y entra en vigencia el 01 de febrero de 1995 con fecha de expiración de 10 años y luego indefinido” Este tratado está conformado por siete artículos, dentro del primer artículo define todo lo inherente a la palabra inversión, sociedad, nacional entre otras palabras sustanciales para este tratado. En lo que respecta a los siguientes artículos establece todas las clausulas a celebrarse buscando el beneficio para ambas partes es decir el Estado ecuatoriano y el Estado estadounidense.

Cabe destacar lo que establece este convenio en cuanto a los laudos, puesto que esta investigación está enfocada en la violación en la que incurrió el Estado ecuatoriano, donde expresamente manifiesta lo siguiente en caso de existir diferencia alguna, se resolverá mediante lo establecido en el (Ecuador E. U., 1994)⁸convenio, articulo VI numeral 4 :

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

⁷ Ecuador, E. U. (1994). *ratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América*. Washintong D.C.

junto con el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, cuando se da conforme el párrafo 3, cumplirá el requisito de:

- a) Un “consentimiento por escrito” de las partes en la diferencia a efectos del Capítulo II de la Convención del CIADI (Jurisdicción del Centro) y a efectos de las normas del Mecanismo Complementario, y
- b) Un “acuerdo por escrito” a efectos del Artículo II de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de 1958 (“Convención de Nueva York”).

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

6. Todo laudo arbitral dictado en virtud de este Artículo será definitivo y obligatorio para las partes en la diferencia. Cada Parte se compromete a aplicar sin demora las disposiciones de dicho laudo y a garantizar su ejecución en su territorio.

7. En todo procedimiento relativo a una diferencia en materia de inversión, las Partes no emplearán como defensa, reconvencción, derecho de contra reclamación o de otro modo, el hecho de que la sociedad o el nacional interesado ha recibido o recibirá, según los términos de un contrato de seguro o de garantía, alguna indemnización u otra compensación por todos sus supuestos daños o por parte de ellos.

8. A efectos de un arbitraje efectuado según lo previsto en el párrafo 3 del presente Artículo, toda sociedad legalmente constituida conforme al ordenamiento interno de una Parte o subdivisión política de la misma que, inmediatamente antes de ocurrir el suceso o los sucesos que dieron lugar a la diferencia, constituyera una inversión de nacionales o de sociedades de la otra Parte, deberá ser tratada como nacional o sociedad de esa otra Parte, conforme al inciso b), párrafo 2, del Artículo 25 de la Convención del CIADI (pág. 2 y 3).

De acuerdo a lo que estipula el TBI se pone a conocimiento cuáles serán los mecanismos y organismo a los cuales pueden acudir los Estados en caso de

haber algún tipo de conflicto, cabe mencionar que estos tratados tiene el objetivo de regular las relaciones entre los países, ya que es necesario para todo país recibir inversión extranjera de tal manera que se potencie las economías locales para el desarrollo de cada país. Y en caso de que se incumpla este tipo de tratados recaerá en sanciones que serán resultas por el Derecho Internacional.

5.1.1 LA INDUSTRIA DEL PETRÓLEO EN EL ECUADOR

5.1.2 Concepto de crudo

La industria del petróleo se ha convertido en una actividad económica e importante para el Ecuador, desde los años 60 hasta la actualidad la industria del petróleo ha venido evolucionando. Al principio de ese mismo año, Ecuador había adoptado un modelo de contrato llamado “contrato de concesión”.

“El contrato de concesión es aquel contrato, conocido en otras palabras como contrato de distribución exclusiva, es aquella convención por la cual un comerciante denominado concesionario, pone su empresa de distribución al servicio de un comerciante o industrial llamado concedente, para asegurar exclusivamente, sobre un territorio determinado, por un tiempo limitado y bajo la vigilancia del concedente.⁹”

Tras los aumentos significativos en el precio del petróleo en la década del año 1970, Ecuador nacionalizó su industria del petróleo, y desde ese momento los contratos de concesión fueron transferidos a la compañía del estado, Corporación estatal petrolera ecuatoriana.

⁹ (MURPHY EXPLORATION & PRODUCCION COMPANY VS ECUADOR , 2016)

“Para atraer inversiones extranjeras a su industria, Ecuador realizó varias reformas a la ley de Hidrocarburos para permitir que Ecuador celebrara contratos de prestación de servicios con inversores extranjeros esto se dio en el año 1980¹⁰.”

Sin lugar a duda uno de los periodos importantes referente a la industria del petróleo en Ecuador fue durante el gobierno militar del general Guillermo Rodríguez Lara, cuya principal política fue la de industrializar el país para sustituir las importaciones, transformación que se apoyaría en el elevado precio internacional crudo.

A partir de la década de los 80, durante el regreso a la democracia del Ecuador, los gobiernos de aquel entonces implementaron políticas de apertura económica y desregulación de mercados con el objeto de atraer inversiones extranjeras.

La política petrolera nacional, hasta el año 2007, fue principalmente extractiva y exportadora de materia prima, sin embargo, desde el gobierno de Rafael Correa se han hecho esfuerzos por aumentar la capacidad de la industria local de refinar el crudo.

Cabe recalcar que desde el año 2008 Ecuador experimentó el segundo boom petrolero de su historia con precios internacionales que batieron el récord, alcanzando niveles nunca vistos, alcanzando su pico en el 2015, con un precio internacional de 136,55 dólares estadounidenses.

¹⁰ Ley N.º 101, promulgada en el Registro Oficial N.º 306 del día 13 de agosto de 1982.

6.1.1 CONTRATO DE PARTICIPACIÓN

6.1.2 Características del contrato de participación

Podemos decir que el contrato de participación establece que una parte de la producción de hidrocarburo pertenece al Estado y otra parte a la empresa contratista. El mínimo que puede recibir el estado es de 12,5 % pero no es un valor absoluto de hecho el porcentaje de participación del estado en muchos casos fue superior al 12,5%. El contrato de participación es aquel que el estado le confiere a la operadora privada la posibilidad temporal de explorar y explotar sus campos petroleros entregándoles derechos sobre la propiedad de parte del crudo producido.

El día 27 de diciembre de 1996, el Consorcio y Petroecuador acordaron la modificación del Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16 a contrato de participación mediante la celebración de la Modificación del Contrato de Servicios a un Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo Crudo) en el Bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana (“Contrato de Participación”). Debía durar hasta el día 31 de enero de 2012.¹¹

Lo que sucedió entre los años 2003 y 2006 es que ante una constante de subida de precio de petróleo el estado considero que los porcentajes de participación entre el estado y su contratista era inequitativo para el estado y fue por ello por lo que se creó la ley 42. Referente al caso Murphy el contrato de

¹¹ Modificación del Contrato de Prestación de Servicios a un Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo Crudo) en el Bloque 16 entre Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) y el Consorcio Conformado por YPF Ecuador Inc., Overseas Petroleum and Investment Corporation, Nomeco Ecuador Oil LDC, Murphy Ecuador Oil Company, y Canam Offshore Limited (27 de diciembre de 1996),

participación garantizaba que los integrantes del consorcio gozarían de pleno derechos de propiedad sobre su participación en la producción.

En la cláusula 4.2 del contrato de participación enunciaba lo siguiente:

La Contratista tendrá el derecho exclusivo de ejecutar por su cuenta y riesgo, las actividades de explotación de Petróleo Crudo y exploración adicional en el Área del Contrato, invirtiendo los capitales y utilizando el personal, los equipos, maquinaria y tecnología necesarios para su cabal cumplimiento, a cambio de lo cual la Contratista recibirá, como participación, un porcentaje de la Producción Fiscalizada.¹² La Demandante afirma que uno de los objetivos principales de la conversión al Contrato de Participación era asignar al Consorcio el riesgo de las fluctuaciones del precio global del petróleo: si el precio del petróleo era excesivamente bajo, el Consorcio no tenía derecho a alegar que le era imposible recuperar su inversión. Siguiendo la misma lógica, si el precio del petróleo era elevado, el Gobierno no tenía permitido aducir que la participación del Consorcio en las ganancias era demasiado alta¹³

Según la Demandante, el precio del petróleo no constituía una variable incluida en la fórmula de cálculo; más bien, su cuota participación debía basarse sólo en el número de barriles producidos por día. El problema jurídico que radica mediante la promulgación de la ley 42 es la siguiente ¿Existe seguridad jurídica en el Ecuador respecto a que una vez firmados los contratos no se cambiara la modalidad contractual de forma unilateral?

Como se sabe un contrato, es ley para las partes y por ende debe ser respetado por ambos, al momento que uno de los integrantes incumple una cláusula o realiza un acto contrario a lo estipulado en el contrato pactado,

¹² Contrato de Participación, cláusula 4.2

¹³ Escrito de Demanda, párr. 8

automáticamente se convierte en una violación al contrato y así mismo perjudicando a la seguridad jurídica y económica de la otra parte.

7.1.1 LEY 42

7.1.2 Concepto

El 29 de marzo de 2006 el Ecuador promulgo la ley 42¹⁴. Esta ley se aplicó a todos los inversores que tenían contratos de participación y así también se modificó el artículo 4 de la ley de hidrocarburos para facultar al estado a recibir de las empresas petroleras con contratos de participación lo que se describió como participación en los excedentes de los precios de la venta de petróleo.

“La ley estableció un reparto del 50 por ciento de estos excedentes entre el Estado y las compañías petroleras y empresas como Repsol, Murphy, Burlington, City Oriente y Perenco, entre otras, abrieron arbitrajes internacionales para reclamar indemnizaciones al Gobierno de Ecuador, que, en total, según confirmó el procurador, ascienden a 12.000 millones de dólares¹⁶”

La Ley 42 modifico así mismo también el artículo 55 de la ley de Hidrocarburos, otorgándole al estado una participación de al menos 50% de los ingresos extraordinarios que surgían de la diferencia de precio entre el precio vigente del petróleo en ese momento y el precio vigente del petróleo en la fecha en que se suscribieron los contratos de participación, multiplicada por el número de barriles.

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

¹⁴ Ley N.º 42, Registro Oficial N.º 257 (Complemento) (25 de abril de 2006) ¹⁶ Periódico “La hora”- 2008

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 Ecuador¹⁵

Es decir, que la ley 42 establecía y beneficiaba un porcentaje extra a el estado ecuatoriano, otorgándole el 99% por ingresos extraordinarios y de este modo ya un contrato de participación pierde todo su sentido y naturaleza, sino mas bien se convierte en un contrato de prestación de servicio, porque se les corta todo derecho a los inversionistas de participar de la producción fiscalizada

8.1.1 TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

8.1.2 Concepto

Sin lugar a duda una de las problemáticas y controversias en materia de inversiones conocidas por tribunales de arbitraje ha sido el incumplimiento de estándares, y ya no solo hecho concretos como, la expropiación de propiedad. Dentro de estos estándares ha ganado gran importancia el trato justo y equitativo.

Podemos decir en otras palabras que el trato justo y equitativo es un principio fundamental del régimen jurídico aplicable a las inversiones extranjeras

¹⁵ Ley de Hidrocarburos, Artículo 55, y sus modificatorias

por parte del estado receptor de la inversión, es un componente esencial de los más importantes acuerdos de promoción y protección a las inversiones. Es un estándar de comportamiento exigible al estado receptor de la inversión extranjera, en virtud de la cual está obligado a otorgarle un trato justo y equitativo.

“La importancia de la inclusión del trato justo y equitativo como estándar autónomo, es decir diferente al estándar mínimo internacional, significaría también que en un determinado conflicto una de las partes pueda pretender el incumplimiento del trato justo y equitativo (Prieto, 2010)”

“Para Felipe Tredinnick las fuentes son “aquellos elementos originarios de donde surge el Derecho Internacional y que este utiliza para la elaboración de sus normas”¹⁶ El Ecuador en su práctica internacional ha firmado al menos veinte y cuatro tratados que pueden clasificarse como TBI, siendo el primero el celebrado en 1966, con Alemania ¹⁷.” (Tredinnick, 2000, pág. 13)

Si tomamos en cuenta la naturaleza del TJE (Trato justo y equitativo), como norma estándar del derecho internacional de inversiones, se debe partir del análisis de sus fuentes, estableciendo precisamente las fuentes del derecho internacional público.

¹⁶ Felipe Tredinnick, Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Verner Guttentag, La Paz, 3ª edición, 2000, p.13

¹⁷ Entre los Estados que el Ecuador ha firmado TBI se encuentra: Alemania, Argentina, Bolivia, Canadá, Chile, China, Costa Rica, Cuba, El Salvador, España, Estados Unidos, Francia, Reino Unido, Italia, Nicaragua, Paraguay, Perú, Rep. Dominicana, Rumania, Suecia, Suiza, Países Bajos, Venezuela

ANALISIS DEL CASO

2.1 Hechos facticos

El 27 de enero de 1986 varias empresas petroleras encabezada por Conoco Ecuador Limited, firmaron con el Ecuador un Contrato de Prestación de Servicios enfocado en la exploración y explotación de Hidrocarburos en el bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana. El año siguiente Conoco cedió diez por ciento (10%) de sus derechos en el contrato ya firmado con el Ecuador a Murphy Company Limited y a Canam Offshore Limited.

Cabe destacar que en el año de 1995 se modificaron los contratos de prestación de servicios a contratos de participación que mantenía el Estado ecuatoriano con las petroleras extranjeras, cuyo fin era poder atraer mayor inversión extranjera en nuestro país.

El 25 de abril del 2006 Ecuador aprueba la ley 42 que reformaría el artículo 55 (Nacional, 2006)¹⁸ que establece lo siguiente:

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

¹⁸ Nacional, C. (2006). *Ley de Hidrocarburos*. Quito: Lexis.

como ingresos extraordinarios la diferencia de precio descrita multiplicada por el número de barriles producidos²¹.

En efecto la nueva reforma a la ley de hidrocarburos exigía a todas las petroleras que mantenía contratos con el Estado ecuatoriano debían de reconocer una participación porcentual con el fin de poder sacar provecho al buen momento en que se encontraba las ventas de petróleo en nuestro país.

En el caso específico Murphy Exploration and Production Company International, es una compañía debidamente constituida en virtud de las leyes del Estado de Dalaware en Estados Unidos, esta se encuentra representada por los Sres. Craig S. Miles, Roberto J. Aguirre Luzi, Esteban Leccese, Santiago Maqueda, y Tim Kistner, y las Sras. Anita Alvarez y Carol Tamez, de King & Spalding LLP en Houston; el Sr. Kenneth Fleuriet y la Sra. Sarah Z. Vasani de King & Spalding International LLP en Londres; y el Sr. Francisco Roldán de Pérez Bustamente & Ponce en Quito.

Murphy es una compañía petrolera estadounidense que en el año de 1996 firmó un contrato de participación¹⁹ con el Estado ecuatoriano, el contrato de participación consistía en que la compañía recibiría un porcentaje proporcional sobre la base del volumen de producción del crudo sin tomar en cuenta si este estuviera en alza o en baja. Sin embargo en el transcurso de los años el valor del

¹⁹ La participación es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas.

barril de petróleo tuvo un auge exponencial de tal manera que el Estado ecuatoriano adoptó la medida legislativa llamada ley 42 en el año 2006.

Esta ley al parecer incumplía el contrato de participación que ya había sido firmado por las partes ya mencionadas; dentro de la creación de esta nueva ley se dispuso que el Ecuador también sería parte de los beneficios del consorcio que provenían del petróleo, si el valor del mercado de petróleo superaba al precio de referencia al inicio, el Ecuador impuso el beneficio del cincuenta por ciento y luego el noventa y nueve por ciento de participación.

Con la implementación de esta nueva ley la compañía petrolera Murphy considero que fue un acto ilícito, sin mencionar que estas decisiones del Estado ecuatoriano afectaron el rendimiento financiero de la inversión de la compañía razón por la cual vendió su participación en el año 2009. Así mismo Murphy considero que la ley 42 violaba las obligaciones comprendidas en el Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones (TBI).

Con los antecedentes ya mencionados el 3 de Marzo del 2008, Murphy Exploration and Production Company presenta una solicitud ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) contra el Estado ecuatoriano, al día siguiente de presentarse esta solicitud se remite la copia de la solicitud al Ecuador previendo lo establecido en la regla 5 de las Reglas

Procesales Aplicables, semanas después el Secretario General Interino del (CIADI) registra la solicitud de acuerdo al artículo 36 (3) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados..

Posterior a ello las partes mencionadas decidieron de manera mutua que el tribunal estuviera compuesto por tres árbitros, en el caso de la parte demandante nombra al Dr.Horacio A. Grigera Naon nacional de Argentina y en el caso de la parte demandada designo al Dr. Raúl E. Vinuesa también de Argentina quedando por elegir al tercer árbitro.

Cabe mencionar que Murphy presento también una solicitud de medidas provisionales de acuerdo con lo estipulado en el artículo 49 del Convenio y la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del (CIADI). En septiembre del mismo año Murphy hace modificaciones a su solicitud de arbitraje en las cuales expone:

“La primera oración del párrafo 36 debe ser reformada para que se lea así “la disputa entre la Demandante y el Gobierno surgió, a más tardar, en abril del 2008, cuando el Gobierno dio los primeros pasos para promulgar ley No. 2006-42 y cuando el gobierno promulgo los decretos regulatorios subsiguientes²⁰.”

²⁰ International, M. E. (2008). Solicitud de arbitraje contra Ecuador. EE.UU.” La primera oración del párrafo 36 debe ser reformada para que se lea así “la disputa entre la Demandante y el Gobierno

El 10 de diciembre en Washintong D.C. se da inicio a la primera sesión donde estuvieron presentes las dos partes, las cuales no presentaron ningún tipo de objeción con la elección de los miembros del tribunal, en esta sesión se debatieron varias cuestiones procesales²⁴.

Las partes convinieron en la primera sesión en que el tribunal había sido constituido de forma correcta y no tenían ningún tipo de objeciones con respecto a los miembros, y así mismo se debatieron algunas cuestiones procesales y lo acordado fue plasmado en las minutas de la sesión firmadas por el presidente y el secretario del Tribunal y transmitidas a las partes el 09 de enero de 2009.

Esta disputa surge de una serie de medidas legislativas adoptadas por Ecuador con relación a su industria hidrocarburífera. Estas medidas se adoptaron después del aumento significativo en los precios del petróleo que comenzara en la primera mitad de la década de 2000.

La demandante afirmó, además, que Ecuador no le brindó protección y seguridad plena a su inversión, puesto que las medidas arbitrarias que tomó Ecuador perjudicaron su inversión y que, en definitiva, con la expedición de la Ley 42 Y su reglamentación, Ecuador expropió su inversión.

5.Grimmer, A. (2016). *Caso Murphy vs Ecuador*. Argentina: Albedo." Murphy Exploration and Production Company presenta una solicitud ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)"

El 15 de agosto de 2009 los abogados representantes de Ecuador presentaron algunas excepciones a la jurisdicción del Tribunal del CIADI una de esas excepciones es:

- A la fecha que Murphy dio su consentimiento al arbitraje, el consentimiento del Ecuador había dejado de existir, ya que el Ecuador notifico al CIADI el 04 de diciembre de 2007 que *“la Republica del Ecuador no consentirá en someter a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), las diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros.”*
- Otra excepción planteada por la parte demandada fue que Murphy no ha cumplido con el requisito de que las partes busquen un acuerdo amigable de las controversias antes de someterse a un arbitraje, cuando hayan existido estos acuerdos amigables y no haya dado resultado, es ahí cuando se puede someter a un arbitraje, cosa que no hizo Murphy, habiendo notificado a Ecuador la existencia de una controversia relacionada con el TBI el 29 de febrero de 2008 y presentando la solicitud de arbitraje el 03 de marzo de 2008
- Murphy no cumplió con el periodo obligatorio de seis meses de espera requerido por el TBI antes de poder someter su reclamo a arbitraje. La demandante contesto sobre la jurisdicción y se refirió a las excepciones planteadas por la Republica del Ecuador, rechazando por completo lo mencionado por parte de la demandada referente a la jurisdicción del CIADI.

Por decisión unánime el Tribunal decidió rechazar la excepción planteada por Ecuador con respecto a la inexistencia de su consentimiento para someterse a la jurisdicción del CIADI y por mayoría de los árbitros acoger la alegación de Ecuador en el sentido de que la accionante Murphy inobservo el plazo de seis meses de consultas y negociaciones que establece el Artículo VI del TBI suscrito entre Ecuador y estados unidos y como consecuencia de aquello se resolvió que

el CIADI no tiene jurisdicción para tramitar la demanda y el tribunal carece de competencia para resolverlo.

En el mes de agosto de 2008, Petroecuador y el consorcio acordaron recomenzar las negociaciones excepto Murphy. En diciembre de 2008, Murphy Ecuador circulo un memorando interno, en el cual trataba la posibilidad de una desvalorización de la inversión en el bloque 16 y distintas maneras en las cuales la compañía podía recuperar su inversión

Al dictado del Laudo sobre Jurisdicción del CIADI del mes de diciembre de 2010 le siguieron nueve meses de negociaciones e intercambio de correspondencia el 13 de julio de 2011, Murphy presento una segunda solicitud de arbitraje ante el CIADI con respecto al cual Ecuador opuso objeciones a la jurisdicción. El día 19 de agosto de 2011, Murphy retiró su solicitud sin perjuicio.

Murphy comenzó el arbitraje ante el ²¹CPA el día 21 de septiembre de 2011 y así mismo la demandada ha planteado una serie de objeciones jurisdiccionales en el procedimiento. Al comienzo de este caso, la Demandada alegó que, mediante la elección previa del arbitraje ante el CIADI por parte de la Demandante, esta última había agotado toda oportunidad otorgada por el Artículo VI del Tratado de someter sus pretensiones a arbitraje. Esa objeción fue

²¹ La Corte Permanente de Arbitraje (CPA) o Tribunal Permanente de Arbitraje (denominación que también se utiliza para el mismo organismo en el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre derecho mercantil internacional

desestimada por una mayoría de este Tribunal en el Laudo Parcial sobre Jurisdicción de fecha 13 de noviembre de 2013.

La demandante solicita al tribunal lo siguiente:

- La desestimación de todas las objeciones a la jurisdicción de este Tribunal presentadas por Ecuador
- Una declaración de que Ecuador violó el Tratado y el derecho internacional con respeto a la inversión de Murphy
- Indemnización a Murphy por todos los daños que sufrió, tal como se establece en el Escrito de Demanda, y según se desarrolle y cuantifique durante este proceso
- Todas las costas de este procedimiento, incluso los gastos y honorarios de abogados de Murphy.

Y así mismo la República del Ecuador alega que la ley 42 es una “cuestión tributaria”, La Demandada rechaza la afirmación de la Demandante de que sus pretensiones sobre trato justo y equitativo (“TJE”) y la cláusula paraguas no cuestionan, de manera directa, la promulgación o la validez de la Ley 42.

Las Partes controvierten la medida en que el Artículo II(3)(a) del TBI representa un estándar autónomo del tratado que se diferencia del estándar establecido en virtud del derecho internacional consuetudinario

La Demandante observa que el Contrato de Participación, la Ley de Hidrocarburos, y el TBI, así como el marco legislativo y regulatorio de Ecuador, recogían esas garantías y expectativas. La Demandante afirma que confió en esos

compromisos específicos cuando accedió a convertir su Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16 en un Contrato de Participación.

ANÁLISIS DE LA PRIMER ORGANISMO (CIADI)

Murphy Exploration and Production Company International dedicada a la inversión, explotación y producción petrolera llega al Ecuador en el año de 1987 por medio de una cesión de derechos de un Contrato de Prestación de Servicios que otorgó Conoco Limited Ecuador, bajo a este precepto debemos de tener claro dos aspectos primero, en que consistía el Contrato de Prestación de Servicios que le daba la facultad a Murphy de operar dentro del bloque 16 de la Región Amazónica ; y segundo que prerrogativas disponía el TBI sobre las inversiones extranjeras que tenía el Estado ecuatoriano con Los Estados Unidos de América.

El autor (Hidalgo, 2007)²² dentro de libro su nos explica en que consiste un contrato de prestación de servicios:

“El contrato de prestación de servicios se puede definir como aquel contrato en que una de las partes, se obliga la prestación de servicios, es decir a realizar una actividad, esfuerzo o trabajo, sin consideración a su resultado, y la otra parte a remunerar dicha prestación” (pág. 523)

En lo que respecta a nuestro estudio de caso el Estado ecuatoriano era el encargado de pagar los servicios por la exploración y explotación del crudo que hacía Murphy ya a pesar de que ser un país rico en tener zonas hidrocarburificas dentro del corazón de la Amazonía ecuatoriana, este no poseía los implementos necesarios para la perforación, tratamiento y producción del crudo es por ello

²² Hidalgo, R. D. (2007). *Fiscalidad de los contratos*. España: CISS. Grupo Wolters Kluwer.

que el Estado ecuatoriano tuvo la necesidad inminente contratar a empresas petroleras dedicadas a esta área, de tal manera que se lo hizo con Murphy Company.

Cabe mencionar que estos contratos al ser entre el Estado y una empresa extranjera se amparaban bajo los tratados internacionales que firmaron los Estados participantes, estos tratados internacionales o TBI también denominados buscan fortalecer los lazos entre países, así mismo buscan potenciar las inversiones extranjeras para que exista un mejor flujo económico entre los países.

(Carrero, 2008)²³ nos explica lo siguiente sobre los tratados Internacionales

“Cada vez ejercen una influencia más determinante a la hora de configurar el poder tributario de los Estados. Los tratados internacionales hoy son una fuente principal del derecho tributario: implican fenómenos de internalización y globalización económica.” (pág. 45)

La importancia de estos tratados recae también sobre en el compromiso que cada Estado mantenga, estos deben de precautelar que sus normas internas no contraríen ni interfieran con los tratados internacionales puesto que esto no solo violaría un tratado sino también contratos que se rigen a estas normativas internacionales, sin mencionar el quebrantamiento de relaciones internacionales y la falta de credibilidad que se evidenciaría al momento del incumplimiento.

²³ Carrero, J. M. (2008). *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*. España: grupo wolters kluw.

Es importante mencionar que Murphy al momento de presentar su solicitud ante el CIADI, se sustenta en que ha existido una violación al Tratado Bilateral de Inversiones, mediante la reforma de una normativa interna del Ecuador; como lo mencioné en el párrafo anterior, los tratados internacionales son de vital importancia para los Estados que participan.

Así mismo considero prudencial en nuestro caso específico definir y dejar claro la concepción de un TBI ya que este será el punto de partida para nuestro análisis; este tratado internacional tiene un enfoque dirigido a las inversiones que podían hacer ciertas las empresas petroleras que conformaban un consorcio extranjero.

El autor (Granato, 2011)²⁴ considera desde su punto de vista que los Tratados Bilaterales de Inversión son:

“...aquellos que consagran derechos que protegen a los inversores extranjeros a la vez que les confiere los instrumentos necesarios para obligar a los Estados a respetar tales derechos. Sin lugar a dudas, la efectiva protección brindada por estos convenios al inversor extranjero se lo va materializando, en la consagración de derechos.” (pág. 35)

Podemos aducir que los TBI otorgan una protección y seguridad a aquellas empresas extranjeras que ven la posibilidad de invertir su capital en determinada actividad, así mismo el Estado beneficiado por determinada inversión debe comprometerse a proteger esta inversión, tomando en cuenta todo

²⁴ Granato, L. (2011). *Protección del Inversor extranjero en los Tratados Bilaterales de Inversión*. Argentina: Argentina UN DAR.

lo establecido por el Derecho Internacional quien es que impone ciertos lineamientos normativos a seguir y por ende a respetar.

Sin más preámbulos en lo que respecta a nuestro caso, hemos denotado que el Estado ecuatoriano no solo incurrió en la violación un tratado internacional sino que también de manera arbitraria incumplió con los preceptos básicos del derecho internacional y principios sustanciales del mismo; temas que aborde de manera detalla en los siguientes párrafos.

Una vez que he dejado ciertos aspectos claros para poder entender el conflicto ocurrido debemos mencionar que el Estado ecuatoriano en su momento mantenía una relación armónica con las empresas petroleras que operaban dentro del territorio ecuatoriano, más sin embargo sucedería un cambio trascendental que marcaría al Estado ecuatoriano frente a los ojos de organismos Internacionales.

Cuando menciono un cambio trascendental me refiero puntualmente al famoso boom petrolero o también denominada bonanza petrolera que se dio debido a la exponencial subida de precio que emergía del barril del petróleo, una situación esperanzadora para la economía interna del país y por ende para sus inversionistas.

El Ecuador con el fin de atraer mayor inversión extranjera y aprovechar la bonanza petrolera decide cambiar los Contratos de Prestación de Servicios a Contratos de Participación, esto quería decir que ahora las compañías petroleras ya no solo cumplían con el rol de operar, explorar y explotar, sino que ahora tenían derechos de participación sobre las ventas de los barriles de petróleos.

“Para el autor (Cassou, 2018)²⁵ este modelo de contrato permite que el contratista asuma costos de operación, transporte y comercialización correspondientes a su participación. La producción es compartida entre el Estado y la empresa contratista.” (pág. 65)

Este contrato de participación de una u otra forma atrajo la inversión extranjera, por los beneficios que concedía la naturaleza de este contrato además sin mencionar que la bonanza petrolera se mantenía en auge, es por ello que en año 2006 el Estado ecuatoriano decide hacer una reforma a la ley de hidrocarburos en su artículo 55 denominada como ley 42, esta se enfocaría en regular la participación del Estado en los excedentes de los precios de la venta de petróleo pactados o no previstos.

Esta reforma causo un impacto negativo en Murphy ya que no se respetó lo pactado en el TBI, no se le otorgo esa seguridad que el Estado debería brindarles a sus inversionistas, de tal manera que incumplió con los lineamientos del Derecho Internacional Público.

Sin más dilaciones el año siguiente llega a la presidencia Rafael Correa quien mantenía fuertemente una corriente socialista del siglo veintiuno y patriotita es por ello que desde el ejecutivo toma la decisión de hacer una segunda reforma al artículo 55, donde se le exigía a las empresas petroleras entregar el 99 por ciento la participación de los ingresos extraordinarios sin duda alguna este hecho afecto absolutamente a la inversión de Murphy en nuestro país y por ello

²⁵ Cassou, J. D. (2018). *Reformas y desarrollo en el Ecuador contemporaneo* . Quito: Banco Interamericano de Desarrollo.

que Murphy decide poner a conocimiento del CIADI las decisiones nefastas tomadas por parte del Estado ecuatoriano.

Desde mi punto de vista el Estado ecuatoriano trató de sacar el mayor provecho económico que de cierta manera no es malo pero cuando afecta a una parte y cuando se viola un TBI el contexto cambia mucho, el Estado ecuatoriano decidió de manera unilateral sin observar las consecuencias que le podía causar a la inversión extranjera tampoco midió las consecuencias legales a las que iba a ser cometido por su falta cometida. Fuimos observados por los organismos internacionales como un país que irrespetaba tratados internacionales, sin sumar el gasto exorbitante que tendría que asumir el Estado ecuatoriano para reparar lo sucedido con Murphy.

Si bien es cierto el Estado posee soberanía sobre sus recursos naturales, sobre el manejo de los mismos y sobre las leyes que regularan las actividades relacionadas al manejo de estos recursos, pero no hay que olvidar una parte y que es al firmar un TBI estamos dando la apertura a que el derecho internacional público regule y sancione las decisiones que tome el Estado con sus inversionistas.

Murphy declaró en su solicitud ante el CIADI, que el Ecuador con sus medidas legislativas expropió su inversión siendo tan golpeado que le tocó vender sus participaciones ya que este no podía mantenerse más por su declive económico al que había sido inducido por el Ecuador. En este tipo de conflictos internacionales el CIADI es uno de los organismos encargados de solucionar este tipo de conflictos bajo una de las figuras de uno de los mecanismos de solución más antiguos como lo es el arbitraje.

A consecuencia de lo sucedido el Ecuador muy probablemente estaba condenado a pagar una compensación económica a Murphy por la expropiación de su propiedad y a reparar el daño ocasionado.; el Estado ecuatoriano al verse inmiscuido en un conflicto internacional sometido al arbitraje se defendió y alego varias cuestiones; por medio de la procuraduría General del Estado el Ecuador este presentó siete excepciones a la jurisdicción del Tribunal del CIADI.

La primera excepción se basaba en que la fecha en la que Murphy dio al paso para acceder al arbitraje, la República del Ecuador había dejado de pertenecer al CIADI el 4 de diciembre del 2007 este lo notifico al CIADI de acuerdo a lo previsto en el artículo 25 numeral 4 de tal manera que el CIADI ya no podía ser el órgano competente para conocer el conflicto y mucho menos para resolverlo.

El autor (Zambrano, 2009)²⁶manifiesta que en la notificación dirigida al CIADI el Ecuador propuso lo siguiente:

“La Republica del Ecuador no consentirá en someter a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, las diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de los recursos naturales como el petróleo, gas, minerales, u otros” (pág. 22)

Es decir que bajo esta notificación según el Estado ecuatoriano el CIADI no era competente para conocer dicho conflicto por la fecha de la presentación de la solicitud de Murphy y la fecha de la notificación del Estado ecuatoriano, sin

²⁶ Zambrano, P. (2009). *El principio Pacta Sunt Servanda en las controversias derivadas de los Tratados Bilaterales de Inversion.* Quito: Biblioteca ecuatoriana de arbitraje

embargo hay que aclarar este punto de que si bien es cierto el Ecuador dejó de pertenecer al CIADI no era valedera igual esta excepción puesto que el conflicto inició en el 2006 con la primera reforma a la ley de hidrocarburos, además hay que agregar que una empresa petrolera denominada Repsol envió una nota al Estado ecuatoriano por sus medidas legislativas iniciadas en el 2006 año antes que Ecuador dejara de pertenecer al CIADI, se toma a consideración esta nota advirtiéndole al Estado de sus violaciones puesto que Repsol era una operado del consorcio de Murphy, así que la excepción no fue concedida por los árbitros que dejaron claro que el conflicto fue desde el 2006.

En efecto también vale mencionar que no era valedera la notificación enviada por el Estado ecuatoriano ya que el desprenderse de un organismo no exime la responsabilidad que tienen los Estados con sus tratados firmados, esta decisión no se puede tomar de manera unilateral hay que entender que el Ecuador ya mantenía firmado un TBI con los Estados Unidos de América; el hecho de tener un Tratado firmado implica derechos a favor de ambas partes.

Además hay que recalcar lo que estipula la Convención de (Viena, 1969)²⁷ en su artículo 54:

“La terminación de un tratado o el retiro de una parte podrán tener lugar. Conforme a las disposiciones del tratado, en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes.”

²⁷ Viena, C. d. (1969). *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. Viena.

Es decir que el Ecuador está sometido a cumplir y a respetar su tratado internacional puesto que este no había sido culminado por voluntad de ambas partes, la cual era la única forma de eximirse de alguna responsabilidad contractual, es decir que todas las dilaciones propuestas por el Ecuador no tienen fundamento alguno inclusive el Derecho Internacional pone en evidencia que el Ecuador actuó de manera incorrecta.

En cuanto al TBI (Ecuador E. U., 1994)²⁸ también dispone que:

“Cualquiera de las partes podrá denunciar el presente Tratado al concluir el periodo inicial de diez años o en cualquier momento posterior, mediante notificación por escrito a la otra parte con un año de antelación.”
(pág. 3)

Es decir que está muy claro que el Ecuador no podía evadir eludir sus responsabilidades con Murphy, es evidente que se violó un tratado internacional y por ende se vulneró uno de los principios más importantes del derecho internacional como lo es el *pacta sunt servanda* considerado como el principio más preponderante del Derecho Internacional Moderno.

El autor (Andaluz, 2005)²⁹ considera al principio *pacta sunt servanda* como:

“...un principio *priori*, de valor absoluto, universal, abstracto, es la fuerza de obligatoria en que los Estados deben respetar acuerdos concluidos.”
(pág. 75)

²⁸ Ecuador, E. U. (1994). *tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América*. Washintong D.C.

²⁹ Andaluz, H. (2005). *Positivismo normativo y Derecho Internacional*. La Paz, Bolivia : plural editores

El pacta sunt servanda es de naturaleza un principio universal que regula la fortaleza que hay entre dos o más Estados al momento de que se someten a un tratado, el cual no puede ser terminado por decisión unánime; el no cumplir con un tratado internacional denota la incapacidad de un Estado para cumplir con sus obligaciones internacionales de esta manera se pierde la credibilidad ante el ojo internacional y por último suma una responsabilidad internacional que debe ser asumida por el Estado infractor.

En cuanto a la segunda excepción presentada por el Estado ecuatoriano era que Murphy no había cumplido con el requisito relacionado a que las partes debían solucionar de manera amigable o al menos buscar una solución más conveniente antes de someterse al arbitraje, situación que el Estado ecuatoriano no evidencio por parte Murphy ya que este considera que la empresa sin buscar diálogos acudió ante el CIADI, hecho que carece de veracidad puesto que una de las petroleras que pertenecía al consorcio de Murphy en el año 2006 a días de haber expedida la reforma a ley tributaria envió su descontento, de tal manera que la responsabilidad en dialogar o buscar alternativas que beneficien a las partes debió ser por parte del Estado ecuatoriano en ese momento.

Por último mencionaré la tercera excepción presentada por el Estado ecuatoriano la cual tenía validez jurídica, esta mencionaba que Murphy había inobservado el plazo de seis meses de consultas y negociaciones, quiere decir que Murphy de acuerdo a lo que estipula el TBI debió esperar un tiempo de seis de negociación y luego de ello debía someterse al arbitraje situación que jamás ocurrió, puesto que Murphy notifico al Ecuador el 29 de febrero de 2008 sobre

su reclamo posterior a ello el 3 de marzo Murphy lleva su solicitud a conocimiento del CIADI es decir que no cumplió con estos seis meses.

En consecuencia, ante todo lo ocurrido en esta primera etapa los árbitros del tribunal del CIADI consideraron que no poseían la jurisdicción para tramitar el conflicto ocurrido entre las partes y por ende carecía de total competencia para poder solucionar este conflicto, todo lo actuado estaba amparado bajo las normas del Derecho Internacional Público.

ANALISIS DEL SEGUNDO ORGANISMO (CPA)

Siguiendo con el tema de investigación, el segundo organismo al cual acudió la petrolera Murphy exploration and production company, fue la corte permanente de arbitraje, Murphy comenzó este proceso de arbitraje el 21 de septiembre de 2011 con el objetivo que se declare que Ecuador si violó el tratado bilateral de promoción y protección de inversiones y así mismo la indemnización por los daños provocados a esta compañía.

Por consiguiente, es oportuno mencionar que la demandada o sea la Republica del Ecuador, solicito que se declare la carencia de jurisdicción de la corte permanente de arbitraje, basándose únicamente en que la compañía Murphy perdió toda oportunidad otorgada por el TBI(tratado bilateral de inversiones) referente en someter sus pretensiones a arbitraje por el hecho de que esta dicha compañía acudió a un primer organismo es decir el CIADI y por lo tanto según Ecuador no se puede volver a someter las pretensiones de Murphy a arbitraje.

Cabe mencionar que aquella objeción fue desestimada por una mayoría del tribunal y se dictó un laudo parcial sobre jurisdicción de fecha 13 de

noviembre de 2015, desde nuestro punto de vista la objeción planteada por la republica del ecuador fue muy ilógica ya que en el anterior organismo que acudió Murphy se dictó un laudo de falta de jurisdicción por parte de aquel organismo, es decir no se resolvió la controversia planteada por Murphy y por lo tanto Murphy no ha perdido ninguna oportunidad y más aún el derecho de poder someter su controversia a arbitraje.

La postura de la republica del ecuador fue basarse únicamente que la ley 42 es una medida tributaria y por lo tanto esta medida no es reconocida por el TBI (tratado bilateral de inversiones) sino más bien estas “medidas tributarias” son reconocidos por el TTB (tratado tributario bilateral) defendiéndose de la manera de que ecuador no firmo ningún tratado tributario bilateral con Estados unidos y por ello según ecuador la creación de la ley 42 no perjudica ni viola ningún tratado.

El Art. 6 del Código (Tributario, 2015)³⁰ del Estado Ecuatoriano manifiesta:

“..que los tributos, además de ser medios para recaudar ingresos públicos, servirán como instrumento de política económica general, estimulando la inversión, la reinversión, el ahorro y su destino hacia los fines productivos y de desarrollo nacional; atenderán a las exigencias de estabilidad y progreso sociales y procurarán una mejor distribución de la renta nacional.” (pág. 2)

Nuestro punto de vista es que la ley 42 no se aprobó a través de procedimientos aplicables a medidas tributarias, es ilógico pensar que es una medida tributaria o que es un impuesto, cuando esta no persigue un fin publico sino más bien la creación de esta ley 42 es presionar a las empresas petroleras modificar de forma obligatoria y drástica el contrato de participación a un

³⁰ Código tributario del estado ecuatoriano, art. 6

contrato prácticamente de prestación y servicios es decir sin ningún tipo de beneficio y participación a las empresas petroleras, y llegando a modificar de forma unilateral e ilícita el contrato de participación.

Para dejar un poco claro en qué consistía el contrato de participación que mantenía Murphy con la república del Ecuador, era que en este contrato se le garantizaba un porcentaje de participación a los integrantes del consorcio y así mismo gozar de plenos derechos de propiedad sobre su participación en la producción fiscalizada, inclusive.

La cláusula 4.2 del contrato (participación, 1997)³¹ enunciaba lo siguiente:

La Contratista tendrá el derecho exclusivo de ejecutar por su cuenta y riesgo, las actividades de explotación de Petróleo Crudo y exploración adicional en el Área del Contrato, invirtiendo los capitales y utilizando el personal, los equipos, maquinaria y tecnología necesarios para su cabal cumplimiento, a cambio de lo cual la Contratista recibirá, como participación, un porcentaje de la Producción Fiscalizada. (pág. 3)

Es por ello que mediante el aumento significativo del precio del petróleo que se dio en la mitad de la década de 2000, Ecuador aprovechó para modificar de forma unilateral el contrato de participación, perjudicando la seguridad de las inversiones de sus integrantes del consorcio, violentando el principio de trato justo y equitativo con la finalidad de modificar los contratos de participación a contratos de prestación de servicios y de esta manera beneficiarse dejando a un lado el principio importante de que un contrato es ley para las partes.

³¹ Contrato de participación, cláusula 4.2

En concreto, consideramos que la aplicación por parte de Ecuador de la ley 42 violó las garantías y pretensiones contempladas en el contrato de participación y así mismo el trato justo y equitativo contemplado en el TBI (tratado bilateral de promoción y protección de inversiones).

Es menester mencionar que el trato justo y equitativo consiste en que este es un principio aplicable al régimen jurídico a las inversiones extranjeras por parte del estado receptor, en sí, es un estándar de comportamiento que debe tener el estado, es decir un trato de pleno respeto, de acuerdo con principios mínimos los cuales los estados deben someter sus acciones cuando se trata de inversionistas extranjeros.

Siguiendo con el análisis, la ley 42 no se promulgó dentro de los regímenes internos tributarios y por lo tanto no es una medida tributaria, aunque cabe mencionar que las pretensiones de Murphy no cuestionan la validez de la ley 42 sino más bien el contenido de esta ley en cuanto a los contratos de participación, ya que de forma drástica y unilateral modifica aquel contrato.

A pesar de las similitudes que puede tener la ley 42 a una medida tributaria o a un impuesto, el tribunal sostuvo, que la aplicación de la ley 42 no es un impuesto ni una cuestión tributaria, sino más bien un cambio unilateral por parte del estado de los términos del contrato de participación que regían por la ley de hidrocarburos.

Ya que, uno de los objetivos principales de la creación de la ley 42 era reformar ciertos contratos relativos al petróleo, suscritos por determinadas compañías extranjeras y así mismo los ingresos que percibía el estado

ecuatoriano en virtud de la ley 42 estaban clasificados como ingresos no tributarios.

Una de las consideraciones lógicas que tuvo el tribunal es sin lugar a duda que no todos los pagos obligatorios realizados a un grupo de personas al estado para el beneficio público es necesariamente un impuesto ya que, como se sabe existen determinadas clases de multas, tasas o contribuciones especiales, pueden ser pagos exigidos por el gobierno, aunque estos no constituyen un impuesto. Por ende, no toda obligación de pago se puede considerar un impuesto.

Es importante acotar que Ecuador violó las expectativas de Murphy, y así mismo el compromiso que tenían, uno de esos es respetar los términos del contrato de participación, tener una relación de negocios amigable y de cooperación y de promover las inversiones futuras y así mismo violó la garantía que tenía Murphy de participación en la producción de petróleo.

(Company, 2011)³² Alega de forma literal y puntual lo siguiente:

Efectivamente violaron y tornaron ineficaces, el derecho de Murphy a la estabilidad legal y a que no se modificara el Contrato de Participación sin su consentimiento; la inviolabilidad de la cuota de participación de Murphy en la producción de crudo, incluidos los derechos de propiedad y libre disposición y al cobro del valor pleno de su participación; el derecho de Murphy a la estabilidad económica, especialmente el derecho a la estabilidad fiscal; y el derecho de Murphy a permanecer exenta del pago de regalías. (pág. 55)

Nuestro punto de vista se basa, en que Ecuador violó las garantías de estabilidad jurídica y económica, es que sin lugar a duda hizo caso omiso a lo establecido en el contrato de participación que suscribió con Murphy ya que el

³² Replica sobre el fondo y duplica sobre jurisdicción.

contrato de participación disponía que el derecho absoluto a la participación en el petróleo de Murphy era independiente del precio del petróleo, es decir que en este contrato de participación acordaron excluir el precio de petróleo de la fórmula de participación. Y no puede ser posible que un actor con experiencia en la industria del petróleo como lo es Ecuador haya cometido este tipo de violación.

El tribunal alego que la ley 42 y el decreto 662, marco el comienzo de las demandas del estado, de que las contratistas de forma drástica y unilateral volvieran al modelo de contrato de prestación de servicio, ya que al aumentar la participación al 99% por ingresos extraordinarios, transformo completamente la naturaleza del contrato de participación, quitándole el derecho a los integrantes del consorcio a participar en la propiedad de la producción fiscalizada y así mismo violo la cláusula 15.2 estipulada en el contrato de participación la cual disponía que sería posible negociar y celebrar contratos modificatorios “previo acuerdo de las partes” y no de forma unilateral como lo hizo el estado ecuatoriano.

La ley 42 así mismo infringe, la promesa en virtud del artículo II del tratado de conceder a la inversión de Murphy un trato justo y equitativo; y por si fuera poco, varios meses después del dictado del decreto 662 el presidente Rafael Correa pronuncio un discurso público en el que declaro que las compañías petroleras que operaban en Ecuador tenían las siguientes opciones; acogerse al decreto de ingresos extraordinarios, modificar el contrato de participación a prestación de servicio o terminar el contrato.

Es decir, dejando sin opciones razonables y que beneficien a ambos, sino más bien de forma arbitraria y drástica modificar si o si, los contratos de

participación a contratos de prestación de servicio, haciendo a un lado los derechos que tienen las empresas petroleras, la estabilidad jurídica y economía que Ecuador se comprometió a darle a estas empresas.

Murphy pretende que se le indemnice por aquel daño sufrido, dado por la violación del contrato de participación por parte del estado ecuatoriano, ya que sin lugar a duda, perjudicó tanto la inversión de Murphy, que esta compañía tuvo que vender su participación en el consorcio ya que la expedición de la ley 42 perjudicó tanto la inversión de Murphy en el consorcio y no le quedó otra opción que desprenderse de aquella participación.

Es importante resaltar que el estándar del trato justo y equitativo prohíbe al estado receptor alterar las condiciones de las cuales el inversor efectuó su inversión, es decir el estado receptor debe encargarse de proteger y brindarle seguridad jurídica y económica a los inversionistas extranjeros, y desde el momento que Ecuador promulgó la ley 42 al 99% cambió la naturaleza del contrato de participación.

Ya que Murphy afirma que las partes del contrato de participación sabían que el consorcio corría el riesgo futuro de los precios de bajas de petróleo, pero siguiendo con esa misma lógica los integrantes del consorcio sabían también que en caso de alza de petróleo, gozarían de los beneficios extras, es decir, la compañía Murphy solamente pretende que la República de Ecuador cumpla con sus compromisos en virtud del marco jurídico al contrato de participación y al TBI.

En la cláusula 8.1 del contrato de participación establece la fórmula de cálculo mediante la cual debía calcularse la cuota de producción de la

demandante, del texto de la cláusula parece que la participación de la contratista estaba vinculada a la producción, es decir que el precio de petróleo no constituía una variable en la fórmula de cálculo sino más bien su cuota de participación se basaba en los números de barriles producidos por día.

El Estado ecuatoriano en el contrato de participación se había comprometido a mantener una relación comercial contractual con el consorcio establecido dentro de un marco jurídico estable y predecible, y una de esas garantías era que el precio de petróleo crudo no sería incorporado en el cálculo de su participación en el contrato, para que de este modo la contratista gozara de un principal beneficio obtenido por su decisión de convertir un contrato de prestación de servicio que existía antes, a un contrato de participación, que era el derecho de la titularidad plena de un porcentaje de su producción.

Quisiera hacer hincapié a un análisis jurídico dado por el tribunal de la corte permanente de arbitraje, la cual estableció que Ecuador estaba en todo su “derecho soberano” a reaccionar a cambios significativos en los precios del petróleo como lo hicieron algunos estados en el mundo.

Si bien es cierto, Ecuador tiene todo el derecho de reaccionar y adoptar medidas económicas de acuerdo a este aumento de petróleo, pero lo que no es permitido es en la forma que realizó el Estado ecuatoriano estas medidas, dejando a un lado sus compromisos y violentando los acuerdos dados en un contrato de participación que tenía con varias empresas petroleras, es decir, realizó un acto arbitrariamente de forma drástica y unilateral, obligando a las empresas petroleras a modificar sus contratos de participación a contratos de prestación de servicios.

Para finalizar el tribunal concluyo que Murphy tiene derecho a indemnización por daños por las pérdidas que sufriera como consecuencia de la promulgación de la ley 42 a la cuota del 99% por ingresos extraordinarios y aquella indemnización también incluye las pérdidas que sufriera la venta que realizo Murphy a Repsol por la afectación financiera que tuvo Murphy tras la promulgación de la ley 42 y que no le quedó otra opción que vender su participación, cosa que hizo en el año 2009.

La realidad, es que ya el consorcio y la republica del ecuador estaban realizando sus negociaciones ya de una forma hostil en el que ya no era posible que Murphy negociara libremente un acuerdo en condiciones normales a mercado, porque los términos que estableció el gobierno eran significativamente menos favorables para Murphy.

Existe un nexo indiscutible entre la conducta del Ecuador al promulgar la ley 42 al 99% y la decisión de vender de Murphy, es decir fue una decisión obligada por la violación al tratado bilateral de inversiones por parte del Ecuador.

Las palabras exactas del testimonio de un representante de (Company, 2011)³³Murphy Ecuador fue la siguiente:

Dado que Murphy ya no deseaba operar en un contexto tan hostil, y en un esfuerzo por minimizar nuestras pérdidas financieras, el 12 de marzo de 2009 vendimos nuestra participación del 20% en Ecuador a Repsol. Debido a que la venta a Repsol únicamente morigeraba los perjuicios financieros que Murphy padeció en Ecuador, Murphy y Repsol incluyeron una disposición en el contrato de venta por la que Murphy podía mantener sus reclamos en contra del Gobierno en este arbitraje con el objeto ser

³³ Declaración testimonial de herrera, representante de la compañía Murphy ecuador.

compensada por todas las pérdidas sufridas como consecuencia de la Ley 42. (pág. 67)

Nuestro punto de vista es similar al del tribunal de la corte permanente de arbitraje, ya que es tan cierto que, de no haber existido violación por parte del estado ecuatoriano, Murphy no habría vendido su participación en el consorcio. Es por ello por lo que el tribunal concluyo que Ecuador si violo el articulo II del tratado bilateral de inversiones y así mismo ordeno que Ecuador pague a Murphy compensación por los daños causados a Murphy en virtud de la ley 42 en la suma de USD 19.971.309,00. Una decisión correcta y basada en derecho

CONCLUSIONES

Finalmente se ha llegado a determinar, que, de acuerdo con los anteriores análisis ya planteados, podemos observar la falta de seguridad jurídica y estabilidad económica que existe en nuestro país, ya que sin lugar a duda al estado ecuatoriano le llovieron varias demandas por parte de compañías extranjeras por aquella promulgación denominada ley 42.

Esta aquella ley, tiene como objetivo deshacerse de los contratos de participación y convertirlos a contratos de prestación de servicio, perjudicando a las empresas petroleras y faltando el estado ecuatoriano, a la promesa y a los compromisos que planteo en aquel contrato de participación.

Se puede determinar sin lugar a duda que un contrato es ley para las partes y que en ningún momento se puede realizar actos arbitrarios o ir en contra a lo estipulado en aquel acuerdo, más aún cuando estos contratos son con empresas internacionales donde interviene también un tratado pactados por varios países.

Ecuador no solo violó el contrato de participación sino también el tratado bilateral de inversiones y es aquí donde se evidencia la importancia de la seguridad jurídica y el trato justo y equitativo que le debe otorgar el estado receptor al inversionista, porque de este modo la actuación que tuvo Ecuador en cuanto a la violación de este tratado no solo perjudica a las empresas sino al país mismo ya que nosotros como ecuatorianos perdemos credibilidad y seriedad.

Ahora bien, este proyecto se enfocó en analizar que, si existe violación por parte del estado ecuatoriano al tratado bilateral de promoción y protección de

inversiones y así mismo al contrato de participación, mediante los análisis realizados llegamos al objetivo prometido que era plantear idea jurídica en cuanto a la violación por parte del estado ecuatoriano.

Concluyo indicando que este análisis ha sido de gran relevancia y aportación para la obtención de nuestro título como abogado de los tribunales de la república de Ecuador, ya que nos permitió manifestar un análisis jurídico y basado en derecho, mediante la postura de que Ecuador si violo el tratado bilateral y el contrato de participación, incumpliendo principios relevantes como es el principio de trato justo y el de seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- Andaluz, H. (2005). *Positivismo normativo y Derecho Internacional*. La Paz, Bolivia : plural editores .
- Arbitraje, C. P. (6 de mayo de 2016). Obtenido de <http://www.pge.gob.ec/images/documentos/2016/Biblioteca/NOTA%20114%20y%20194/NOTA%20114%20%20y%20194%20ESPA%C3%91OL.pdf?fbclid=IwAR2n4JQ3lxTMEnB7mUApQ>
- Caiba, D. L. (2011). Banco Mundial. *Economipedia*, 3.
- Carrero, J. M. (2008). *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*. España: grupo wolters kluw.
- Cassou, J. D. (2018). *Reformas y desarrollo en el Ecuador contemporaneo*. Quito: Banco Interamericano de Desarrollo. comercio, E. (23 de agosto de 2011). Murphy Exploration Company International vs Estado ecuatoriano. *economico*, pág. 7.
- comercio, E. (26 de Junio de 2012). Breve reseña sobre la historia petrolera del Ecuador .
- Davila, J. B. (2017). sustitucion de los contratos de prestacion de servicio a contratos de participacion.
- Diferencias, Centro Internacional de Arreglo de. (2010). Murphy Exploration and Production Company. En R. O. Blanco, (*Caso CIADI No. ARB/08/4*) (pág. 60).
- Ecuador, A. N. (2008). *Constitucion de la Republica del Ecuador*. Quito: Lexis.
- Ecuador, E. U. (1994). *Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América*. Washintong D.C.
- Figueroa, U. (martes de junio de 1991). *Organismos Internacionales*. Santiago de Chile: Printed Chile.
- Granato, L. (2011). *Protección del Inversor extranjero en los Tratados Bilaterales de Inversión*. Argentina: Argentina UN DAR.
- Grimmer, A. (2016). *Caso Murphy vs Ecuador*. Argentina: Albedo.
- Hidalgo, R. D. (2007). *Fiscalidad de loes contratos*. España: CISS. Grupo Wolters Kluwer.
- Hora, p. I. (24 de junio de 2008). Ecuador espera resolver los conflictos petroleros por ley 42.
- International, M. E. (2008). Solicitud de arbitraje contra Ecuador. EE.UU.
- MURPHY EXPLORATION & PRODUCCION COMPANY VS ECUADOR (TRIBUNAL DE ARBITRAJE (CPA) 06 de 05 de 2016).
- Nacional, C. (2006). *Ley de Hidrocarburos*. Quito: Lexis.

Prieto, G. (2010). *Trato justo y equitativo* .

Rios, A. S. (2015). *Negociaciones comerciales internacionales*. Peru: esan.

supremo, D. (15 de noviembre de 2006). *Ley de hidrocarburos* . Obtenido de <http://www.historico.secretariahidrocarburos.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2014/06/LEY-DE-HIDROCARBUROS.pdf> Viena, C. d. (1969). *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados* . Viena.

Vildea, E. (2004). *Tratados Internacionales Derecho Internacional* . Washintong D.C: Alvedo.

Zambrano, P. (2009). *El principio Pacta Sunt Servanda en las controversias derivadas de los Tratados Bilaterales de Inversion*. Quito: Biblioteca ecuatoriana de arbitraje .

**EN EL CASO DE UN ARBITRAJE ANTE UN TRIBUNAL
CONSTITUIDO DE ACUERDO
CON EL TRATADO ENTRE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LOS
ESTADOS UNIDOS
DE AMÉRICA SOBRE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE
INVERSIONES SUSCRITO EL
DÍA 27 DE AGOSTO DE 1993 (EL “TBI”) - y - EL REGLAMENTO DE
ARBITRAJE DE LA CNUDMI DE 1976 - entre -**

**MURPHY EXPLORATION & PRODUCTION COMPANY –
INTERNATIONAL “Demandante”**

y

**LA REPÚBLICA DEL ECUADOR “Demandada,” y conjuntamente con
la Demandante, las “Partes”**

LAUDO PARCIAL DEFINITIVO

6 de mayo de 2016

Tribunal:

Sr. Yves Derains
Profesor Kaj Hobér
Profesor Bernard Hanotiau, Árbitro Presidente

Registro:

Corte Permanente de Arbitraje

Secretaria del Tribunal:

Sra. Sarah Grimmer

ÍNDICE

I. LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES	73
II. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LA DISPUTA	73
III. ANTECEDENTES PROCESALES	76
A. Inicio de este Procedimiento	76
B. Etapa jurisdiccional de este Procedimiento	80
C. Etapa de Fondo de este Procedimiento	81
IV. DECLARACIÓN DE LOS HECHOS	87
A. Relación de Murphy con Canam y Murphy Ecuador	87
B. La industria del petróleo en Ecuador	87
C. La inversión original en Ecuador en virtud del modelo de contrato de prestación de	89
servicios.....	89
D. El Contrato de Participación.....	99
E. El aumento en los precios globales del petróleo.....	109
F. La promulgación de la Ley 42 y el dictado del Decreto N.º 1672 (“Ley 42 al 50%”)	111
G. El dictado del Decreto N.º 662 (“Ley 42 al 99%”).....	113
H. Acontecimientos posteriores a la Ley 42.....	116
I. La venta de Murphy Ecuador a Repsol por parte de Murphy.....	126
J. La transacción del Consorcio con el Ecuador.....	128

K. El Arbitraje de Murphy ante el CIADI.....	130
V. PETITORIOS	131
VI. JURISDICCIÓN	133
A. Postura de la Demandada	135
B. Postura de la Demandante	146
C. Análisis del Tribunal	156
VII. FONDO.....	175
1. <i>Si el estándar de trato justo y equitativo en virtud del Tratado se extiende más allá del alcance del estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario.....</i>	176
A. Posición de la Demandante	176
B. Posición de la Demandada.....	178
C. Análisis del Tribunal	182
2. <i>Si el Ecuador violó las expectativas legítimas de la Demandante.....</i>	186
A. Posición de la Demandante	186
B. Posición de la Demandada.....	194
C. Análisis del Tribunal	204
VIII. EL DERECHO DE LA DEMANDANTE A RECLAMAR COMPENSACIÓN	232
I. Síntesis de las Posiciones de las Partes.....	234
1. <i>Si la Demandante reclama pérdidas por derecho propio o solamente por las pérdidas de Murphy Ecuador.....</i>	234

A. Posición de la Demandante	234
B. La Posición de la Demandada	235
2. <i>Si el CCA impedía la transacción de los reclamos de la Demandante por parte de Repsol YPF o la sucesora de Murphy Ecuador</i>	237
A. Posición de la Demandante	239
B. Posición de la Demandada.....	247
3. <i>Si la Transacción con Repsol es vinculante para la Demandante</i>	254
A. Posición de la Demandante	254
B. Posición de la Demandada.....	259
4. <i>Si este caso involucra el riesgo de doble recuperación</i>	264
A. Posición de la Demandada	264
B. Posición de la Demandante.....	265
II. Análisis del Tribunal	267
1. <i>El derecho de la Demandante en virtud del Tratado de reclamar por pérdidas ocasionadas a su inversión indirecta</i>	268
2. <i>El efecto de la cláusula 12.7 del CCA</i>	270
3. <i>¿Qué reclamos se promovieron en el Arbitraje de Repsol ante el CIADI y qué reclamos fueron transigidos por la Transacción con Repsol?</i>	286
IX. CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS	296
1. <i>Estándar de compensación adecuado</i>	296
A. Posición de la Demandante	296
B. Posición de la Demandada.....	298

C. Análisis del Tribunal	299
2. <i>Restitución de los pagos en virtud de la Ley 42</i>	301
A. Posición de la Demandante	302
B. Posición de la Demandada.....	304
C. Análisis del Tribunal	309
3. <i>Flujos de fondos no percibidos desde el mes de marzo de 2009 hasta el mes de enero de 2012</i>	317
A. Posición de la Demandante	317
B. Posición de la Demandada.....	321
C. Análisis del Tribunal	326
4. <i>Intereses</i>	350

Página iv de xiii

A. Posición de la Demandante	174 B.
Posición de la Demandada.....	175
C. Análisis del Tribunal	176
X. COSTAS DEL ARBITRAJE	181
A. Posición de la Demandante	182 B.
Posición de la Demandada.....	184
C. Análisis del Tribunal	186

XI. DECISIÓN DEL TRIBUNAL
..... 189

**LISTA DE TÉRMINOS DEFINIDOS Y
ABREVIATURAS**

[Traducción del inglés. No sigue un orden alfabético]

Acta de Negociación (también llamada Transacción con Repsol)	Acta de Negociación suscrita entre los integrantes del Consorcio, incluido Murphy Ecuador, y Ecuador el día 23 de noviembre de 2010
Bloque 16	Bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana
Bogi-Capirón	Yacimientos Comunes del Campo Bogi-Capirón, un área adyacente al Bloque 16
Convenio de Bogi-Capirón	Convenio Operacional de Explotación Unificada de los Yacimientos Comunes del Campo Bogi-Capirón (un área adyacente al Bloque 16 entre el Consorcio y Petroproducción (subsidiaria de Petroecuador) de fecha 20 de agosto de 1991.
Decisión sobre Bifurcación	Decisión sobre la Solicitud de Bifurcación de la Demandada emitida por el Árbitro Presidente el día 19 de diciembre de 2012
TBI (también Tratado o TBI EE. UU.-Ecuador)	Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección de Inversiones, adoptado el día 27 de agosto de 1993, entrada en vigor el día 11 de mayo de 1997
Canam	Canam Offshore Limited
Capex	Gastos de capital
CEPE	Entidad estatal Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (conocida actualmente como Petroecuador)
Demandante (también Murphy o MEPCI)	Murphy Exploration and Production Company – International
Alegato de cierre de la Demandante	Alegato de cierre de la Demandante para la Audiencia sobre el Fondo presentado el día 20 de noviembre de 2014
Presentación de costos de la Demandante	Presentación de costos de la Demandante entregada el día 15 de enero de 2016
Presentación de costos de la Demandante para la etapa jurisdiccional	Presentación de costos de la Demandante para la etapa jurisdiccional entregada el día 10 de julio de 2013
Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia	Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia presentado el día 9 de enero de 2015
Alegato de apertura de la Demandante	Alegato de apertura de la Demandante para la Audiencia sobre el Fondo presentado el día 17 de noviembre de 2014

Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia	Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia presentado el día 26 de enero de 2015
Conoco	Conoco Ecuador Ltd.

Consorcio	A partir del día 28 de julio de 1987: Overseas Petroleum and Investment Corporation, Diamond Shamrock South America Petroleum B.V., Nomeco Latin America Inc y Murphy Ecuador
FCD	Flujos de caja descontados
Comisión EAIC	Comisión Especializada Permanente de lo Económico, Agrario, Industrial y Comercial
Ecuador (también llamado Demandada)	República del Ecuador
Primer Informe Pericial de Fair Links	Informe Pericial de Anton Mélard de Feudardent, Fair Links, en apoyo de la Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción de la República del Ecuador presentado el día 4 de mayo de 2014
Segundo Informe Pericial de Fair Links	Informe Pericial de Anton Mélard de Feudardent, Fair Links, en apoyo del Memorial de Dúplica sobre Méritos de la República del Ecuador presentado el día 18 de septiembre de 2014
TJE	Trato justo y equitativo
Contrato Modificatorio Definitivo	Contrato Modificatorio del Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 16 entre el Consorcio y el Ecuador de fecha 23 de noviembre de 2010
Ley de Hidrocarburos	Ley codificada de conformidad con el Decreto Supremo N.º 2463 el día 15 de noviembre de 1978 por el Gobierno de Ecuador
Laudo sobre Jurisdicción del CIADI	<i>Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador</i> Caso CIADI N.º ARB/08/4, Laudo sobre Jurisdicción, 15 de diciembre de 2010
CIJ	Corte Internacional de Justicia
TIR	Tasa interna de retorno
Resolución Conjunta	Decisión consolidada del Tribunal Constitucional de Ecuador que ratificó la constitucionalidad de la Ley 42, Resolución del Tribunal Constitucional N.º 0008-06-TC y 0010-06-TC, publicada en el <i>Registro Oficial</i> N.º 350 (Complemento), 6 de septiembre de 2006.

Primera Declaración Testimonial de Larrea	Declaración Testimonial de Patricio Larrea Cabrera en apoyo de la Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción de la República del Ecuador presentada el día 4 de mayo de 2014
Segunda Declaración Testimonial de Larrea	Declaración Testimonial de Patricio Larrea Cabrera en apoyo del Memorial de Dúplica sobre los Méritos de la República del Ecuador presentado el día 18 de septiembre de 2014
Ley 42	Ley promulgada por Ecuador el día 25 de abril de 2006 para la modificación de la Ley de Hidrocarburos
Ley de Equidad Tributaria	Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador

Primer Informe Pericial de Loose	Primer Informe Pericial del Dr. Hernán Pérez Loose, en apoyo del Escrito de Demanda de la Demandante presentado el día 17 de septiembre de 2012
Segundo Informe Pericial de Loose	Segundo Informe Pericial del Dr. Hernán Pérez Loose, en apoyo del Escrito Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante presentado el día 10 de julio de 2014
Memo ME de diciembre de 2008	Memorándum circulado internamente por Murphy Ecuador en el mes de diciembre de 2008
MEPCI (también Demandante o Murphy)	Murphy Exploration and Production Company – International
Contrato Modificadorio	Contrato Modificadorio del Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 16 de fecha 12 de marzo de 2009 entre el Consorcio y PetroEcuador
Murphy (también Demandante o MEPCI)	Murphy Exploration and Production Company – International
Murphy Ecuador	Murphy Ecuador Oil Company Limited, filial al 100 por ciento propiedad de la Demandante (anteriormente conocida como Lowland Marine Ltd)
Arbitraje de Murphy ante el CIADI	<i>Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador</i> (Caso CIADI N.º ARB/08/4)
Primer Informe Pericial de Navigant	Informe Pericial de Brent C. Kaczmarek, Navigant Consulting, en apoyo del Escrito de Demanda de la Demandante presentado el día 17 de septiembre de 2012

Segundo Informe Pericial de Navigant	Informe Pericial de Brent C. Kaczmarek, Navigant Consulting, en apoyo del Escrito Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante presentado el día 10 de julio de 2014
Primera Declaración Testimonial de Paredes	Declaración Testimonial de Guillermo Paredes Cabrera en apoyo de la Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción de la República del Ecuador presentada el día 4 de mayo de 2014
Segunda Declaración Testimonial de Paredes	Declaración Testimonial de Guillermo Paredes en apoyo del Memorial de Dúplica sobre los Méritos de la República del Ecuador presentado el día 18 de septiembre de 2014
Excepciones a la Jurisdicción	Excepciones a la Jurisdicción del Tribunal presentadas el día 18 de octubre de 2012
Opex	Gastos operativos
Laudo Parcial sobre Jurisdicción	Laudo Parcial sobre Jurisdicción emitido por el Tribunal el día 13 de noviembre de 2013
Contrato de Participación	Modificación del Contrato de Prestación de Servicios en Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo Crudo) en el Bloque 16 entre la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) y el Consorcio integrado por las compañías: YPF Ecuador Inc., Overseas Petroleum and Investment Corporation, Nomeco

	Ecuador Oil LDC, Murphy Ecuador Oil Company, y Canam Offshore Limited de fecha 27 de diciembre de 1996
Primera Declaración Testimonial de Pastor	Declaración Testimonial de Wilson Pastor Morris en apoyo de la Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción de la República del Ecuador presentada el día 4 de mayo de 2014
Segunda Declaración Testimonial de Pastor	Declaración Testimonial de Wilson Pastor Morris en apoyo del Memorial de Dúplica sobre los Méritos de la República del Ecuador presentado el día 18 de septiembre de 2014
CPA	Corte Permanente de Arbitraje
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
Petroecuador	Entidad estatal Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (conocida anteriormente como CEPE)

Informe de la Comisión Negociadora	Informe de la Comisión Negociadora para la modificación del Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos a Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 16
Dúplica sobre Jurisdicción	Escrito de Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante presentado el día 20 de marzo de 2013
Dúplica sobre Méritos	Memorial de Dúplica sobre Méritos de la Demandada presentado el día 18 de septiembre de 2014
Réplica sobre las Presentaciones de Costos de la Demandada	Réplica de la Demandante a las Presentaciones de Costos de la Demandada presentada el día 29 de enero de 2016
Escrito de Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción	Escrito de Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante de fecha 10 de julio de 2014
Réplica a la Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción	Réplica de la Demandada a la Contestación de la Demandante a las Excepciones a la Jurisdicción de la Demandada presentada el día 20 de enero de 2013
Arbitraje de Repsol ante el CIADI	<i>Repsol YPF Ecuador, S.A. y otros c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)</i> (Caso CIADI N.º ARB/08/10)
Repsol YPF	Repsol YPF Ecuador S.A.
Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción	Contestación de la Demandante a las Excepciones a la Jurisdicción de la Demandada presentada el día 16 de noviembre de 2012
Demandada (también llamada Ecuador)	República del Ecuador
Alegato de cierre de la Demandada	Diapositivas del Alegato de cierre de la Demandada para la Audiencia sobre el Fondo presentadas el día 20 de noviembre de 2014
Presentación de costas de la Demandada	Presentación de costas de la Demandada entregada el día 15 de enero de 2016
Presentación de costas de la Demandada para la Etapa Jurisdiccional	Presentación de costas de la Demandada para la Etapa Jurisdiccional entregada el día 10 de julio de 2013

Memorial Post-Audiencia de la Demandada	Memorial Post-Audiencia de la Demandada presentado el día 9 de enero de 2015
Alegato de apertura de la Demandada	Diapositivas del Alegato de apertura de la Demandada para la Audiencia sobre el Fondo presentadas el día 17 de noviembre de 2014
Comentarios a la Presentación de costas de la Demandante	Comentarios de la Demandada a la Presentación de costas de la Demandante presentada el día 29 de enero de 2016
Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada	Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada presentada el día 26 de enero de 2015
Transacción con Repsol (también llamado Acta de Negociación)	Acta de Negociación suscrita entre los integrantes del Consorcio, incluido Murphy Ecuador, y el Ecuador el día 23 de noviembre de 2010
Contrato del Bloque 16	Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana celebrado entre Conoco Ecuador Ltd., Overseas Petroleum and Investment Corporation, Diamond Shamrock South America Petroleum B.V. y Nomeco Latin America Inc., de fecha 27 de enero de 1986
CCA	Contrato de Compraventa de la totalidad del capital accionario en Murphy Ecuador suscripto entre Canam y Repsol YPF el día 12 de marzo de 2009
Escrito de Demanda	Escrito de Demanda de la Demandante presentado el día 17 de septiembre de 2012
Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción	Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción presentadas por la Demandada el día 4 de mayo de 2014
Primera Declaración Testimonial de Tamariz	Declaración Testimonial de Guillermo Tamariz en sustento de la Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción de la República del Ecuador presentado el día 4 de mayo de 2014
Segunda Declaración Testimonial de Tamariz	Declaración Testimonial de Guillermo Tamariz en sustento del Memorial de Dúplica sobre los Méritos de la República del Ecuador presentado el día 18 de septiembre de 2014
Tivacuno	Área de Tivacuno de la Región Amazónica Ecuatoriana, adyacente al Bloque 16 en el norte

Contrato de Tivacuno	Contrato de Servicios Específicos para el Desarrollo y Producción de Petróleo Crudo en el Área Tivacuno (adyacente al Bloque 16 en el norte) entre el Consorcio, Petroproducción, y Petroecuador de fecha 21 de abril de 1992.
Tratado (también TBI o TBI EE. UU.-Ecuador)	Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos y de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscrito el día 27 de agosto de 1993, entrada en vigor el día 11 de mayo de 1997

Reglamento de la CNUDMI	Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 1976
CNUCYD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
TBI EE. UU.-Ecuador (también Tratado o TBI)	Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos y de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscrito el día 27 de agosto de 1993, entrada en vigor el día 11 de mayo de 1997
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, celebrada el día 23 de mayo de 1969, entrada en vigor 27 de enero de 1980

DRAMATIS PERSONAE

[Traducción del inglés. No sigue un orden alfabético]

Amodaimi Oil Company Ltd	Anteriormente conocida como Murphy Ecuador Oil Company Ltd.
Arízaga González, Dr. Juan Carlos	Perito Legal de la Demandante
Cameron, Profesor Peter D.	Perito Legal de la Demandada
Canam Offshore Limited (“Canam”)	Filial de la Demandante; vendió su participación en Murphy Ecuador a Repsol YPF el día 12 de marzo de 2009
Conoco Ecuador Ltd. (“Conoco”)	Compañía petrolera integrante del Consorcio para el Bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana
Cogan Jr., John P.	Perito Legal de la Demandante
Cordero Ordóñez, Dr. Javier	Perito Legal de la Demandada
Correa, Rafael	Presidente de la República del Ecuador
Dawkins, Enoch	Presidente de Murphy Oil Exploration and Production Co. (1991-2003)
DePauw, Ralph	Ex Ingeniero Jefe de Yacimiento de Murphy; realizó un análisis económico en relación con la decisión de Murphy de celebrar el Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16 (1990-1997); testigo de la Demandante
Diamond Shamrock South America Petroleum B.V.	Compañía petrolera integrante del Consorcio para el Bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana
Fair Links	Empresa contratada por la Demandada para confeccionar los Informes periciales sobre Cuantificación de Daños
Flor, Christel Gaibor	Representó a la Demandada en las negociaciones y consultas con la Demandante desde el mes de marzo de 2011; testigo de la Demandada
Francisco Guerrero del Pozo, Dr. Juan	Perito Legal de la Demandada
Herrera, Ignacio	Gerente de Operaciones Internacionales en Murphy; testigo de la Demandante
Kaczmarek, Brent C.	Experto en Cuantificación de Daños de la Demandante
Landes, Roger	Perito Legal de Planta en el Departamento Jurídico, Murphy Oil Corporation; testigo de la Demandante

Larrea Cabrera, Patricio	Ex titular del grupo de negociación de Petroecuador (1982-2002); negoció la modificación del Contrato del Bloque 16 a un Contrato de Participación con el Consorcio en el año 1996; testigo de la Demandada
Mejía-Salazar, Alvaro Renato	Perito Legal de la Demandada
Mélard de Feuarent, Anton	Experto en Cuantificación de Daños de la Demandada

Morris, Wilson Pástor	Ex Coordinador General de la Unidad de Contratación de Petróleo (UCP) para la Séptima Ronda de Licitaciones de Petróleo (1993-febrero de 1995); supervisó la celebración de diversos Contratos de Participación para la exploración y explotación de petróleo en el Ecuador; testigo de la Demandada
Murphy Ecuador Oil Company Limited (“Murphy Ecuador”)	Anteriormente conocida como Lowland Marine Ltd; subsidiaria de la Demandante
Navigant	Empresa contratada por la Demandante para confeccionar los Informes Periciales sobre Cuantificación de Daños
Neira Orellana, Dr. Edgar	Perito Legal de la Demandante
Nomeco Latin America Inc.	Compañía petrolera integrante del Consorcio para el Bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana
Overseas Petroleum and Investment Corporation	Compañía petrolera integrante del Consorcio para el Bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana
Paredes, Guillermo	Representó a la Demandada en las negociaciones y consultas con la Demandante y el Consorcio desde 2008; testigo de la Demandada
Parraguez Ruiz, Dr. Luis Sergio	Perito Legal de la Demandada
Pérez Loose Maldonado, Dr. Hernán	Perito Legal de la Demandante
Petroecuador	Anteriormente conocida como CEPE; empresa estatal <i>Empresa Estatal Petróleos del Ecuador</i>
Petroproducción	Subsidiaria de Petroecuador; celebró con el Consorcio el Convenio Operacional de Explotación Unificada de los Yacimientos Comunes del Campo Bogi-Capirón el día 20 de agosto de 1991

Repsol YPF Ecuador SA (“Repsol YPF”)	Compañía petrolera integrante del Consorcio para el Bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana; consorcio operador del Bloque 16 desde el 10 de enero de 2001
Ratner, Profesor Steven R.	Perito legal de la Demandante
Sempértegui Vallejo, Dr. Leonardo Xavier	Perito Legal de la Demandada
Shirley, George Michael	Ex Gerente de Tierras y Legal de Murphy en el año 1986; negoció el Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16 para la explotación de hidrocarburos en el Bloque 16 con el Gobierno; testigo de la Demandante
Tamariz, Guillermo	Trabajó anteriormente en La Unidad de Administración de Contratos de Petroecuador (1986-2010); testigo de la Demandada
Vandavelde, Kenneth J.	Perito Legal de la Demandada
Villalba, Dr. Vladimir	Perito Legal de la Demandada
Yépez Maldonado, Horacio	Ex consultor para Petroecuador (1994-1995); testigo de la Demandante
YPF Ecuador Inc.	Anteriormente conocida como Maxus Ecuador Inc.; adquirida por Repsol en el año 1999; transfirió su participación en el Consorcio a Repsol YPF Ecuador SA. el día 18 de enero de 2001

I. LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

1. La Demandante es Murphy Exploration and Production Company – International, con domicilio en 16290 Katy Freeway, Suite 600, Houston, Texas 77094, EE. UU., sociedad debidamente constituida en virtud de las leyes del Estado de Delaware, EE. UU. (“**Demandante**”, “**Murphy**” o “**MEPCI**”). La Demandante se encuentra representada por los Sres. Craig S. Miles, Roberto J. Aguirre Luzi, Esteban Leccese, Santiago Maqueda, y Tim Kistner, y las Sras. Anita Alvarez y Carol Tamez, de King & Spalding LLP en Houston; el Sr. Kenneth Fleuriet y la Sra. Sarah Z. Vasani de King & Spalding International LLP en Londres; y el Sr. Francisco Roldán de Pérez Bustamente & Ponce en Quito.
2. La Demandada es la República del Ecuador (“**Ecuador**” o “**Demandada**”) con domicilio en la Procuraduría General del Estado, Robles 731 y Av. Amazonas, Quito, Ecuador. La Demandada se encuentra representada por el Dr. Diego García Carrión, la Dra. Blanca Gómez de la Torre, y la Dra. Giannina Osejo, de la Procuraduría General del Estado; los Sres. Mark A. Clodfelter, Alberto Wray, Constantinos Salonidis, y Diego Cadena, y las Sras. Diana Tsutieva, Alexandra Kerr Meise, Anna D. Avilés-Alfaro, Kathryn Kalinowski, y Kathern Schmidt, de Foley Hoag LLP en Washington, D.C.; y los Sres. Bruno Leurent, Thomas Bevilacqua, e Ivan Urzhumov, y las Sras. Angelynn Meya y Hana Doumal, de Foley Hoag LLP en París.

II. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LA DISPUTA

3. Esta disputa surge de una serie de medidas legislativas adoptadas por Ecuador con relación a su industria hidrocarburífera. Estas medidas se

adoptaron después del aumento significativo en los precios del petróleo que comenzara en la primera mitad de la década de 2000.

4. En el seno de esta disputa se encuentra la operación del Contrato de Participación celebrado en el año 1996 entre un consorcio de inversores extranjeros (“**Consortio**”) en el cual Murphy tenía una participación a través de la filial de la que poseía el 100 por ciento del capital social, Murphy Ecuador Oil Company Limited (“**Murphy Ecuador**”), y la predecesora de la empresa estatal Petroecuador. Según la Demandante, el Contrato de Participación operaba de manera tal que el Consortio recibiría un porcentaje de la producción calculado sobre la base del volumen de producción independientemente de los precios del petróleo. Sin embargo, cuando los precios del petróleo alcanzaron su máximo, el gobierno aprobó una normativa, conocida como Ley 42, que dispuso que Ecuador participaría en los beneficios del Consortio provenientes de la venta de petróleo crudo si el valor de mercado del petróleo superaba un precio de referencia (“**Ley 42**”). Inicialmente el gobierno estableció el nivel de su participación en un mínimo de 50 por ciento.

Varios meses más tarde, el gobierno aumentó el nivel de su participación a 99 por ciento.

5. La Demandante afirma que la Ley 42 constituyó una modificación unilateral e ilícita del Contrato de Participación por parte de Ecuador y tuvo un efecto significativamente perjudicial en el rendimiento financiero de la inversión de la Demandante. Sostiene que no le quedó otra opción más que desprenderse de su inversión mediante la venta de su participación en el Consortio, cosa que hizo en el mes de marzo de 2009.
6. Murphy sostiene que la Ley 42 violó las obligaciones de Ecuador en virtud del Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos

de América sobre Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones (“TBI”, “Tratado” o “TBI EE. UU-Ecuador”). Pretende una reparación en forma de indemnización en concepto de (1) el pago que realizara Murphy Ecuador a Ecuador en virtud de la Ley 42; (2) el flujo de caja que habría recibido a través de Murphy Ecuador desde la fecha de su venta hasta la terminación del plazo del Contrato de Participación; e (3) intereses.

7. Según Ecuador, el aumento en los precios del petróleo fue excepcional e inesperado. A la luz de ello, virtualmente todos los países productores de petróleo implementaron adaptaciones legislativas, por un lado, para mantener sus contratos con los operadores en el sector petrolero y, por otro lado, para proteger el interés público sobre los recursos naturales. Ecuador sostiene que la Ley 42 constituyó una de esas medidas, instituida legítimamente de conformidad con los requisitos constitucionales y procesales de Ecuador.
8. Tras la implementación de la Ley 42, Ecuador entabló negociaciones con el Consorcio—así como con otros operadores—para consensuar los términos modificatorios del Contrato de Participación. Afirma que, mientras que las negociaciones procedieron de manera exitosa con los demás integrantes de Consorcio, no lo hicieron con Murphy. Murphy se negó a acordar un contrato modificatorio y en cambio optó por vender su participación en el Consorcio—lo que hizo obteniendo beneficios—y acudir al arbitraje, primero ante el CIADI (de manera infructuosa), y luego ante este Tribunal.
9. Ecuador argumenta que la Demandante no ha alegado pérdidas que sean diferentes y separadas de las pérdidas supuestamente sufridas por su antigua filial, Murphy Ecuador. Después de que Murphy vendiera Murphy Ecuador, la última logró un acuerdo transaccional respecto de

todos sus reclamos relacionados con esas pérdidas y retiró, con perjuicio, sus reclamos del arbitraje de Repsol ante el CIADI que el Consorcio había iniciado en virtud del Contrato de Participación, a cambio de un nuevo contrato de producción de petróleo.

10. Ecuador niega haber violado el TBI EE. UU.-Ecuador. Rechaza la afirmación de la Demandante de que la Ley 42 ocasionó una alteración de la fórmula consensuada por las partes contratantes que regía su participación en el petróleo extraído. Según Ecuador, la Ley 42 compete una “cuestión fiscal” y, por lo tanto, se encuentra expresamente excluida del arbitraje por la cláusula de exención fiscal en el Tratado. El único reclamo capaz de subsistir a la exención fiscal es la expropiación, lo que Ecuador refuta por diversos motivos. Ecuador pretende la desestimación de todos los reclamos de la Demandante.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

A. Inicio de este Procedimiento

11. La Demandante inició este procedimiento mediante la Notificación de Arbitraje de fecha 21 de septiembre de 2011 con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 1976 (“**Reglamento de la CNUDMI**”), de conformidad con el Artículo VI del Tratado.
12. El Artículo VI del TBI dispone lo siguiente:
 1. A efectos del presente Artículo una diferencia en materia de inversión es una diferencia entre una Parte y un nacional o una sociedad de la otra Parte, que se deba o sea pertinente a: a) un acuerdo de inversión concertado entre esa parte y dicho nacional o sociedad; b) una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en

materia de inversiones extranjeras de una Parte a dicho nacional o sociedad, o c) una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión.

2. Cuando surja una diferencia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías, para su resolución:
 - (a) los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia, o
 - (b) a cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convertido, o
 - (c) conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo.

3. (a) (a) Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso (a) o el inciso (b) del párrafo 2 y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio:
 - (i) del centro internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“el Centro”) establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros estados, hecho en Washington el 10 de marzo de 1965 (“Convenio del CIADI”), siempre que la Parte sea parte en dicho Convenio; o

- (ii) Del Mecanismo Complementario del Centro, de no ser posible recurrir a éste; o
 - (iii) Según las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o
 - (iv) De cualquier otra institución arbitral o conforme a otra norma de arbitraje, según convenga las partes en la diferencia.
- (b) una vez que la sociedad o el nacional interesado dé su consentimiento, cualquiera de las partes en la diferencia podrá iniciar el arbitraje según la opción especificada en el consentimiento.
4. Cada una de las Partes consiente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio para su solución, de conformidad con la opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o de la sociedad, según el párrafo 3. Ese consentimiento, junto con el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, cuando se da conforme el párrafo 3, cumplirá el requisito de:
- (a) un “consentimiento por escrito” de las partes en la diferencia a efectos del Capítulo II de la Convención del CIADI (Jurisdicción del Centro) y a efectos de las normas del Mecanismo Complementario, y
 - (b) un “acuerdo por escrito” a efectos del Artículo II de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de 1958 (“Convención de Nueva York”).
5. Todo arbitraje efectuado de conformidad con la cláusula (ii), (iii) o (iv) del inciso (a), párrafo 3 del presente Artículo, tendrá lugar en un estado que sea Parte en la Convención de Nueva York.

13. El día 14 de marzo de 2012, la Demandante nombró al Profesor Kaj Hobér como árbitro. El día 12 de abril de 2012, Ecuador nombró al Profesor Georges Abi-Saab como árbitro. El día 25 de mayo de 2012, los Profesores Hobér y Abi-Saab nombraron conjuntamente como Árbitro Presidente al Profesor Bernard Hanotiau.
14. El Acta de Constitución se perfeccionó el día 3 de septiembre de 2012³⁴. El día 4 de septiembre de 2012, el Tribunal emitió la Orden Procesal N.º 1 que contenía un calendario procesal parcial y las reglas de procedimiento.
15. La Demandante presentó su Escrito de Demanda (**“Escrito de Demanda”**) el día 17 de septiembre de 2012³⁵.
16. El día 17 de octubre de 2012, Ecuador presentó sus Excepciones a la Jurisdicción (**“Excepciones a la Jurisdicción”**) y solicitó que el Tribunal determinara sus excepciones jurisdiccionales en una etapa preliminar, bifurcada³⁶.
17. El día 16 de noviembre de 2012, la Demandante presentó su Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción (**“Contestación a las**

³⁴ Acta de Constitución (3 de septiembre de 2012).

³⁵ Escrito de Demanda (17 de septiembre de 2012), acompañado por la primera declaración testimonial del Sr. Ignacio Herrera, el informe pericial del Dr. Hernán Pérez Loose con anexos, el informe pericial del Sr. Brent C. Kaczmarek, CFA con adjuntos, y anexos documentales **CEX-1 a CEX-167** y autoridades legales **CLA-1 a CLA108**. La Demandante entregó las traducciones pertinentes de lo que antecede al español el día 15 de octubre de 2012, conjuntamente con las traducciones al inglés de los documentos seleccionados y un Escrito de Demanda corregido, Hoja de Errata, y los anexos documentales faltantes (incluido el anexo **CEX-168**).

³⁶ Excepciones a la Jurisdicción (17 de octubre de 2012), párr. 321, acompañadas por los anexos documentales **REX-1 a REX-33** y las autoridades legales **RLA-1 a RLA-194**. El día 22 de octubre de 2012, Ecuador presentó una versión corregida de sus Excepciones a la Jurisdicción y una hoja de errata. La Demandada presentó las traducciones pertinentes de lo que antecede al español el día 15 de noviembre de 2012.

Excepciones a la Jurisdicción”) y se opuso a la solicitud de Bifurcación de la Demandada³⁷.

18. Tras un acuerdo anterior entre las Partes de que sólo el Árbitro Presidente decidiría la solicitud de bifurcación de la Demandada³⁸, el día 19 de diciembre de 2012, el Árbitro Presidente emitió una Decisión sobre la Solicitud de Bifurcación de la Demandada (“**Decisión sobre Bifurcación**”). Estableció que la excepción a la jurisdicción de la Demandada con base en el Artículo VI(3)(a) del Tratado se determinaría en una etapa preliminar y que las demás excepciones a la jurisdicción, si fuera necesario, se unificarían al fondo de la cuestión³⁹.

B. Etapa jurisdiccional de este Procedimiento

19. El día 20 de enero de 2013, la Demandada presentó su Réplica a la Contestación de la Demandante a las Excepciones a la Jurisdicción de la Demandada (“**Réplica a la Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción**”)⁴⁰. El día 20 de marzo de 2013, la Demandante presentó su Dúplica sobre Jurisdicción (“**Dúplica sobre Jurisdicción**”)⁴¹. Se

³⁷ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción (16 de noviembre de 2012) acompañada por los anexos documentales **CEX-169 a CEX-192** y las autoridades legales **CLA-109 a CLA-232**. La Demandante presentó las traducciones pertinentes de lo que antecede al español el día 15 de diciembre de 2012.

³⁸ La Demandada prestó su conformidad respecto de esto el día 10 de diciembre de 2012, y la Demandante prestó su conformidad respecto de esto el día 13 de diciembre de 2012.

³⁹ Decisión sobre Bifurcación, párr. 74. La Decisión sobre Bifurcación estableció además un calendario para la etapa jurisdiccional preliminar y programó una audiencia para los días 21 y 22 de mayo de 2013. La Corte Permanente de Arbitraje (“CPA”) proporcionó a las Partes una traducción al español de la Decisión sobre Bifurcación el día 14 de enero de 2013.

⁴⁰ Réplica a la Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción (20 de enero de 2013), acompañada por las autoridades legales **RLA-195 a RLA-229**, la declaración testimonial de la Dra. Christel Gaibor Flor con una traducción en inglés, y el dictamen pericial del Profesor Kenneth Vandeveldel con adjuntos.

⁴¹ Dúplica sobre Jurisdicción (20 de marzo de 2013), acompañada por los anexos documentales **CEX-193 a CEX198**, las autoridades legales **CLA-233 a CLA-267**, la

celebró una audiencia sobre jurisdicción en el Palacio de la Paz en La Haya los días 21 y 22 de mayo de 2013.

20. El día 22 de mayo de 2013, el Tribunal solicitó a las Partes que presentaran sus reclamos sobre costas para la etapa jurisdiccional a más tardar el día 10 de julio de 2013.
21. El día 10 de julio de 2013, las Partes presentaron sus reclamos sobre costas para la etapa jurisdiccional del arbitraje (“**Presentación de costos de la Demandante para la etapa jurisdiccional**” y “**Presentación de costas de la Demandada para la Etapa Jurisdiccional**”).
22. El día 13 de noviembre de 2013, el Tribunal emitió un Laudo Parcial sobre Jurisdicción, en el cual rechazó la excepción a la jurisdicción basada en el Artículo VI(3)(a) del Tratado y postergó su decisión sobre las costas relativas a esta etapa del procedimiento hasta un laudo ulterior (“**Laudo Parcial sobre Jurisdicción**”)⁴². El mismo día, el Profesor Abi-Saab emitió una opinión separada.

C. Etapa de Fondo de este Procedimiento

23. El día 16 de diciembre de 2013, el Profesor Abi-Saab presentó su renuncia como árbitro en este caso, con efecto inmediato, por razones de salud.
24. El día 15 de enero de 2014, la Demandada notificó a la Demandante la designación del Sr. Yves Derains como árbitro.

segunda declaración testimonial del Sr. Ignacio Herrera, y el informe pericial del Profesor Steven R. Ratner con adjuntos.

⁴² A los fines de la Ley de Arbitraje de los Países Bajos del año 1986 (en vigor en ese momento), el Laudo Parcial sobre Jurisdicción constituye un laudo provisional.

25. Previa consulta a las Partes, el día 16 de marzo de 2014, el Tribunal confirmó el calendario procesal para la etapa de fondo de este procedimiento, incluida una audiencia en Washington D.C. desde el día 17 de noviembre al día 21 de noviembre de 2014.
26. El día 4 de mayo de 2014, la Demandada presentó su Contestación a la demanda y Réplica sobre Jurisdicción (“**Contestación a la demanda y Réplica sobre Jurisdicción**”)¹⁰.
27. El día 10 de junio de 2014, las Partes presentaron al Tribunal sus respectivas objeciones a las solicitudes de producción de documentos de la otra Parte para su determinación. El día 23 de junio de 2014, el Tribunal emitió sus pronunciamientos sobre las solicitudes de producción de documentos impugnadas por las Partes.
28. Entre los días 27 de junio y 29 de julio de 2014, las Partes plantearon, mediante una serie de correspondencia, sus posiciones sobre las disputas sobre producción de documentos pendientes de resolución⁴³. El día 28 de agosto de 2014, el Tribunal emitió la Orden Procesal N.º 2 (Producción de Documentos) en la que determinó las objeciones pendientes a la producción de documentos.
29. El día 10 de julio de 2014, la Demandante presentó su Escrito de Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción (“**Escrito de Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción**”)⁴⁴.

⁴³ Correspondencia de la Demandante de fechas 27 de junio y 17 y 25 de julio de 2014; Correspondencia de la Demandada de fechas 28 de junio y 7, 23 y 29 de julio de 2014.

⁴⁴ Escrito de Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción (10 de julio de 2014), acompañada por los anexos documentales **CEX-199** a **CEX-224**, las autoridades legales **CLA-272** a **CLA-326**, las declaraciones testimoniales de Ralph DePauw (inglés) con anexos, Roger Landes (inglés), y Horacio Yépez Maldonado (español e inglés), y los segundos informes periciales de Brent C. Kaczmarek, CFA (inglés) con adjuntos y de Hernán Pérez Loose (español e inglés) con anexos documentales, más los informes

30. El día 18 de septiembre de 2014, la Demandada presentó su Memorial de Dúplica sobre Méritos

(“**Dúplica sobre Méritos**”)⁴⁵. El día 24 de octubre de 2014, la Demandada presentó el Segundo

¹⁰ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, acompañada por los anexos documentales **REX-35 a REX-121**, las autoridades legales **RLA-251 a RLA-401**, las declaraciones testimoniales de Wilson Pástor Morris (español e inglés), Patricio Larrea Cabrera (español e inglés), Guillermo Tamariz (español e inglés), y Guillermo Paredes (español e inglés), y los informes periciales de los siguientes peritos: Dr. Leonardo Xavier Sempértegui Vallejo (español e inglés), Dr. Vladimir Villalba (español e inglés), Dr. Javier Cordero Ordóñez (español e inglés), Dr. Juan Francisco Guerrero del Pozo (español e inglés), Profesor Peter D. Cameron (inglés), Dr. Luis S. Parraguez Ruiz (español e inglés), y Fair Links (inglés). El día 6 de junio de 2014, la Demandada presentó traducciones al español de la Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción y de los Informes Periciales de Fair Links y del Profesor Cameron.

Informe Pericial de Fair Links y el Segundo Informe Pericial del Profesor Peter D. Cameron, conjuntamente con la traducción al español de su Memorial de Dúplica sobre Méritos.

31. A finales del mes de octubre de 2014, las Partes acordaron intercambiarse copias de los anexos documentales y autoridades legales que no se hubieran presentado previamente en el arbitraje y que pretendían utilizar durante la audiencia. El intercambio ocurrió el día 5

periciales de Edgar Neira Orellana (español e inglés) con anexos documentales, Juan Carlos Arízaga González (español e inglés) con anexos documentales, y John P. Cogan, Jr. (inglés) con anexos documentales. El día 16 de julio de 2014, la Demandante presentó una versión corregida del Escrito de Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción. En la misma fecha, la Demandante presentó traducciones al inglés corregidas del segundo informe pericial de Hernán Pérez Loose y de la declaración testimonial de Horacio Yépez Maldonado. El día 7 de agosto de 2014, la Demandante proporcionó versiones en español de su Escrito de Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, de las declaraciones testimoniales de Roger Landes y Ralph DePauw, del informe pericial de John P. Cogan, Jr., y del segundo informe pericial de Brent C. Kaczmarek. La Demandante proporcionó asimismo versiones en inglés de los anexos documentales **CEX-203, CEX-205, CEX-206, y CEX-214** y extractos de los anexos documentales **CEX-46, CEX-199, y CEX-202**.

⁴⁵ Dúplica sobre Méritos, acompañada por los anexos documentales **REX-122 a REX-136**, las autoridades legales **RLA-402 a RLA-450**, las segundas declaraciones testimoniales de Wilson Pástor Morris (español e inglés),

de noviembre de 2014. La Demandada se opuso a la presentación de todos los anexos documentales de la Demandante a excepción de dos de ellos y de todas sus autoridades legales. La Demandante se opuso a las objeciones de la Demandada.

32. También a finales del mes de octubre, la Demandada informó al Tribunal de que a pesar de sus solicitudes de que la Demandante permitiera contrainterrogar a los Sres. George Michael Shirley e Ignacio Herrera, ellos no estaban respectivamente “disponibles” ni “dispuestos” a comparecer. En consecuencia, el día 29 de octubre de 2014, la Demandada solicitó que el testimonio del Sr. Shirley —que consistía en la declaración testimonial que había presentado en el procedimiento ante el CIADI incoado por Murphy contra Ecuador el día 3 de marzo de 2008 (“**Arbitraje de Murphy ante el CIADI**”)¹⁴, y que había sido presentada en este procedimiento como anexo documental de hecho, CEX-152) —, y las declaraciones testimoniales del Sr. Herrera se retiraran o se eliminaran del expediente.
33. El día 12 de noviembre de 2014, el Árbitro Presidente (en nombre del Tribunal) celebró una teleconferencia con las Partes para tratar la solicitud de la Demandada de eliminar del expediente el anexo documental CEX-152 y las declaraciones testimoniales del Sr. Herrera, así como la objeción de la Demandada a la presentación de nuevos anexos documentales de hecho y autoridades legales por parte de la Demandante.
34. El día 13 de noviembre de 2014, el Tribunal emitió la Orden Procesal N.º 3, en la cual (1) rechazó la solicitud de la Demandada de eliminar del expediente el anexo documental CEX-152 y las declaraciones testimoniales del Sr. Herrera; y (2) admitió las autoridades legales

adicionales de las Partes y los anexos documentales adicionales de la Demandante.

Patricio Larrea Cabrera (español e inglés), Guillermo Paredes (español e inglés), Guillermo Tamariz (español e inglés; acompañada por dos anexos), los Segundos Informes Periciales de Fair Links, del Profesor Peter D. Cameron, del Dr. Vladimir Villalba, del Dr. Luis S. Parraguez Ruiz, del Dr. Leonardo Xavier Sempértegui Vallejo, y del Dr. Juan Francisco Guerrero del Pozo, y el informe pericial del Dr. Alvaro R. Mejía-Salazar.

¹⁴ Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador, Caso CIADI N.º ARB/08/4.

35. Entre los días 17 y 20 de noviembre de 2014, se celebró una audiencia sobre jurisdicción y fondo (“**Audiencia sobre Jurisdicción y Fondo**”) en Washington D.C. La Demandante estuvo representada durante la audiencia por los Sres. Craig S. Miles, Roberto Aguirre Luzi, Esteban A. Leccese, Santiago Maqueda, Tim Kistner, y Francisco Roldán, y las Sras. Anita Alvarez, Carol Tamez, y Sarah Z. Vasani. La Demandada estuvo representada por los Sres. Mark A. Clodfelter, Alberto Wray, Constantinos Salonidis, Diego Cadena, Bruno Leurent, Thomas Bevilacqua, e Ivan Urzhumov, y las Sras. Alexandra Kerr Meise, Anna D. Avilés-Alfaro, Kathryn Kalinowski, Kathern Schmidt, Angelynn Meya, Hana Doumal, y Diana Tsutieva.
36. El día 27 de noviembre de 2014, el Tribunal proporcionó a las Partes una lista de preguntas sobre las que necesitaba más declaraciones en forma de dos rondas de escritos posteriores a la audiencia.
37. El día 9 de enero de 2015, las Partes presentaron la primera ronda de escritos posteriores a la audiencia (“**Primer Escrito de la Demandante**”).

Posterior a la Audiencia” y “Memorial PostAudiencia de la Demandada”⁴⁶.

38. El día 26 de enero de 2015, las Partes presentaron la segunda ronda de escritos posteriores a la audiencia (**“Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia”** y **“Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada”**)⁴⁷.
39. El día 2 de diciembre de 2015, el Tribunal solicitó a las Partes que consultasen y consensuasen un calendario para la presentación de las presentaciones de costas y la presentación de comentarios respecto de las pretensiones de la Contraparte.
40. El día 14 de diciembre de 2015, las Partes informaron al Tribunal que presentarían sus escritos en materia de costas para la etapa posterior a la jurisdicción a más tardar el día 15 de enero de 2016, y sus comentarios sobre los reclamos de la Parte contraria, a más tardar, el día 29 de enero de 2016.
41. Las Partes presentaron sus reclamos sobre costas para la etapa posterior a la jurisdicción el día 15 de enero de 2016 (**“Presentación de costos de la Demandante”** y **“Presentación de costas de la Demandada”**), y presentaron comentarios sobre los reclamos relacionados con las costas de la contraparte el día 29 de enero de 2016 (**“Réplica sobre las**

⁴⁶ Los días 6 y 7 de febrero de 2015, la Demandante y la Demandada, respectivamente, presentaron las traducciones al español de sus primeros escritos posteriores a la audiencia.

⁴⁷ El Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia fue presentado con la autoridad legal **CLA-334**. La Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada fue presentada con la autoridad legal **RLA-456**. El día 17 de febrero de 2015, la Demandante presentó la traducción al español de su Segundo Escrito Posterior a la Audiencia. El día 23 de febrero de 2015, la Demandada presentó la traducción al español de su Réplica Posterior a la Audiencia.

**Presentaciones de costos de la Demandada” y “Comentarios a la
Presentación de costas de la Demandante”).**

IV. DECLARACIÓN DE LOS HECHOS

A. Relación de Murphy con Canam y Murphy Ecuador

42. Murphy operaba en Ecuador a través de Murphy Ecuador Oil Company Limited (“**Murphy Ecuador**”), una filial bermudeña íntegramente participada por Canam Offshore Limited (“**Canam**”). Según la Demandante, Canam fue constituida en las Bahamas en el mes de noviembre de 1966 y adquirida por Murphy el día 1 de junio de 1970⁴⁸. Canam es una filial íntegramente participada por Murphy. Hasta el año 2004, Murphy Ecuador era una filial directa íntegramente participada por Murphy. En el año 2004, Murphy transfirió Murphy Ecuador a Canam⁴⁹.

B. La industria del petróleo en Ecuador

43. Desde la década de 1960 en adelante, la exploración y desarrollo del petróleo se convirtió en una actividad importante en Ecuador. En ese momento, Ecuador había adoptado el modelo de “contrato de concesión” según el cual los inversores pagaban al Gobierno por los derechos de exploración y explotación en virtud de términos de

⁴⁸ Primer Informe Pericial de Navigant, párr. 15.

⁴⁹ Primer Informe Pericial de Navigant, párr. 15; **NAV-5**, Murphy Oil Corporation 2003 10-K, Anexo 13, pág. 11; **NAV-6**, Murphy Oil Corporation 2004 Informe Anual, Anexo 21.

concesión liberales⁵⁰. Tras los aumentos significativos en el precio del petróleo en la década de 1970, Ecuador nacionalizó su industria del petróleo. Los contratos de concesión con inversores extranjeros fueron rescindidos y transferidos a la compañía petrolera del Estado, Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (“**CEPE**”), la predecesora inmediata de Petroecuador⁵¹.

44. A comienzos de la década de 1980, Ecuador promulgó diversas reformas en un intento renovado de atraer inversiones extranjeras a su industria del petróleo. Una de esas reformas consistió en la modificación de la Ley de Hidrocarburos de Ecuador para permitir que Petroecuador celebrara “contratos de prestación de servicios” con inversores extranjeros⁵². En virtud del modelo de contrato de prestación de servicios, los inversores podían hacer ofertas por áreas de exploración.

Si encontraban reservas explotables, la contratista asumiría la exploración y desarrollo necesarios de las reservas a cambio de un honorario por parte del Gobierno por los servicios de la contratista y el reembolso de sus costos. La contratista no gozaría de participación

⁵⁰ *Anderson*, Ecuador, en: Randall (ed.), *THE POLITICAL ECONOMY OF LATIN AMERICA IN THE POSTWAR PERIOD* (1997) pág. 252, **CEX-141**.

⁵¹ *El Banco Mundial*, Ecuador: An Agenda for Recovery and Sustained Growth, *WORLD BANK COUNTRY STUDIES* (1984) pág. 89, **CEX-143**.

⁵² Ley N.º 101, promulgada en el Registro Oficial N.º 306 del día 13 de agosto de 1982, **CEX-144**.

alguna en el petróleo producido. Petroecuador mantendría la propiedad sobre la totalidad de la producción de petróleo⁵³.

45. Existían varias desventajas asociadas al modelo de contrato de prestación de servicios. En primer lugar, había poco incentivo para que las contratistas desarrollaran las reservas al máximo de su capacidad. El pago del Gobierno era el mismo independientemente del volumen de la producción de petróleo. Asimismo, cuando los precios del petróleo eran bajos, existía un riesgo de que los costos de los servicios de la contratista superaran las ganancias que recibía el Gobierno por las ventas del petróleo. Además, el Gobierno no podía controlar los costos de la contratista y no había un incentivo real para que las contratistas mantuvieran los costos al mínimo.

C. La inversión original en Ecuador en virtud del modelo de contrato de prestación de

servicios

46. Las inversiones originales de Murphy Ecuador en Ecuador involucraban tres proyectos de exploración y producción de petróleo separados regidos por contratos de servicio, con respecto a tres áreas: el Bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana (“**Bloque 16**”); los Yacimientos Comunes del Campo Bogi-Capirón— un área adyacente al Bloque 16 (“**Bogi-Capirón**”)—; y el área Tivacuno de la Región Amazónica Ecuatoriana, adyacente al Bloque 16 en el norte (“**Tivacuno**”).

⁵³ El Banco Mundial, Ecuador: An Agenda for Recovery and Sustained Growth, WORLD BANK COUNTRY STUDIES (1984), CEX-143.

47. El primer contrato se refería al Bloque 16. El día 27 de enero de 1986, Petroecuador y un consorcio de compañías petroleras integrado por Conoco Ecuador Ltd. (“**Conoco**”), Overseas Petroleum and Investment Corporation, Diamond Shamrock South America Petroleum B.V., y Nomeco Latin America Inc. (“**Consortio**”) celebraron el Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana (“**Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16**”) ⁵⁴. El Consorcio designó a Conoco como operador inicial⁵⁵.
48. El día 28 de julio de 1987, Conoco cedió un 10% de participación en el Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16 a Murphy Ecuador (en ese momento conocida como Lowland Marine Ltd) y otro 10% de participación a Canam⁵⁶. En ese momento, tanto Murphy Ecuador como Canam eran filiales de Murphy.
49. El segundo contrato se refería a los Yacimientos Comunes del Campo Bogi-Capirón. El día 20 de agosto de 1991, Petroproducción, una filial de Petroecuador, y el Consorcio—que para ese entonces incluía a Maxus Ecuador Inc., Murphy Ecuador y Canam además de los integrantes originales— celebraron un Convenio Operacional de Explotación Unificada de los Yacimientos Comunes del Campo Bogi-

⁵⁴ Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana (27 de enero de 1986), **CEX-29**.

⁵⁵ Convenio Operacional Conjunto y Procedimiento Contable entre Overseas Petroleum and Investment Corporation, Conoco Ecuador Ltd., Diamond Shamrock South America Petroleum B.V. y Nomeco Latin America Inc. para las Operaciones en virtud del Contrato de Prestación de Servicios de Riesgo del Bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana (7 de febrero de 1986), Artículo 3.7, **CEX-30**.

⁵⁶ Escritura de Cesión de Derechos y Obligaciones entre Conoco Ecuador Ltd., Lowland Marine Ltd. y Canam Offshore Ltd. (28 de julio de 1987), **CEX-31**. Véase *asimismo* Acta de Constitución y Certificado de Cambio de Nombre de Murphy Ecuador (agosto de 1987), **REX-3**.

Capirón (“**Contrato de Bogi-Capirón**”)⁵⁷. El Contrato de Bogi-Capirón fue operado y administrado en conjunción con el Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16⁵⁸.

50. El día 21 de abril de 1992, Petroproducción y Petroecuador y el Consorcio—que en ese momento estaba conformado por Maxus Ecuador Inc., Overseas Petroleum and Investment Corporation, Nomeco Latin America Inc., Murphy Ecuador y Canam—celebraron un Contrato de Servicios Específicos para el Desarrollo y Producción de Petróleo Crudo en el Área Tivacuno (“**Contrato de Tivacuno**”)⁵⁹.

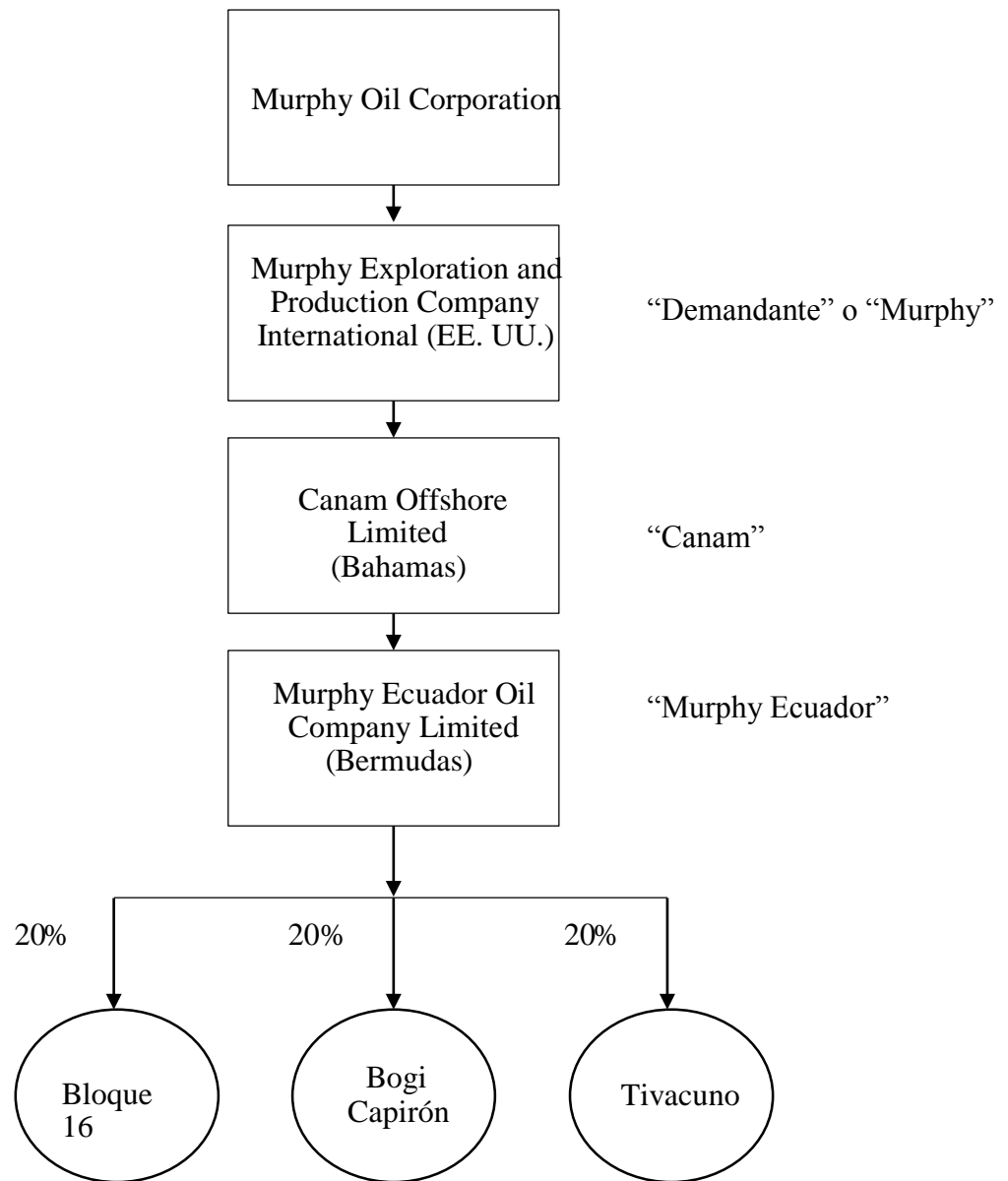
[dejado en blanco de manera intencional]

51. La estructura de capital de Murphy y su participación en los proyectos (a partir del año 2004) se representa a continuación:

⁵⁷ Convenio Operacional de Explotación Unificada de los Yacimientos Comunes del Campo Bogi-Capirón (20 de agosto de 1991), **CEX-32**.

⁵⁸ Convenio Operacional de Explotación Unificada de los Yacimientos Comunes del Campo Bogi-Capirón (20 de agosto de 1991), Cláusula Cuarta: Objeto y Alcance 4.3, **CEX-32**.

⁵⁹ Contrato de Servicios Específicos para el Desarrollo y Producción de Petróleo Crudo en el Área Tivacuno (21 de abril de 1992), **CEX-34**.



52. El mapa *infra* muestra la ubicación del Bloque 16 así como otros bloques operados por otras contratistas.

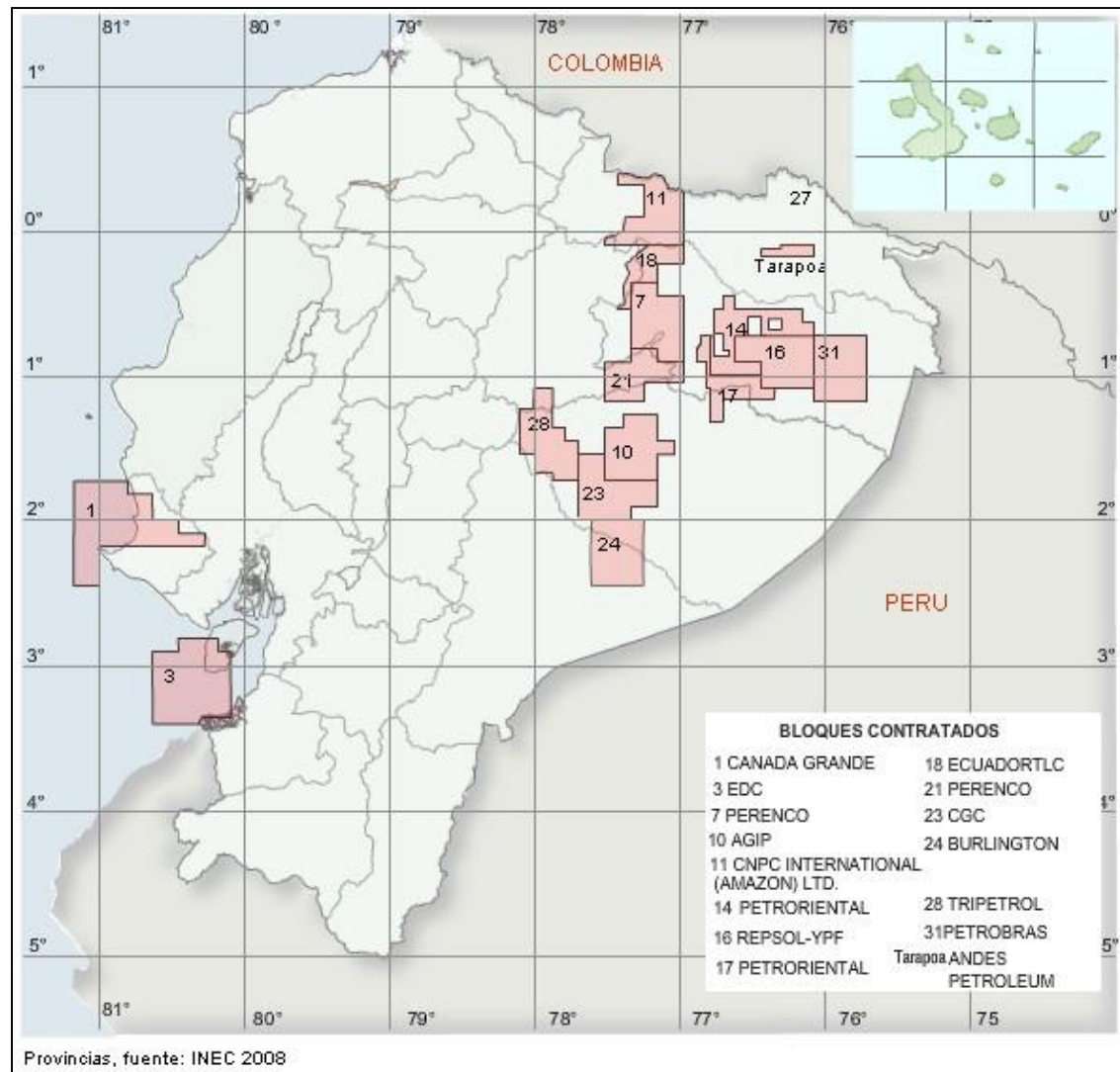


Figura 1: Ubicación de los bloques de petróleo en Ecuador

53. Desde el año 1986 hasta el año 1996 el Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16 rigía la relación entre el Consorcio y Petroecuador. En virtud de sus términos, las operaciones de exploración y producción en el Bloque 16 y en el campo Bogi-Capirón eran realizadas por el Consorcio a cambio de honorarios establecidos en el Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16. El Consorcio

operaba asimismo el yacimiento Tivacuno en virtud del Contrato de Tivacuno.

54. El primer descubrimiento de petróleo de Conoco ocurrió durante la primera mitad del año 1987⁶⁰. Como consecuencia de ello, el Consorcio presentó planes de desarrollo para la consideración de Petroecuador.⁶¹ Los planes incluían un análisis económico de comerciabilidad que se basaba en los costos de inversión y producción y los volúmenes anticipados de producción de petróleo crudo y un precio por barril de USD 15,50⁶². Según la Demandada, el Gobierno aprobaría la etapa de explotación si determinaba que las reservas descubiertas eran “comercialmente explotables” y capaces de generar ingresos para garantizar un margen de beneficios de 15% para Petroecuador⁶³. El Ministerio de Energía y Minas aprobó los planes en el mes de septiembre de 1991, momento en el cual entró en vigor la etapa de desarrollo de la parte de explotación del Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16⁶⁴. La producción del Bloque 16 comenzó en el mes de diciembre de 1994.

⁶⁰ Texaco Petroleum Company, Informe Mensual de Exploración y Reconocimiento para el mes de mayo de 1987 (8 de junio de 1987), pág. 3, **REX-38**.

⁶¹ Resumen Ejecutivo, Plan de Desarrollo del Bloque 16 (Actualización del mes de agosto de 1991), párrs. 3.1, 12.0, **REX-40**.

⁶² Resumen Ejecutivo, Plan de Desarrollo del Bloque 16 (Actualización del mes de agosto de 1991), párr. 11.4, **REX-40**.

⁶³ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 41; Primera Declaración Testimonial de Larrea, párrs. 5-7; Primera Declaración Testimonial de Pástor, párr. 4.

⁶⁴ Resolución Ministerial N.º 557, publicada en el Registro Oficial N.º 779 (27 de septiembre de 1991), **REX-41**. ³⁴ Contrato de Participación, Documento Justificativo D (Informe sobre el Contrato Modificatorio con el Consorcio Maxus (Bloque 16) del Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas al Ministro de Energía y de Minas, Presidente del CEL, 11 de noviembre de 1996, párr. 2.b.), **CEX-36**.

55. Para el año 1995, se había tornado evidente para el Gobierno que la venta de petróleo crudo del Bloque 16 resultaba insuficiente para cubrir los costos y gastos del Consorcio, así como para proporcionar un rendimiento al Gobierno. Autoridades gubernamentales informaron que “hasta ahora la Empresa Estatal no ha recibido absolutamente nada como resultado de la explotación de este contrato”⁶⁴ [Traducción del Tribunal].
56. Los malos resultados en virtud del Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16 y otros contratos determinados impulsaron a Ecuador a revisar sus arreglos contractuales que regían el Bloque 16 y otros proyectos similares⁶⁵. Ecuador pretendió convertir sus contratos de prestación de servicios en contratos de participación en virtud de los cuales los inversores serían propietarios de una participación de la producción de petróleo, pero asumirían sus propios costos e, inherentemente, el riesgo de la bajada de los precios del petróleo. Esta transacción proporcionaría un incentivo a las contratistas para desarrollar las reservas a su potencial máximo. Tal como fuera el caso de los contratos de prestación de servicios, la propiedad de los recursos continuaba siendo

⁶⁵ Véase *Perenco Ecuador Limited c. La República del Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/08/6, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes relativas a la Jurisdicción y sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, párrs. 5657, **CLA-329/RLA-452** (“**Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad en Perenco**”); *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador* (anteriormente *Burlington Resources Inc. y otros c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*), Caso CIADI N.º ARB/08/5, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, párrs. 7-8, **CLA-233** (“**Decisión sobre Responsabilidad en Burlington**”).

del Estado, sin embargo, la remuneración de la contratista se basaría en una modalidad de producción compartida prevista en el contrato.

57. El cambio de contratos de prestación de servicios a contratos de participación exigía una modificación de la Ley de Hidrocarburos de Ecuador. El día 29 de noviembre de 1993, la modificación—también conocida como Ley 44—fue implementada a través del Decreto 1417⁶⁶. En una declaración que precedió a la modificación de la Ley de Hidrocarburos, el Presidente ecuatoriano Durán Ballén—quien había asumido en el mes de agosto de 1992—afirmó lo siguiente:

[L]os escasos recursos financieros con los que cuenta el país [...] no justifican que PETROECUADOR asuma la totalidad del riesgo involucrado en la actividad exploratoria, debiendo compartir dicho riesgo con empresas petroleras internacionales. [...]

El contrato de Prestación de Servicios, por las relaciones de dependencia que desarrolla entre las diferentes instituciones del Estado, se ha convertido en un contrato extremadamente complicado en términos de administración y control. Por otra parte, la estipulación de reembolsos obligatorios de las inversiones, costos y gastos a la contratista, ha reducido significativamente la participación del Estado en los beneficios económicos de la exploración y producción de petróleo en campos medianos y pequeños.

Finalmente, el contrato de Prestación de Servicios no permite que la empresa contratista pueda disponer de un flujo de producción de su propiedad. Esta característica desnaturaliza el interés y la razón de ser de las empresas petroleras internacionales, para la mayoría de las cuales la disponibilidad de la producción para comercializarla en los mercados internacionales es un aspecto esencial.

⁶⁶ Ley N.º 1993-44, Registro Oficial N.º 364, publicada el día 29 de noviembre de 1993 en el art. 1, **CEX-42**.

El nuevo contrato propuesto, de Participación, permitirá al Ecuador situarse a un nivel competitivo internacional respecto a la atracción al capital de riesgo, ya que la empresa contratista, a través del proceso de licitación, establecerá las condiciones económicas de remuneración a sus inversiones. El Estado, en todos los casos y cualquiera que sea el nivel de producción, recibirá prioritariamente un porcentaje de la producción del área del contrato⁶⁷.

58. El deseo por parte de Ecuador de transformar los contratos de prestación de servicio fue parte de un esquema más amplio para hacer más atractivas las inversiones extranjeras en la industria de hidrocarburos. Además de la modificación en la Ley de Hidrocarburos, Ecuador aprobó la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones el día 19 de diciembre de 1997—también conocida como Ley 46— cuyo objetivo declarado era “promover la inversión nacional y extranjera y regular las obligaciones y derechos de los inversionistas para que puedan contribuir de manera efectiva al desarrollo económico y social del país”⁶⁸. Estas y otras medidas fueron adoptadas por Ecuador con el objeto de crear un entorno jurídico y regulatorio atractivo para los inversores extranjeros en el sector de hidrocarburos y otros sectores.
59. En la misma línea, Ecuador reformó asimismo su Constitución para brindar un marco jurídico estable y confiable para la promoción de las inversiones extranjeras en todas las actividades económicas, que, *inter*

⁶⁷ Carta del Presidente Durán Ballén al Presidente del Congreso Nacional, que adjuntaba el proyecto modificatorio de la Ley de Hidrocarburos, 29 de octubre de 1993, en 2-4, **CEX-25**.

⁶⁸ Ley N.º 46, Registro Oficial N.º 219, publicada el día 19 de diciembre de 1997, **CEX-22**.

alia, garantizaba que la inversión extranjera recibiría los mismos derechos y el mismo trato que la inversión nacional⁶⁹.

60. En un oficio de fecha 20 de agosto de 1996, Petroecuador notificó al Consorcio de su decisión de modificar el Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16 a un contrato de participación⁷⁰. En un documento de fecha 22 de agosto de 1996, el Consorcio aceptó modificar el Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16 y las Partes convinieron acordar los términos y condiciones del nuevo contrato⁷¹.
61. También el día 22 de agosto de 1996, el Presidente Ejecutivo de Petroecuador designó una comisión a cargo de la negociación del Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16. El comité realizó un análisis detallado de las consecuencias de modificar el Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16 a un contrato de participación. Los resultados de su análisis fueron asentados en un informe intitulado “Informe de la Comisión Negociadora para la Modificación del Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos a Contrato de Producción Compartida para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 16” (“**Informe de la Comisión Negociadora**”)⁷². Una de las conclusiones de la Comisión fue la siguiente:

En vista de que la Participación del Estado en los
Contratos modificados no depende de los costos y de
las inversiones de la Contratista, sino del nivel de

⁶⁹ Constitución Política de la República del Ecuador, publicada el día 11 de agosto de 1998, **CEX-23**, en particular, los Artículos 244 y 271.

⁷⁰ Informe de la Comisión Negociadora, pág. 3, **CEX-35**.

⁷¹ Informe de la Comisión Negociadora, pág. 3, **CEX-35**.

⁷² Informe de la Comisión Negociadora, **CEX-35**.

producción, el Estado en estos contratos obtiene un porcentaje de participación asegurado en la producción del 19,3%; concepto que no existe en los contratos vigentes, ya que todo el riesgo [sic] corre prácticamente el Estado⁷³.

62. El Gobierno y el Consorcio consideraron asimismo si continuar con la explotación conjunta del campo Bogi-Capirón con el Bloque 16 o transferir esas operaciones a Ecuador. El Comité concluyó de que sería mejor continuar con la explotación conjunta del reservorio ya que una transferencia al Estado conllevaría mayores riesgos para el Estado⁷⁴.
63. Desde el día 22 agosto hasta el día 24 de octubre de 1996, el Consorcio y Ecuador negociaron la conversión del Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16 en un contrato de participación⁷⁵. Según la Demandada, durante las negociaciones—y dado el requisito de que una modificación del contrato solamente podría ser recomendada por los negociadores de Gobierno si fuera en el interés del Estado—los negociadores debían procurar términos que proporcionarían al Estado al menos un margen de 15% que esperaba recibir en virtud del Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16⁴⁶.

D. El Contrato de Participación

64. El día 27 de diciembre de 1996, el Consorcio y Petroecuador acordaron la modificación del Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16 a contrato de participación mediante la celebración de la Modificación

⁷³ Informe de la Comisión Negociadora, Conclusión 6, pág. 31 del PDF, **CEX-35**.

⁷⁴ Informe de la Comisión Negociadora, Conclusión 4, pág. 31 del PDF, **CEX-35**.

⁷⁵ Informe de la Comisión Negociadora, **CEX-35**; Anexo V del Contrato de Participación (Informe de la Comisión Negociadora, 1.9), **REX-61**; Contrato de Participación, Documento Justificativo C (Acta de Compromiso Suscripta por las Partes para la Modificación del Contrato de Prestación de Servicios en este Contrato), **CEX-36**. ⁴⁶ Primera Declaración Testimonial de Larrea, párr. 17.

del Contrato de Servicios a un Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo Crudo) en el Bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana (“**Contrato de Participación**”)⁷⁶. Debía durar hasta el día 31 de enero de 2012⁷⁷.

65. El Contrato de Participación garantizaba que los integrantes del Consorcio gozarían de plenos derechos de propiedad sobre su participación en la producción⁷⁸. La Cláusula 4.2 del Contrato de Participación enunciaba lo siguiente:

La Contratista tendrá el derecho exclusivo de ejecutar por su cuenta y riesgo, las actividades de explotación de Petróleo Crudo y exploración adicional en el Área del Contrato, invirtiendo los capitales y utilizando los el personal, los equipos, maquinaria y tecnología necesarios para su cabal cumplimiento, a cambio de lo cual la Contratista recibirá, como participación, un porcentaje de la Producción Fiscalizada⁷⁹.

66. El Contrato de Participación establecía asimismo parámetros para calcular las respectivas participaciones de las partes. Tal como se

⁷⁶ Modificación del Contrato de Prestación de Servicios a un Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo Crudo) en el Bloque 16 entre Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) y el Consorcio Conformado por YPF Ecuador Inc., Overseas Petroleum and Investment Corporation, Nomeco Ecuador Oil LDC, Murphy Ecuador Oil Company, y Canam Offshore Limited (27 de diciembre de 1996), **CEX-36**.

⁷⁷ Contrato de Participación, Cláusula 6.2, **CEX-36**.

⁷⁸ Contrato de Participación, Cláusulas 3.3.5, 10.1-10.3, **CEX-36**. Véase *asimismo* Presentación sobre la Séptima Rueda de Licitaciones para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en Ecuador–Calgary–Tokio–Seúl, enero de 1994, Londres–París, enero de 1994, en 7, **CEX-39** (La Demandante afirma que, en esa presentación, Ecuador promocionó el esquema de contrato de participación, haciendo hincapié en el derecho de propiedad sobre la participación de las contratistas). Véase *asimismo* Escrito de Demanda, párrs. 104-106 donde la Demandante hace referencia, *inter alia*, al Decreto N.º 1417, *Registro Oficial* N.º 364, 21 de enero de 1994, Art. 9, **CEX-20**; Constitución Política de la República del Ecuador del año 1983, Art. 48, **CEX-40**; Constitución Política de la República del Ecuador del año 1998 art. 30, **CEX-23**; y Código Civil Ecuatoriano Arts. 594, 600, **CEX-41**.

⁷⁹ Contrato de Participación, cláusula 4.2, **CEX-36**.

observara en el Informe de la Comisión Negociadora, los factores negociados con la Contratista fueron como se describen a continuación. Estos parámetros debían ser incluidos en la fórmula de cálculo de las respectivas participaciones:

BLOQUE 16:

L1 = 20.000 Barriles por Día

L2 = 40.000 Barriles por Día

X1 = 84.74%

X2 = 77.00%

X3 = 60.00%

BOGI-CAPIRON:

L1 = 5.000 Barriles por Día

L2 = 15.000 Barriles por Día

X1 = 82.00%

X2 = 73.50%

X3 = 62.00%⁸⁰

67. Según la Demandante, el precio del petróleo no constituía una variable incluida en la fórmula de cálculo; más bien, su cuota participación debía basarse sólo en el número de barriles producidos por día⁸¹. La Demandante afirma que uno de los objetivos principales de la conversión al Contrato de Participación era asignar al Consorcio el riesgo de las fluctuaciones del precio global del petróleo: si el precio

⁸⁰ Informe de la Comisión Negociadora, pág. 4 del PDF, **CEX-35**.

⁸¹ Escrito de Demanda, párr. 81.

del petróleo era excesivamente bajo, el Consorcio no tenía derecho a alegar que le era imposible recuperar su inversión. Siguiendo la misma lógica, si el precio del petróleo era elevado, el Gobierno no tenía permitido aducir que la participación del Consorcio en las ganancias era demasiado alta.

68. La Cláusula 8.1 del Contrato de Participación contenía la fórmula para calcular las respectivas cuotas de participación de las partes. Establecía un porcentaje decreciente de participación del Consorcio cuando la producción diaria superaba los umbrales de 20.000 barriles por día y 40.000 barriles por día. En consecuencia, la participación de Ecuador aumentaba de manera proporcional cuando se reducía la participación del Consorcio⁸². La Cláusula 8.1 dispone lo siguiente:

8.1. Cálculo de la Participación de la Contratista: La Participación de la Contratista se calculará con la siguiente fórmula :

en $PC = x.Q/100$
donde:
PC = Participación de la Contratista.
Q = Producción Fiscalizada.
X = Factor promedio, en porcentaje redondeado al tercer decimal, correspondiente a la Participación de la Contratista. Se calcula con la siguiente fórmula:

$$X = \frac{x1.q1 + x2.q2 + x3.q3}{q}$$

en donde:

⁸² Contrato de Participación, cláusula 8.1, **CEX-36**. Con respecto a la producción en el campo Bogi-Capirón, los umbrales son diferentes, teniendo en cuenta la diferencia de tamaño de ese campo comparado con el Bloque 16. Los umbrales se establecieron en las cantidades de 5.000 y 15.000 barriles por día. Véase Contrato de BogiCapirón, cláusula 9.3, **CEX-37**.

el Año Fiscal q = es la Producción Fiscalizada diaria promedio para

correspondiente

q_1 = es la parte de q
inferior a L_1 q_2 = es la parte
de q comprendida entre L_1 y L_2 q_3
= es la parte de q superior
a L_2

Los parámetros L_1 , L_2 , X_1 , X_2 , y X_3 son los siguientes :

L_1 = Veinte mil (20.000) Barriles por día

L_2 = Cuarenta mil (40.000) Barriles por día

X_1 = Ochenta y cuatro coma setenta y cuatro por ciento
(84,74%)

X_2 = Setenta y siete por ciento (77,00%)

X_3 = Sesenta por ciento (60,00%)

La Participación del Estado no podrá ser inferior a doce punto cinco por ciento (12,5%) cuando la Producción Fiscalizada (q) no llegue a veinte mil Barriles diarios. La Participación se elevará a un mínimo de catorce por ciento (14%) cuando la producción diaria se encuentre entre veinte y cuarenta mil Barriles; y, no será inferior a dieciocho coma cinco por ciento (18,5%) cuando la producción supere los cuarenta mil Barriles por día.

En consecuencia, la Participación de la Contratista no podrá superar, en ningún caso, los límites de ochenta y siete coma cinco por ciento (87,5%), ochenta y seis por ciento (86%), y ochenta y uno coma cinco por ciento (81,5%), respectivamente.

Para establecer la Participación del Estado y la Participación de la Contratista, “ Q ” será estimada trimestralmente por las Partes en forma anticipada. Para determinar la Participación del Estado y la Participación de la Contratista definitivas, se utilizarán

los valores reales de la Producción Fiscalizada y grado API para el Año Fiscal correspondiente. La estimación del factor X se efectuará dentro de los primeros diez (10) días del Trimestre correspondiente, sobre la base de la Producción Fiscalizada y la calidad de la misma en el Trimestre inmediato anterior. Al inicio de la Producción Fiscalizada y mientras no se pueda estimar y aplicar el factor X según el procedimiento anterior, la Participación de la Contratista se asumirá igual a X2. Para calcular el factor X definitivo se utilizará en valores reales la Producción Fiscalizada y calidad para el año o fracción del año correspondiente y se reliquidará durante el primer Trimestre del siguiente Año Fiscal.

69. La cláusula 8.2 del Contrato de Participación dispone que:

La Participación de la Contratista, calculada a precio real de venta, que en ningún caso será menor al Precio de Referencia, más otros ingresos provenientes de las actividades de la Contratista relacionadas con este Contrato, constituirá el ingreso bruto de la Contratista bajo este Contrato; del cual [la Contratista] efectuará las deducciones y pagará el impuesto a la renta, de conformidad con las Cláusulas once.uno (11.1) y once.dos (11.2)⁸³.

70. La cláusula 8.5 del Contrato de Participación prevé la fórmula para el cálculo de la participación del Estado:

$$PE = (100 - X) \cdot Q / 100$$

71. Después de determinar la participación del Consorcio, que se deducía de la producción total, la parte restante del petróleo crudo era entregada al Gobierno⁸⁴.

⁸³ Contrato de Participación, cláusula 8.2, **CEX-36**.

⁸⁴ Contrato de Participación, cláusula 8.5, **CEX-36**; Escrito de Demanda, párr. 97.

72. La Demandante invoca la Ley de Hidrocarburos y el Decreto N.º 1417 afirmando que el único factor relevante para evaluar su participación era la cantidad de petróleo producido :

La contratista, una vez iniciada la producción tendrá derecho a una participación en la producción del área del contrato, la cual se calculará a base de los porcentajes ofertados y convenidos en el mismo, en función del volumen de hidrocarburos producidos. Esta participación, valorada al precio de venta de los hidrocarburos del área del contrato, que en ningún caso será menor al precio de referencia, constituirá el ingreso bruto de la contratista del cual efectuará las deducciones y pagará el impuesto a la renta, en conformidad con las reglas previstas en la Ley de Régimen Tributario Interno⁸⁵.

Participaciones: Iniciada la producción de hidrocarburos, que será medida en el centro de fiscalización y entrega, la contratista tendrá derecho a su participación en la producción del área del contrato, la cual se calculará en base a los porcentajes acordados en el contrato, en función del volumen de los hidrocarburos producidos, y de acuerdo a la fórmula establecida en las bases de contratación. Igualmente, el Estado por intermedio de PETROECUADOR, recibirá su participación en el centro de finalización y entrega, que será medida en el centro de fiscalización y calculada de acuerdo a la fórmula establecida en las bases de contratación⁸⁶.

73. Según la Demandante, todas las partes involucradas en la negociación del Contrato de Participación eran actores sofisticados, quienes eran

⁸⁵ Ley de Hidrocarburos, Art. agregado después del art. 12 mediante la Ley N.º 1993-44, **CEX-21** (Énfasis de la Demandante).

⁸⁶ Decreto N.º 1417, *Registro Oficial* N.º 364, 21 de enero de 1994, art. 9, **CEX-20** (Énfasis de la Demandante). ⁵⁸ Escrito de Demanda, párr. 125.

conscientes de que la exclusión del precio del petróleo como factor de la fórmula de participación fue intencional⁸⁸. Esto queda demostrado, alega la Demandante, por el hecho de que algunos de los mismos negociadores perfeccionaron un contrato de participación sobre el campo de Tarapoa, que contenía un mecanismo de variable de precio que habilitaba al Gobierno a aumentar las ganancias si el precio del petróleo superaba un nivel indicado⁸⁷.

74. Según la Demandada, el precio del petróleo constituía una parte integral de la fórmula para el cálculo de la cuota de participación de las partes⁸⁸. Afirma que el parámetro básico del precio de referencia—conocido como el “precio uniforme” y que era igual a USD 15,26 por barril—estaba incluido en la determinación de los factores X1, X2, y X3⁸⁹. Está incluido como parámetro básico en el Informe de la Comisión Negociadora, que forma parte del Anexo V del Contrato de Participación⁹⁰. La cláusula 3.3.9 del Contrato de Participación define al Contrato de Participación como: “este instrumento, incluidos sus documentos habilitantes y anexos, el cual en su conjunto se denomina

⁸⁷ Escrito de Demanda, párrs. 126-128 *que se refieren al* Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo Crudo) entre PETROECUADOR y City Investing Company Limited, celebrado el día 25 de julio de 1995, cláusula segunda (1), **CEX-46**.

⁸⁸ Escrito de Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 55-58.

⁸⁹ Escrito de Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 55-56; Primera Declaración Testimonial de Larrea, párr. 18; Primera Declaración Testimonial de Paredes, párr. 7.

⁹⁰ Anexo V del Contrato de Participación (Informe del Análisis Técnico-Económico para la modificación del Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16), **REX-61**.

‘Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo Crudo) en el Bloque (16)’⁹¹.

75. Según la Demandada, las partes acordaron asimismo las siguientes tasas de rendimiento de las inversiones (“**TRI**”) durante la celebración del Contrato de Participación⁹²:

	TRI esperada	NPV (15%)
	<i>%</i>	<i>M\$</i>
Bloque 16	5,37%	(138,40)
Bogi-Capirón	1.20%	(30,80)
Tivacuno	N/A	(14,80)
Total		(184,00)

76. El mismo día en que se perfeccionó el Contrato de Participación, el Consorcio y Petroproducción celebraron asimismo nuevos contratos relacionados con los Yacimientos Comunes del Campo Bogi-Capirón y el Área Tivacuno⁹³. Con respecto al último, el Contrato de Servicios

⁹¹ Contrato de Participación, Cláusula 3.3.9, **CEX-36**. Véase asimismo Anexo V del Contrato de Participación (Informe de la Comisión Negociadora para la Modificación del Contrato de Prestación de Servicios en el Bloque 16, el Contrato de Servicios Específicos para Tivacuno, y el Contrato de Operación Unificada de Bogi-Capirón), **REX-61**.

⁹² Informe Pericial de Anton Mélard de Feuarent, Fair Links (4 de mayo de 2014) (“**Primer Informe de Fair Links**”), párr. 75.

⁹³ Contrato de Bogi-Capirón, **CEX-37**; Modificación del Contrato de Servicios Específicos para el Desarrollo y Producción de Petróleo Crudo en el Área Tivacuno entre Petroecuador y el Consorcio conformado por YPF Ecuador, Inc., Overseas Petroleum and Investment Corporation, Nomeco Ecuador LDC, Murphy Ecuador Oil Company y Canam OffShore Limited (27 de diciembre de 1996), **CEX-121**.

Específicos no fue convertido en un contrato de participación. Sin embargo, el contrato modificatorio incorporó una fórmula económica similar a aquella hallada en el Contrato de Participación⁹⁴. Aunque el Consorcio asumió riesgos de exploración similares, no adquirió derechos de propiedad a una participación de la producción⁹⁵. Los honorarios del Consorcio fueron calculados como un porcentaje del valor del petróleo producido en el área del contrato⁹⁶.

77. El día 10 de enero de 2001, Repsol YPF Ecuador SA (“**Repsol YPF**”) asumió el rol de operador del Consorcio⁹⁷. Recibió su participación en el Consorcio de la siguiente manera: (a) el día 31 de enero de 1992, Conoco cedió 20% de su participación en el Acuerdo del Consorcio, que se anexó al Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16, a Maxus Ecuador Inc.⁹⁸; (b) en el año 1999, el grupo español Repsol adquirió YPF, la empresa estatal argentina que fuera propietaria de Maxus Ecuador, Inc., y cambió la denominación de Maxus Ecuador Inc. a YPF Ecuador, Inc.⁹⁹; y (c) el día 18 de enero de 2001, YPF Ecuador

⁹⁴ Contrato Modificatorio de Tivacuno, **CEX-128**.

⁹⁵ Contrato Modificatorio de Tivacuno, Cláusula 5, **CEX-128**.

⁹⁶ Contrato Modificatorio de Tivacuno, Cláusula 5, **CEX-128**.

⁹⁷ Contrato de Cesión de Derechos y Obligaciones Hidrocarbúrferos celebrado por YPF Ecuador Inc. a favor de Repsol YPF Ecuador S.A. (10 de enero de 2001), inscrita en la Dirección Nacional de Hidrocarburos el día 18 de enero de 2001, **CEX-123**.

⁹⁸ Contrato de Transferencia de Derechos y Obligaciones celebrado por Conoco Ecuador Ltd. a favor de Maxus Ecuador, Inc., Overseas Petroleum and Investment Corporation, y Nomeco Ecuador Oil Company (31 de enero de 1992), **CEX- 125**; Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana (27 de enero de 1986), Anexo I (Acuerdo del Consorcio), **CEX-29**.

⁹⁹ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 37.

Inc. transfirió su participación en el Consorcio a la recientemente creada Repsol YPF¹⁰⁰.

E. El aumento en los precios globales del petróleo

78. Desde mediados de la década de 1980 hasta comienzos de la década de 2000, los precios del petróleo crudo se mantuvieron estables en el orden de alrededor de USD 20/bbl. A comienzos del año 2002, los precios globales del petróleo crudo comenzaron a aumentar de forma significativa. La tendencia alcista se mantuvo constante y en el año 2005 superó la mayor parte de las proyecciones para alcanzar los USD 60/bbl. En el mes de julio de 2006, los precios del petróleo alcanzaron la cifra récord de USD 75/bbl¹⁰¹.
79. En el mes de septiembre de 2005, el Presidente de Ecuador, Palacio González, al parecer afirmó que deseaba reorganizar los contratos de participación para “lograr una participación del 50% para el país”¹⁰². En el mismo informe, el ex Ministro de Energía, Fernando Santos, al parecer declaró que “todo contrato tiene que ser respetado porque es ley para las partes, pero puede modificarse por mutuo consentimiento”¹⁰³.

¹⁰⁰ Escritura de Cesión de Derechos y Obligaciones Hidrocarburíferos celebrado por YPF Ecuador, Inc. a favor de Repsol el día 10 de enero de 2001, inscrita en la Dirección Nacional de Hidrocarburos, **CEX-123**.

¹⁰¹ *Babusiaux, y otros*, Oil and Gas Exploration and Production: Reserves, Costs, Contracts (2007), párr. 1.2.7.1, **REX-88**.

¹⁰² “El Ecuador Revisará los Contratos Petroleros”, DIARIO HOY, 8 de septiembre de 2005, **CEX-148**.

¹⁰³ “El Ecuador Revisará los Contratos Petroleros”, DIARIO HOY, 8 de septiembre de 2005, **CEX-148**.

80. El día 1 de marzo de 2006, el Presidente González presentó al Congreso un proyecto de ley reformativa de la Ley de Hidrocarburos¹⁰⁴. Posteriormente, el proyecto fue enviado para su revisión por la Comisión Especializada Permanente de lo Económico, Agrario, Industrial y Comercial (“**Comisión EAIC**”) dentro del Congreso ecuatoriano⁷⁷. La Comisión EAIC preparó un informe sobre el proyecto, que fue elevado al Congreso para su debate, en el cual plantearon diversas inquietudes respecto de la constitucionalidad del proyecto:

Tal como se encuentra elaborada la propuesta por el Presidente de la República, habría algunas violaciones constitucionales a la estabilidad de los contratos celebrados de buena fe y a la seguridad jurídica, por lo que, como expresó la mayoría de diputados durante el primer debate, el proyecto debe reformularse, al amparo de la normalidad constitucional. [...]

Es indispensable respetar la garantía constitucional a las inversiones y a los contratos [...]¹⁰⁵.

81. En la misma sesión del debate parlamentario, uno de los representantes advirtió asimismo sobre los riesgos que podría enfrentar Ecuador si se aprobaba el proyecto de ley tal como había sido propuesto por el Poder Ejecutivo, en violación del estado de derecho:

[U]n dato importante que debemos tomar en cuenta, Argentina que modificó los contratos en forma

¹⁰⁴ Carta Oficial del Presidente González al Presidente del Congreso Nacional, 1 de marzo de 2006, **CEX-150**. ⁷⁷ Congreso Nacional del Ecuador, Registros del Segundo Debate, Acta N.º 25-227, 29 de marzo de 2006, pág. 5, **CEX-48**.

¹⁰⁵ Véase Congreso Nacional del Ecuador, Acta del Segundo Debate, Acta N.º 25-227, 29 de marzo de 2006, **CEX48**. La Demandante sostiene que la minoría de la Comisión propuso una alternativa que requería del consentimiento de las petroleras para modificar los contratos vigentes, y que se ajustaba así a los principios constitucionales y legales del derecho ecuatoriano (Escrito de Demanda, nota al pie 169).

unilateral, ahora tiene demandas internacionales por USD 17 mil millones. Eso es lo que nos va a pasar a los ecuatorianos, el momento en que se modifiquen los contratos en forma unilateral o a través de ley, las demandas internacionales nos van a llover y será catastrófico para el país lo que tengamos que pagar a futuro¹⁰⁶.

F. La promulgación de la Ley 42 y el dictado del Decreto N.º 1672 (“Ley 42 al 50%”)

82. El día 29 de marzo de 2006, el Congreso ecuatoriano aprobó la Ley 42¹⁰⁷. Entró en vigor el día 25 de abril de 2006. La Ley 42 se aplicó a todos los inversores que tenían contratos de participación. Modificó el Artículo 44 de la Ley de Hidrocarburos para facultar al Estado a recibir de las empresas petroleras con contratos de participación lo que se describió como “participación en los excedentes de los precios de venta del petróleo”¹⁰⁸.
83. La Ley 42 modificó asimismo el Artículo 55 de la Ley de Hidrocarburos, otorgando así al Estado una participación de al menos 50% de los “ingresos extraordinarios” que surgían de la diferencia de precio entre el precio vigente del petróleo en ese momento y el precio vigente del petróleo en la fecha en que se suscribieron los contratos de participación, multiplicada por el número de barriles de petróleo:

Participación del Estado en los excedentes de los precios de venta de petróleo no pactados o no previstos.- Las compañías contratistas que mantienen

¹⁰⁶ Extracto del discurso del representante Carlos Torres Torres al plenario del Congreso ecuatoriano, en la segunda sesión de debate parlamentario de la Ley 42. Véase Congreso Nacional del Ecuador, Acta del Segundo Debate, Acta N.º 25-227, 29 de marzo de 2006, **CEX-48**.

¹⁰⁷ Ley N.º 42, *Registro Oficial* N.º 257 (Complemento) (25 de abril de 2006), **CEX-47**.

¹⁰⁸ Ley de Hidrocarburos, Artículo 44, y sus modificatorias, **CEX-47**.

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 Ecuador¹⁰⁹.

84. El día 13 de julio de 2006, el Presidente González dictó el Decreto N.º 1672, que estableció la “participación adicional” en un mínimo de 50%. El Artículo 2 del Decreto N.º 1672 dispuso lo siguiente:

La participación del Estado en los excedentes de los precios de venta de petróleo no pactados o no previstos en los Contratos de Participación para la Exploración de Hidrocarburos y la Explotación de Petróleo Crudo, suscrito con el Estado Ecuatoriano por intermedio de PETROECUADOR, corresponde al menos al 50% de los ingresos extraordinarios producidos por la diferencia entre el precio promedio ponderado mensual efectivo de venta [FOB] del petróleo ecuatoriano realizada por la contratista y el precio promedio mensual de venta vigente a la fecha de la suscripción de

¹⁰⁹ Ley de Hidrocarburos, Artículo 55, y sus modificatorias, **CEX-47**.

los referidos Contratos de Participación, multiplicado por el número de barriles producidos por cada contratista, conforme a lo establecido en el artículo 4 del presente Reglamento Sustitutivo¹¹⁰.

85. Justo antes de que la Ley 42 entrara en vigor, Canam cedió la totalidad de su participación en el Consorcio a Murphy Ecuador¹¹¹. Por lo tanto, a partir de esta fecha, Murphy Ecuador tenía una participación del 20% en el Consorcio.
86. En el mes de mayo de 2006, se interpusieron dos recursos de inconstitucionalidad de la Ley 42 ante el Tribunal Constitucional de Ecuador¹¹². El día 22 de agosto de 2006, el Tribunal Constitucional de Ecuador emitió una decisión consolidada (“**Resolución Conjunta**”) que confirmó la constitucionalidad de la Ley 42¹¹³.

G. El dictado del Decreto N.º 662 (“Ley 42 al 99%”)

87. El día 18 de octubre de 2007, el nuevo Presidente, Rafael Correa, dictó el Decreto N.º 662 en virtud de la Ley 42, que aumentó la “participación adicional” a un mínimo de 99%:

Expedir la siguiente Reforma al Reglamento de Aplicación de la Ley N.º 42.2006 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos.

¹¹⁰ Decreto N.º 1672, *Registro Oficial* N.º 312 (Complemento) (13 de julio de 2006), **CEX-104**.

¹¹¹ Escritura de Cesión de Derechos y Obligaciones Hidrocarburíferos celebrado por Canam Offshore Limited a favor de Murphy Ecuador Oil Company Limited (18 de abril de 2006), inscrita en el Registro de Hidrocarburos de la Dirección Nacional de Hidrocarburos el día 18 de mayo de 2006, **CEX-122**.

¹¹² El Caso número 0008-06-TC fue incoado por el ciudadano Mauricio Pinto Mancheno, en su nombre y en representación de la Cámara de Industriales de Pichincha y de un millar de ciudadanos, y el Caso Número 001006-TC fue incoado por el ciudadano Juan Carlos Mejía Mediavilla, actuando en su nombre y como representante de otro millar de ciudadanos.

¹¹³ Resolución del Tribunal Constitucional N.º 0008-06-TC y 0010-06-TC, publicada en el *Registro Oficial* N.º

Art. 1.- En el Artículo 2 en lugar de “50%” deberá decir
“99%”¹¹⁴.

MES ¹¹⁵	PAGO	PARTICIPACIÓN DE 20% DE MURPHY
mayo-06	21.951.641	4.390.328
junio-06	19.064.155	3.812.831
julio-06	21.908.549	4.381.710
agosto-06	20.429.922	4.085.984
septiembre-06	13.335.000	2.667.000
octubre-06	9.411.744	1.882.349
noviembre-06	8.960.305	1.792.061
diciembre-06	10.875.240	2.175.048
enero-07	7.098.890	1.419.788
febrero-07	10.573.255	2.114.652
marzo-07	13.125.701	2.625.140
abril-07	15.390.078	3.078.016
mayo-07	16.412.443	3.282.489
junio-07	18.123.725	3.624.745
julio-07	23.093.185	4.618.637
agosto-07	20.913.485	4.182.697
Liquidación	926.039	185.208
septiembre-07	22.026.829	4.405.366

¹¹⁴ Decreto N.º 662, *Registro Oficial* N.º 193 (18 de octubre de 2007), **CEX-126** (fuente en negrita omitida).

¹¹⁵ (Complemento) (6 de septiembre de 2006), **CEX-50**.

MES	PAGO	PARTICIPACIÓN DE 20% DE MURPHY
octubre-07	37.864.933	7.572.987
noviembre-07	58.159.059	11.631.812
diciembre-07	54.768.963	10.953.792
enero-08	52.737.920	10.547.584
febrero-08	52.258.975	10.451.795
marzo-08	62.006.252	12.401.250
TOTAL	591.416.288	118.283.269

88. En el año 2006, Petroecuador comenzó a pedir los pagos de los integrantes del Consorcio en virtud de la Ley 42¹¹⁶. Desde el mes de mayo de 2006 hasta el mes de octubre de 2007, el Consorcio realizó pagos de conformidad con la Ley 42 y el Decreto N.º 1672, según el cual la “participación adicional” se estableció en 50%. Desde el mes de octubre de 2007 al mes de marzo de 2008, el Consorcio efectuó pagos de conformidad con la Ley 42 y el Decreto N.º 662 que estableció la “participación adicional” en 99%. El cuadro *infra*, describe en detalle los pagos efectuados y la participación de la Demandante de esos pagos (los pagos sombreados corresponden a la Ley 42 al 50%; los que no están sombreados corresponden a la Ley 42 al 99%):

Cuadro 1: Monto total pagado por mes en virtud de la Ley 42¹¹⁷

89. El Consorcio inicialmente pagó los montos bajo protesto reservándose sus derechos. Repsol YPF envió varias cartas al Gobierno afirmando que los pagos se habían realizado bajo protesto y que no habrían de

¹¹⁶ Demandas de Pago de Petroecuador al Consorcio, Oficio de fecha 24 de julio de 2006, **CEX-51**.

¹¹⁷ Declaración Testimonial de Herrera, párr. 38; **NAV-39**, Notas de solicitudes de fondos de participación de los beneficios extraordinarios del Ecuador (*Profit Sharing Cash Call Notes*); **Apéndice 4.1** al Primer Informe Pericial de Navigant, “Participación Adicional Pagada”; Primer Informe de Fair Links, **Apéndice 2, FL 10** Notas de solicitudes de fondos de participación de la renta inesperada del Ecuador.

interpretarse como una aceptación de la validez o la constitucionalidad de la Ley 42 y sus decretos regulatorios¹¹⁸.

H. Acontecimientos posteriores a la Ley 42

90. En el mes de noviembre de 2007, el Gobierno inició la caducidad del contrato de otra compañía en la industria ecuatoriana del petróleo— City Oriente— que se negaba a pagar la participación adicional¹¹⁹.
91. En el mes de diciembre de 2007, el Presidente Ejecutivo de Petroecuador impartió instrucciones para el comienzo de las negociaciones para la modificación de todos los contratos de participación vigentes⁹². Petroecuador conformó y asignó grupos para llevar a cabo las negociaciones con el Consorcio, así como con las demás contratistas en el país⁹³.
92. El día 28 de diciembre de 2007, la Asamblea Constituyente aprobó la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria de Ecuador (“**Ley de Equidad Tributaria**”), que entró en vigencia al día siguiente¹²⁰. La

¹¹⁸ Véase carta de fecha 16 de enero de 2007 de Repsol YPF al *Banco Central de Ecuador*, **CEX-59**; carta de Repsol YPF a Petroecuador de fecha 18 de octubre de 2007, **CEX-60**; carta de Repsol YPF a Petroecuador de fecha 12 de noviembre de 2007, **CEX-61**; carta de Repsol YPF a Petroecuador de fecha 14 de diciembre de 2007, **CEX-62**; carta de Repsol YPF a Petroecuador de fecha 11 de enero de 2008, **CEX-63**; carta de Repsol YPF a Petroecuador de fecha 28 de enero de 2008, **CEX-64**; carta de Repsol YPF a Petroecuador de fecha 27 de febrero de 2008, **CEX-65**; carta de Repsol YPF a Petroecuador de fecha 27 de marzo de 2008, **CEX-66**; carta de Repsol YPF a Petroecuador de fecha 22 de abril de 2008, **CEX-67**; carta de Repsol YPF a Petroecuador de fecha 26 de mayo de 2008, **CEX-68**.

¹¹⁹ Véase “PETROECUADOR inicia caducidad de contrato con City”, EL UNIVERSO, 9 de noviembre de 2007, *disponible en* <http://www.eluniverso.com/2007/11/09/0001/9/B06BED16D49042B99104B590DF6C793A.html>, visitado por última vez el día 6 de marzo de 2016, **CEX-52**. Véase *asimismo* “Ecuador Take [sic] Over City Oriente Oil Drilling and Exploration Contract”, *Mining Exploration News*, 8 de agosto de 2008, **REX-99**.

¹²⁰ Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria, publicada en el *Registro Oficial* N.º 242 (Complemento) (29 de diciembre de 2007), Artículo 170, **CEX-108**. Según la Demandada, la

Ley de Equidad Tributaria creó un impuesto de 70% sobre la renta o los “ingresos extraordinarios” de la venta de petróleo crudo. Esto se aplicó a todos los contratos de participación, nuevos o modificados, suscritos a partir del día 1° de enero de 2008. El impuesto de 70% sería aplicable cuando el precio del petróleo superaba un precio de referencia que debían acordar Petroecuador y la contratista. Una vez que se arribara a ese acuerdo, dejaría de aplicarse la Ley 42 al contrato afectado. Muchas compañías petroleras suscribieron contratos modificatorios a mediados y a fines del año 2008 con precios de referencia aumentados que tuvieron el efecto de acotar lo que constituían “ingresos extraordinarios”.

93. Las negociaciones entre el Consorcio y Petroecuador comenzaron en el mes de enero de 2008 y se prolongaron hasta el mes de marzo de 2008¹²¹¹²². Repsol YPF, actuando en calidad de operador

⁹² Primera Declaración Testimonial de Paredes, párr. 14.

Asamblea Constituyente aprobó la Ley de Equidad Tributaria después de múltiples audiencias ante el Grupo de Trabajo de la Asamblea Constituyente sobre Legislación y Supervisión (Contestación a la Demanda, párr. 96, *en referencia a* The Carter Center, *Quarterly Report on the National Constituent Assembly of La República del Ecuador* (marzo de 2008), págs. 13-14, **REX-92**).

¹²¹ Excepciones a la Jurisdicción, párr. 39; Primera Declaración Testimonial de Paredes, párr. 16; *véanse asimismo* Petroecuador, Resumen de las Reuniones de Negociación entre Representantes de Repsol YPF y Petroecuador (22 de enero de 2008), **REX-89**; Petroecuador, Resumen de las Reuniones de Negociación entre Representantes de Repsol YPF y Petroecuador (21 de febrero de 2008), **REX-90**; Petroecuador, Resumen de las Reuniones de Negociación entre Representantes de Repsol YPF y Petroecuador (3 de marzo de 2008), **REX-93**; Petroecuador, Resumen de las Reuniones de Negociación entre Representantes de Repsol YPF y Petroecuador (5 de marzo

¹²²), **REX-94**; Petroecuador, Resumen de las Reuniones de Negociación entre Representantes de Repsol YPF y Petroecuador (7 de marzo de 2008), **REX-95**; Acta de las Negociaciones Finales entre Representantes de Repsol YPF y Petroecuador (14 de marzo de 2008), **REX-96**; Acta de las Negociaciones Finales entre Representantes de Repsol YPF, en calidad de Operador del Bloque 16 y el campo Bogi-Capirón, y Petroecuador (28 de marzo de 2008), **REX-97**; Informe de la Comisión de Negociación del Estado para las Negociaciones del Contrato

⁹³ Primera Declaración Testimonial de Paredes, párr. 14; véanse *asimismo* Petroecuador, Resumen de las Reuniones de Negociación entre Representantes de Repsol YPF y Petroecuador (22 de enero de 2008), **REX-89**; Petroecuador, Resumen de las Reuniones de Negociación entre Representantes de Repsol YPF y Petroecuador (21 de febrero de 2008), **REX-90**; Petroecuador, Resumen de las reuniones de negociación entre representantes de Repsol YPF y Petroecuador (3 de marzo de 2008), **REX-93**; Petroecuador, Resumen de las Reuniones de Negociación entre Representantes de Repsol YPF y Petroecuador (5 de marzo 2008), **REX-94**; Petroecuador, Resumen de las Reuniones de Negociación entre Representantes de Repsol YPF y Petroecuador (7 de marzo de 2008), **REX-95**; Acta de las Negociaciones Finales entre Representantes de Repsol YPF y Petroecuador (14 de marzo de 2008), **REX-96**; Acta de las Negociaciones Finales entre Representantes de Repsol YPF, en calidad de Operador del Bloque 16 y el campo Bogi-Capirón, y Petroecuador (28 de marzo de 2008), **REX-97**; Informe de la Comisión de Negociación del Estado para las Negociaciones del Contrato Modificatorio para el Contrato de Participación (31 de marzo de 2008), **REX-98**.

del Consorcio, representó a la totalidad de los integrantes del Consorcio en las negociaciones, consultándose a cada integrante con respecto a todas las decisiones principales⁹⁶. Durante este período se celebraron aproximadamente 40 reuniones⁹⁷.

94. Poco después de haberse iniciado el proceso de negociación entre el Consorcio y Petroecuador, se publicó el siguiente informe del Presidente Correa:

Para Correa, las petroleras internacionales tienen tres opciones en la renegociación: aceptar el decreto 99-1 por ciento, cambiar el modelo del contrato o terminar sus labores para lo cual se compromete a retribuirles la inversión que hicieron y que la empresa estatal de petróleo, Petroecuador, explote los campos que dejan.

El Jefe de Estado dijo que si al término del plazo, no llega a una conclusión y si las petroleras no invierten, adoptará “otra clase de medidas”.

[...]

“Les digo a las empresas transnacionales (que) aquí hay un Gobierno. Cuidado creen que todavía están antes del 15 de enero de 2007”, señaló en referencia al día en que asumió el poder.

Advirtió que no les va a permitir “que boicoteen la producción petrolera, que no hagan inversiones para que sigan con sus privilegios que han tenido en los últimos tiempos”⁹⁸.

95. El día 3 de marzo de 2008, Murphy inició un procedimiento ante el CIADI contra Ecuador en virtud del Tratado⁹⁹.

Modificatorio para el Contrato de Participación (31 de marzo de 2008), **REX-98**.

⁹⁶ Primera Declaración Testimonial de Paredes, párr. 16; Declaración Testimonial de Herrera, párr. 55.

⁹⁷ Primera Declaración Testimonial de Paredes, párr. 16; véanse *asimismo* Petroecuador, Resumen de las Reuniones de Negociación entre Representantes de Repsol YPF y Petroecuador (22 de enero de 2008), **REX-89**; Petroecuador, Resumen de las Reuniones de Negociación entre Representantes de Repsol YPF y Petroecuador (21 de febrero de 2008), **REX-90**; Petroecuador, Resumen de las Reuniones de Negociación entre Representantes de Repsol YPF y Petroecuador (3 de marzo de 2008), **REX-93**; Petroecuador, Resumen de las Reuniones de Negociación entre Representantes de Repsol YPF y Petroecuador (5 de marzo 2008), **REX-94**; Petroecuador, Resumen de las Reuniones de Negociación entre Representantes de Repsol YPF y Petroecuador (7 de marzo de 2008), **REX-95**; Acta de las Negociaciones Rinales entre Representantes de Repsol YPF y Petroecuador (14 de marzo de 2008), **REX-96**; Acta de las Negociaciones Finales entre Representantes de Repsol YPF, en calidad de Operador del Bloque 16 y el campo Bogi-Capirón, y Petroecuador (28 de marzo de 2008), **REX-97**; Informe de la Comisión de Negociación del Estado para las Negociaciones del Contrato Modificatorio para el Contrato de Participación (31 de marzo de 2008), **REX-98**.

⁹⁸ “Correa advierte a petroleras”, DIARIO LA HORA, 8 de febrero de 2008, **CEX-76**.

⁹⁹ Solicitud de Arbitraje de la Demandante ante el CIADI, 3 de marzo de 2008, **REX-17**.

96. A finales del mes de marzo de 2008, Repsol y representantes del gobierno suscribieron un acta para reflejar los términos económicos sobre los cuales, afirma la Demandada, se había logrado un acuerdo en

el contexto de las negociaciones sobre los términos de un contrato modificatorio provisional para prorrogar y sustituir el Contrato de Participación hasta tanto se acordase un nuevo contrato de prestación de servicios¹²³. Aunque en ese momento no se suscribió contrato modificatorio alguno, se paralizaron las negociaciones.

97. El día 9 de junio de 2008, Murphy Ecuador, junto con los otros integrantes del Consorcio del Bloque 16 inició su arbitraje por separado ante el CIADI (“**Arbitraje de Repsol ante el CIADI**”)¹²⁴. El Arbitraje de Repsol ante el CIADI involucró reclamos contractuales de los integrantes del Consorcio del Bloque 16, y los propios reclamos de derecho internacional en materia de inversión de Repsol al amparo del TBI España-Ecuador¹²⁵.
98. En el mes de agosto de 2008, Petroecuador y el Consorcio acordaron recomenzar las negociaciones¹²⁶.
99. En los meses de abril y diciembre de 2008, se informó que el Presidente Correa había reconocido que una de sus tácticas para obtener nuevos términos y condiciones en virtud de los contratos petroleros con compañías internacionales incluyó el dictado del Decreto 662 que aumentó de 50% a 99% la participación del Estado de la Ley 42, como

¹²³ Acta de negociaciones entre Representantes de Repsol (Operador del Bloque 16 y del Campo Bogi-Capirón) y la República a través de PetroEcuador (28 de marzo de 2008), **REX-16/REX-97**.

¹²⁴ *Repsol YPF Ecuador, S.A. y otros c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador* (PetroEcuador) Caso CIADI N.º ARB/08/10. Solicitud de Arbitraje y Medidas Provisionales de las Demandantes, 9 de junio de 2008, **REX-25** (“**Solicitud de Arbitraje y Medidas Provisionales de Repsol**”).

¹²⁵ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, nota al pie 19.

¹²⁶ Primera Declaración Testimonial de Paredes, párr. 20.

una “herramienta de presión” para obligarlas a negociar ¹²⁷ .

Posteriormente se informó que el Jefe de Estado afirmó :

[N]os acusaron de atentar contra la seguridad jurídica, de cometer una exageración, probablemente tengan razón [...]¹²⁸.

100. El día 17 de septiembre de 2008, el entonces Ministro de Minas y Petróleos envió al Presidente Ejecutivo de Petroecuador una comunicación oficial solicitando el inicio del proceso de terminación unilateral del Contrato de Participación conocida como caducidad¹²⁹. A pesar de la solicitud del Ministro, el Presidente Ejecutivo de Petroecuador nunca inició el proceso de caducidad¹³⁰.
101. El día 29 de octubre de 2008, el nuevo Ministro de Minas y Petróleos envió al Presidente Ejecutivo de Petroecuador una segunda solicitud de “que se inicie inmediatamente el proceso de terminación anticipada del [Contrato de Participación]”¹⁰⁸. En ese momento, Ecuador reconoció que esta comunicación “fue parte de una práctica consistente de la Demandada para lograr acuerdos mutuos aceptables con todas sus contratistas de participación, incluida [Murphy Ecuador] y sus socias

¹²⁷ Véase “Decreto sube al 99% la participación del estado en los excedentes petroleros, ‘solo para sentarse a negociar’”, DIARIO HOY, 22 de diciembre de 2008, **CEX-91**. Véase *asimismo* “Mandatario dialoga con las petroleras”, EL TELÉGRAFO, 10 de agosto de 2008, **CEX-92**.

¹²⁸ “Mandatario dialoga con las petroleras”, EL TELÉGRAFO, 10 de agosto de 2008, **CEX-92**.

¹²⁹ Oficio N.º 1291-DM-2008-0814858, 17 de septiembre de 2008, al que se hiciera referencia en el Oficio N.º 123-DPG-DM-2008-817190, 29 de octubre de 2008, **CEX-81**. Véase Oficio N.º 1290-DM-2008-0814857, 17 de septiembre de 2008, enviado por el Ministro de Minas y Petróleos al Operador del Consorcio, notificando la solicitud de rescisión realizada ese mismo día mediante Oficio N.º 1291-DM-2008-0814858, **CEX-82**.

¹³⁰ Carta de la Demandada al CIADI, 24 de noviembre de 2008, en 4, **CEX-118**. ¹⁰⁸ Oficio N.º 123-DPG-DM-2008-817190, 29 de octubre de 2008, **CEX-81**.

en el consorcio, para la terminación voluntaria de sus contratos a cambio de nuevos contratos de prestación de servicios y adquisiciones de sus inversiones”¹³¹ [Traducción del Tribunal].

102. El día 6 de noviembre de 2008, una nueva acta fue suscripta por todos los integrantes del Consorcio, a excepción de Murphy Ecuador, que, afirma la Demandada, contenía los términos y condiciones del futuro contrato que modificaría el Contrato de Participación ¹³². La Demandante alega que esos términos y condiciones no permitían la recuperación de los beneficios del Consorcio provenientes de la inversión a los que tenía derecho en virtud del Contrato de Participación¹³³. Por este motivo, Murphy Ecuador se negó a aceptar los términos.
103. El día 5 de diciembre de 2008, la Demandada aprobó la venta por parte de Canam, la filial de primer nivel de la Demandante, de la totalidad de su participación en Murphy Ecuador a Repsol YPF¹³⁴. La venta real sólo se efectivizó algunos meses más tarde, el día 12 de marzo de 2009¹³⁵.
104. Por esa época (diciembre de 2008), Murphy Ecuador circuló un memorando interno (“**Memorando de ME del mes de diciembre de 2008**”)¹³⁶. Trataba la posibilidad de una desvalorización de la inversión

¹³¹ Carta de la Demandada al CIADI, 24 de noviembre de 2008, en 4, **CEX-118**.

¹³² Acta de Negociaciones entre Representantes de Repsol (Operador del Bloque 16 y del Campo Bogi-Capirón) y la República a través de PetroEcuador (6 de noviembre de 2008), **CEX-89**.

¹³³ Primera Declaración Testimonial de Paredes, párr. 22.

¹³⁴ Ministerio de Minas y Petróleos, Resolución Ministerial N.º 257, publicada en el *Registro Oficial* N.º 501 (7 de enero de 2009), Considerandos, pág. 11, **REX-103**.

¹³⁵ Véanse infra párrs. 111 y ss.

¹³⁶ Memo de ME del mes de diciembre de 2008, página 00186, **REX-137**.

en el Bloque 16 a partir de fines del año 2008, y distintas maneras en las cuales la compañía podría recuperar su inversión. Entre los diversos escenarios mencionados se encontraba la venta por parte de Murphy Ecuador de su participación accionaria en el Bloque 16 a Repsol YPF. El memorando afirmaba lo siguiente:

Murphy ha mantenido negociaciones para vender su participación en el Bloque 16/Tivacuno a Repsol. El precio acordado verbalmente asciende a la suma de USD 80 millones, Murphy conservando asimismo su USD 83 millones del impuesto pendiente de pago conforme a la Ley 42. Se ha redactado un contrato, sin embargo, hasta este momento, ninguna de las partes lo ha suscripto. Se le ha presentado al directorio de Murphy los avances de esta negociación, y en el supuesto de ser ofrecida oficialmente por Repsol, ha dado la aprobación tentativa de vender el campo en virtud de estos términos. El gobierno del Ecuador ha aprobado en forma tentativa la transferencia de titularidad, pero la autorización final depende del acuerdo de los propietarios restantes de modificar el contrato tal como se observara *supra*, de la suspensión del procedimiento arbitral, y del posible cumplimiento de otras demandas tales como el pago de los intereses sobre las obligaciones impagas en virtud de la Ley 42. Adicionalmente, el gobierno insiste en que el nuevo contrato permita que la mayor parte de las cuestiones, incluidas las cuestiones en materia tributaria y fiscal, se presenten ante los tribunales ecuatorianos o ante un tribunal arbitral regional con sede en América Latina. Para vender nuestra participación a Repsol, el operador debe obtener una renegociación conveniente del contrato con el gobierno, que incluirá la liquidación de antiguos pagos en virtud de la Ley 42.

[...]

Conclusión: Con base en la información disponible, y principalmente con base en la expectativa de que la venta a Repsol tendrá lugar a un precio que recuperará nuestra inversión, y en que nuestra responsabilidad en

virtud de la Ley 42 supera nuestro valor contable neto, concluyo que es posible que recuperemos nuestra inversión en el Bloque 16/Tivacuno¹³⁷ [Traducción del Tribunal].

105. El día 19 de febrero de 2009, Petroecuador inició lo que se conoce como un proceso de coactiva contra el Consorcio. Este es un proceso en virtud del cual, determinados organismos ecuatorianos, de los cuales forma parte Petroecuador, gozan de la autoridad de cobrar dinero en un juicio sumario¹³⁸. En un proceso de coactivas, se requiere que la demandada pague el monto reclamado antes de presentar cualquier excepción que pudiera oponer, y que lo haga dentro de un plazo de tres días¹³⁹. El día 19 de febrero de 2009, el Jefe de la Unidad de Administración Financiera de Petroecuador emitió un título de crédito y un auto de pago confirmando que el Consorcio le adeudaba a Petroecuador la suma de USD 444.731.349,00¹⁴⁰. Petroecuador emitió uno segundo auto de pago el día 20 de febrero de 2009 y un tercer auto de pago el día 25 de febrero de 2009 por el mismo monto¹⁴¹. Como consecuencia, la Demandante y

¹³⁷ Memo de ME del mes de diciembre de 2008, página 00186, **REX-137**.

¹³⁸ El Código de Procedimiento Civil del Ecuador regula la llamada jurisdicción coactivas. Véase Código de Procedimiento Civil del Ecuador art. 941 y ss., **CEX-84**. Véase asimismo Ley N.º 45 (Ley Especial de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador–PETROECUADOR–y sus Empresas Filiales), *Registro Oficial* N.º 283, 26 de septiembre de 1989, **CEX-27**.

¹³⁹ Escrito de Demanda, párr. 198.

¹⁴⁰ Juzgado de Coactivas de Petroecuador, Quito, **CEX-85**; Procedimiento de Notificación de coactivas (19 de febrero de 2009), **REX-104**.

¹⁴¹ Segundo auto de pago (20 de febrero de 2009), **REX-105**; Tercer auto de pago (25 de febrero de 2009), **REX107**.

Repsol pidieron el dictado inmediato de medidas provisionales por parte de los respectivos Tribunales del CIADI¹⁴².

106. Ante la amenaza inminente de confiscación de sus bienes, Repsol intentó alcanzar un acuerdo con Ecuador. El Ministro de asuntos exteriores español, en una visita oficial a Ecuador, medió entre Repsol y el Gobierno en un intento de evitar la caducidad unilateral del Contrato de Participación y de dar una solución de la diferencia que fuera satisfactoria para ambas partes¹⁴³.

107. Con anterioridad al cobro de cualquier monto adeudado por el Consorcio en virtud de la Ley 42, Ecuador y Repsol YPF lograron un acuerdo verbal para avanzar en la celebración de acuerdos contractuales, y se suspendió el proceso de coactivas¹⁴⁴. Según la Demandante, el acuerdo verbal preliminar alcanzado el día 25 de febrero de 2009 exigía una serie de requisitos previos que debían cumplirse en un plazo breve¹⁴⁵. Murphy Ecuador no estaba de acuerdo con los términos propuestos. Aunque los integrantes del Consorcio (salvo Murphy Ecuador) ya habían suscripto un acta (o carta de intención) con el gobierno el día 6 de noviembre de 2008, el Contrato de Participación no podía modificarse sin el consentimiento expreso de

¹⁴² Solicitud de Arbitraje y Medidas Provisionales, **REX-25**; Laudo del CIADI de *Murphy*, párr. 6, **CEX-3**.

¹⁴³ ““Canciller español cabildeó por Repsol”, *El Universo*, 26 de febrero de 2009, **CEX-151**.

¹⁴⁴ Escrito de Demanda, párr. 203; Carta de la Demandada al Tribunal Arbitral, 25 de febrero de 2009. Arbitraje de *Murphy* ante el CIADI, Carta de la Demandada al Tribunal (25 de febrero de 2009), **REX-106**.

¹⁴⁵ Escrito de Demanda, párrs. 203-204.

Murphy Ecuador¹⁴⁶. Este impasse necesitaba la compra por parte de Repsol de la participación de Murphy Ecuador en el Consorcio¹⁴⁷.

I. La venta de Murphy Ecuador a Repsol por parte de Murphy

108. El día 12 de marzo de 2009, Canam, la filial de primera línea de la Demandante, vendió la totalidad de su participación en Murphy Ecuador a Repsol YPF de conformidad con un Contrato de Compraventa (“CCA”)¹⁴⁸. El CCA contenía una cláusula que disponía, *inter alia*, que “en la medida que se requiere que [Murphy] sea titular de determinados derechos o privilegios de [Murphy Ecuador] en el proceso de [Arbitraje ante el CIADI] o en el cobro de cualquier laudo dictado por el [Tribunal del CIADI], [Repsol] [...] cede por la presente a [Murphy] todos los derechos y privilegios de [Murphy Ecuador] que sean objeto del [Arbitraje ante el CIADI]”¹⁴⁹ [Traducción del Tribunal].
109. Asimismo, el día 12 de marzo de 2009, el Consorcio suscribió el Contrato Modificador del Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos para el Bloque 16 con PetroEcuador (“**Contrato Modificador**”), que especificaba términos de cooperación durante un año en tanto continuaban con la negociación

¹⁴⁶ Escrito de Demanda, párrs. 204, 206-209, *que hacen referencia al* Acta de Negociación entre Representantes de Repsol (Operador del Bloque 16 y del Campo Bogi-Capirón) y la República a través de PetroEcuador (6 de noviembre de 2008), **CEX-89**.

¹⁴⁷ Escrito de Demanda, párrs. 204, 206-209.

¹⁴⁸ CCA, **CEX-127**. Véase *asimismo* Ministerio de Minas y Petróleos, Resolución Ministerial N.º 257, publicada en el *Registro Oficial* N.º 501 (7 de enero de 2009), Artículo 1, **REX-103**. En el mes de junio de 2010, Murphy Ecuador cambió su denominación a Amodaimi Oil Company Ltd (*véase Repsol YPF Ecuador, S.A. y otros c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/08/10, Memorial de la Demandante, 17 de diciembre de 2009, párr. 192, **REX-20** (“**Memorial de Repsol**”).

¹⁴⁹ CCA, Cláusula 12.7.3., **CEX-127**.

de un acuerdo a largo plazo, y prorrogaba el plazo del Contrato de Participación hasta el año 2018¹⁵⁰. Contenía asimismo un compromiso de los integrantes del Consorcio, incluida Murphy Ecuador, de no proseguir el procedimiento arbitral de Repsol ante el CIADI durante el proceso de negociación para un nuevo contrato de prestación de servicios¹⁵¹.

110. El Consorcio suscribió asimismo el Convenio de Desembolsos Entre PetroEcuador y Contratista Bloque 16, que establecía una línea de tiempo de cinco años para el pago de los montos retenidos por Murphy Ecuador que se encontraban pendientes de pago en virtud de la Ley 42 para el período comprendido entre los días 1° de abril de 2008 - 30 de noviembre de 2008¹⁵².
111. El día 3 de julio de 2009, la Demandada denunció el Convenio CIADI.
112. En el mes de julio de 2010, el Congreso ecuatoriano promulgó una nueva Ley de Hidrocarburos que disponía que todas las petroleras privadas estaban obligadas a renegociar sus contratos de participación a contratos de prestación de servicios, o de lo contrario, Ecuador resolvería los contratos de participación de forma unilateral, realizaría

¹⁵⁰ Contrato Modificadorio del Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 16 (12 de marzo de 2009), **REX-19** (versión abreviada); **REX-109** (versión completa).

¹⁵¹ Contrato Modificadorio, Cláusula 6.2., **REX-19** (versión abreviada); **REX-109** (versión completa).

¹⁵² Convenio de Desembolsos Entre PetroEcuador y Contratista Bloque 16 (12 de marzo de 2009), **REX-110**.
Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción de la Demandada, párrs. 117, 119.

una evaluación de las inversiones, y determinaría el método de compensación¹⁵³.

J. La transacción del Consorcio con el Ecuador

113. El día 23 de noviembre de 2010, los integrantes del Consorcio, incluido Murphy Ecuador, celebraron una transacción con Ecuador en el cual retiraron con perjuicio todos sus reclamos (“**Acta de Negociación**” o “**Transacción con Repsol**”) conforme a los siguientes términos:

TRANSACCIÓN Y RETIRO DEL ARBITRAJE.

Como consecuencia del acuerdo detallado en esta Acta de Negociación Repsol YPF Ecuador S.A., Amodaimi Oil Company Ltd. [anteriormente Murphy Ecuador], CRS Resources (Ecuador) LDC y Overseas Petroleum and Investment Corporation y una vez que el Contrato Modificadorio a [Contrato de] Prestación de Servicios este [sic] suscrito y vigente, las compañías y la Secretaría así como la República del Ecuador informarán por escrito, al Tribunal Arbitral que conoce el procedimiento designado *Caso CIADI N.º ARB/08/10*, de este Acuerdo para que este a su vez proceda conforme a lo previsto en la Regla 43(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

[...]

Las Partes convienen y confirman que todas las demandas, contrademandas, reclamaciones,

¹⁵³ Modificación de la Ley de Hidrocarburos de 2010, Disposiciones Provisionales (Primera), publicada en el Registro Oficial N.º 244 de fecha 27 de julio de 2010, **CEX-90**. Esta ley mencionaba también específicamente qué compañías debían aún acordar los contratos de prestación de servicios. Eso incluía a Repsol YPF, el operador del Bloque 16.

contrarreclamaciones y pedidos que contiene la Solicitud de Arbitraje, Memorial de Demanda, Memorial de Jurisdicción, Memorial de Contestación, [y] todos los demás oficios de las Partes enviados como consecuencia del Arbitraje o remitidos por el Tribunal o por el CIADI, así como toda otra correspondencia dirigida a terceros y relacionada con el arbitraje, serán retiradas sin reserva de derechos y se mantendrán con el carácter de confidencial, de tal manera que ninguna de las Partes las puede divulgar por ninguna razón, sin previo consentimiento de la otra Parte¹⁵⁴.

114. En la misma fecha, los integrantes del Consorcio, incluida Murphy Ecuador (en ese entonces conocida como Amodaimi Oil Company Ltd), suscribieron un Contrato Modificadorio con el Estado del Ecuador (“**Contrato Modificadorio Final**”)¹⁵⁵. El artículo 29.1.5 del Contrato Modificadorio Final dispuso que:

Las Partes convienen y confirman que todas las demandas, contrademandas, reclamaciones, contrarreclamaciones y pedidos que contiene la Solicitud de Arbitraje, Memorial de Demanda, Memorial de Jurisdicción, Memorial de Contestación, todos los demás oficios de las Partes enviados como consecuencia del Arbitraje o remitidos por el Tribunal o por el Caso [sic] Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), así como toda otra correspondencia dirigida a terceros y

¹⁵⁴ Transacción con Repsol, pág. 14, **REX-21**; Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción de la Demandada, párr. 144. Véase *asimismo* Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 485:15-486:23.

¹⁵⁵ Contrato Modificadorio al Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos del Bloque 16 entre el Consorcio y el Ecuador de fecha 23 de noviembre de 2010, **CEX-175/REX116** (“**Contrato Modificadorio Definitivo**”)(hallado *asimismo* en **REX-22**).

relacionada con el arbitraje serán retiradas sin reserva
[...]¹⁵⁶

115. El Artículo 29.1.2 dispuso además que:

Queda entendido que con la celebración de este Contrato Modificadorio, la Contratista renuncia en forma irrevocable a cualquier reclamo o demanda o indemnización que pudiese plantear contra el Ecuador, la Secretaría, EP PETROECUADOR y/o sus antecesoras, bajo cualquier legislación, con ocasión o como consecuencia del Contrato Original, los Contratos Modificatorios Anteriores y la celebración y entrada en vigencia de este Contrato Modificadorio¹³⁵.

116. El Contrato Modificadorio convirtió asimismo al Contrato de Participación en un contrato de prestación de servicios.

K. El Arbitraje de Murphy ante el CIADI

117. Las Partes presentaron completamente sus casos tanto sobre jurisdicción como sobre el fondo en el Arbitraje de Murphy ante el CIADI, lo que se prolongó durante aproximadamente tres años y medio. El día 15 de diciembre de 2010, una mayoría del tribunal en ese arbitraje concluyó que carecía de competencia sobre la controversia (“**Laudo sobre Jurisdicción del CIADI**”)¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Contrato Modificadorio Definitivo, págs. 108-109 (versión en español), **CEX-175/REX-116**. ¹³⁵ Contrato Modificadorio Definitivo, págs. 106-107 (versión en español), **CEX-175/REX-116**.

¹⁵⁷ *Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/08/4, Laudo sobre Jurisdicción, 15 de diciembre de 2010, **CEX-3** (“**Laudo del CIADI de Murphy**”).

118. Al dictado del Laudo sobre Jurisdicción del CIADI del mes de diciembre de 2010 le siguieron nueve meses de negociaciones e intercambio de correspondencia¹⁵⁸.
119. El día 13 de julio de 2011, Murphy presentó una segunda Solicitud de Arbitraje ante el CIADI, con respecto al cual Ecuador opuso objeciones a la jurisdicción. El día 19 de agosto de 2011, Murphy retiró su solicitud sin perjuicio¹⁵⁹.
120. Murphy comenzó este arbitraje el día 21 de septiembre de 2011.

V. PETITORIOS

121. La Demandante solicita lo siguiente:
1. La desestimación de todas las objeciones a la jurisdicción de este Tribunal presentadas por Ecuador¹⁶⁰;
 2. Una declaración de que Ecuador violó el Tratado y el derecho internacional con respeto a la inversión de Murphy¹⁶¹;
 3. Indemnización a Murphy por todos los daños que sufrió, tal como se establece en el Escrito de Demanda, y según se desarrolle y cuantifique durante este proceso¹⁶²;

¹⁵⁸ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 37.

¹⁵⁹ Notificación de Arbitraje, párr. 49; Escrito de Demanda, párrs. 43-44.

¹⁶⁰ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 457; Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 157; Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción (21 de mayo de 2013), 214.

¹⁶¹ Escrito de Demanda, párr. 461; Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 782; Transcripción de la Audiencia (20 de noviembre de 2014), 660:17-19.

¹⁶² Escrito de Demanda, párr. 461; Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 782; Transcripción de la Audiencia (20 de noviembre de 2014) 721:7-12.

4. Todas las costas de este procedimiento, incluso los gastos y honorarios de abogados de Murphy¹⁶³; y,
5. La adjudicación de intereses compuestos, incluyendo (1) una actualización de los intereses anteriores al laudo hasta la fecha del laudo, expresados como concepto de resarcimiento separado, y (2) intereses posteriores al laudo hasta la fecha de satisfacción plena y final del Laudo por parte de Ecuador¹⁶⁴.

122. La Demandada solicita que el Tribunal:

1. Resuelva y declare que carece de jurisdicción respecto de todas las pretensiones planteadas por la Demandante y desestime, de acuerdo con las Excepciones a la Jurisdicción que presentó Ecuador de fecha 17 de octubre de 2012 y las Secciones III, IV y V de su Escrito de Defensa de fecha 4 de mayo de 2014¹⁴⁴;
2. Subsidiariamente, con respecto a cualquier pretensión no desestimada por falta de jurisdicción, declare que la Demandante no tiene derecho a indemnización por las pérdidas que alega, dado que ya se repararon mediante acuerdo entre Murphy Ecuador y la República, y cualquier tipo de resarcimiento al respecto implicaría doble recuperación y doble indemnización por las mismas pérdidas¹⁶⁵;
3. Subsidiariamente, con respecto a cualquier pretensión no desestimada por falta de jurisdicción, resuelva y declare que la República no violó ningún derecho de la Demandante conferido o creado por el Tratado, el derecho internacional consuetudinario, un acuerdo sobre

¹⁶³ Escrito de Demanda , párr. 461; Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 457; Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción , párr. 782. Véase *asimismo* Escrito de costos de la Demandante para la etapa jurisdiccional, pág. 5.

¹⁶⁴ Escrito de Demanda, párr. 461; Escrito de Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción , párr. 782. ¹⁴⁴ Dúplica sobre Méritos, párr. 700; Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción de la Demandada, párr. 1032.

¹⁶⁵ Dúplica sobre Méritos, párr. 700.

inversiones o en virtud de cualquier otra fuente, y desestime todas las pretensiones¹⁶⁶;

4. Si se resuelve que la República violó cualquiera de tales derechos, la República solicita al Tribunal que resuelva y declare que la Demandante no sufrió pérdidas indemnizables, niegue la indemnización que pretende la Demandante y desestime las pretensiones¹⁶⁷;
5. Ordene, conforme a los Artículos 38 y 40 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que la Demandante pague todas las costas y gastos de este arbitraje, incluso los honorarios y gastos del Tribunal y el costo de representación legal de la República, más los correspondientes intereses previos y posteriores al laudo¹⁶⁸; y,
6. Conceda cualquier otra reparación que pueda ser oportuna bajo las circunstancias o según resulte justa y apropiada¹⁶⁹.

VI. JURISDICCIÓN

123. La Demandada ha planteado una serie de objeciones jurisdiccionales en este procedimiento. Al comienzo de este caso, la Demandada alegó que, mediante la elección previa del arbitraje ante el CIADI por parte de la Demandante, esta última había agotado toda oportunidad otorgada por el Artículo VI del Tratado de someter sus pretensiones a arbitraje. Esa objeción fue desestimada por una mayoría de este

¹⁶⁶ Dúplica sobre Méritos, párr. 700; Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 1032.

¹⁶⁷ Dúplica sobre Méritos, párr. 700; Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 1032.

¹⁶⁸ Dúplica sobre Méritos, párr. 700; Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 1032; Excepciones a la Jurisdicción, párr. 338; Réplica a la Contestación a las Excepciones sobre Jurisdicción, pág. 59. Véase *asimismo* Presentación de Costas de la Demandada, párr. 15.

¹⁶⁹ Dúplica sobre Méritos, párr. 700; Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 1032.

Tribunal en el Laudo Parcial sobre Jurisdicción de fecha 13 de noviembre de 2013. La Demandada ha alegado asimismo que deberían excluirse los reclamos de la Demandante porque se trata en realidad de aquellos de su anterior accionista Murphy Ecuador. Esa cuestión se aborda en la Sección VIII del presente Laudo. La Demandada se ha opuesto asimismo a la pretensión de la Demandante en virtud de la denominada cláusula paraguas del Tratado. A la luz

de las conclusiones de este Tribunal sobre el fondo, no es necesario que este Tribunal trate esa cuestión.

124. La otra objeción jurisdiccional de la Demandada que debe tratar el Tribunal se funda en el Artículo X del Tratado.

125. El Artículo X establece lo siguiente:

- (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.

A. Postura de la Demandada

126. La La Demandada alega que la Ley 42 es una “cuestión tributaria” a los fines del Artículo X del Tratado¹⁷⁰. Por ende, excepto la pretensión de la Demandante relativa a expropiación, todas las pretensiones de la Demandante acerca del incumplimiento de las obligaciones de Ecuador en virtud del Tratado se encuentran excluidas de la jurisdicción del Tribunal¹⁵¹. Ninguna de las otras excepciones a la cláusula de exclusión tributaria del Artículo X se aplica. El Contrato de Participación no constituye un acuerdo sobre inversiones porque Murphy Ecuador es una entidad constituida en Bermudas, no en los Estados Unidos.
127. Dado que el TBI no define ni limita los términos “cuestión tributaria” o “tributación” a medidas consideradas como impuestos conforme a la legislación ecuatoriana o estadounidense¹⁷¹, la Demandada alega que

¹⁷⁰ Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 127-128. Véanse *asimismo* párrs. 169, 171, 174-175, 177-178; Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, sección IV; Segundo Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 51, *en referencia a EnCana c. República del Ecuador*, Caso LCIA N.º UN3481, Laudo, 3 de febrero de 2006, párrs. 70, 104, 121, 143, **CLA-79** (“**Laudo de EnCana**”); *Duke Energy Electroquil Partners y otros c. Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/04/19, Laudo, 18 de agosto de 2008, párrs. 142, 177, **CLA-22** (“**Laudo de Duke Energy**”); *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, párr. 168, **RLA-8** (“**Decisión sobre Jurisdicción de Burlington**”). ¹⁵¹ Excepciones a la Jurisdicción, párr. 127.

¹⁷¹ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 187. Véase Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 237:24.

el significado de estos términos debe establecerse en función de su sentido corriente y de acuerdo con el derecho internacional¹⁷².

128. La Demandada afirma que una definición común de impuesto “es un gravamen obligatorio impuesto por el gobierno con fines públicos, sin ningún beneficio directo para el contribuyente”¹⁷³. Según la Demandada, esta definición es independiente de las leyes locales y se ajusta a los diversos sistemas jurídicos. También satisface el requisito de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“CVDT”) de atribuir a los términos no definidos su sentido corriente¹⁷⁴. Esta definición también fue adoptada por otros tribunales internacionales en casos como *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador*, *EnCana c. República de Ecuador*, y *Duke Energy Electroquil Partners y otros c. República de Ecuador*¹⁷⁵.

¹⁷² Excepciones a la Jurisdicción, párr. 143. Véase Segundo Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 49; Declaración de Apertura de la Demandada, Diapositiva 8.

¹⁷³ Excepciones a la Jurisdicción, párr. 146. Véase, asimismo, Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 194; Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 238:12-14; Declaración de Apertura de la Demandada, Diapositiva 4 (se omiten las citas)

¹⁷⁴ Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 146, 147-149, *que hacen referencia* a la Decisión sobre Jurisdicción en

Burlington, párr. 162, **RLA-8**; Laudo de *Duke Energy*, párrs. 174-175, **CLA-22**; Laudo de *EnCana*, párrs. 142, 143, 319, **CLA-79**; *Occidental Exploration and Production Company c. La República del Ecuador*, Caso LCIA N.º UN3467, Laudo, 1 de julio de 2004, párrs. 64, 72, 77, **CLA-21** (“**Laudo de Occidental F**”); *Wälde and Kolo*, Coverage of Taxation Under Modern Investment Treaties, en: Muchlinski, y otros (eds.), THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW (2008), pág. 318, **CLA-150/RLA-34** (“**Wälde and Kolo**”); Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 192-193, 195 (se omiten las citas).

¹⁷⁵ *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/08/5 (“**Burlington**”), párr. 162, **RLA-8**; *EnCana c. República del Ecuador*, Caso LCIA N.º UN3481 (“**EnCana**”), párrs. 142-144, **CLA-79**; *Duke Energy Electroquil Partners y otros, c. República del Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/04/19 (“**Duke Energy**”), párrs. 173-175, **CLA-22**.

129. La Demandada señala que en el caso *Burlington* se abordó la misma cuestión que afronta este Tribunal, es decir, si la Ley 42 constituye o no un impuesto según la definición del Artículo X del Tratado entre Estados Unidos y Ecuador¹⁷⁶. Dicho tribunal sostuvo que el Tratado se rige por el derecho internacional y, como tal, la cuestión debe estar regida por el derecho internacional, no por el derecho ecuatoriano¹⁷⁷. Al aplicar el derecho internacional, el tribunal en *Burlington* concluyó que la Ley 42 constituye un impuesto a los efectos del Artículo X del Tratado¹⁷⁸. Concluyó, además, que las pretensiones de la demandante que cuestionaban la Ley 42 suscitaban “cuestiones tributarias” y, por lo tanto, estaban fuera de la jurisdicción del tribunal, mientras que el resto de las pretensiones de la demandante, que no cuestionaban la validez o aplicación de la Ley 42, no fueron excluidas¹⁷⁹. El tribunal también se consideró competente para conocer de las pretensiones sobre expropiación de la Demandante basadas en la Ley 42, conforme a la excepción del Artículo X(2)(a).

¹⁷⁶ Excepciones a la Jurisdicción, párr. 147, *en referencia a la* Decisión sobre Jurisdicción en *Burlington*, párr. 162, **RLA-8**.

¹⁷⁷ Excepciones a la Jurisdicción, párr. 147, *en referencia a la* Decisión sobre Jurisdicción en *Burlington*, párr. 162, **RLA-8**.

¹⁷⁸ Excepciones a la Jurisdicción, párr. 154, *en referencia a la* Decisión sobre Jurisdicción en *Burlington*, párr. 166, **RLA-88**.

¹⁷⁹ En ese caso, las partes habían acordado que cualquier disputa en la que se cuestionara la validez o aplicación de un impuesto “suscitaba” “cuestiones tributarias”. Decisión sobre Jurisdicción en *Burlington*, párrs. 168, 178216, **RLA-8**.

130. Apoyándose en *EnCana*, la Demandada alega que el Tribunal, al determinar si una medida constituye un impuesto, debe centrarse en la esencia y no en el rótulo de la medida¹⁸⁰. A tal fin, advierte que el tribunal en *Burlington*, que citó *EnCana*, rechazó el argumento de que la caracterización local de la Ley 42 significaba que no era un impuesto¹⁸¹. La esencia de la decisión del tribunal en *Burlington* fue que la Ley 42 cumplía cuatro requisitos para identificar una “cuestión tributaria”, es decir, es (1) una ley (2) que impone a determinados grupos de personas una carga (3) de pagar dinero al Estado (4) para finalidad pública¹⁸².
131. La Demandada admite que *EnCana* trataba sobre el TBI Canadá-Ecuador, cuya expresión crítica era “medida tributaria”, no “cuestión tributaria”¹⁸³. La Demandada alega que los conceptos “medida tributaria” en el TBI Canadá-Ecuador y “cuestiones tributarias” en el TBI con Estados Unidos son indistinguibles¹⁸⁴.
132. La Demandada invoca la decisión del tribunal de *EnCana* conforme a la que “[l]a cuestión de si algo es una medida tributaria es primordialmente una cuestión de *su operación legal*, no de su

¹⁸⁰ Excepciones a la Jurisdicción , párr. 155, *en referencia al Laudo de EnCana*, párr. 142, **CLA-79**.

¹⁸¹ Excepciones a la Jurisdicción , párrs. 155, 164; Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 197-198, en referencia a la Decisión sobre Jurisdicción en *Burlington*, párrs. 161-165, **RLA-8**; Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 221, 227.

¹⁸² Excepciones a la Jurisdicción , párrs. 148, 154-155, *en referencia a la Decisión sobre Jurisdicción en Burlington* , párr. 166, **RLA-8**; y Laudo de *EnCana*, párr. 142, **CLA-79**.

¹⁸³ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 200.

¹⁸⁴ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 200.

efecto económico”¹⁸⁵. La Demandada explica que la “operación legal” de una ley tributaria se refiere a cómo ésta “impone una obligación pecuniaria a clases de personas que deben pagar al Estado para fines públicos”¹⁸⁶. En vista de ello, la Demandada alega que no es necesario que exista un vínculo entre la medida y el régimen tributario interno del Estado¹⁸⁷. Alega que su postura concuerda con *EnCana* en que respeta la finalidad de la cláusula de exclusión tributaria que consiste en proteger la facultad del Estado de recaudar ingresos para fines públicos¹⁸⁸.

133. La Demandada no acepta que *EnCana*, al igual que *Duke Energy*—que según la Demandada, también adoptó una definición amplia de “impuesto”—puedan diferenciarse de este caso, ya que ambos se relacionan con medidas que “eran sin duda parte del régimen tributario ecuatoriano”¹⁸⁹. La Demandada aclara que ninguno de los tribunales concluyó expresamente que la exclusión tributaria sólo se aplicaba si

¹⁸⁵ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 209, *en referencia al* Laudo de *EnCana*, párr. 142(4), **CLA-79** (énfasis de la Demandada).

¹⁸⁶ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 209, *en referencia al* Laudo de *EnCana*, párr. 142(4), **CLA-79**.

¹⁸⁷ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 209.

¹⁸⁸ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 204.

¹⁸⁹ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 207-208, *en referencia a la* Contestación de la Demandante, párr. 215.

los regímenes tributarios internos definían la medida en cuestión como un “impuesto”¹⁹⁰.

134. La Demandada argumenta que la Ley 42 funcionaba como impuesto a las ganancias al imponer una obligación a un grupo determinado de personas o empresas¹⁹¹. Sostiene que la historia y el objeto de la Ley 42 justifican su caracterización como impuesto¹⁹². Señala que la Ley 42 se aprobó para permitir a los ciudadanos ecuatorianos beneficiarse de ingresos petroleros supuestamente “extraordinarios”¹⁹³.
135. La Demandada explica que la Ley 42 se aprobó mediante una reforma de la Ley de Hidrocarburos, y no a través de la legislación tributaria debido a su “naturaleza económica urgente”¹⁹⁴. Sin embargo, la Demandada señala que la Ley de Equidad Tributaria, que sustituyó a la Ley 42 (incluyendo al Decreto 662), se aprobó de conformidad a los

¹⁹⁰ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 208.

¹⁹¹ Excepciones a la Jurisdicción, párr. 156. Véase Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 185:24 a 186:2.

¹⁹² Excepciones a la Jurisdicción, párr. 158.

¹⁹³ Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 162, 158, *en referencia a la Ley N.º 42, Registro Oficial N.º 257 (Suplemento) (25 de abril de 2006), CEX-47; Decreto N.º 1583, Registro Oficial N.º 302 (Segundo Suplemento) (29 de junio de 2006), CEX-103; Decreto N.º 1672, Registro Oficial N.º 312 (Suplemento) (13 de julio de 2006), CEX-104. Véase Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 185:14-19; 329:9-11; Declaración de Apertura de la Demandada, Parte III.A, Diapositiva 11, en referencia al Informe Pericial de Mejía, párrs. 11, 24, 61, 62.*

¹⁹⁴ Excepciones a la Jurisdicción, párr. 161; Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 214, *en referencia al Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, Proyecto de Ley N.º 27-1052, Oficio N.º T.1059-SGI-06-13187 (2 de marzo de 2006), pág. 1 (texto original: “carácter de económico urgente”), REX14; Decreto N.º 1583, publicado en el Registro Oficial N.º 302 (Segundo Suplemento) (29 de junio de 2006), CEX-103; Decreto N.º 1672, publicado en el Registro Oficial N.º 312 (Suplemento) (13 de julio de 2006), CEX104; Decreto N.º 662, publicado en el Registro Oficial N.º 193 (18 de octubre de 2007), CEX-126.*

procedimientos para las medidas tributarias¹⁹⁵. La Demandada caracteriza la Ley de Equidad Tributaria como una continuación o sustitución natural de la Ley 42 porque operaba de modo similar al imponer una carga porcentual fija sobre los ingresos extraordinarios derivados del petróleo¹⁹⁶, y se aplicaba a todos los contratos de participación “modificados”¹⁹⁷. La Demandada también advierte que la disponibilidad de *coactiva*—un procedimiento administrativo especial para cobrar, de manera forzosa, deudas contraídas con el Gobierno ecuatoriano—para el cobro de deudas en virtud de la Ley 42 se asemeja a los procedimientos de cobro de impuestos¹⁹⁸.

136. Aunque la Ley 42 no fuese un impuesto bajo el derecho ecuatoriano, la Demandada indica que podría implicar una “cuestión tributaria”¹⁹⁹. Señala que el tribunal en *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration y Production Company c. República del Ecuador (“Occidental II”)*²⁰⁰ “aceptó que una medida estatal, aunque no sea ‘un impuesto, una regalía [o] un gravamen’ según las leyes

¹⁹⁵ Excepciones a la Jurisdicción, párr. 162; Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 224. Véase Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 243:3-9; véase párr. 90 *supra*.

¹⁹⁶ Excepciones a la Jurisdicción, párr. 162; Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 217, 224. Véase Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 243:3-9.

¹⁹⁷ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 226.

¹⁹⁸ Excepciones a la Jurisdicción, párr. 163, *en referencia a la Ley N.º 45* (Ley Especial de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador–PETROECUADOR–y sus Empresas Filiales), *Registro Oficial* N.º 283 (26 de septiembre de 1989), **CEX-27**; Artículo 21, modificado por **REX-32**, Decreto- Ley N.º 2000-1 (18 de agosto de 2000), Artículo 42 (traducción no oficial); Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 220.

¹⁹⁹ Excepciones a la Jurisdicción, párr. 165; Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 210.

²⁰⁰ *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/06/11.

internas, podría no obstante plantear una ‘cuestión tributaria’ para los fines del Artículo X del Tratado’²⁰¹.

²⁰¹ Excepciones a la Jurisdicción, párr. 165, *en referencia a* Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador Caso CIADI N.º ARB/06/11, Laudo, 5 de octubre de 2012, párr. 487, **CLA-117** (“**Laudo Occidental II**”); Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 210.

137. La Demandada afirma que el sentido lato del Artículo X del TBI contradice la opinión restrictiva de la Demandante de que “cuestiones tributarias” sólo abarca medidas que forman parte del régimen tributario del Estado Contratante²⁰². Dicha interpretación, explica la Demandada, da lugar a la aplicación incongruente de la cláusula de exclusión tributaria del Artículo X a medidas sustancialmente similares, por el simple hecho de que se caractericen como “impuesto” a nivel local²⁰³. La Demandada alega que la Demandante admitió que la Ley 42 es, en esencia, un “impuesto” cuando afirmó que el resultado de la Ley 42 “podía haberse alcanzado simplemente gravando a las compañías petroleras con un impuesto”²⁰⁴.

138. Los comentarios sobre el Artículo X en la Carta de Presentación del TBI de los Estados Unidos indican que “las cuestiones tributarias por lo general están excluidas de la cobertura del prototipo de TBI, ya que se supone que tales cuestiones quedan debidamente cubiertas por los tratados tributarios bilaterales” [Traducción del Tribunal]²⁰⁵. La

²⁰² Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 186-187, *en referencia a la* Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 195, 198.

²⁰³ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 181-190, *en referencia a* 2006 Alaska Sess. Laws Ch. 2, § 5 (codificada con enmiendas en ALASKA STAT. § 43.55.011(e)-(i) (2006)), **REX-74**; Oil and Gas Production Tax Status Report to the Legislature Alaska Department of Revenue (18 de enero de 2011), págs. 1-2, **REX-29**; Johnston, The Alaska Gas Pipeline Story - As it Stands Now, PETROLEUM ACCOUNTING AND FINANCIAL MANAGEMENT JOURNAL (2006), pág. 102, **REX-73**; Debunking Myths About ACES, Presentación por parte del Senador Bill Wielechowski (marzo de 2013), Diapositiva 16, **REX-119**; A. Weber, y otros (KPMG), Alaska’s Clear and Equitable Share (“ACES”) Production Tax and Available Credits (28 de febrero de 2011), págs. 1-2 (donde se cita H.R. 2001, 25th Leg. (Alaska 2007)), **REX-117**; Cannizzaro, *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention* (2011), pág. 145, **RLA-361**.

²⁰⁴ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 222, *en referencia al* Escrito de Demanda, párr. 143, Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 228.

²⁰⁵ Carta de Presentación del TBI de los Estados Unidos, **CEX-1**.

Demandada confirma que Ecuador y los EE. UU. no firmaron ningún tratado tributario bilateral²⁰⁶. La Demandada agrega que, aun si lo hubieran firmado, la variedad de cuestiones tributarias contempladas en el TBI—y excluidas del Artículo X—sería mucho más amplia que la de un tratado tributario²⁰⁷. La Demandada alega que mientras los TBI pueden cubrir los diversos efectos (directos e indirectos) de todas las medidas tributarias que violen las protecciones esenciales de los TBI, los tratados tributarios están diseñados para considerar una gama más limitada de impuestos, como la doble imposición tributaria y la evasión fiscal²⁰⁸. Esto queda demostrado, según la Demandada, con el hecho de que

la Carta de Presentación de los EE. UU. indica expresamente que las tres excepciones a la cláusula de exclusión tributaria del Artículo X “no están típicamente tratadas en los tratados tributarios”²⁰⁹. Las tres excepciones no serían necesarias si las “cuestiones tributarias” se limitaran a las que contemplan los tratados²¹⁰. Además, los tratados

²⁰⁶ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 60.

²⁰⁷ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párrs. 60-61, 66, *que hacen referencia a Park, Arbitrability and Tax, en: Mistelis and Brekoulakis (eds.), ARBITRABILITY: INTERNATIONAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVES* (2009), pág. 183, **CLA-151/RLA-32 (“Park”)**; párr. 70, *en referencia al Laudo de Occidental I*, párrs. 66-67, 72, 74, **CLA-21; Murphy III**, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, párr. 178, 13 de noviembre de 2013.

²⁰⁸ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párrs. 64-70, 69.

²⁰⁹ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 67.

²¹⁰ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 67.

tributarios suelen definir las clases específicas de impuestos a los que éstos se aplican, mientras que los TBI no contienen dicha definición²¹¹.

139. La Demandada alega que, al igual que los TBI, los tratados tributarios bilaterales enfatizan la naturaleza, en vez del rótulo u origen legislativo, de la medida en cuestión²¹². De esta forma, la Demandada argumenta que los tratados respaldan el criterio que adoptan los tribunales en los casos *EnCana*, *Duke Energy*, y *Burlington* de centrarse en los efectos de la medida, ya se trate o no de un impuesto²¹³. Como tal, la Demandada explica que, sin perjuicio de que se aprobó como reforma de la Ley de Hidrocarburos, la Ley 42 estaría dentro de la cobertura del típico tratado tributario, dado que impuso un gravamen sobre los ingresos provenientes de la venta de petróleo crudo²¹⁴. Alega que la clasificación de una medida en función del vocabulario de la legislación local como medida tributaria es irrelevante a los efectos de los tratados tributarios y los TBI²¹⁵.
140. La Demandada rechaza la afirmación de la Demandante de que sus pretensiones sobre trato justo y equitativo (“TJE”) y la cláusula paraguas no cuestionan, de manera directa, la promulgación o la

²¹¹ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 62.

²¹² Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párrs. 60, 71-82, *en referencia al* Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, **CEX-209**; Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación, Artículo 2, **CEX210**; párr. 74, *en referencia al* Laudo de *EnCana*, párr. 148, **CLA-79**, *Wälde and Kolo*, pág. 319, **CLA-150/RLA34**; párr. 75 y *ss.*; Segundo Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 49 (se omiten las citas).

²¹³ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párrs. 60, 62, 78-81.

²¹⁴ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 72.

²¹⁵ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párrs. 74, 76; Segundo Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 49.

validez de la Ley 42²¹⁶. La Demandada asevera que la Demandante no ha demostrado cómo es posible que la validez de una medida tributaria pueda ser una “cuestión tributaria” mientras que la aplicación de dicha medida tributaria no sería una “cuestión tributaria”²¹⁷²¹⁸. La Demandada se opone al argumento de la Demandante de que sus pretensiones sobre TJE y la cláusula paraguas se basan en la falta de indemnización por parte de Ecuador a causa del incumplimiento de las disposiciones

del Contrato de Participación, en vez de en la aplicación de la Ley 42²¹⁹. La Demandada alega que, en principio, la aplicación de una medida tributaria se relaciona con un derecho de indemnización, por lo que de nada sirve la distinción que traza la Demandante²²⁰.

B. Postura de la Demandante

141. La Demandante alega que el Artículo X se aplica sólo cuando la controversia abarca “cuestiones tributarias” y, dado que la Ley 42 no es un impuesto—ya sea bajo el derecho ecuatoriano o el derecho internacional—, no puede considerarse ésta como una “cuestión

²¹⁶ Segundo Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 50.

²¹⁷ Segundo Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 51, *en referencia al* Laudo de *EnCana*, párr.

²¹⁸, **CLA-79**; Laudo de *Duke Energy*, párrs. 70, 104, 121, 142, 177, **CLA-22**; Decisión sobre Jurisdicción en *Burlington*, párr. 168, **RLA-8**.

²¹⁹ Segundo Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 52.

²²⁰ Segundo Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 52.

tributaria” a los fines del Artículo X del TBI²²¹. Por lo tanto, el Tribunal tiene jurisdicción respecto de las pretensiones de la Demandante.

142. La Demandante alega que, conforme al Artículo 31(1) de la CVDT, el TBI debe interpretarse “conforme al sentido corriente” de sus términos y, a falta de una definición específica en el TBI, el término “cuestiones tributarias” no puede ampliarse para incluir cuestiones no contempladas en los respectivos regímenes tributarios de los Estados Contratantes²²². Dado que la Ley 42 se aprobó fuera del ámbito del régimen tributario ecuatoriano, no puede considerarse un impuesto en virtud de cualquier otra ley supuestamente aplicable²²³. Murphy alega que el TBI debe interpretarse “teniendo en cuenta su objeto y fin”, que es la promoción y la protección de las inversiones cubiertas²²⁴. Ningún interés por proteger la facultad del Estado de recaudar ingresos mediante impuestos puede primar sobre la clara redacción del TBI.

143. La Demandante explica que los casos *EnCana*, *Duke Energy*, *Occidental II* y *Burlington* pueden distinguirse y no respaldan la postura de la Demandada.

144. En primer lugar, la Demandante aclara que el caso *EnCana* se inició en virtud del TBI Canadá-Ecuador, no del TBI EE. UU.-Ecuador²²⁵. La

²²¹ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 189-190.

²²² Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 198; Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 375.

²²³ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 198.

²²⁴ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 199, 201, *donde se cita la CVDT*, Artículo 31(1); Declaración de Cierre de la Demandante, Diapositivas 123-125 (se omiten las citas).

²²⁵ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 207, *en referencia al Laudo de EnCana*, párr. 167 nota 119, **CLA-79**; *Wälde and Kolo*, **CLA-150/RLA-34**; *Park*, págs. 179, 199), **CLA-151/RLA-32**.

cuestión era si los reembolsos del IVA estaban excluidos por la exclusión tributaria. Si bien el TBI Canadá-Ecuador no define la expresión “medidas fiscales”, éste define “medidas” como “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”²²⁶. A la vista de esta amplia definición de “medidas”, el tribunal de *EnCana* resolvió que no había motivos para limitar la exclusión tributaria a “las disposiciones específicas de la ley que establece un impuesto”, sino que también debe incluir “todos aquellos aspectos del régimen tributario que determinan la cuantía del pago o reintegro de un impuesto”²²⁷. El tribunal decidió que el término “tributación” incluía impuestos indirectos como el IVA²²⁸. El tribunal indicó, asimismo, que “una medida será una medida fiscal si es parte del régimen de aplicación de un impuesto”²²⁹. Dado que la medida en cuestión en *EnCana* era parte del régimen tributario ecuatoriano, Murphy alega que *EnCana* no respalda el argumento de que el término “tributación” deba interpretarse en el sentido de que incluye leyes que no forman parte del régimen tributario ecuatoriano²³⁰.

²²⁶ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 208, *en referencia al* Laudo de *EnCana*, párr. 141, **CLA-79**.

²²⁷ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 209, *en referencia al* Laudo de *EnCana*, párr. 142(3), **CLA-79**.

²²⁸ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 210, *en referencia al* Laudo de *EnCana*, párr. 142(2), **CLA-79**.

²²⁹ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 210, *en referencia al* Laudo de *EnCana*, párr. 142(4), **CLA-79** (énfasis agregado por la Demandante); Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 105:10-12.

²³⁰ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 210, 215, *en referencia a las* Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 149-150.

145. En segundo lugar, la Demandante señala que *Duke Energy* no respalda la interpretación amplia de Ecuador del término “tributación”²³¹. El tribunal de *Duke Energy* consideró relevante el fallo del tribunal de *EnCana* y decidió que la medida en cuestión, una exención de los aranceles de aduana, constituía un impuesto²³². La medida estaba comprendida en el régimen tributario ecuatoriano, en tanto la Ley 42 no²³³.
146. En tercer lugar, la Demandante afirma que, si bien el tribunal en *Burlington* de manera acertada sostuvo que los tratados internacionales se rigen por el derecho internacional, no admitió que el derecho local es un “elemento clave” para establecer si una medida como la Ley 42 forma parte del régimen tributario de Ecuador²³⁴. Murphy asegura que el tribunal en *Burlington* no aplicó el test de *EnCana*, que se refiere a que “[l]a cuestión de si algo es o no una medida fiscal es, fundamentalmente, un tema de su aplicación legal y no de su efecto económico”²¹⁵. La Demandante afirma, además, que el tribunal de *Burlington* no admitió que no todos los pagos realizados a un Gobierno representan impuestos, aunque se aprueben por ley para fines supuestamente públicos²¹⁶. La Demandante alega que el tribunal

²³¹ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 213; Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 388.

²³² Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 213; Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 388.

²³³ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 213, *en referencia al* Laudo de *Duke Energy*, párr. 175.

²³⁴ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 219; Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre

de *Burlington* pasó por alto el título y los términos expresos de la Ley 42, que demuestran que se aprobó para aumentar las acciones de Ecuador en los contratos de participación²¹⁷.

147. En cuarto lugar, la Demandante señala que el tribunal de *Occidental II* resolvió que la Ley 42 no podía considerarse un impuesto en virtud del contrato de participación en cuestión²¹⁸. Señaló que “[a] los fines de caracterizar la Ley 42, es suficiente para el Tribunal concluir [...] que la participación de Ecuador en virtud de la Ley 42 ‘en los excedentes de los precios de venta de petróleo no pactados o no previstos’ no constituye una regalía, ni un impuesto, ni un gravamen ni ninguna otra medida tributaria en los términos del Contrato de Participación”²¹⁹.

148. La Demandante alega que, si bien no rige esta disputa, el derecho ecuatoriano “importa en cuanto cuestión de hecho”²²⁰. A tal efecto, Murphy afirma que está bien considerar el derecho ecuatoriano para caracterizar debidamente una medida como la Ley 42 a los fines de aplicar el Artículo X del

TBI²²¹. Esto, agrega la Demandante, es lo que hizo el tribunal de *EnCana* al resolver que la

Jurisdicción, párrs. 381-382.

²¹⁵ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 220, *en referencia al* Laudo de *EnCana*, párr. 142(4), **CLA-79** (Énfasis agregado por la Demandante); Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párrs. 383384; Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 105:5-9.

²¹⁶ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 221, 229.

²¹⁷ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 222.

²¹⁸ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 223; Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 391, *en referencia al* Laudo de *Occidental II*, párrs. 508-509, **CLA-117**.

²¹⁹ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 223; Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 391, *en referencia al* Laudo de *Occidental II*, párrs. 508-509, **CLA-117**.

²²⁰ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 231-232, *en referencia al* Escrito de Demanda, párrs. 218, 227-229, *Robert Jennings and Arthur Watts (eds.)*, OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW, Tomo 1, 9^o edición (1996), pág. 83 **CLA-7**; Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 359.

²²¹ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 233, 234-237, *en referencia al* Laudo de *EnCana*, párrs. 142(3), 142(4), **CLA-79**; Laudo de *Duke Energy*, párr. 175, **CLA-22**; *El Paso Energy International c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/15, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de abril de 2006, párrs. 103, 115, **CLA58** (“**Decisión sobre Jurisdicción en El Paso**”); *Enron Corporation y Ponderosa Assets LP c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de enero de 2004, párr. 65, **CLA-132** (“**Decisión sobre Jurisdicción en Enron**”); *Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company c. La República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/13, Decisión sobre Objeciones Preliminares, 27 de julio de 2006, párrs. 119, 137, **RLA-20** (“**Decisión sobre Objeciones Preliminares en Pan American**”); Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párrs. 359-360, 363-364.

expresión “medidas fiscales” cubría todos los aspectos relacionados con el IVA. Lo mismo hizo el tribunal de *Duke Energy* al concluir que la exención del pago de aranceles de aduana estaba dispuesta por ley y, por ende, formaba parte de la legislación en materia tributaria²³⁵. Estos dos tribunales no recurrieron al derecho internacional, o cualquier otra legislación que no fuese la ecuatoriana, para realizar dichas determinaciones.

149. La Demandante alega que la Ley 42 no es un impuesto conforme al derecho ecuatoriano o el Contrato de Participación porque no se aprobó a través de procedimientos aplicables a medidas tributarias, como ha

²³⁵ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 234-235, *en referencia al* Laudo de *EnCana*, párrs. 142(3), **CLA-79**; Laudo de *Duke Energy*, párr. 175, **CLA-22**.

sido reconocido por la Demandada²³⁶. Incluso la Procuraduría General de Ecuador supuestamente negó que la Ley 42 fuera un impuesto²³⁷. La Demandante asevera que la Demandada pudo haber promulgado la Ley 42 como un impuesto, pero no lo hizo a fin de eludir la cláusula de estabilidad económica del Contrato de Participación²³⁸. Además, la Demandante señala que Ecuador no promulgó la Ley 42 para atender un fin público, sino para presionar a las compañías petroleras para que modificaran sus contratos de participación a un acuerdo más favorable para Ecuador²³⁹.

150. Aunque admiten que los efectos económicos de la Ley 42 en el Contrato de Participación reflejan los de un impuesto, la Demandante reitera que la clasificación de una cierta medida como impuesto

²³⁶ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 215, 226-227, *en referencia a las Excepciones a la Jurisdicción*, párr. 161 (en el cual se afirma expresamente que “[l]a Ley 42 fue aprobada en Ecuador a través de un procedimiento *diferente al aplicable a las medidas tributarias* y, en consecuencia, *no es un impuesto para los fines de las leyes ecuatorianas o el Contrato de Participación*”) (énfasis agregado por la Demandante); Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs. 90, 144. Véase, asimismo, Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 70:8-20. Véase Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 105:2225; Declaración de Apertura de la Demandante, Diapositivas 145-147, *en referencia a la Resolución del Tribunal Constitucional N.º 0008-2006-TC* (10 de abril de 2006), pág. 18, **CEX-231**; Declaración de Cierre de la Demandante, Diapositivas 127-131 (se omiten las citas).

²³⁷ Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 70:8-20. Véase Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 105:22-25; Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 144; Declaración de Apertura de la Demandante, Diapositivas 145-147, *en referencia a la Resolución del Tribunal*

Constitucional N.º 0008-2006-TC (10 de abril de 2006), pág. 18, **CEX-231**; Laudo de *Occidental II*, párr. 490, **CLA-117**; Excepciones a la Jurisdicción, párr. 161, **RLA-11**; Declaración de Cierre de la Demandante, Diapositivas 127-131 (se omiten las citas).

²³⁸ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 228, *en referencia al Escrito de Demanda*, párr. 143, Contrato de Participación, Cláusula 8.6, **CEX-36**; Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 70:14-20.

²³⁹ Segundo Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 41, *en referencia a la Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad en Perenco*, párr. 606, **CLA-329/RLA-452**.

depende de su aplicación legal, no de su efecto económico²⁴⁰. La Demandante señala que no podría considerarse que la Ley 42 grava los ingresos reales, mucho menos los inesperados, o que presenta los elementos “esenciales” de un impuesto²²⁸.

151. La Demandante alega que la Ley 42 se puede comparar con la Ley de Equidad Tributaria, la cual constituye legislación en materia tributaria, que forma parte del régimen tributario ecuatoriano²²⁹. La diferencia entre una y otra es que la Ley 42 no forma ni formó parte del régimen tributario de Ecuador²³⁰. La Ley de Equidad Tributaria “*fue aprobada de acuerdo con los procedimientos para medidas tributarias*”²³¹ e indica expresamente que “crea” un “impuesto a los ingresos extraordinarios”²³². La Demandante disiente con la afirmación de la Demandada de que la Ley de Equidad Tributaria sustituye o es una continuación natural de la Ley 42. Esto se contradice, según la Demandante, con el hecho de que la Ley 42 aún permanece en vigencia²³³.
152. Además, la Demandante asevera que la promulgación de la Ley 42 como supuesta medida de “naturaleza económica urgente” carece de relevancia respecto del hecho de que sea o no un impuesto²³⁴.
153. Aun si la Ley 42 fuese un impuesto, la Demandante afirma que el Artículo X(2) sólo se activa si las pretensiones de la Demandante “suscitan” “cuestiones tributarias”²³⁵. Para ello, Ecuador alega que las pretensiones de Murphy “se relacionan con la legalidad de la Ley 42 según el Tratado”²³⁶. La Demandante asegura no cuestionar la Ley 42

²⁴⁰ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 229, *en referencia al Laudo de EnCana*, párr. 142(4),

en sí y que sus pretensiones no cuestionan la promulgación de la Ley 42²³⁷, la condición de la Ley 42 en virtud del derecho ecuatoriano o

CLA-79.

²²⁸ Segundo Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párr. 41, *en referencia al Informe Pericial de Mejía Salazar*, párr. 57.

²²⁹ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 239.

²³⁰ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 240.

²³¹ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 239, *en referencia a las Excepciones a la Jurisdicción*, párr. 162.

²³² Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 239, *en referencia a la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria*, publicada en el *Registro Oficial* N.º 242 (Suplemento) (29 de diciembre de 2007), Capítulo II, **CEX-108**.

²³³ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 239, *en referencia a la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria*, publicada en el *Registro Oficial* N.º 242 (Suplemento) (29 de diciembre de 2007), **CEX-108**; Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 397.

²³⁴ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 395.

²³⁵ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 402.

²³⁶ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 257.

²³⁷ No obstante, adviértase que la Demandante alega que fue la *aplicación* de la Ley 42 la que violó las disposiciones del Tratado y le ocasionó daños. Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs.

internacional, o las facultades tributarias de Ecuador ²⁴¹²⁴². Al contrario, la Demandante alega que lo que cuestiona es la aplicación de la Ley 42 al Contrato de Participación ²⁴³. En concreto, la Demandante aduce que la aplicación por parte de Ecuador de la Ley 42

²⁴¹ -96.

²⁴² Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 404; Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs. 90, 93.

²⁴³ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs. 93-96, *en referencia a la Decisión sobre Jurisdicción en Burlington*, párrs. 168, 176, **RLA-8**; Laudo de *EnCana*, párr. 149, **CLA-79**.

violó las garantías y protecciones contempladas en el Contrato de Participación, entre ellas:

la titularidad exclusiva de la participación del Consorcio (cláusula 3.3.5) y su derecho a venderla a precios de mercado (cláusula 10.1); la fórmula específica que acordaron las Partes, que excluye deliberadamente el precio del petróleo del cálculo de la respectiva porción de cada Parte, que se basa exclusivamente en los volúmenes de producción (cláusula 8.1 a 8.5); la estabilidad legal prevista en la cláusula 22.1 en consonancia con el artículo 7.18 del Código Civil ecuatoriano; la prohibición de modificaciones unilaterales establecida en la cláusula 15.2; y, subsidiariamente, la necesidad de preservar la estabilidad económica del contrato prevista en las cláusulas 8.6 y 11.11²⁴⁴.

154. La Demandante señala que el tribunal en *Burlington* concluyó que una pretensión relativa a la falta de indemnización por los efectos de la Ley 42 no constituía un cuestionamiento a la ley en sí²⁴⁵.
155. La Demandante confirma que Ecuador no suscribió un tratado tributario bilateral con los Estados Unidos²⁴⁶. La Demandante agrega que los tratados tributarios bilaterales o los acuerdos de doble imposición tributaria entre Ecuador y otros Estados no tratan sobre cuestiones tributarias generales, sino que atienden temas específicos relacionados con prácticas para evitar la doble imposición tributaria y prevenir la evasión fiscal²⁴⁷. En cualquier caso, la Demandante alega

²⁴⁴ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 94.

²⁴⁵ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 95, *en referencia a la* Decisión sobre Jurisdicción en *Burlington*, párr. 168, 176, **RLA-8**.

²⁴⁶ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 88.

²⁴⁷ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 89.

que aun si hubiese un tratado tributario bilateral entre Ecuador y los Estados Unidos, no sería relevante porque las pretensiones de Murphy en el presente arbitraje no se refieren a “cuestiones tributarias”²⁴⁸. Esto se debe a que la Ley 42 no se promulgó dentro del régimen tributario ecuatoriano y las pretensiones de Murphy no cuestionan directamente la validez o legalidad de la Ley 42²⁴⁹.

C. Análisis del Tribunal

156. El Artículo X del Tratado en su totalidad establece lo siguiente:

- (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 no 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

²⁴⁸ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 90.

²⁴⁹ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 90.

suscitado de conformidad con dichas disposiciones y no se hayan resuelto en un plazo razonable²⁵⁰.

157. El Artículo X es una cláusula de exclusión tributaria similar a otras tantas incluidas en tratados bilaterales de inversión. Excluye de la supervisión internacional las facultades de los Estados Contratantes de legislar los impuestos. La cuestión ante este Tribunal es si la Ley 42 se considera una “cuestión tributaria” en virtud del Artículo X del Tratado. En ese caso, este Tribunal no tendría jurisdicción respecto de las pretensiones de la Demandante, a menos que una de las tres excepciones del Artículo X(2) se aplicara. El principal punto de disenso entre las Partes es hasta qué punto la caracterización local de la Ley 42—es decir, que sea una modificación de la Ley de Hidrocarburos, no de una ley tributaria— debe tomarse en cuenta al decidir si la Ley 42 es o no una “cuestión tributaria” a los fines del Artículo X del Tratado. La Demandante afirma que la caracterización local de la Ley 42 es relevante, mientras que la Demandada dice que no.
158. El Tratado no define los términos “cuestiones tributarias” o “tributación”. Dado que se trata de un instrumento de derecho internacional, el término debe interpretarse de conformidad con el derecho internacional. El Artículo 31(1) de la CVDT establece que: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su

²⁵⁰ Excepciones a la Jurisdicción, párr. 128, *en referencia al* TBI EE.UU.-Ecuador, Artículo X(2), **CEX-1**.

objeto y fin”. El Artículo 31(1) contiene principios separados que han de aplicarse de forma simultánea: la interpretación de buena fe, el uso del sentido corriente y el hecho de que el sentido corriente no debe determinarse de forma abstracta sino en contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado²⁵¹.

Significado ordinario

159. Pasando a considerar, en primer lugar, el *sentido corriente*, el Tribunal advierte que ambas Partes aceptan la observación del tribunal de *EnCana* de que una “ley tributaria” es aquella que impone a determinados grupos de personas la carga de pagar dinero al Estado para el beneficio público. También es indiscutible que “impuesto” significa un gravamen obligatorio impuesto por el gobierno con fines públicos, sin ningún beneficio directo para el contribuyente. Dicha definición incluye un elemento adicional de que no exista beneficio directo alguno para el contribuyente, que este Tribunal acepta como parte del sentido corriente. Teniendo en cuenta los elementos esenciales del impuesto que identifican las Partes y otros tribunales,

²⁵¹ *Villiger*, COMMENTARY ON THE 1969 VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES (2009), págs. 425-428 (“*Villiger*”); *Arthur Watts (ed.)*, THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION 1949-1998., Vol. Two: The Treaties, Part 2, Commentary to Art. 27 (2010), pág. 687; *Dörr and Schmalenbach (eds)*, VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES: A COMMENTARY (2012), pág. 541 *en referencia al* Final Draft Commentary to Art. 27, 221, párr. 12 (“*Dörr y Schmalenbach*”).

este Tribunal considera que el sentido corriente del término “cuestión tributaria” es una cuestión relacionada con la imposición a ciertos grupos de personas de una carga de pagar dinero al Estado para beneficio público y sin ningún tipo de beneficio directo para el contribuyente.

Contexto del Tratado

160. A continuación, el Tribunal analizará el *contexto* para lo cual debe interpretar el término “cuestiones tributarias”. “Contexto” incluye los otros términos del Artículo X y el resto del Tratado²⁵².
161. La primera cláusula del Artículo X insta a cada Estado Contratante, *en lo relativo a sus normas tributarias*, a esforzarse por actuar justa y equitativamente en el trato de las inversiones de los nacionales y las sociedades del otro Estado. Después de esta petición, se establece la exclusión de cuestiones tributarias de las disposiciones sobre la solución de diferencias del Tratado. El Tribunal determina que la referencia a las “normas tributarias” de los Estados Contratantes en el Artículo X(1) se refiere a la cuestión que consiste en determinar si la caracterización local de una medida debe considerarse en la interpretación del término “cuestiones tributarias”. El Artículo X(1) proporciona el contexto conforme al cual el Artículo X(2) debería ser interpretado. El régimen tributario local de un Estado es la manifestación de sus normas tributarias. Cuando el

²⁵² Villiger, pág. 427; Dörr y Schmalenbach, pág. 543.

Tribunal interpreta el término “cuestiones tributarias” conforme al Artículo X(2), debe tomar en cuenta que el régimen tributario local es la manifestación legislativa y regulatoria de sus normas tributarias. Aunque la caracterización local de una ley no determina el contexto del tratado, es un fuerte indicio de cómo debe caracterizarse la ley. El tribunal sería negligente si, al interpretar el Artículo X(2) del Tratado, hiciera caso omiso de la caracterización de la medida en el régimen tributario local.

162. El último párrafo del Artículo X alude a un “Convenio para evitar la doble imposición tributaria concertado entre las dos Partes”. Según los comentarios en la Carta de Presentación de los Estados Unidos, las “cuestiones tributarias” suelen excluirse de la cobertura del prototipo de TBI ya que se supone que las “cuestiones tributarias” ya que se supone que tales cuestiones quedan debidamente cubiertas por los tratados. Esto sugiere que el contenido de los tratados tributarios bilaterales sirve para la interpretación de las “cuestiones tributarias”. También indica que “por lo general, dos de las tres disposiciones tributarias y de tributación expropiatoria contenidas en una autorización o un convenio relativo a inversiones no se incluyen en los tratados tributarios” [Traducción del Tribunal]. Esto da a entender que hay “disposiciones tributarias y de tributación” que no suelen incluirse en los tratados tributarios bilaterales pero que podrían considerarse “cuestiones tributarias” conforme al Tratado.
163. Ecuador y los EE. UU. no firmaron ningún tratado tributario bilateral. Las Partes están de acuerdo en que la mayoría de los tratados tributarios

bilaterales, por lo general, cubren cuestiones de doble imposición o evasión fiscal. Mientras la Demandante afirma que los tratados tributarios bilaterales suelen limitarse a estas categorías puntuales de cuestiones tributarias²⁵³, la Demandada alega que, si bien generalmente incluyen una lista de leyes tributarias específicas, esas listas no son exhaustivas, y también se contemplan medidas más generales relacionadas con los impuestos a las ganancias y al capital²⁵⁴.

164. El Tribunal concluye que la referencia a un tratado tributario bilateral en el Artículo X no es concluyente a los fines de facilitar la interpretación de “cuestiones tributarias”. Los tratados tributarios bilaterales normalmente tratan sobre cuestiones de doble imposición y evasión fiscal.

Sin embargo, hay otras cuestiones que pueden considerarse tributarias y no están contempladas en los tratados tributarios bilaterales.

Objeto y fin del Tratado

165. Por último, el Tribunal analizará la importancia del objeto y fin del Tratado para la interpretación de la expresión “cuestiones tributarias”. En términos generales, el objeto y fin del Tratado es promover una mayor cooperación económica entre las partes y las inversiones hechas por nacionales de una parte en el territorio de la otra²⁵⁵. El fin concreto del Artículo X es preservar la soberanía de los Estados en relación con su facultad de gravar impuestos en su territorio. La mayoría de los

²⁵³ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs. 88-89.

²⁵⁴ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 71.

²⁵⁵ Tratado entre Estados Unidos y Ecuador, Preámbulo, **CEX-1**.

gobiernos consideran que estas facultades constituyen un elemento central de la soberanía. En consecuencia, si bien pueden estar dispuestos a aceptar disciplina internacional por la conducta de un Estado, se rehúsan a aceptar dicha supervisión con respecto a sus facultades tributarias. Esto llevó a muchos Estados parte de tratados modernos sobre inversiones a excluir la tributación del ámbito del tratado o a limitar la aplicación del tratado a determinados tipos de impuestos²⁵⁶.

166. El Tribunal concluye que, para poder evaluar si se quiso excluir una medida de la competencia de un tribunal internacional porque se relaciona con el poder soberano de tributación de un Estado, el Tribunal debe determinar si la medida se encuentra dentro del régimen tributario local de dicho Estado.
167. Las Partes están de acuerdo en que la Ley 42 no se promulgó conforme a las leyes ecuatorianas en materia tributaria²⁵⁷. Por el contrario, fue una reforma de la Ley de Hidrocarburos²⁵⁸. La Ley 42 se promulgó de conformidad con el Artículo 155 de la Constitución Ecuatoriana que faculta al Presidente a presentar al Congreso anteproyectos de leyes de emergencia sobre cuestiones económicas, los cuales se aprobarán, se modificarán o se prorrogarán en un plazo de 30 días a partir de la presentación al poder legislativo, o bien se aprobarán tal como se presentaron. La Ley 42 reformó la Ley de Hidrocarburos mediante modificaciones e introducción de nuevas normas.

²⁵⁶ *Abba Kolo*, Tax “Veto” as a Special Jurisdictional and Substantive Issue in Investor-State Arbitration: Need for Reassessment?, 32 SUFFOLK TRANSAT’L L. REV. 475, 475 (2009), **RLA-33**; Excepciones a la Jurisdicción, párr. 138.

²⁵⁷ Excepciones a la Jurisdicción, párr. 161; Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 143.

²⁵⁸ Informe Pericial de Cordero, abril de 2014, párrs. 12-13.

El Artículo 1 reemplazó al Artículo 44 y el Artículo 2 insertó un artículo sin número después del Artículo 55²⁵⁹. En cambio, el Artículo 147 de la Constitución Ecuatoriana se aplica a la creación, modificación o eliminación de leyes tributarias. Establece que sólo el Presidente puede presentar anteproyectos de leyes al Congreso.

168. Al momento de la promulgación de la Ley 42, altos funcionarios del Gobierno dijeron que no era un impuesto. El día 12 de julio de 2006, el entonces Procurador del Estado, el Dr. José María Borja Gallegos, declaró ante el Tribunal Constitucional de Ecuador que:

[e]l afirmar que “Todos los elementos de un tributo se encuentran sin dificultad en el Art. 2 de la Ley Reformativa” es totalmente irracional [...]. En el presente caso fluye meridianamente que la [Ley 42] no es una ley tributaria, tanto porque carece de los elementos constitutivos de una ley tributaria, como porque dado su carácter de reformativa de una ley principal, sigue la suerte de ésta, y la Ley de Hidrocarburos no es de ninguna manera una ley tributaria”²⁶⁰.

169. El actual Procurador del Estado, el Dr. Diego García Carrión, también declaró ante el Tribunal Constitucional de Ecuador el día 12 de julio

²⁵⁹ Véase párr. 83 *supra*. El Artículo 44 de la Ley de Hidrocarburos se modificó con el objeto de facultar al Estado para recibir de las compañías petroleras con contratos de participación lo que se denominaba “participación en los excedentes de los precios de venta de petróleo”. La Ley 42 también enmendó el Artículo 55 de la Ley de Hidrocarburos, a fin de otorgar al Estado una participación de, al menos, el 50% de los “ingresos extraordinarios” derivados de la diferencia de precio entre el precio del petróleo entonces vigente y el precio del petróleo vigente a la fecha de celebración de los contratos de participación, multiplicada por la cantidad de barriles de petróleo.

²⁶⁰ Expediente N.º 0008-2006-TC del Tribunal Constitucional, págs. 39-40, **CEX-231**.

de 2006 que la Ley 42 “no es una Ley Tributaria, ni crea ni modifica impuesto o tributo alguno”²⁶¹.

170. El hecho de que la Ley 42 no forme parte del régimen tributario ecuatoriano surge también de la diferencia entre su promulgación y la de la Ley de Equidad Tributaria. Esta última se promulgó de acuerdo con un capítulo del Código Tributario Ecuatoriano y formó parte de una reforma más amplia del sistema tributario nacional de Ecuador²⁶². Dispone explícitamente que “crea” un “impuesto a los ingresos extraordinarios”²⁶³.
171. Las Partes citaron diversas decisiones de tribunales constituidos al amparo de tratados de inversiones que han analizado si las medidas adoptadas por Ecuador, incluso la Ley 42, debían considerarse medidas tributarias conforme al derecho ecuatoriano o al derecho internacional.
172. Uno de estos casos es *EnCana*, que se inició en el mes de marzo de 2003 en virtud del TBI Canadá-Ecuador. El Artículo XII(1) de dicho tratado dispone que “nada en este Convenio será aplicable a medidas fiscales”. Aunque el tratado no define el término “tributación” o “medidas fiscales”, brinda una definición amplia de “medida” en el sentido de que incluye “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”.

²⁶¹ Expediente N.º 0008-2006-TC del Tribunal Constitucional, pág. 18, **CEX-231**.

²⁶² Ley Reformativa para la Equidad Tributaria, publicada en el *Registro Oficial* N.º 242 (Suplemento) (29 de diciembre de 2007), **CEX-108**; Excepciones a la Jurisdicción de la Demandada, párr. 162; Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 239; Informe Pericial de Cordero, abril de 2014, párrs. 36-39.

²⁶³ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 239, *en referencia a la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria*, publicada en el *Registro Oficial* N.º 242 (Suplemento) (29 de diciembre de 2007), Capítulo II, **CEX108**.

173. El caso *EnCana* trataba sobre reclamos de devoluciones de IVA resultantes de contratos para la exploración y explotación de reservas de petróleo y gas de Ecuador²⁶⁴. La demandante impugnó una serie de medidas adoptadas por las autoridades fiscales ecuatorianas que tenían por objeto denegar créditos y reintegros tributarios a las compañías petroleras²⁶⁵. La demandada alegó que la reclamación estaba inextricablemente vinculada a una “medida fiscal” y, por consiguiente, excluida del ámbito de las disposiciones sobre solución de diferencias del TBI (excepto en lo que respecta a expropiación)²⁶⁶. El tribunal estuvo de acuerdo.

174. El tribunal sostuvo que al término “medidas fiscales” debería atribuírsele su significado normal en el contexto del convenio. Planteó las siguientes observaciones:

- (1) Es inherente a la naturaleza de un impuesto el ser dispuesto en virtud de ley. [...] el Tribunal no es una instancia de apelación de asuntos tributarios ecuatorianos, y en la medida de que un asunto esté claramente conectado a una ley o reglamento fiscal (o a un procedimiento, requisito o práctica de las autoridades tributarias, basándose supuestamente en dicha ley o reglamento), será claramente un tema que deba entender el Poder Judicial del Estado anfitrión.
- (2) No existe ningún motivo para limitar el concepto “fiscal” a la fiscalidad directa. [...] Por consiguiente, están incluidos los impuestos indirectos, como el IVA.

²⁶⁴ Laudo de *EnCana*, párr. 23, **CLA-79**.

²⁶⁵ Laudo de *EnCana*, párr. 23, **CLA-79**.

²⁶⁶ Laudo de *EnCana*, párr. 133, **CLA-79**.

- (3) Habiendo considerado el alcance del concepto definido “medida”, no existen motivos para limitar el Artículo XII(1) a las disposiciones específicas de la ley que establece un impuesto. En todos aquellos aspectos del régimen tributario que determinan la cuantía del pago o reintegro de un impuesto, son parte de la noción de “medidas fiscales”. Así, el concepto abarca las deducciones, desgravaciones o devoluciones fiscales.
- (4) La cuestión de si algo es o no una medida fiscal es, fundamentalmente, un tema de su aplicación legal y no de su efecto económico. Una ley tributaria es aquella que se impone a determinados grupos de personas la carga de pagar dinero al Estado para el beneficio público. Las repercusiones económicas o los efectos de las medidas fiscales pueden ser poco claros y discutibles; no obstante, una medida será una medida fiscal si es parte del régimen de aplicación de un impuesto [...] ²⁶⁷.

175. Cuando interpretó la disposición de exención tributaria del TBI Canadá-Ecuador, el tribunal de *EnCana* analizó el régimen legal tributario local de Ecuador ²⁶⁸. De dicho análisis claramente surgía que, a diferencia de la Ley 42, las medidas impugnadas en *EnCana* formaban parte del régimen tributario ecuatoriano. La cuestión que debía resolver el tribunal de *EnCana* era si el término “medidas fiscales” era lo suficientemente amplio como para incluir los impuestos indirectos. Era indiscutible que las medidas se promulgaron dentro del régimen tributario; los funcionarios tributarios impusieron una serie de medidas a la demandante ²⁶⁹. El tribunal resolvió que “todos aquellos

²⁶⁷ Laudo de *EnCana*, párrs. 141-142, **CLA-79**.

²⁶⁸ Laudo de *EnCana*, párrs. 146-150, **CLA-79**.

²⁶⁹ Laudo de *EnCana*, párrs. 41-57, 146, **CLA-79**.

aspectos del régimen tributario que determinan la cuantía del pago o reintegro de un impuesto, son parte de la noción de ‘medidas fiscales’”. Es por eso que hay una diferencia importante entre la cuestión ante el tribunal de *EnCana* y la cuestión ante este Tribunal. Este Tribunal debe determinar si una medida constituye una cuestión tributaria conforme al Artículo X, a pesar de que no se promulgó como un impuesto o de algún otro modo como parte del régimen tributario nacional.

176. Los casos *Occidental Exploration y Production Company c. República del Ecuador* (“*Occidental I*”) ²⁷⁰ y *Duke Energy* también estaban relacionados con medidas promulgadas dentro del régimen tributario ecuatoriano. Las medidas en cuestión en *Occidental I* eran las mismas que las de *EnCana*—reintegros de IVA—mientras que en *Duke Energy* se cuestionaban las exenciones del pago de aranceles aduaneros ²⁷¹. Por lo tanto, estos casos son de poca ayuda aquí dado que, a diferencia de las medidas en cuestión en ellos, la Ley 42 se promulgó fuera del ámbito del régimen tributario ecuatoriano. Lo que llama la atención, sin embargo, es que, en ambos casos, al igual que en *EnCana*, los tribunales analizaron el régimen tributario local al evaluar si la medida estaba comprendida dentro de la cláusula de exclusión tributaria del tratado.

177. El tribunal de *Burlington* fue el primero en determinar si la Ley 42 constituía una “cuestión tributaria” en virtud del Artículo X(2) del Tratado EE. UU-Ecuador. El tribunal consideró—tal como habían presupuesto las partes—que sólo podían existir “cuestiones tributarias”

²⁷⁰ *Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, Caso LCIA N.º UN 3467.

²⁷¹ Laudo de *Duke Energy*, párrs. 173-175, **CLA-22**; Laudo de *Occidental I*, párr. 37(b), **CLA-21**.

conforme al Artículo X si había un impuesto en los términos de dicha disposición²⁷². En consecuencia, el tribunal analizó si la Ley 42 era un impuesto a los efectos del Artículo X del Tratado. En su Decisión sobre Jurisdicción de fecha 2 de junio de 2010, el tribunal sostuvo que la cuestión de si la Ley 42 constituía un impuesto a los fines del Artículo X del Tratado era una cuestión de derecho internacional, no de derecho ecuatoriano:

[...] 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.

Por lo tanto, a efectos de la jurisdicción, el Tribunal sólo necesita decidir si la Ley 42 es un impuesto a efectos del Artículo X del Tratado y a la luz del derecho internacional. En otras palabras, no tiene sentido que el Tribunal resuelva en esta etapa del procedimiento la cuestión de si la Ley 42 es un impuesto bajo el derecho ecuatoriano²⁷³.

178. El tribunal de *Burlington* aplicó la definición de impuesto de *EnCana* y *Duke Energy*, es decir, que la medida constituye un impuesto si se cumplen los siguientes cuatro requisitos: (1) hay una ley, (2) que impone a determinados grupos de personas una carga, (3) de pagar dinero al Estado, (4) para el beneficio público²⁷⁰. El tribunal afirmó que, según esta definición, la Ley 42 constituía un impuesto a los fines del Artículo X del Tratado²⁷⁴. Luego analizó si las pretensiones de *Burlington* “suscitaban” cuestiones tributarias dentro de la definición

²⁷² Decisión sobre Jurisdicción en *Burlington*, párr. 159, **RLA-8**.

²⁷³ Decisión sobre Jurisdicción en *Burlington*, párrs.

162-163, **RLA-8**. ²⁷⁰ Decisión sobre Jurisdicción en *Burlington*, párr. 165, **RLA-8**.

²⁷⁴ Decisión sobre Jurisdicción en *Burlington*, párrs. 165-166, **RLA-8**.

del Tratado. Las partes habían coincidido en que una controversia “suscita ‘cuestiones tributarias’ siempre que un inversor impugna la validez o el cumplimiento de un impuesto”²⁷⁵. El tribunal concluyó que algunas de las pretensiones de la demandante impugnaban la validez o el cumplimiento de la Ley 42 y, en consecuencia, estaban excluidas de la jurisdicción del tribunal, mientras que otras no y por ello recaían dentro de su jurisdicción²⁷⁶.

179. El tribunal que intervino en *Occidental II* constituido en virtud del Tratado EE. UU.-Ecuador, analizó si la Ley 42 estaba correctamente caracterizada como un impuesto. Preguntó si la Ley 42

era: “¿un impuesto, una regalía, un gravamen o, en términos más generales, una “cuestión tributaria” [u] otra cosa?”²⁷⁷.

180. El tribunal de *Occidental II* advirtió que, en la audiencia sobre el *quantum*, Ecuador alegó, por primera vez, que la Ley 42 era una “cuestión tributaria” a los fines del Artículo X del Tratado. En la misma audiencia, Ecuador también había afirmado que la Ley 42 no constituía un impuesto:

488. Existe también un motivo procesal por el cual el Tribunal debe caracterizar a la Ley 42. Durante la Audiencia sobre el *quantum*, la Demandada, por primera vez en el presente arbitraje, reclamó que “la cuestión de la Ley 42 se excluye por completo de la jurisdicción del Tribunal Arbitral con arreglo al Artículo 10 de[l] Tratado”. En efecto, la

²⁷⁵ Decisión sobre Jurisdicción en *Burlington*, párr. 168, **RLA-8**.

²⁷⁶ Decisión sobre Jurisdicción en *Burlington*, párrs. 177, 178-216, **RLA-8**.

²⁷⁷ Laudo de *Occidental II*, párr. 487, **CLA-117**.

Demandada adoptaba ahora la postura de que la Ley 42 era una “cuestión tributaria”.

489. 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.

490. El Tribunal también recuerda que, durante la Audiencia sobre el quantum, la Demandada sostuvo categóricamente que la Ley 42 “no es un impuesto”. En palabras de los abogados de Ecuador:

“[En] el Ecuador [...] para que se pueda crear un impuesto, que se puede imponer a los ciudadanos, hay que seguir ciertos procedimientos en la Constitución. Aquí, esta Ley 42, fue emitida en función de un procedimiento distinto. Así que no puede considerarse un impuesto”.

181. El tribunal de *Occidental II* resolvió que la Ley 42 no era un impuesto:

495. El Tribunal [...] concuerda con la Demandada en que la Ley 42 no es un impuesto. Como ya fue mencionado, dicha caracterización es contraria al texto claro de la Ley 42 y, en todo caso, tal como resaltó la Demandada, no fue “creada” de conformidad con la Constitución ecuatoriana.

182. El tribunal caracterizó la Ley 42 como “una decisión unilateral del Congreso Ecuatoriano para asignar al Estado Ecuatoriano un porcentaje definido de los ingresos obtenidos por compañías contratistas que, como OEPC, son titulares de un contrato de participación”²⁷⁸. Si bien es claro que el tribunal de *Occidental II* no

²⁷⁸ *Laudo de Occidental II*, párr. 510, CLA-117.

consideró que la Ley 42 fuera un impuesto en virtud del derecho ecuatoriano, el tribunal tampoco aclaró explícitamente si la consideraba una “cuestión tributaria” en los términos del Tratado. El tribunal concluyó que la demandante estaba dentro del alcance de la excepción de “acuerdo en materia de inversión” del Artículo X(2)(c) de la cláusula de exclusión tributaria del Tratado.

183. En cambio, el tribunal en *Perenco Ecuador Limited c. La República del Ecuador (“Perenco”)*²⁷⁹, constituido en virtud del TBI Francia-Ecuador, concluyó que la Ley 42 era un impuesto conforme al derecho ecuatoriano (y, de esa manera, invocó las cláusulas de modificación tributaria de los contratos subyacentes). Ese tribunal resolvió que, aunque la prueba apunta[ba] en ambos sentidos, en resumen, con respecto a “su efecto económico, el hecho de que obligaba el pago de dinero al Estado de conformidad con una fórmula determinada, y la definición contemporánea de Perenco de la Ley 42 como un tributo sobre el que aplicaban las cláusulas de modificación tributaria de los Contratos, el Tribunal consider[ó] que la Ley 42 deb[ía] ser tratada como una medida tributaria”²⁸⁰.

184. Un elemento que ponderaba en favor de la conclusión del tribunal en este caso fue el hecho de que la demandante, Perenco Ecuador Limited, había caracterizado la Ley 42 como un impuesto al momento de su promulgación. Ese elemento no está presente en este caso. Ni Murphy, Murphy Ecuador, ni los demás miembros del Consorcio caracterizaron, de manera contemporánea, la Ley 42 como un impuesto. Al contrario,

²⁷⁹ Perenco Ecuador Limited c. La República del Ecuador, Caso CIADI N.º ARB/08/6.

²⁸⁰ Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad en *Perenco*, párrs. 376-377.

consideraron que la Ley 42 no era un impuesto al momento de su promulgación, lo que explica por qué nunca invocaron la cláusula 8.6 (estabilidad económica) u 11.11 (modificación del régimen tributario y la participación laboral) del Contrato de Participación²⁸¹.

185. Por los motivos expuestos en los párrafos 167 a 170 *supra*, este Tribunal concluye que la Ley 42 no constituyó un impuesto en el marco del derecho ecuatoriano. El Tribunal considera que, si bien la caracterización local de una medida no es determinante en el derecho internacional, brinda un claro indicio de la correcta caracterización de la medida.
186. La Demandada alega que, aunque la Ley 42 no se promulgó como legislación tributaria propiamente dicha, tenía todas las características conceptuales de un impuesto, a saber: (1) la prestación en dinero exigida unilateralmente por el Estado, (2) para obtener recursos y solventar el gasto público, (3) en ejercicio de su poder de imperio, exigidas incluso coactivamente, y (4) en virtud de la Ley²⁸². Y agrega que por eso debe considerarse una “cuestión tributaria” a los fines del Tratado.
187. La Demandante se ampara en los lineamientos para la definición de “impuesto” que ofrece el tribunal de *EnCana*, es decir, una medida que impone a determinados grupos personas una carga de pagar dinero al Estado para el beneficio público. Alega que la Ley 42 supera el test de *EnCana* porque creó una carga fija—llamada “participación

²⁸¹ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 145.

²⁸² Informe Pericial de Cordero, abril de 2014, párrs. 17, 19-22.

adicional”—sobre los ingresos extraordinarios provenientes de la venta de petróleo²⁸³. La participación adicional fue reglamentaria y se aplicó a un determinado grupo de personas²⁸⁴. Se cobró con carácter obligatorio y se transfirió al tesoro de Ecuador²⁸⁵. El objeto era “promover el bienestar general al permitir a la República [...] proveer a su pueblo el beneficio del incremento sin precedentes en los precios del petróleo”²⁸⁶.

188. El Tribunal concuerda que, aunque es claro que la Ley 42 se promulgó fuera del marco del régimen tributario ecuatoriano, es necesario evaluar si puede, sin embargo, considerarse una cuestión tributaria en el derecho internacional a los fines del Artículo X(2). Para ello, el Tribunal analizará su aplicación legal²⁸⁷.
189. La Ley 42 operaba de modo similar a un impuesto en el sentido de que imponía cargas económicas (50% y, luego, 99% de participación adicional) a un grupo de personas (contratistas con contratos de participación para la exploración y explotación de petróleo en Ecuador) de pagar dinero al Estado, aparentemente para fines públicos (asignar a los ciudadanos una mayor cuota de los ingresos derivados de los recursos naturales del país mediante el gasto público) sin ningún tipo de beneficio directo para el contribuyente. La Ley 42 y la posterior Ley de Equidad Tributaria tuvieron efectos similares.

²⁸³ Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 155-156.

²⁸⁴ Excepciones a la Jurisdicción, párr. 156.

²⁸⁵ Excepciones a la Jurisdicción, párr. 156.

²⁸⁶ Excepciones a la Jurisdicción, párr. 158.

²⁸⁷ Laudo de *EnCana*, párr. 142(4), **CLA-79**.

190. A pesar de estas similitudes, el Tribunal sostiene que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, la caracterización más precisa de la aplicación de la Ley 42 es que no fue un impuesto, o una cuestión tributaria en el derecho internacional, sino un cambio unilateral por parte del Estado de

los términos de los contratos de participación que se regían por la Ley de Hidrocarburos²⁸⁸²⁸⁹. El objeto de la ley era reformar ciertos contratos relativos al petróleo, suscritos por determinadas compañías petroleras que en su totalidad eran extranjeras²⁹⁰. La obligación de pagar el 50% en concepto de participación adicional surgió de las obligaciones contractuales estipuladas en los contratos de participación. Los ingresos que percibía el Estado en virtud de la Ley 42 estaban clasificados como ingresos no tributarios²⁹¹. Tras la sanción de la Ley 42, aumentaron los ingresos no tributarios de Ecuador

²⁸⁸ Véase párr. 182. Esta fue también la conclusión del tribunal en el Laudo de *Occidental II*, párrs. 509 y 525, **CLA-117**:

“509. A los fines de caracterizar la Ley 42, es suficiente para el Tribunal concluir, como lo hace ahora, que la participación de Ecuador en virtud de la Ley 42 ‘en los excedentes de los precios de venta de petróleo no pactados o no previstos’ no constituye una regalía, ni un impuesto, ni un gravamen ni ninguna otra medida tributaria en los términos del Contrato de Participación.

[...]

²⁸⁹ . [...] 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”.

²⁹⁰ Véase Informe Pericial de Loose I, pág. 4, párr. (n).

²⁹¹ Véase Informe Pericial de Neira, párr. 49; Informe Pericial de Loose II, párrs. 59-64.

derivados de la explotación de hidrocarburos, a la vez que disminuyeron los contratistas, lo que básicamente modificó la fórmula de participación de los contratos.

191. El Tribunal observa además que no todos los pagos obligatorios realizados por un grupo de personas al Estado para el beneficio público es necesariamente un impuesto. Por ejemplo, determinadas clases de multas, tasas o contribuciones especiales pueden ser pagos exigidos por el gobierno, aunque no constituyen un impuesto²⁹².
192. A la luz de lo que antecede, el Tribunal concluye que la Ley 42 no constituye una “cuestión tributaria” a los efectos del Artículo X(2) del Tratado y, por ende, nada obsta a la jurisdicción de Tribunal para dirimir las pretensiones de la Demandante que no estén relacionadas con la expropiación.

VII. FONDO

193. La Demandada sostiene que Ecuador ha violado (1) el estándar de TJE del Artículo II(3)(a) del Tratado; (2) la denominada cláusula “paraguas” que se halla en el Artículo II(3)(c); (3) la obligación de protección y seguridad plenas en el Artículo II(3)(a); (4) la obligación de “no menoscabo” mediante la adopción de medidas arbitrarias que se encuentra en el Artículo II(3)(b); y (5) la disposición contra la expropiación ilícita en el Artículo III(1) del Tratado.

²⁹² V. Thuronyi, COMPARATIVE TAX LAW, págs.45-54 (2003), **RLA-133**.

194. El Tribunal trata en primer lugar el reclamo de la Demandante por violación del estándar de TJE en el Artículo II(3)(a) del Tratado.

1. Si el estándar de trato justo y equitativo en virtud del Tratado se extiende más allá del alcance del estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario

A. Posición de la Demandante

195. La Demandante alega que la Demandada violó el estándar de TJE en virtud del Artículo II(3)(a) del TBI, que establece que “[l]as inversiones, a las que se concederá siempre un trato justo y equitativo, gozarán de protección y seguridad plenas y, en ningún caso, se le concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional”²⁸⁹.

196. La Demandante afirma que el estándar de TJE exige que un Estado receptor: “(1) proteja y respete las expectativas legítimas del inversor; (2) asegure la estabilidad y previsibilidad del marco legal y de negocios; (3) actúe de manera constante y transparente frente al inversor y su inversión; y (4) actúe de buena fe y trate al inversor y su inversión sin coerción ni acoso”²⁹⁰. La Demandante alga

²⁸⁹ Escrito de Demanda, párr. 231, *en referencia al* Artículo II(3)(a) del Tratado, **CEX-1**.

²⁹⁰ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 540; Escrito de Demanda, párrs. 243-244, *en referencia a* *CMS Gas Transmission Corporation c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/8, Laudo, 22 de mayo de 2005, párr. 284, **CLA-20/RLA-165** (“**Laudo de CMS**”); *Siemens A.G. c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/8, Laudo Definitivo, 6 de febrero de 2007, párrs. 299-300, **CLA-12** (“**Laudo de Siemens**”); *EDF International SA y otros c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/23, Laudo Definitivo, 11 de junio de 2012, párr. 999, **CLA-31**. Véase *asimismo* Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 242, *en referencia al* Escrito de Demanda, párr. 242, Laudo de *Siemens*, párr. 299, **CLA-12**; *Paulsson and Petrochilos, Neer-ly Misled?*, 22 ICSID REV.—FOREIGN INV. L.J. 242, 243, 257 (2007), **CLA-18**; *Mondev c. Estados Unidos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002, párr. 125,

CLA-19 (“**Laudo de Mondev**”); *Técnicas Medioambientales S.A. (Tecmed) c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003, párrs. 154-155, **CLA-6** (“**Laudo de Tecmed**”); Laudo de *CMS*, párr. 284, **CLA-20/RLA-165**; *Laudo de Occidental I*, párrs. 188-190, **CLA-21**; *Laudo de Duke Energy*, párr. 339, **CLA-22**; *Rumeli Telekom*

A.S. y otros c. Kazajstán, Caso CIADI N.º ARB/05/16, Award, 29 July 2008, párr. 611, **CLA-23** (“**Laudo de Rumeli**”); *Biwater Gauff c. Tanzania*, Caso CIADI N.º ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008, párr. 592-593, **CLA-24** (“**Laudo de Biwater**”); *BG Group plc c. Argentina*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 24 de diciembre de 2007, párr. 292, **CLA-25** (“**Laudo de BG Group**”); *Azurix Corporation c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006, párr. 360, **CLA-10** (“**Laudo de Azurix**”); *Saluka c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, párrs. 292-293, **CLA-26/RLA-162** (“**Laudo Parcial de Saluka**”); Organisation for Economic Co-operation and Development, Fair and Equitable Treatment in International Investment Law, WORKING PAPERS ON INT’L INVESTMENT, septiembre de 2004, **CLA-27**; *Choudhury*, Evolution or Devolution? Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law, 6 JOURNAL OF WORLD INV. & TRADE 297, 319 (2005), **CLA-28**; Schwebel, The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law, in Investor-State Disputes and the Development of International Law, 98 AM. SOC’Y INT’L L. PROC. 27, 29-30 (2004), **CLA-29**; Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 536, *en referencia a National Grid c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo, 3 de noviembre de 2008, párr. 169, **RLA-340** (“**Laudo de National Grid**”); Laudo de *Biwater*, párr. 591, **CLA-24**; *Sempra Energy Int’l. c. República*

que la Demandada ha violado cada uno de estos requisitos.

197. La Demandante afirma que el estándar de TJE “es un estándar independiente del tratado que se extiende más allá del estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario”²⁹¹.

198. La Demandante sostiene que la Demandada no ha establecido que Ecuador tuviera la intención de que el estándar de TJE en el TBI se equiparase con el estándar mínimo internacional²⁹². La Demandante observa que los Mensajes de Elevación de los EE. UU. citados por la Demandada no equiparan el estándar del TJE con el estándar mínimo internacional²⁹³. Antes bien, el Mensaje de Elevación del TBI por parte de los EE. UU. confirma la interpretación de la Demandante del Artículo II(3)(a)²⁹⁴.

B. Posición de la Demandada

199. La Demandada alega que el Artículo II(3)(a) del TBI refleja la obligación de los Estados Contratantes en virtud del derecho internacional consuetudinario, que es el estándar mínimo internacional²⁹⁵, y no prescribe una norma autónoma fijada ni un “cataloga [sic] de elementos constituyentes siempre expandiéndose”²⁹⁶.

Argentina, Caso CIADI N.º ARB/02/16, Laudo, 18 de septiembre de 2007, párr. 296, **CLA-35** (“**Laudo de Sempra**”); *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007, párr. 7.4.5, **CLA-13/37** (“**Laudo de Vivendi II**”); Laudo Parcial de *Saluka*, párr. 294, **CLA-26/RLA162**; *MTD Equity y otros c. Chile*, Caso CIADI N.º ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004, párr. 111, **CLA-42** (“**Laudo de MTD**”); Laudo de *Tecmed*, párr. 155, **CLA-6**; *CME Czech Republic B.V.(Países Bajos) c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de septiembre de 2001, párr. 611, **CLA-32** (“**Laudo Parcial de CME**”); *Pope & Talbot, Inc. c. Canadá*, CNUDMI, Laudo sobre Daños, 31 de mayo de 2002, párrs. 9-10, **CLA-301**. Véase Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 136:23-137:11; Alegato de Apertura de la Demandante, Diapositivas 166-171 (citas omitidas).

²⁹¹ Escrito de Demanda, párr. 231; Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párrs. 514, 516-517, 520, 540, *en referencia al* Laudo de *Azurix*, párr. 360, **CLA-10**; Laudo de *MTD*, párr. 113, **CLA-42**; Laudo de *Siemens*, párr. 290, **CLA-12**; Laudo de *National Grid*, párr. 168, **RLA-340**. Véase Escrito de Demanda, párr. 243, *en referencia a Enron Corporation and Ponderosa Assets LP c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007, párr. 258, **CLA-14** (“**Laudo de Enron**”); *LG&E Energy Corporation c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006, párrs. 124-131, **CLA-30** (“**Decisión sobre Responsabilidad en LG&E**”); Laudo de *Azurix*, párr. 361, **CLA-10**.

²⁹² Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párrs. 522, 529.

²⁹³ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 527.

²⁹⁴ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 524, *en referencia a los* Mensajes de Elevación de los TBI por parte de los EE. UU., **REX-47**, **REX-48**, **REX-50**, **REX-55**.

²⁹⁵ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 531.

²⁹⁶ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 531-32, *en referencia a Sergei Paushok, y otros c. El Gobierno de Mongolia*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 28 de abril de 2011), **RLA367**. Véase Transcripción de la Audiencia (18 de noviembre de 2014), 369:7-11, 371:12-20.

200. La Demandada observa que el Artículo II(3)(a) ni define el término “justo y equitativo” ni hace referencia a los “componentes” del TJE de la Demandante²⁹⁷. La Demandada argumenta que la Demandante tiene la carga de demostrar que los “componentes” que cita forman parte del derecho internacional consuetudinario²⁹⁸.

201. La Demandada afirma que el Artículo II(3)(a) no establece que el estándar de TJE sea “independiente del” estándar mínimo internacional²⁹³. Que el estándar de TJE sólo se refiere al estándar mínimo internacional está, alega la Demandada, bien establecido en la jurisprudencia²⁹⁴.

²⁹³ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 539-40, *en referencia a la CVDT*, Art. 31.1, **CLA-4**.

²⁹⁴ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 571, *en referencia al Laudo Mondev*, párrs. 119, **CLA-19**; *American Mfg. & Trading, Inc. (AMT) c. República de Zaire*, Caso CIADI N.º ARB/93/1, Laudo, 21 de febrero de 1997 *reimpreso en* 36 I.L.M. 1531 (1997), párr. 6.06, **CLA-62**; *Vannessa Ventures Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB(AF)04/6, Laudo, 16 de enero de 2013, párrs. 227, 232, **RLA-389**; *Ronald S. Lauder c. La República Checa*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 3 de septiembre de 2001, párr. 292, **RLA-7**; Laudo de *Rumeli*, párr. 611, **CLA-23**; *Alex Genin, y otros. c. La República de Estonia*, Caso CIADI N.º ARB/99/2, Laudo, 25 de junio de 2001, párr. 367, **CLA-198**; Dúplica sobre Méritos, párrs. 310-317, *en referencia a Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 14 de enero de 2010, párrs. 252-253, **RLA-354**; *Departamento de Estado de los EE. UU.*, Mensaje de Elevación para el Tratado entre los EE. UU. y Ucrania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, *reimpreso en* S. TREATY DOC. N.º 103-37 (1994), pág. 8, **REX-52**; *Tudor*, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment* (2008) pág. 29, **RLA-417**; *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, Opinión Disidente de Jürgen Voss, 1 de marzo de 2011, párr. 140, **RLA-364** (“**Opinión Disidente de Lemire**”); *M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine, Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/03/6, Laudo, 31 de julio de 2007, párr. 369.

202. La Demandada asevera que los EE. UU. han considerado de manera consistente que el estándar de TJE hace referencia al estándar mínimo internacional, que no abarca los componentes alegados por la Demandante²⁹⁵. La Demandada sostiene que, Ecuador, como país importador de capital, no

²⁹⁷ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 539-40, *en referencia a la CVDT*, Artículo 31.1, **CLA-4**.

²⁹⁸ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 576, *en referencia a los Derechos de Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (Francia c. Estados Unidos de América)*, Sentencia (27 de agosto de 1952), Informes de la C.I.J. de 1952, pág. 200, **CLA-244**; *Asylum (Colombia c. Perú)*, Sentencia (20 de noviembre de 1950), Informes de la C.I.J. de 1950, pág. 276, **RLA-259**; *Plataforma Continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania c. Dinamarca / Países Bajos)*, Sentencia (20 de febrero de 1969), Informes de la C.I.J. de 1969, párr. 74, **RLA-264**; *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009, párr. 21, **RLA-348**. Véase Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 569, *en referencia al Laudo de National*, **RLA-340**; Laudo de *Biwater*, párr. 591, **CLA-24**; Laudo Parcial de *Saluka*, párr. 294, **CLA-26/RLA-162**; Dúplica sobre Méritos, párrs. 318-320; Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 578, *en referencia a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Trato Justo y Equitativo*, Series de la CNUCYD sobre Asuntos en Acuerdos Internacionales II, U.N. Doc. UNCTAD/DIAE/IA/2011/5 (2012), págs. xiv-xv, 45, **RLA-372**; Transcripción de la Audiencia (18 de noviembre de 2014), 381:4-11

se habría comprometido a un estándar de TJE que va “[más] lejos de lo que se requeriría por el [simple] buen gobierno”²⁹⁶.

203. La Demandada sostiene que “el umbral para considerar que han [sic] ocurrido una violación del TJE queda muy alto”²⁹⁷. Ésta afirma que

²⁹⁵ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 551, 554, *en referencia al Mensaje de Elevación del TBI Ecuador-EE. UU.*, pág. 5, **REX-15**; Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 556-559, *en referencia a Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Audiencia sobre el Fondo,

²⁹⁶ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 566; Dúplica sobre Méritos, párr. 296.

²⁹⁷ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 582-586, *en referencia a Int'l Thunderbird Gaming Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo, 26 de enero de 2006, párr. 194, **RLA-314** (“Laudo de *Thunderbird*”); *Waste Management, Inc.*

una violación del TJE debe basarse en la “evidencia de una conducta manifiestamente injusta o inequitativa (*i.e.*, una conducta que no se puede caracteriza [sic] racionalmente como [promoviendo] una meta legítima de [...] política pública)”²⁹⁸.

204. La Demandada solicita al Tribunal que conceda deferencia a la prerrogativa legislativa de Ecuador, tal como lo exige el derecho internacional y tal como se encuentra implícito en el estándar mínimo internacional²⁹⁹.

Transcripción Vol. 8, 1934:1-8 (18 de septiembre de 2007), **RLA-328**; *ADF Group c. Estados Unidos de América*, Dúplica de los EE. UU. sobre Competencia y

c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, párrs. 93, 98, **CLA-11/RLA-406** (“**Laudo de Waste Management**”); *Cargill Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009, párr. 293, **RLA-31/CLA-230** (“**Laudo de Cargill**”); Laudo de *Mondev*, párr. 127, **CLA-19**; *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/1, Laudo, 9 de enero de 2003, reimpreso en 18 ICSID REVIEW-FILJ 195 (2004), párr. 190, **RLA-293** (“**Laudo de ADF Group**”); Laudo de *Biwater*, párr. 597, **CLA-24**; *Toto Costruzioni Generali c. Libano*, Caso CIADI N.º ARB/07/12, Laudo, 7 de junio de 2012, párr. 155, **RLA-377**; Laudo Parcial de *Saluka*, párr. 307, **CLA-26/RLA-162**; *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. La República de Georgia*, Caso CIADI N.º ARB/05/18 y ARB/07/15, Laudo, 3 de marzo de 2010, párr. 441, **RLA-355** (“**Laudo de Kardassopoulos**”); *S.D. Myers Inc. c. Canadá*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, párr. 263, **CLA-107** (“**Laudo Parcial de S.D. Myers**”); Laudo de *Thunderbird*, párr. 194, 197, **RLA314**; Laudo Parcial de *Saluka*, párr. 309, **CLA-26/RLA-162**; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd, y otros*.

c. Estados Unidos de América, CNUDMI, Laudo, 12 de enero de 2011, párr. 187, **RLA-363**; Laudo de *Cargill*, párr. 296, **RLA-31**; Laudo de *Biwater*, **CLA-24**; *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI N.º ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007, párr. 280, **RLA-327**.

²⁹⁸ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 584, 587, en referencia al Laudo Parcial de *S.D. Myers*, párrs. 261, 263, **CLA-107**; Laudo Parcial de *Saluka*, párr. 305, **CLA-26/RLA-162**; Transcripción de la Audiencia (18 de noviembre de 2014), 380:8-15

²⁹⁹ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 588-90, en referencia a *Marion Unglaube y Reinhard Unglaube c. República de Costa Rica*, Caso CIADI N.º ARB/08/1 y ARB/09/20, Laudo, 16 de mayo

Responsabilidad, pág. 42, **RLA-290**; Opinión Disidente de *Lemire*, párr. 140, **RLA-364**; *Comisión de Libre Comercio*, Interpretación del Capítulo Once del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (31 de julio de 2001), pág. 2, **RLA-287**; *Kahale*, Is Investor-State Arbitration Broken?, Vol. 9, TRANSNATIONAL DISPUTE MANAGEMENT 7 (diciembre de 2012), pág. 23, **RLA-384**. Véase Dúplica sobre Méritos, párrs. 267, 287, párr. 286, en referencia a la Contestación a la Demanda, párr. 553, *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/1, Dúplica de los EE. UU. sobre Competencia y Responsabilidad, 29 de marzo 2002, nota 60, **RLA-290**; Dúplica sobre Méritos, párr. 289, en referencia a *ADF Group c. Estados Unidos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/1, Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, Estados Unidos de América, sobre el Artículo 1105(1), 27 de junio de 2002, pág. 17, **RLA-404**; *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Audiencia sobre el Fondo, Transcripción Vol. 8, 1934:9-17 (18 de septiembre de 2007), **RLA-328**.

C. Análisis del Tribunal

205. Las Partes controvierten la medida en que el Artículo II(3)(a) del TBI representa un estándar autónomo del tratado que se diferencia del estándar establecido en virtud del derecho internacional consuetudinario.
206. Este debate es más teórico que sustantivo. Queda claro de la referencia reiterada al trato “justo y equitativo” en los tratados en materia de inversión y en los laudos arbitrales que en la actualidad está generalmente aceptado que el estándar de TJE de los tratados refleja componentes reconocibles, tales como: transparencia, consistencia, estabilidad, previsibilidad, conducta de buena fe y cumplimiento de las expectativas legítimas del inversor³⁰⁶. La aplicación precisa de estos componentes, y el rigor del estándar aplicable, pueden variar de un caso a otro dependiendo de los términos de la cláusula y las circunstancias específicas del caso. No obstante, la función de la cláusula del TJE en los tratados en materia de inversión es la misma en líneas generales: asegurar la estabilidad y previsibilidad del marco jurídico y empresarial en el Estado parte sujeto a cualquier condición establecida por otra parte por el tratado y en virtud del derecho

internacional³⁰⁷. Además, tal como fuera articulado por el tribunal *Occidental I*, también en referencia al TBI EE. UU.-Ecuador, el estándar del TJE del tratado “es un requisito objetivo que no depende de si la Demandada ha procedido o no de buena fe”³⁰⁸ [Traducción del Tribunal].

207. La protección de la estabilidad y previsibilidad del marco jurídico y empresarial del Estado receptor respalda asimismo el estándar del derecho internacional consuetudinario moderno³⁰⁹. El tribunal en *CMS Gas Transmission Corporation c. República Argentina*³¹⁰, por ejemplo, decidió que “el estándar de trato justo y equitativo del Tratado y su vinculación con la necesaria estabilidad y previsibilidad del entorno empresarial, que se fundamenta en compromisos legales y contractuales solemnes, no es diferente del estándar mínimo del derecho internacional y su

de 2012, párrs. 246, 258, **RLA-376**; *Laudo de Tecmed*, párr. 122, **CLA-6/RLA-157**; Laudo Parcial de *Saluka*, párrs. 253-265; **CLA-26/RLA-162**.

³⁰⁶ Véase, por ejemplo, Laudo de *Waste Management*, párr. 98, **CLA-11/RLA-406**; Laudo de *Tecmed*, párr. 154, **CLA-6/RLA-157**.

³⁰⁷ *Occidental I*, Laudo, párr. 183, **CLA-21**; Laudo de *Duke Energy*, párr. 339, **CLA-22**; Decisión sobre Responsabilidad de *LG&E*, párr. 1135, **CLA-30**; Laudo de *CMS*, párrs. 274-279, **CLA-20/RLA-165**.

³⁰⁸ Laudo de *Occidental I*, párr. 188, **CLA-21**. Véase asimismo el Laudo de *CMS*, párr. 280, **CLA-20/RLA-165**; Laudo de *Duke Energy*, párr. 341, **CLA-22**; Laudo de *Azurix*, párr. 372, **CLA-10**; Laudo de *Siemens*, párrs. 299, 300, **CLA-12**.

³⁰⁹ Laudo de *Tecmed*, párrs. 153-155, **CLA-6/RLA-157**; Laudo de *Duke Energy*, párr. 339, **CLA-22**; *LG&E* Decisión sobre Responsabilidad, párr. 1135, **CLA-30**.

³¹⁰ *CMS Gas Transmission Corporation c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/8 (“**CMS**”).

evolución en el marco del derecho consuetudinario”³⁰⁰. Otros tribunales han aceptado reiteradamente un estándar menos riguroso al interpretar la obligación de derecho internacional consuetudinario, y han hecho hincapié en que estaban tratando un concepto en evolución que acepta la aplicación e interpretación del estándar del TJE del tratado³⁰¹. El tribunal en *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*³⁰² interpretó que la declaración de la Comisión de Libre Comercio respecto del contenido y el estándar del Artículo 1105 del TLCAN “incorporaba el derecho internacional actual, cuyo contenido se encuentra moldeado por las conclusiones de más de dos mil tratados bilaterales de inversión y muchos tratados de amistad y comercio. Esos tratados, en gran medida y en forma concordante, prevén el trato ‘justo y equitativo’ y ‘la protección y seguridad plenas’ para el inversor extranjero y sus inversiones”³⁰³ [Traducción del Tribunal]. El tribunal en *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*³⁰⁴, reafirmando las

³⁰⁰ Laudo de *CMS*, párr. 284, **CLA-20/RLA-165**.

³⁰¹ Véase, por ejemplo, Laudo de *Waste Management*, párr. 98, **CLA-11/RLA-406**; Laudo de *Mondev*, párr. 125, **CLA-19**; Laudo de *Siemens*, párr. 293, **CLA-12**; Laudo de *BG Group*, párr. 302, **CLA-25**. Véase, asimismo Laudo de *Azurix*, párrs. 364, 368-372, **CLA-10**.

³⁰² *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/2 (“**Mondev**”).

³⁰³ Laudo de *Mondev*, párr. 125, **CLA-19**.

³⁰⁴ *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/1 (“**ADF**”).

observaciones hechas en *Mondev*, estableció además que el estándar internacional en constante evolución “debe ser disciplinado basándolo en la práctica de los Estados y la jurisprudencia judicial o arbitral u otras fuentes del derecho internacional consuetudinario o general”³⁰⁵ [Traducción del Tribunal].

208. El estándar mínimo internacional y el estándar del tratado continúan influenciándose uno a otro³¹⁷, y, en la opinión del Tribunal, estos estándares se encuentran cada vez más alineados. Esta opinión se ve reflejada en la “*jurisprudence constante*”, no sólo del TLCAN, tal como se analizó *supra*, sino en la jurisprudencia arbitral vinculada a los tratados bilaterales de inversión³⁰⁶. Algunos tribunales han llegado incluso a decir que los estándares son esencialmente lo mismo³⁰⁷. El

³⁰⁵ Laudo de *ADF Group*, párr.

184, **RLA-293**.³¹⁷ Laudo de *Mondev*, párr. 117, **CLA-19**:

“Los tratados de inversión operan *inter se* de Norte a Sur, de Este a Oeste, y entre Estados en estas esferas. En una base notablemente generalizada, los Estados se han obligado en forma reiterada a otorgarles este trato a las inversiones extranjeras. En la opinión del Tribunal, este conjunto de prácticas concordantes necesariamente habrá influenciado el contenido de las normas que rigen el trato de las inversiones extranjeras en el derecho internacional actual. Sería sorprendente si debiera interpretarse que esta práctica y la gran cantidad de disposiciones que refleja significan nada más que lo que quiso decir el Tribunal en *Neer* (en un contexto muy distinto) en el año 1927”. [Traducción del Tribunal]

³⁰⁶ Véase, por ejemplo, Laudo de *Tecmed*, párrs. 153-155, **CLA-6/RLA-157**; Laudo de *Duke Energy*, párr. 333, **CLA-22**; Laudo de *CMS*, párr. 284, **CLA-20/RLA-165**; Laudo de *Azurix*, párr. 361, **CLA-10**.

³⁰⁷ Laudo de *Duke Energy*, párr. 337, **CLA-22**; Laudo de *Occidental I*, párr. 190, **CLA-21**; Laudo de *Rumeli*, párr. 611, **CLA-23**.

Tribunal considera que no existe una diferencia sustancial entre el estándar del derecho internacional consuetudinario y el estándar de TJE en virtud del presente TBI. Sin duda, el estándar de TJE del TBI no es inferior al estándar mínimo internacional. El Tribunal no considera necesario determinar a los fines del presente caso si el estándar del TJE refleja un estándar autónomo por encima del estándar del derecho internacional consuetudinario.

2. Si el Ecuador violó las expectativas legítimas de la Demandante

A. Posición de la Demandante

209. La Demandante alega que el estándar del TJE prohíbe al Estado receptor “alterar las condiciones en función de las cuales el inversor efectuó su inversión”³⁰⁸, lo que violaría las expectativas legítimas y razonables del inversor³⁰⁹. La Demandante observa que los tribunales

³⁰⁸ Escrito de Demanda, párr. 250.

³⁰⁹ Escrito de Demanda, párr. 248, *en referencia al* Laudo Parcial de *Saluka*, **CLA-26/RLA-162**; Laudo de *Tecmed*, **CLA-6/RLA-157**; Laudo Parcial de *CME*, **CLA-32**; Laudo de *Waste Management*, **CLA-11/RLA-406**; Laudo de *Occidental I*, **CLA-21**; *Eureko B.V. c. Polonia*, CNUDMI, Laudo Parcial, 19 de agosto de 2005, **CLA33** (“**Laudo Parcial de Eureko**”); Laudo de *Duke Energy*, **CLA-22**; *Jan de Nul y otros c. Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/04/13, Laudo, 6 de noviembre de 2008, **CLA-34** (“**Laudo de Jan de Nul**”); Laudo de *Sempra*, **CLA35**; Laudo de *Enron*, **CLA-14**; Laudo de *Rumeli*, **CLA-23**.

han sostenido que el estándar del TJE salvaguarda las expectativas legítimas de los inversores³¹⁰³¹¹.

210. La Demandante sostiene que sus expectativas surgieron de “representaciones o garantías específicas”, es decir, de los compromisos contractuales en el Contrato de Participación³¹². En cualquier caso, afirma que las expectativas legítimas de un inversor pueden surgir de garantías de “carácter informal, indirecto, o más general cuando el inversor actúa razonablemente en función de ellas”³¹³.
211. La Demandante asevera que Ecuador violó las expectativas legítimas de Murphy al dismantelar los compromisos específicos de: “(i) respetar los términos del Contrato de Participación; (ii) mantener una relación de negocios amistosa y de cooperación; (iii) estimular la inversión extranjera por medio de un marco legal y regulatorio abierto; y (iv) promover las inversiones futuras”³²⁵. Esos compromisos incluyeron asimismo una garantía de la participación de la Demandante

³¹⁰ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 542, *en referencia al* Laudo de *Tecmed*, párrs. 153154, **CLA-6**; Laudo de *Enron*, párr. 252, **CLA-14**; Laudo de *Sempra*, párr. 291, **CLA-35**; Laudo de *CMS*, párr.

³¹¹ , **CLA-20/RLA-165**; Laudo de *Azurix*, párr. 316, **CLA-10**; Decisión sobre Responsabilidad en *LG&E*, párr. 127, **CLA-30**; Laudo de *MTD*, párr. 117, **CLA-42**; Laudo de *Occidental I*, párr. 185, **CLA-21**.

³¹² Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 544, *en referencia al* Escrito de Demanda § IV(B), Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 597, 601 y ss., *Newcombe and Paradell* en 280, **RLA-342**; Laudo de *Cargill*, párr. 290, **RLA-31**; Laudo de *Duke Energy*, **CLA-22**; Laudo de *Occidental I*, **CLA21**; Laudo de *Rumeli*, **CLA-23**; Laudo de *Biwater*, **CLA-24**; Laudo Parcial de *Eureko*, **CLA-33**. Véase asimismo Alegato de Apertura de la Demandante, Diapositiva 173, *en referencia a la* Carta del Presidente Durán Ballén al Presidente del Congreso Nacional (29 de octubre de 1993), **CEX-25**.

³¹³ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párrs. 545-547, *en referencia a* *Metalclad c. México*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/91/1, Laudo, 30 de agosto de 2000, párrs. 29-30, 37-45, 87-89, 56, **CLA-41** (“**Laudo de Metalclad**”); Laudo de *CMS*, párrs. 133-134, 275, 281, **CLA-20/RLA-165**; Decisión sobre Responsabilidad

en la producción de petróleo, así como derechos de propiedad, libre disposición, y cobro del valor pleno de su participación³²⁶.

212. La Demandante observa que el Contrato de Participación, la Ley de Hidrocarburos, y el TBI, así como el marco legislativo y regulatorio de Ecuador, recogían esas garantías y expectativas³²⁷. La Demandante afirma que confió en esos compromisos específicos cuando accedió a convertir su Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16 en un Contrato de Participación³²⁸.
213. La Demandante afirma que debido a la Ley 42 y sus decretos reglamentarios:

[La Demandada] (i) no mantuvo el valor de la participación de Murphy, al reducir los llamados “ingresos extraordinarios” en un 50% primero y luego en 99% por aplicación de los términos expresos de la Ley 42 y sus decretos reglamentarios; (ii) modificó de forma unilateral el Contrato de Participación, que prohíbe expresamente su modificación salvo con el acuerdo de todas las partes; (iii) aplicó incorrectamente el derecho ecuatoriano al dictar la Resolución Conjunta, con lo que no declaró la nulidad de la Ley 42; (iv) desestabilizó el marco legal en el cual esperaba operar Murphy; (v) castigó efectivamente a Murphy por la suba registrada en los precios del petróleo, siendo que Murphy esperaba que su parte de la participación se mantuviera ajena al precio del petróleo; (vi) amenazó reiteradamente a Murphy con procesos de coactiva y caducidad además de sus constantes intimaciones al pago; (vii) intentó forzar a Murphy a renegociar los términos de su Contrato de Participación; (viii) creó, en general, un clima hostil para las inversiones donde una vez existió un entorno cooperativo y productivo;

en *LG&E*, párrs. 50, 133, **CLA-30**; Laudo de *Enron*, párr. 43, **CLA-14**; Laudo de *Sempra*, párr. 83, **CLA-35**; Laudo de *BG Group*, párr. 21, **CLA-25**; Laudo de *National Grid*, párrs. 59-60, 175-176, **RLA-340**; Laudo de

Enron, párr. 41, **CLA-14**; Laudo de *Sempra*, párrs. 148, 158, **CLA-35**; Laudo de *BG Group*, párr. 307, **CLA-25**; *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. y S.C. Multipack S.R.L. c. Rumania*, Caso CIADI N.º ARB/05/20, Laudo, 11 de diciembre de 2013, párrs. 502-535, **RLA-395** (“**Laudo de Micula**”).

³²⁵ Escrito de Demanda, párr. 263.

³²⁶ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 589; Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 23:20-25-24:01; Alegato de Apertura de la Demandante, Diapositiva 176.

³²⁷ Escrito de Demanda, párr. 263; Alegato de Apertura de la Demandante, Diapositiva 174, *en referencia al Tratado*, **CEX-1**; Ley 44 (Modificación a la Ley de Hidrocarburos) (29 de noviembre de 1993), **CEX-42**; Ley 50 (Modernización del Estado) (31 de diciembre de 1993), **CEX-24**; Decreto Ejecutivo 1416 (Reprivatización de la Industria Hidrocarburífera) (21 de enero de 1994), **CEX-146**; Decreto 1417 (Implementación de la Ley de Hidrocarburos) (21 de enero de 1994), Ley 46 (Ley de Promoción y Garantía de Inversiones) (19 de diciembre de 1997), **CEX-22**.

³²⁸ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párrs. 590-591.

todo ello en grado tal que forzó a Murphy a venderle a Repsol su participación en el Bloque 16 y dejar de operar en el Ecuador³¹⁴.

214. La Demandante alega además que la Ley 42 y sus decretos reglamentarios:

efectivamente viol[aron] y torn[aron] ineficaces (i) el derecho de Murphy a la estabilidad legal y a que no se modificara el Contrato de Participación sin su consentimiento; (ii) la inviolabilidad de la cuota de participación de Murphy en la producción de crudo, incluidos los derechos de propiedad y libre disposición y al cobro del valor pleno de su participación; (iii) el derecho de Murphy a la estabilidad económica, especialmente el derecho a la estabilidad fiscal; y ([iv]) el derecho de Murphy a permanecer exenta del pago de regalías³¹⁵.

215. La Demandante sostiene que las cláusulas 15.2 y 22.1 del Contrato de Participación garantizaban la estabilidad legal mediante la aplicación

³¹⁴ Escrito de Demanda, párr. 265. Véase Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 24:8-11; 25:6-9.

³¹⁵ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 596 (citas omitidas).

de las leyes ecuatorianas en vigor en el momento en que suscribió el contrato, sujeta sólo a excepciones limitadas enumeradas en la cláusula 8.6³¹⁶. La Demandante observa que la Ley de Hidrocarburos, modificada por la Ley 42, no se encontraba entre las excepciones enumeradas en la cláusula 8.6³¹⁷.

216. La Demandante afirma que la cláusula 11.11 del Contrato de Participación garantizaba la estabilidad económica. Conforme a esta disposición, la Demandada acordó aplicar un factor de corrección si sancionaba alguna medida tributaria que alterara la carga tributaria de las partes del Contrato de Participación, así como la ecuación económica del contrato. El factor de corrección ajustaría la participación de las partes en la producción para absorber los efectos negativos de la modificación tributaria³³³.

217. La Demandante sostiene que la Demandada debería haber aplicado el factor de corrección en el Contrato de Participación, cosa que no hizo³¹⁸. Explica que “si [la Ley 42 es] un impuesto conforme al derecho internacional [como afirma la Demandada], tiene que tratarse como un impuesto conforme al derecho nacional”³¹⁹. El hecho de que la

³¹⁶ Escrito de Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 589, *en referencia al* Contrato de Participación, cláusulas 15.2, 22.1, **CEX-36**; Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 23:1720; 43:25-46:5; 44:19-22.

³¹⁷ Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 24:21-25:6. ³³³ Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 44:24-46:9.

³¹⁸ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 608; Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 22:12-15.

³¹⁹ Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 25:15-17. [El texto de la cita se basa en la transcripción original en inglés y puede no reflejar palabra por palabra el texto de la fuente en español.] ³³⁶ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 614.

Demandada no aplicara el factor de corrección supuestamente constituye una clara violación del estándar de TJE³³⁶.

218. La Demandante aclara que no solicitó la aplicación de las cláusulas 8.6 y 11.11 del Contrato de Participación porque confió en la afirmación de la Demandada de que la Ley 42 no era un impuesto³²⁰. Sin embargo, la Demandante explica que considera la creación de nuevos impuestos como una “modificación del régimen tributario” que activaría la disposición de estabilidad económica del Contrato de Participación³²¹. Ésta observa que el Contrato de Participación enumera exhaustivamente todos los impuestos aplicables a la inversión de la Demandante, eximiéndola así de cualquier impuesto que Ecuador pudiera crear durante la vigencia del Contrato de Participación³²²
219. La Demandante resalta la importancia de las garantías de estabilidad jurídica y económica. Explica que su derecho a la libre disposición de su participación en el petróleo producido carecería de sentido “si Ecuador no [brindase] una protección en contra de los cambios a la legislación aplicable o a la ecuación económica del Contrato [de Participación]”³²³.
220. La Demandante alega que el Contrato de Participación disponía que los “derecho[s] absoluto[s] a la participación en el petróleo” de Murphy

³²⁰ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs. 145-146.

³²¹ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs. 116-120; Decisión sobre Responsabilidad en *Burlington*, párrs. 312-327, 334, 411-413, **CLA-233**; Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad en *Perenco*, párrs. 360-362, **CLA-329**; Decreto N.º 1417, Artículo 16, **CEX-20**.

³²² Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 589; Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 24:21-25:3

³²³ Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 42:25-43:4..

Ecuador eran “independiente[s] del precio del petróleo”³²⁴. Ésta destaca que las partes del Contrato de Participación acordaron excluir el precio del petróleo de la fórmula de participación³²⁵. La Demandante afirma que la Demandada, un actor con experiencia en la industria del petróleo, desempeñó un rol significativo en la definición de esa fórmula, que “permitió a [la Demandante] beneficiarse [del total del alza de su arriesgada] inversión”³²⁶. La Demandante sostiene que, si las partes del Contrato de Participación hubiesen tenido la intención de que el precio del petróleo limitara la participación en la producción de petróleo, habrían incluido una cláusula con ese fin en el contrato³⁴⁴.

221. De esto, la Demandante afirma que las partes del Contrato de Participación sabían que el Consorcio corría el riesgo a futuro de los precios bajos del petróleo, dados los precios relativamente bajos del petróleo en el año 2006³⁴⁵, pero también que “el Consorcio se [...] beneficiar[ía del aumento] de los precios del petróleo”³⁴⁶.

222. La Demandante aclara que no está reivindicando el derecho a “beneficios extraordinarios” sino que en cambio está solicitando que la Demandada cumpla con sus compromisos en virtud del marco jurídico ecuatoriano, el Contrato de Participación, y el TBI³⁴⁷. La Demandante sostiene que no necesita demostrar que los compromisos de Ecuador otorgaron a la Demandante un derecho a “beneficios extraordinarios”

³²⁴ Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 21:11-17; 33:9-18; 39:9-17.

³²⁵ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 602; Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 23:13-20; 41:21-42:3; Transcripción de la Audiencia (20 de noviembre de 2014), 731:17-20.

³²⁶ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 600. Véase Alegato de Cierre de la Demandante, Diapositiva 15, en referencia a la Transcripción de la Audiencia (18 de noviembre de 2014), 389:8-10; 464:2-10

sino sólo que dieron origen a expectativas legítimas en las que confió la Demandante y que Ecuador contravino mediante la Ley 42³⁴⁸.

223. La Demandante afirma que, incluso sin la Ley 42, no habría cosechado “beneficios extraordinarios”³⁴⁹. Ésta explica que su inversión en Ecuador fue “un emprendimiento no rentable”; en efecto, aún si el Tribunal otorgara los daños reclamados, la Demandante afirma que la tasa de retorno para su inversión en Ecuador aún se encontraría por debajo del costo de capital para el proyecto³⁵⁰.
224. La Demandante asevera que la confiscación a través de la Ley 42 de la totalidad salvo el 1% de los “beneficios extraordinarios” contradice la pretensión de la Demandada de que la Ley 42 fue

(declaración testimonial del Sr. DePauw).]. [El texto de la cita se basa en la transcripción original en inglés y puede no reflejar palabra por palabra el texto de la fuente en español.]

³⁴⁴ Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 72:4-14. Véase Alegato de Cierre de la Demandante, Diapositiva 15, *en referencia a la* Transcripción de la Audiencia (19 de noviembre de 2014), 549:17-550:16 (Declaración Testimonial del Sr. Larrea).

³⁴⁵ Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 19:10-13.

³⁴⁶ Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 19:14-16. [El texto de la cita se basa en la transcripción original en inglés y puede no reflejar palabra por palabra el texto de la fuente en español.] ³⁴⁷ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 598.

³⁴⁸ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 598.

³⁴⁹ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 599, *en referencia al* Segundo Informe Pericial de Navigant, párrs. 65-66 & Figura 4; Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs. 126, 137.

³⁵⁰ Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 29:6-30:4; 199:12-24. Véase Transcripción de la Audiencia (20 de noviembre de 2014), 759:10-12.

promulgada “simplemente” para evitar “beneficios extraordinarios”³²⁷.

225. La Demandante rechaza el argumento de la Demandada de que la Demandante sólo tenía derecho a su participación en la producción de petróleo y no a los ingresos provenientes de la venta de esta participación³²⁸. La Demandante afirma que “las empresas están en el sector para pagar dinero”, no “simplemente para almacenar petróleo”³²⁹. Ésta reitera que el Contrato de Participación protegía el valor pleno de su participación en el petróleo³³⁰.

B. Posición de la Demandada

226. Aunque reconoce que la determinación de si se ha violado el estándar mínimo internacional puede involucrar las expectativas legítimas del inversor³³¹, la Demandada alega que las obligaciones que surgen de las “expectativas legítimas” no son parte del derecho internacional

³²⁷ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párrs. 603-604, *en referencia a* Decreto sube al 99% la participación del estado en los excedentes petroleros ‘solo para sentarse a negociar’, DIARIO HOY, 22 de diciembre de 2008, **CEX-91**; Declaraciones del ex Ministro de Energía y Minas del Ecuador, Fernando Santos Alvite, *Ecuador ofrece nuevos contratos a las petroleras*, La Nación (5 de octubre de 2007), **CEX-214**; Primera Declaración Testimonial de Herrera, párr. 34, Declaración Testimonial de Landes, párr. 11, Primer Informe Pericial de Pérez Loose, párr. 10(n). Véase Alegato de Cierre de la Demandante, Diapositiva 169, *en referencia a* la Declaración del Presidente Correa (febrero de 2009), **CEX-110**.

³²⁸ Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 65:24-66:2.

³²⁹ Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 66:15-21.

³³⁰ Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 67:20-24.

³³¹ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 592.

consuetudinario y no crean obligaciones autónomas para el Estado receptor³³².

227. La Demandada indica que el TBI no menciona las “expectativas legítimas”³³³. Ésta sugiere asimismo que las expectativas de un inversor carecen de relevancia para el estándar de TJE en tanto el Artículo II(3)(a) exige que el TJE se conceda a la *inversión*, no al *inversor*³³⁴. La Demandada afirma que las partes del TBI tuvieron la intención de que el estándar de TJE se limitase al estándar mínimo internacional, lo que excluye las obligaciones surgidas de las expectativas del inversor³³⁵.

228. La Demandada argumenta que aún si el estándar de TJE incluyera obligaciones surgidas de las expectativas legítimas, esas expectativas deben basarse en “representaciones o garantías reales, autorizadas y específicas” del Estado receptor, que Ecuador supuestamente no le proporcionó a la Demandante³⁶⁰. Eso exige establecer un nexo causal entre la inversión y la promesa específica del Estado³⁶¹. La Demandada agrega que el inversor debe demostrar entonces que el Estado realmente violó esa promesa específica³⁶².

³³² Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 592, 595; Dúplica sobre Méritos, párr. 323.

³³³ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 592; Dúplica sobre Méritos, párr. 322.

³³⁴ Dúplica sobre Méritos, párr. 322, *en referencia a AWG Group Ltd. c. La República Argentina*, CNUDMI, Decisión sobre Responsabilidad, Opinión Separada del Árbitro Pedro Nikken, 30 de julio de 2010, párrs. 2-3, **RLA-426**; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. La República Argentina*, Decisión sobre Responsabilidad, Opinión Separada de Pedro Nikken, 30 de julio de 2010, párr. 25, **RLA-359**; Transcripción de la Audiencia (18 de noviembre de 2014), 387:17-22.

³³⁵ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr.. 594.

229. La Demandada reitera que “esta es una disputa en torno a ganancias imprevistas”³⁶³. Afirma que el Contrato de Participación no proporcionó a la Demandante una expectativa contractual de “beneficios extraordinarios” porque no garantizaba a Murphy Ecuador “el valor de [su] participación”³⁶⁴.

³⁶⁰ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 597, 610 *en referencia a* CNUCYD, *Trato Justo y Equitativo*, pág. 67, **RLA-372**; Dúplica sobre Méritos, párrs. 328-329, 340, *en referencia a* Total S.A. c. República Argentina, Caso CIADI N.º ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010, párrs. 117-124, 429, **CLA-64**; Laudo de *El Paso*, párrs. 364, 368, **RLA-29**; *Continental Casualty Corporation c. La República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/9, Laudo, 5 de septiembre de 2008, párr. 26, **CLA-183/RLA339** (“**Laudo de Continental Casualty**”). Véase Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 332, *en referencia a* Frontier Petroleum Services Ltd. c. La República Checa, CPA, CNUDMI, Laudo Definitivo, 12 de noviembre de 2010, párrs. 465, 468, **CLA-46** (“**Laudo de Frontier Petroleum**”); *White Industries Australia Limited c. India*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 30 de noviembre de 2011, párr. 10.3.17, **RLA-431**; *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002, párr. 149, **RLA-30** (“**Laudo de Feldman**”); *Int’l Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo, 26 de enero de 2006, Opinión Separada de Thomas Wälde, diciembre de 2005, párr. 32, **RLA-409**. *Compárese con* Dúplica sobre Méritos, párrs. 334-337, *en referencia al* Laudo de *Metalclad*, párrs. 30, 31, 32, 33, 35, 36, 39, 41, 43, 47, 79, 80, 85, 87, 89, 107, **CLA-41**; Laudo de *Feldman*, **RLA-30**; Laudo de *BG Group*, párrs. 160-176, 300, 305, 310, véase la sección intitulada “Compromisos específicos” (en pág. 54), **CLA-25**; Laudo de *CMS*, párrs. 275, 277, **CLA-20/RLA-165**; Laudo de *Continental Casualty*, párr. 260 nota 389, **CLA-183/RLA-339**; Decisión sobre Responsabilidad en *LG&E*, párrs. 130, 133, **CLA-30**; Laudo de *Sempra*, párr. 148, **CLA-35**. Véase Transcripción de la Audiencia (18 de noviembre de 2014), 370:2-5.

³⁶¹ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 598-600, *en referencia a* EDF (Services) Limited c. Rumania, Caso CIADI N.º ARB/05/13, Laudo, 8 de octubre de 2009, párrs. 217, 219, **RLA-350** (“**Laudo de EDF c. Rumania**”); Laudo Parcial de *Saluka*, párr. 304, **CLA-26/RLA-162**; *Plama Consortium Ltd. c. Bulgaria*, Caso CIADI N.º ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008, párr. 176, **CLA-36** (“**Laudo de Plama**”); *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/07/16, Laudo, 8 de noviembre de 2010, párr. 422, **CLA-38** (“**Laudo de Alpha**”); Laudo Parcial de *Eureko*, párr. 232, **CLA-33**; *GEA Group Aktiengesellschaft c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/08/16, Laudo, 31 de marzo de 2011, párrs. 283, 287, 291, **RLA-366** (“**Laudo de GEA Group**”); *Ulysseas, Inc. c. La República del Ecuador*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 12 de junio de 2012, párr. 219, **RLA-378** (“**Laudo de Ulysseas**”); *PSEG Global, Inc., y otros c. República de Turquía*, Caso CIADI N.º ARB/02/5, Laudo, 19 de enero de 2007, párr. 241, **CLA-40** (“**Laudo de PSEG Global**”); Transcripción de la Audiencia (18 de noviembre de 2014), 382:25-383:10.

- ³⁶² Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 598-600, *en referencia al* Laudo de *EDF c. Rumania*, párrs. 217, 219, **RLA-350**; Laudo Parcial de *Saluka*, párr. 304, **CLA-26/RLA-162**; Laudo de *Plama*, párr. 176, **CLA-36**; Laudo de *Alpha*, párr. 422, **CLA-38**; Laudo Parcial de *Eureka*, párr. 232, **CLA-33**; Laudo de *GEA Group*, párrs. 283, 287, 291, **RLA-366**; Laudo de *Ulysseas*, párr. 219, **RLA-378**; Laudo de *PSEG Global*, párr. 241, **CLA-40**; Transcripción de la Audiencia (18 de noviembre de 2014), 382:25-383:10.
- ³⁶³ Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 207:13-14.
- ³⁶⁴ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 608, *en referencia al* Escrito de Demanda, párr.
230. ³³⁶ La Demandada alega que el Contrato de Participación sólo garantizaba el derecho de Murphy Ecuador a su cuota en la producción y no una fuente de ingresos generados por la venta ulterior del petróleo³³⁷. El Contrato de Participación reconocía igualmente la aplicación ordinaria de las competencias fiscales de Ecuador a cualquier ingreso resultante de la venta de la cuota de petróleo de Murphy Ecuador³³⁸.
231. La Demandada afirma además que no restringió los derechos de Murphy Ecuador para vender o transferir su petróleo, derechos que no se vieron afectados por la Ley 42³³⁹. De hecho, la Demandada alega que el Consorcio siempre ejerció plenamente sus derechos de propiedad y libre disposición de su participación en la producción³⁴⁰.
232. La Demandada sostiene que el argumento de la Demandante de que Ecuador no cumplió con sus obligaciones contractuales mezcla la

³³⁶ .

³³⁷ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 617-618.

³³⁸ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 618; Transcripción de la Audiencia (18 de noviembre de 2014), 331:7-15.

³³⁹ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 621; Transcripción de la Audiencia (18 de noviembre de 2014), 326:2-11, 327:24-328:5, 334:5-11.

³⁴⁰ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 621; Transcripción de la Audiencia (18 de noviembre de 2014), 326:2-11, 327:24-328:5, 334:5-11.

cláusula de TJE con la cláusula paraguas del TBI³⁴¹. Alega que aceptar este argumento “pondría a todos los acuerdos entre un inversor y un Estado anfitrión bajo la protección del estándar de trato justo y equitativo [que] se convertiría [para cierto tipo de pretensiones] en un mero clon de la cláusula paraguas”³⁴².

233. La Demandada rechaza la afirmación de la Demandante de que la cláusula 22.1 del Contrato de Participación constituye una cláusula de estabilización legal. Afirma que: (1) la cláusula 22.1 es una cláusula típica de elección del derecho aplicable mediante la cual las partes contratantes se someten “a un sistema determinado de derecho, y no a un conjunto específico de normas jurídicas adoptadas como perpetuas en un momento particular en el tiempo”; (2) la interpretación de la Demandante haría que varias cláusulas “claves” en el Contrato de Participación se volviesen contradictorias o sin sentido; y (3) la cláusula 22.1 no podría actuar como una cláusula de seguridad jurídica desde el punto de vista del derecho ecuatoriano³⁴³.

234. La Demandada explica que Ecuador y el Consorcio consensuaron una hipótesis a largo plazo sobre el precio del petróleo de USD 15,26/bbl con base en la situación económica imperante en el momento en que se llevaban a cabo las negociaciones del Contrato de Participación³⁷². Por lo tanto, los precios máximos “históricos” del petróleo a mediados de la década de 2000 supuestamente fueron mucho más allá de lo que habían contemplado las compañías petroleras y socavaron una premisa

³⁴¹ Dúplica sobre Méritos, párrs. 354, 356.

³⁴² Dúplica sobre Méritos, párr. 357; Transcripción de la Audiencia (18 de noviembre de 2014), 387:7-16, 388:19389:4.

³⁴³ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 614 (énfasis de la Demandada). Véase

clave del Contrato de Participación³⁷³. La Demandada califica las alzas en los precios del petróleo como “imprevistas, imprevisibles e inesperadas”³⁷⁴.

235. La Demandada aclara que, si las partes del Contrato de Participación hubiesen esperado el aumento en el precio del petróleo, habrían incorporado esta expectativa al Contrato de Participación³⁷⁵. De no ser por eso, la Demandada supuestamente no habría convertido el Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16 en un Contrato de Participación³⁷⁶.

236. La Demandada observa además que el modelo interno de la Demandante utilizó una hipótesis de precio promedio alto de USD 15,55/bbl³⁷⁷. Por lo tanto, la Demandada afirma que “la Demandante no podría haber esperado razonablemente que su alza potencial de precios superara el escenario de precio ‘alto’ descrito en su modelo económico”³⁷⁸.

237. La Demandada alega que “las expectativas de las Partes en lo que hace a los precios, que era la subida de los precios del petróleo que proyectaban para el período de vigencia del Contrato [de Participación], era una base fundamental para la formula de participación que se finalmente se

Transcripción de la Audiencia (18 de noviembre de 2014), 334:24-335:23.

³⁷² Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 626, *en referencia al* Primer Informe Pericial de Fair Links, párr. 68; Dúplica sobre Méritos, párr. 373. Véase Alegato de Apertura de la Demandada, Diapositiva 18.

³⁷³ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 627-628, *que hacen referencia a la* Primera Declaración Testimonial de Larrea, párrs. 20-21, Primera Declaración Testimonial de Tamariz, párr. 8, Primera Declaración Testimonial de Paredes, párrs. 8-9, Primera Declaración Testimonial de Pástor, párr. 11, Primer Informe Pericial de Cameron, párr. 3. Véase *asimismo* Transcripción de la Audiencia (17 de

noviembre de 2014), 209:23-210:10; Transcripción de la Audiencia (20 de noviembre de 2014), 810:25-811:8.

³⁷⁴ Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 210:12-13. Véase Transcripción de la Audiencia (18 de noviembre de 2014), 364:12-17; Alegato de Apertura de la Demandada, Parte 1, Diapositivas 1-5, *que hacen referencia al Primer Informe de Cameron*, párr. A.3, Segundo Informe de Cameron, párrs. 34, 37-38, Segundo Informe Pericial de Fair Links, párr. 64, Figura 7.

³⁷⁵ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 642. Véase Dúplica sobre Méritos, párr. 369.

³⁷⁶ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 642. Véase Dúplica sobre Méritos, párr. 369.

³⁷⁷ Dúplica sobre Méritos, párrs. 376-380; Alegato de Apertura de la Demandada, Parte 1, Diapositivas 22-28, *que hacen referencia a la Declaración Testimonial de DePauw*, Anexo A, págs. 3-4, CEX-100.

³⁷⁸ Dúplica sobre Méritos, párrs. 376-380, 417-18. Véase Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 204:18-25; Transcripción de la Audiencia (18 de noviembre de 2014) 370:16-377:2.

acordó”³⁴⁴. Este es el caso, observa la Demandada, aún si el precio del petróleo no era un componente de la fórmula de asignación de la participación en la producción³⁸⁰.

238. La Demandada afirma que las “expectativas de un inversor deben ser ‘razonables’ para merecer la protección prevista por el estándar del TJE”³⁴⁵. Ésta argumenta que “la Demandante podría haber esperado que, en caso de un alza extraordinaria en el precio del petróleo, la República podría promulgar nuevas normas jurídicas que [tuviesen] un efecto similar al de la Ley 42”³⁴⁶.

³⁴⁴ Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 220:3-6. [El texto de la cita se basa en la transcripción original en inglés y puede no reflejar palabra por palabra el texto de la fuente en español.] ³⁸⁰ Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 220:17-23.

³⁴⁵ Dúplica sobre Méritos, párrs. 363-364; Transcripción de la Audiencia (18 de noviembre de 2014), 370:5-9.

³⁴⁶ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 625.

239. La Demandada sostiene que “[c]omo un participante experimentado en el sector petrolero, la Demandante sabía que, si los precios del petróleo aumentaban de manera dramática, se podía esperar que la República actuase para proteger el interés público y para tratar de evitar un escenario en el que un golpe de suerte inesperado resultara en un beneficio exclusivo para las operadoras de petróleo”³⁴⁷.
240. La Demandada mantiene que el uso por parte del Estado de cambios fiscales y medidas conexas, como los impuestos a los beneficios extraordinarios, son una práctica común para garantizar la obtención un beneficio equitativo de las nuevas circunstancias³⁴⁸. Ésta señala que más de dos docenas de Estados soberanos sancionaron medidas “para preservar [el valor de sus] reservas del petróleo para su pueblo” a la luz del histórico aumento del precio del petróleo a mediados de la década de 2000³⁴⁹.
241. La Demandada asevera asimismo que el Contrato de Participación se encontraba sujeto al marco jurídico ecuatoriano, conforme al cual, una parte tiene derecho, en virtud del principio de la “teoría de la imprevisión” o “cláusula *rebus sic stantibus*” a renegociar un contrato si las circunstancias

³⁴⁷ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 634, *en referencia al* Primer Informe de Cameron, párr. 2. *Véase* Dúplica sobre Méritos, párr. 368; Transcripción de la Audiencia (18 de noviembre de 2014), 370:10-16; 395:23-24; 396:15-397:2.

³⁴⁸ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 629-630, *en referencia al* Primer Informe Pericial de Fair Links, párr. 42; Dúplica sobre Méritos, párrs. 387-389, 391-392, 397, 401; Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 212:7-9.

³⁴⁹ Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 208:25-209:8; 211:19-212:6; Transcripción de la Audiencia (18 de noviembre de 2014) 395:10-15. *Véase* Alegato de Apertura de la Demandada, Diapositivas 56, *que hacen referencia al* Primer Informe Pericial de Fair Links, párr. 45, Cuadro 1, Primer Informe Pericial de Cameron, párr. B.4.

que conforman la base del acuerdo han cambiado³⁵⁰. Este principio supuestamente sería aplicable a “un aumento sin precedentes y extraordinario de los precios internacionales del petróleo”³⁵¹. Como el principio era aplicable en Ecuador incluso antes de la suscripción del Contrato de Participación, la Demandada afirma que la Demandante no podía ignorar que una aplicación de buena fe del principio exigía la renegociación del Contrato de Participación³⁵².

242. La Demandada sostiene asimismo que la Constitución ecuatoriana, así como las normas que regulan el funcionamiento de la administración pública imponían obligaciones al Estado para solicitar una renegociación en aquellos casos que demanden una participación más equitativa de los “beneficios extraordinarios”³⁵³.

243. La Demandada afirma que la Demandante debería haber esperado que se exigiera el cumplimiento de la Ley 42. Asevera que los procedimientos de coactivas y caducidad constituían ejercicios razonables de las facultades regulatorias de Ecuador, y que no frustraron las expectativas legítimas de la Demandante³⁵⁴.

³⁵⁰ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 610, 638-639, *que hacen referencia al Primer Informe Pericial de Parraguez*, párr. 38.

³⁵¹ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 639.

³⁵² Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 647.

³⁵³ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 610.

³⁵⁴ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 659.

244. La Demandada observa además que: (1) los países de derecho civil utilizan los procedimientos de coactivas y caducidad para cobrar impuestos o gravámenes impagados; (2) en virtud del Contrato de Participación, el Consorcio acordó pagar impuestos o contribuciones y cumplir con todas las leyes aplicables; y (3) el Consorcio realizó pagos por concepto de la Ley 42 durante dos años y luego dejó unilateralmente de hacerlos³⁵⁵.
245. Además, la Demandada afirma que: (1) la coactivas y la caducidad se llevaron a cabo en pleno cumplimiento de la ley; (2) la Demandante accedió a desprenderse de sus actividades en Ecuador antes de que se iniciara el proceso de coactivas, y en todo caso, el proceso de coactivas se suspendió antes de que se hicieran las recaudaciones; y (3) la coactiva se aplicó a Repsol YPF en carácter de operador y no a Murphy Ecuador³⁵⁶. La Demandada aclara asimismo que no se notificó ni se amenazó al Consorcio con la caducidad y que nunca se inició dicho proceso³⁵⁷.
246. La Demandada rechaza la afirmación de que el TBI “inmortalizó” las “garantías” de Ecuador ya que el TBI entró en vigor tras la firma el Contrato de Participación³⁵⁸.

³⁵⁵ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 660.

³⁵⁶ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 660. Véase Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 239:25-240:3.

³⁵⁷ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 661; Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 240:3-4.

³⁵⁸ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 663, *en referencia al* Escrito de Demanda, párr. 263.

C. Análisis del

Tribunal

Introducción

247. La obligación de un Estado receptor en virtud del tratado de otorgar TJE a una inversión o un inversor exige que el Estado receptor proteja las expectativas legítimas de un inversor. Esto ha sido confirmado por numerosos tribunales³⁵⁹.
248. Las expectativas legítimas de un inversor se basan en un entendimiento objetivo del marco jurídico dentro del cual el inversor ha efectuado su inversión. El marco jurídico en el que tiene derecho a confiar se compone de las obligaciones del Estado en virtud del derecho internacional, su legislación y reglamentos nacionales, así como de los acuerdos contractuales perfeccionados entre el inversor y el Estado³⁶⁰. Las declaraciones o compromisos específicos realizados por el Estado a un inversor también desempeñan una función importante a la hora de que se creen las expectativas legítimas por parte del inversor, pero no

³⁵⁹ Laudo de *Tecmed*, **CLA-6**; Laudo de *CMS*, párrs. 274-276, **CLA-20/RLA-165**; Decisión sobre Responsabilidad en *LG&E*, párrs. 124-125, **CLA-30**; Laudo de *Enron*, párrs. 259-260, 262, **CLA-14**; Laudo de *Sempra*, párrs. 298-300, **CLA-35**; Laudo de *Azurix*, párr. 372, **CLA-10**; Laudo Parcial de *Saluka*, párrs. 302-303, **CLA-26/RLA-162**; Laudo de *Occidental I*, párrs. 183-184, **CLA-21**; Laudo Parcial de *CME*, párr. 611, **CLA-32**; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Paquistán*, Caso CIADI N.º ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, párrs. 237-239, **CLA-115**; Laudo de *PSEG Global*, párr. 240, **CLA-40**; Laudo de *Duke Energy*, párrs. 339-340, **CLA-22**; Laudo de *BG Group*, párrs. 294-300, **CLA-25**; Laudo de *National Grid*, párr. 179, **RLA-340**.

³⁶⁰ Laudo de *Duke Energy*, **CLA-22**; Laudo de *Occidental I*, **CLA-21**; Laudo de *Rumeli*, **CLA-23**; Laudo de *Biwater*, **CLA-24**; Laudo de *Eureko*, **CLA-33**.

son necesarios para la existencia de las mismas³⁶¹. Un inversor puede tener expectativas legítimas con base en una evaluación objetiva

del marco jurídico ante la ausencia de declaraciones o promesas específicas hechas por el Estado al inversor.

249. Las expectativas legítimas de un inversor se fundan en el marco jurídico imperante en el momento en el que se efectuó la inversión³⁶². En consecuencia, el Tribunal debe realizar una evaluación objetiva de las expectativas legítimas de Murphy en el momento en que efectuó su inversión en Ecuador, tomando en consideración la totalidad de las circunstancias relevantes³³⁶³⁹.

250. Murphy efectuó su inversión inicial en Ecuador en el año 1987 cuando adquirió una participación del 20% en el Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16 a través de dos de sus filiales— Murphy

³⁶¹ Laudo de *Metalclad*, párrs. 29-30, **CLA-41**; Laudo de *CMS*, párrs. 275, 281, **CLA-20/RLA-165**; Decisión sobre Responsabilidad en *LG&E*, párr. 133, **CLA-30**; Laudo de *Enron*, párr. 41, **CLA-14**; Laudo de *Sempra*, párrs. 148, 158, **CLA-35**; Laudo de *BG Group*, párr. 307, **CLA-25**; Laudo de *National Grid*, párrs. 59-60, **RLA340**; Véase, asimismo, Laudo de *Micula*, párrs. 502-535, **RLA-395**.

³⁶² *Schreuer and Kriebaum*, At What Time Must Legitimate Expectations Exist? en: Werner and Ali (eds.), *A Liber Amicorum: Thomas Wälde. Law Beyond Conventional Thought* (2009) 265; En *GAMI Investments, Inc. c. México*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 15 de noviembre de 2004, **CLA-77** el tribunal decretó que los tribunales del TLCAN carecían de un mandato para evaluar las leyes y reglamentos que anteceden la decisión de invertir de un inversor; véase, asimismo, Laudo de *Mondev*, párr. 156, **CLA-19**; Laudo de *Feldman*, párr. 128, **RLA-30**; Decisión sobre Responsabilidad en *LG&E*, párr. 130, **CLA-30**; Laudo de *Enron*, párr. 262, **CLA-14**; Laudo de *BG Group*, párrs. 297-298, **CLA-25**; Laudo de *Duke Energy*, párrs. 340, 265, **CLA-22**; Laudo de *Jan de Nul*, párr. 265, **CLA-34**; Laudo de *EDF c. Rumania*, párr. 219, **RLA-350**; *AES Summit Generation Limited and AESTisza Eromu Kft. c. La República de Hungría*, Caso CIADI N.º ARB/07/22, Laudo, 17 de septiembre 2010, párrs.

³⁶³ .3.8-9.3.18, **CLA-67** (“**Laudo de AES Summit**”); Laudo de *Frontier Petroleum*, párrs.

287, 468, **CLA-46**. ³⁹⁹ Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad en *Perenco*, págs. 177-180, **CLA-329**.

Ecuador y Canam—cada una titular de un 10% de la participación³⁶⁴. Murphy mantuvo un 20% de la participación en el Consorcio desde julio de 1987 hasta marzo de 2009 cuando vendió Murphy Ecuador a Repsol YPF.

251. A pesar de que la inversión inicial de la Demandante se efectuó en el año 1987, el marco jurídico en Ecuador aplicable a los inversores extranjeros en general, y los acuerdos contractuales aplicables a la inversión de la Demandante en especial, cambiaron significativamente a mediados de la década de 1990. Cuando la Demandante suscribió el Contrato de Participación en enero de 1997, la naturaleza de su inversión cambió de manera fundamental; ésta adquirió el derecho a una participación en la producción de petróleo. En virtud del nuevo contrato, era responsable de los costos de exploración, desarrollo y producción, y, por lo tanto, inherentemente, del riesgo de un precio del petróleo bajo. Tenía asimismo la posibilidad de obtener ganancias resultantes de un incremento en el precio del petróleo mediante las ventas de su parte de la producción. Dado el marco jurídico significativamente diferente que imperaba en el momento de la inversión inicial de la Demandante en el Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16 y su posterior inversión

en el Contrato de Participación, el Tribunal considera que es pertinente evaluar las expectativas legítimas de la Demandante a

³⁶⁴ Contrato de Transferencia de Derechos y Obligaciones entre las Compañías Conoco Ecuador Ltd., Lowland Marine Ltd. y Canam Offshore Ltd. (28 de julio de 1987), **CEX-31**. Véase *asimismo* Certificados de Constitución y Modificación del Nombre de Murphy Ecuador (agosto de 1987), **REX-3**; Escrito de Demanda, párrs. 26, 7071; Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana, **CEX-29**.

partir de 1997. En efecto, es así como las Partes han planteado el caso.

El marco jurídico internacional e interno que sustentó las expectativas legítimas de la Demandante

252. En vista de los malos resultados que Ecuador había experimentado en virtud de los contratos de prestación de servicios celebrados a mediados de la década de 1980, éste pretendió modificar su régimen jurídico a modo de permitir contratos de participación en virtud de los cuales los inversores y el Estado compartirían la participación en la producción de petróleo. Esto exigió una modificación de la Ley de Hidrocarburos de Ecuador.
253. Al introducir el proyecto de modificación de la Ley de Hidrocarburos, el Presidente ecuatoriano Durán Ballén emitió la siguiente declaración al Presidente del Congreso Nacional:

[L]os escasos recursos financieros con los que cuenta el país [...] no justifican que PETROECUADOR asuma la totalidad del riesgo involucrado en la actividad exploratoria, debiendo compartir dicho riesgo con empresas petroleras internacionales.

[...]

El Contrato de Prestación de Servicios, por las relaciones de dependencia que desarrolla entre las diferentes instituciones del Estado, se ha convertido en un contrato extremadamente complicado en términos de administración y control. Por otra parte, la estipulación de reembolsos obligatorios de las inversiones, costos y gastos a la contratista, ha reducido significativamente la participación del Estado en los beneficios económicos de la exploración y producción de petróleo en campos medianos y pequeños.

Finalmente, el Contrato de Prestación de Servicios no permite que la empresa contratista pueda disponer de un flujo de producción de su propiedad. Esta característica desnaturaliza el interés y la razón de ser de las empresas petroleras internacionales, para la mayoría de las cuales la disponibilidad de la producción para comercializarla en los mercados internacionales es un aspecto esencial.

El nuevo contrato propuesto—de Participación—permitirá al Ecuador situarse a un nivel competitivo internacional respecto a la atracción al capital de riesgo, ya que la empresa contratista, a través del proceso de licitación, establecerá las condiciones económicas de remuneración a sus inversiones. El Estado, en todos los casos y cualquiera que sea el nivel de producción, recibirá prioritariamente un porcentaje de la producción del área del contrato³⁶⁵.

254. El 29 de noviembre de 1993, la modificación a la Ley de Hidrocarburos (Ley N.º 44) se implementó a través del Decreto 1417³⁶⁶. El Decreto introdujo el modelo de contrato de producción compartida en la industria del petróleo de Ecuador con el objeto de obtener “mayor eficiencia técnica y económica en beneficio de los intereses del Estado”. Contenía una serie de disposiciones concebidas para atraer la inversión extranjera, incluida (1) la confirmación de que las contratistas tendrían derecho a la participación en la producción de petróleo, calculada utilizando una fórmula establecida en los contratos; (2) una exención en las regalías; y (3) una cláusula de estabilidad económica que garantizaba que se reajustaría la participación en la producción para mantener los aspectos económicos del contrato si se

³⁶⁵ Carta del Presidente Durán Ballén al Presidente del Congreso Nacional, que adjuntaba el proyecto modificadorio de la Ley de Hidrocarburos, 29 de octubre de 1993, en 2-4, **CEX-25**.

³⁶⁶ Ley N.º 1993-44, Registro Oficial N.º 364, publicada el día 29 de noviembre de 1993 en el art. 1, **CEX-42**. ⁴⁰³ Ley N.º 1993-44, Registro Oficial N.º 364, publicada el día 29 de noviembre de 1993 en el preámbulo y en los arts. 9 y 16, **CEX-42**.

modificaba el régimen tributario aplicable⁴⁰³. El Decreto N.º 1416, dictado el día 21 de enero de 1994, preveía las bases contractuales sobre las cuales se regularía la participación en la producción³⁶⁷. Éste confirmaba asimismo que, en virtud del esquema del contrato de participación, se delegaba a las contratistas el derecho a explorar y explotar hidrocarburos y a asumir por su “propia cuenta y riesgo todas las inversiones y costos y gastos necesarios para la exploración, el desarrollo y la producción”⁴⁰⁵. [Traducción del Tribunal]

255. En diciembre de 1993, se sancionó la Ley de Modernización del Estad³⁶⁸. Ésta buscaba modernizar el sector público, promover la privatización, y mejorar las empresas mixtas. El Estado se comprometió a delegar a empresas mixtas o privadas la exploración y explotación de recursos naturales no renovables de su propiedad, con sujeción a la garantía del Estado de que estos recursos serían explorados y explotados “en función de los intereses nacionales”³⁶⁹.

256. Como parte de la revisión y modernización de su industria hidrocarburífera, Ecuador celebró 27 tratados bilaterales de inversión, 19 de los cuales se suscribieron en la década de 1990³⁷⁰. El TBI EE. UU.-Ecuador fue firmado el 27 de agosto de 1993³⁷¹.

³⁶⁷ Decreto Ejecutivo 1416 (Reprivatización de la Industria Hidrocarburífera) (21 de enero de 1994), **CEX-146**. ⁴⁰⁵ Decreto Ejecutivo 1416 (Reprivatización de la Industria Hidrocarburífera) (21 de enero de 1994), en el art. 1, **CEX-146**.

³⁶⁸ Ley N.º 1993-50, Registro Oficial N.º 349, publicada el día 13 de diciembre de 1993, **CEX-24**.

³⁶⁹ Ley N.º 1993-50, Registro Oficial N.º 349, publicada el día 13 de diciembre de 1993, en el art. 6, **CEX-24**.

³⁷⁰ Escrito de Demanda, párr. 64.

³⁷¹ Tratado EE. UU.-Ecuador, **CEX-1**.

257. Fue dentro del contexto de esta positiva reforma legal que el Consorcio y Petroecuador entablaron negociaciones a mediados del año 1996, con miras a transformar el Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16 en un contrato de participación. No se cuestiona que en el curso de las negociaciones ambas partes estuvieron representadas por ejecutivos altamente calificados y que las propias negociaciones fueron prolongadas y detalladas ³⁷². Ambas partes creyeron que se beneficiarían de la conversión a un contrato de participación. Petroecuador, habiendo reembolsado los costos, pero habiendo recibido poco a modo de ingresos durante la década precedente, consideró que estaría mejor transfiriendo la responsabilidad de los costos a la contratista, aun cuando eso significase ceder una participación en la producción. El Consorcio creyó que se beneficiaría de una participación directa en la producción porque eso le permitiría sacar provecho de la ventaja del alza de los precios del petróleo³⁷³. Según el Sr. DePauw (quien trabajó para Murphy desde el año 1982 hasta el año 2007, en puestos gerenciales), esa fue una de las principales razones que indujeron a la decisión de Murphy de permanecer en Ecuador:

Uno de los principales motivos por los que Murphy decidió permanecer en Ecuador y convertirse al formato de contrato de participación fue que había previsto que los precios del petróleo en realidad subirían. Vimos esto como una de las ventajas principales para equilibrar el

³⁷² Repsol YPF Ecuador, S.A c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), Caso CIADI N.º

ARB/01/10, Laudo Definitivo, 20 de febrero de 2004, párr. 163, **CLA-104**; Repsol YPF Ecuador, S.A c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), Caso CIADI N.º ARB/01/10, Decisión sobre Anulación, párr. 49, **CLA-272** (“Anulación de Repsol”).

³⁷³ Escrito de Demanda, párr. 264.

riesgo agregado que implicaba el Contrato de Participación³⁷⁴ [Traducción del Tribunal].

258. El 27 de diciembre de 1996, el Consorcio y Petroecuador suscribieron el Contrato de Participación³⁷⁵. Es en este momento donde se fundamentan las expectativas legítimas de Murphy; a saber, en un momento en el que Ecuador se esforzaba por retener y atraer inversiones extranjeras. A través de sus reformas legales, éste se ofrecía como capaz de proporcionar un marco jurídico y económico moderno, estable, y predecible que operaría en beneficio mutuo de los inversores extranjeros y de Ecuador.
259. Después de que la Demandante estuvo de acuerdo con el Contrato de Participación se sucedieron reformas legales positivas significativas. En diciembre de 1997, Ecuador sancionó la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones en la cual asumió compromisos importantes³⁷⁶. Por ejemplo, Ecuador ofreció diversas garantías, como estabilidad legal y respaldo del gobierno para el desarrollo de proyectos económicamente viables³⁷⁷. También declaró prioridad nacional el sector hidrocarburífero³⁷⁸. Otorgó a los inversores derechos de propiedad sin otras limitaciones que las establecidas por las

³⁷⁴ Declaración Testimonial de DePauw, párr. 28.

³⁷⁵ Modificación del Contrato de Prestación de Servicios a un Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo Crudo) en el Bloque 16 entre Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) y el Consorcio Conformado por YPF Ecuador Inc., Overseas Petroleum and Investment Corporation, Nomeco Ecuador Oil LDC, Murphy Ecuador Oil Company, y Canam Offshore Limited (27 de diciembre de 1996), **CEX-36**.

³⁷⁶ Ley N.º 46, Registro Oficial N.º 219, publicada el día 19 de diciembre de 1997 (“Ley N.º 46”), **CEX-22**.

³⁷⁷ Ley N.º 46, arts. 17(i), 21, **CEX-22**.

³⁷⁸ Ley N.º 46, art. 2, **CEX-22**.

disposiciones legales vigentes³⁷⁹. Ecuador se comprometió a garantizar que sus organismos y demás entidades del sector público respetarían las garantías constitucionales³⁸⁰. Se comprometió asimismo a cumplir con sus obligaciones en virtud de tratados de inversión, y confirmó su consentimiento al arbitraje internacional de conformidad con los tratados de inversión que había suscrito³⁸¹.

260. Además, en el mes de agosto de 1998, Ecuador reformó su Constitución. Se comprometió además a brindar un marco legal e institucional estable y confiable para promover el desarrollo de todas las actividades económicas³⁸². También autorizó a Ecuador a incluir cláusulas de estabilización en los contratos de modo que esos contratos no se verían afectados por futuras reformas legislativas³⁸³.

Acuerdos contractuales que sustentaron las expectativas legítimas de la Demandante

261. El Tribunal pasa posteriormente a una revisión de los acuerdos contractuales acordados por las Partes en virtud del Contrato de Participación. El Tribunal circunscribe su revisión a aquellos términos que considera pertinentes para su análisis de las expectativas legítimas de la Demandante.
262. Un punto fundamental de diferencia entre las Partes es si, tal como argumenta la Demandada, el precio del petróleo constituía una variable a ser incluida en la fórmula de cálculo de la cláusula 8.1 del Contrato

³⁷⁹ Ley N.º 46, art. 17(g), **CEX-22**.

³⁸⁰ Ley N.º 46, art. 21, **CEX-22**.

³⁸¹ Ley N.º 46, preámbulo y arts. 2, 17, 21, 31 y 33, **CEX-22**.

³⁸² Constitución Política del Ecuador, 11 de agosto de 1998, en el Artículo 244, **CEX-23**.

³⁸³ Constitución Política del Ecuador, 11 de agosto de 1998, en el Artículo 271, **CEX-23**.

de Participación (lo que generaría una determinada tasa de retorno garantizada), o si, tal como alega la Demandante, la cuota de participación de la Demandante debía basarse sólo en el volumen de producción.

263. La cláusula 8.1 establece la fórmula mediante la cual debía calcularse la cuota de producción de la Demandante. No hay mención de un factor de precio en dicha cláusula del Contrato de Participación. Tampoco hay referencia alguna a una tasa de retorno. Del texto de la cláusula 8.1 parece que la participación de la Contratista estaba vinculada al volumen de producción:

8.1 Cálculo de la Participación de la Contratista: la Participación de la Contratista se calculará con la siguiente fórmula:

$$PC = x.q/100$$

en donde:

PC = Participación de la Contratista.

Q = Producción Fiscalizada.

X = Factor promedio, en porcentaje redondeado al tercer decimal, correspondiente a la Participación de la Contratista. Se calcula con la siguiente fórmula:

$$X = x1.q1 + x2.q2 + x3.q3/q$$

en donde:

q = es la Producción Fiscalizada diaria promedio para el Año Fiscal correspondiente

q1 = es la parte de q

inferior a L1 q2 = es

la parte de q comprendida entre

L1 y L2 q3 = es la parte

de q superior a L2

Los parámetros L1, L2, X1, X2, y X3 son los siguientes:

L1 = Veinte mil (20.000) Barriles por día
L2 = Cuarenta mil (40.000) Barriles por día

X1 = Ochenta y cuatro coma setenta y
cuatro por ciento (84,74%) X2 = Setenta
y siete por ciento (77,00%) X3 = Sesenta
por ciento (60,00%)

La Participación del Estado no podrá ser inferior a doce punto cinco por ciento (12,5%) cuando la Producción Fiscalizada (q) no lleguea veinte mil Barriles diarios. La Participación del Estado se elevará a un mínimo de catorce por ciento (14%) cuando la producción diaria se encuentra entre veinte y cuarenta mil Barriles; y, no será inferior a dieciocho coma cinco por ciento (18,5%) cuando la producción supere los cuarenta mil Barriles por día.

En consecuencia, la Participación de la Contratista no podrá superar, en ningún caso, los límites de ochenta y siete coma cinco por ciento (87,5%), ochenta y seis por ciento (86%), y ochenta y uno coma cinco por ciento (81,5%), respectivamente.

Para establecer la Participación del Estado y la Participación de la Contratista, “Q” será estimada trimestralmente por las Partes en forma anticipada. Para determinar la Participación del Estado y la Participación de la Contratista definitivas, se utilizarán los valores reales de la Producción Fiscalizada y grado API para el Año Fiscal correspondiente. La estimación del factor X se efectuará dentro de los primeros diez (10) días del Trimestre correspondiente, sobre la base de la Producción Fiscalizada diaria y la calidad de la misma en el Trimestre inmediato anterior. Al inicio de la Producción Fiscalizada y mientras no se pueda estimar y aplicar el factor X según el procedimiento anterior, la Participación de la Contratista se asumirá

igual a X2. Para calcular el factor X definitivo se utilizará en valores reales la Producción Fiscalizada y calidad para el año o fracción del año correspondiente y se reliquidará durante el primer Trimestre del siguiente Año Fiscal.

264. La Demandada alega que el Informe de la Comisión Negociadora, adjunto al Contrato de Participación en el Anexo V³⁸⁴, contiene una ecuación matemática sobre la cual las partes negociaron la base para el cálculo de la cuota de producción de la Contratista. La Demandada señala que el precio del petróleo crudo de USD 15,26 por barril se enumera como un parámetro básico que fue “negociado” por la comisión de Petroecuador y el Consorcio³⁸⁵.
265. El Anexo V es una copia del Informe de la Comisión Negociadora. Constituye los resultados de un análisis detallado de un equipo de negociación interna perteneciente a la conversión del Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16 a Contrato de Participación³⁸⁶. Específicamente, los autores adoptaron parámetros económicos con los que analizar los beneficios proyectados de tal conversión³⁸⁷. Uno de los parámetros que tuvieron que estimar fue el precio del petróleo durante la vigencia del contrato. Asumieron un precio de USD 15,26 por barril, y, utilizando eso como uno de los diversos parámetros básicos, concluyeron que la conversión del Contrato de Prestación de Servicios a contrato de participación sería en el interés económico del

³⁸⁴ Informe de la Comisión Negociadora, **CEX-35**.

³⁸⁵ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 55.

³⁸⁶ Informe de la Comisión Negociadora, **CEX-35**.

³⁸⁷ Informe de la Comisión Negociadora, Informe sobre el Análisis Técnico-Económico, pág. 1, **CEX-35**.

Estado³⁸⁸. En efecto, el propósito del análisis era satisfacer al Estado de que los términos negociados con el Consorcio eran en interés del Estado³⁸⁹. Dados estos antecedentes, no puede decirse que el Anexo V reflejara un “acuerdo” entre las partes del Contrato de Participación de que debía incluirse en la fórmula de cálculo de la cláusula 8.1 una variable de precio de referencia de USD 15,26 por barril. Aunque el Informe de la Comisión Negociadora hace referencia a esos parámetros como “negociados”, basándose en la prueba ante sí, el Tribunal no acepta que la Demandante estuviera de acuerdo con los parámetros adoptados por el equipo de Petroecuador³⁹⁰.

Por el contrario, la cláusula 8.1 refleja los factores acordados por las partes para el cálculo de la participación de la Contratista en la producción.

266. El Tribunal no se encuentra persuadido de lo contrario por la referencia de la Demandada a la cláusula 3.3.9 del Contrato de Participación que reza: “Es este instrumento, incluidos sus documentos habilitantes y anexos, el cual en su conjunto se denomina ‘Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo Crudo) en el Bloque 16’”³⁹¹. Aunque el Tribunal acepta que esta cláusula incorporó todos los documentos habilitantes y anexos al Contrato de Participación, no significa que los contenidos de cada documento

³⁸⁸ Informe de la Comisión Negociadora, Informe sobre el Análisis Técnico-Económico, pág. 1, **CEX-35**.

³⁸⁹ Informe de la Comisión Negociadora, Informe sobre el Análisis Técnico-Económico, pág. 1, **CEX-35**.

³⁹⁰ Declaración Testimonial de DePauw, párr. 26.

³⁹¹ Contrato de Participación, **CEX-36**.

reflejaran un acuerdo de las partes, en particular, cuando algunos de los documentos, a primera vista, fueron preparados sólo por una de las partes.

267. El Tribunal observa asimismo que, en contraposición con el presente caso, Petroecuador *sí* negoció mecanismos para abordar las variaciones de precios en otros contratos³⁹². Por ejemplo, en julio de 1995, Ecuador celebró un contrato de participación para el Área de Tarapoa. El contrato se basó sobre la misma fórmula de participación que aquella en la cláusula 8.1 del Contrato de Participación, salvo que al final de la cláusula 8.1, el contrato de Tarapoa rezaba:

Si el precio del petróleo crudo del Área del Contrato excede de USD 17 por unidad de producción, el excedente del beneficio que se produzca por la subida real del precio [...] se distribuirá entre las Partes en proporciones iguales³⁹³.

268. Las partes del Contrato de Tarapoa tuvieron en cuenta expresamente el precio del petróleo. Si las partes del Contrato de Participación hubieran estado verdaderamente de acuerdo en un término tan significativo, se habría visto reflejado claramente en los documentos contractuales como lo fue en el Contrato de Tarapoa. Dado que los equipos negociadores de ambas partes eran actores sofisticados y experimentados en la industria del petróleo, el Tribunal no acepta que la referencia a USD 15,26 como un “parámetro básico” en el Anexo V sea indicativo de que las partes habían acordado que el precio del

³⁹² Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párrs. 97-98 *en referencia a* la Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 246, nota 317.

³⁹³ Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo Crudo) entre Petroecuador y City Investing Company Limited, celebrado el día 25 de julio de 1995, segunda cláusula (1), **CEX-46**.

petróleo sería un factor para el cálculo de la cuota de producción de la Contratista.

269. El Tribunal observa además que los tribunales en *Burlington* y *Occidental II* llegaron a la misma conclusión con respecto de la fórmula para el cálculo de la cuota de producción de la contratista (que es la misma fórmula que en este caso) y de la referencia a un precio del petróleo en un Anexo V de los contratos subyacentes (donde esos anexos incluían también informes del comité negociadora):

El Anexo V no pretendía establecer los términos del futuro [Contrato de Participación], sino meramente [...] establecer si sería conforme a los intereses del Ecuador, desde un punto de vista económico, suscribir un [Contrato de Participación] en lugar de un contrato de servicio³⁹⁴.

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 Participación³⁹⁵.

270. En virtud de la cláusula 10 del Contrato de Participación, la Demandante tenía derecho a “disponer libremente del Petróleo Crudo que le corresponde”, sujeto a las necesidades de suministro internas³⁹⁶. La cláusula 10.2 garantizaba a la Demandante el derecho a comercializar la parte de la producción que le pertenece ya sea en el mercado interno o externo, y la cláusula 10.3 del Contrato le

³⁹⁴ Decisión sobre Responsabilidad en *Burlington*, párr. 285, **CLA-233**.

³⁹⁵ Laudo de *Occidental II*, párr. 522, **CLA-117**.

³⁹⁶ Contrato de Participación, cláusula 10.1, **CEX-36**.

garantizaba a la Demandante el valor pleno de su participación en la producción³⁹⁷.

271. Además, la cláusula 15.2 del Contrato de Participación disponía que sería posible modificar los contratos previo acuerdo de las partes. Los contratos no podrían modificarse en forma unilateral.

272. Tal como afirmó el tribunal en *Perenco*:

En casos en los que existe un contrato entre un inversor y un Estado anfitrión, los términos del contrato y la legislación del Estado en relación a aquel tienen particular importancia en el análisis.

[...]

Cuando un Estado ha considerado debidamente una política legislativa/regulatoria, como fue el caso en 1994 cuando Ecuador resolvió que era del interés de la Nación pasar de contratos de prestación de servicios a contratos de participación, las decisiones gubernamentales tomadas en adelante deben, durante la vida de dichos acuerdos contractuales, mantener la fidelidad a dicho marco de políticas. Esto no quiere decir que el marco de políticas está congelado y no puede ser cambiado porque este [*sic*] no es el caso a menos que el Estado haya estabilizado expresamente su ley de cara a su participación contractual. Pero [...] todo cambio al marco de políticas aún debe hacerse en consideración de los compromisos contractuales del Estado.

Los Contratos de Participación estaban anclados en un marco legislativo debidamente considerado y promulgado por el Congreso Nacional. Dicho marco y su fundamento establecían ciertas características del nuevo régimen contractual que luego fueron reflejadas en los contratos posteriores concluidos con compañías petroleras. En consecuencia, todo contratista podía

³⁹⁷ Contrato de Participación, cláusulas 10.2 y 10.3, **CEX-36**.

razonablemente esperar que la estructura de los contratos no sería alterada por Petroecuador en forma unilateral ni que sería deshecha por la acción estatal posterior externa al contrato excepto de acuerdo con los términos de la ley del Estado³⁹⁸.
Conclusión sobre las expectativas legítimas de la Demandante

273. Considerando tanto los términos del Contrato de Participación como el marco legal que imperaba en Ecuador en el momento en que la Demandante suscribió el Contrato de Participación, el Tribunal concluye que los integrantes del Consorcio tenían expectativas legítimas de que no se modificarían los términos del Contrato de Participación salvo dentro de los confines de la ley y de conformidad con un acuerdo mutuo negociado entre los socios contractuales. El Estado se había comprometido a mantener una relación comercial contractual con el Consorcio según los términos del Contrato de Participación establecidos dentro de un marco jurídico y empresarial estable y predecible. Lo que esas garantías significaban en términos prácticos para la Contratista era que el precio del petróleo crudo no sería incorporado en el cálculo de su parte de participación en el contrato. Así, la Demandante asumiría el riesgo de cualquier caída en el precio del petróleo crudo, así como el beneficio de cualquier aumento, a cambio de asumir el riesgo de sus actividades de exploración³⁹⁹. La Demandante gozaría así del principal beneficio obtenido por su decisión de convertir el Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16 en un Contrato de Participación, que era el derecho a la titularidad plena de un porcentaje de su producción por medio de la participación⁴⁰⁰.

³⁹⁸ Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad en *Perenco*, párrs. 561-563, **CLA-329**.

³⁹⁹ Escrito de Demanda, párr. 246.

⁴⁰⁰ Escrito de Demanda, párr. 264.

274. La Demandante ha alegado que la sanción de la Ley 42 por parte de la Demandada conjuntamente con sus decretos reglamentarios violaron el estándar de TJE del Tratado. El Tribunal deberá considerar en este momento la sanción de la Ley 42 y el Decreto N.º 1672.

Si la Ley 42 al 50% violó las expectativas legítimas de la Demandante

275. La Ley 42 establecía que el Estado tendría derecho a recibir “participación en los excedentes de los precios de venta del petróleo”. Ésta aclaraba que por “los excedentes de los precios de venta de petróleo” se entendía “los ingresos extraordinarios” generados por la diferencia de precios entre el precio del petróleo vigente en aquel momento y el vigente a la fecha de suscripción de los contratos de participación, multiplicado por el número de barriles de petróleo. El porcentaje mínimo de participación del Estado en los ingresos extraordinarios sería 50% ⁴⁰¹. El Decreto N.º 1672 estableció la participación adicional en un porcentaje mínimo de 50%.
276. El fuerte aumento en los precios del petróleo a nivel mundial que comenzara varios años después de la introducción del Contrato de Participación no fue previsto por el Consorcio ni por Ecuador. Esto cambió dramáticamente las dinámicas de la industria del petróleo en Ecuador y de las industrias del petróleo en todo el mundo. Es un hecho reconocido en el arbitraje en virtud de tratados de inversión que los Estados mantienen flexibilidad para responder a circunstancias cambiantes a menos que hayan estabilizado su relación con un inversor⁴⁰². Ecuador estaba en su derecho como soberano a reaccionar

⁴⁰¹ Ley 42, Arts. 1 y 2, **CEX-47**.

⁴⁰² Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad en *Perenco*, párr. 586, **CLA-329**; en referencia a *Sergej Paushok, CJSC Golden East Company, CJSC Vostokneftegaz Company c.*

al cambio significativo en los precios del petróleo, como lo hicieron muchos Estados⁴⁰³. En efecto, no habría sido razonable que las contratistas esperaran que los términos contractuales o la legislación ecuatoriana no se modificaran en absoluto de cara a este aumento excepcional en los precios. Esto es aún más cierto dado que el Consorcio tenía conocimiento de que los “intereses del Estado” habían sido el factor principal en la transformación de la industria hidrocarburífera en la década de 1990 y un calificador principal de determinadas garantías del Estado. Tal como lo expresara el tribunal en *Perenco*:

[N]o sería sorprendente para una empresa petrolera experimentada que, dado su acceso a los recursos naturales agotables del Estado, con el aumento sustancial en los precios del petróleo a nivel mundial, existía la posibilidad de que el Estado deseara revisar el acuerdo económico subyacente a los contratos⁴⁰⁴.

277. A finales del año 2005, Petroecuador invitó al Consorcio a negociar el Contrato de Participación en pos de un aumento en la participación del Estado y designó un comité negociador con este propósito. Sin embargo, el Consorcio rechazó la invitación⁴⁰⁵. Según la Demandada, fue ante la renuencia de los inversores a renegociar sus contratos que decidió sancionar la Ley 42.
278. Tras la sanción de la Ley 42 y el Decreto N.º 1672, el Consorcio tuvo entonces derecho a sólo el 50% de los ingresos “extraordinarios” generados por las ventas de su participación en la producción. El

El Gobierno de Mongolia, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 28 de abril de 2011, párr. 305.

⁴⁰³ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 629-635.

⁴⁰⁴ Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad en *Perenco*, párr. 588, **CLA-329**.

⁴⁰⁵ Carta de Repsol YPF a Petroecuador (12 de diciembre de 2005), **REX-72**.

Tribunal no considera que esto cambiara fundamentalmente el funcionamiento del Contrato de Participación para el Consorcio. Este último continuó recibiendo una parte de la producción calculada en virtud del Contrato de Participación. Aun podía percibir mayores ingresos con la Ley 42 al 50% que los que obtuvo antes del aumento del precio del pretróleo, a pesar de no recibir la totalidad de los posibles ingresos provenientes de esas ventas. Lo que es importante es que se mantuvo en su lugar la estructura básica del acuerdo.

279. Además, el Tribunal no considera que el Contrato de Participación contuviera una cláusula de estabilización de manera que el Gobierno no pudiera hacer ajustes legislativos o regulatorios en lo que constituían circunstancias excepcionales. La Demandante ha alegado que la cláusula 22.1 del Contrato de Participación es una cláusula de estabilización legal. El Tribunal no lo acepta. La cláusula 22.1 se intitula “legislación aplicable”. No se identifica a sí misma como cláusula de estabilización jurídica y se caracteriza más correctamente como una cláusula de elección del derecho aplicable con una aclaración temporal. No garantiza que no se modificará el régimen jurídico imperante en el momento de suscripción del contrato. De hecho, el Contrato de Participación contenía una serie de cláusulas que pretendían mantener el *statu quo* del contrato a pesar de los cambios en la ley (cláusulas 8.6 y 11.11). El hecho mismo de que esas cláusulas estuvieran incluidas en el Contrato significaba que las partes contemplaron la posibilidad de cambios legislativos que podrían repercutir en el Contrato de Participación.

280. A la luz de las consideraciones que anteceden, el Tribunal no acepta que la Demandante pudiera haber esperado razonablemente que no habría respuesta gubernamental alguna al significativo aumento en los

precios del petróleo. El Tribunal no considera que la sanción de la Ley 42 y el Decreto N.º 1672 modificaron el funcionamiento del Contrato de Participación de manera tan fundamental que se violaran las expectativas legítimas de la Demandante de que no se alterara o se modificara su acuerdo contractual de forma unilateral. En síntesis, el Tribunal no considera que la sanción de la Ley 42 al 50% violara las expectativas legítimas de la Demandante y, por lo tanto, concluye que no violó el estándar de TJE del Tratado.

Si la Ley 42 al 99% violó las expectativas legítimas de la Demandante

281. No puede decirse lo mismo de la Ley 42 y el Decreto N.º 662 que fuera dictado el día 18 de octubre de 2007, aproximadamente 18 meses después de la sanción de la Ley 42. El Decreto N.º 662 aumentó a un 99% la participación del Estado en los ingresos extraordinarios. Este evento no sólo modificó fundamentalmente la naturaleza del Contrato de Participación, sino que ocurrió en el contexto de un entorno en materia de inversiones que resultaba crecientemente hostil y coercitivo. El marco jurídico y empresarial que existiera en el momento en que los inversores acordaron el Contrato de Participación había cambiado de manera fundamental y perjudicial.
282. La sanción del Decreto 662 por parte del Presidente Correa marcó el comienzo de las demandas del Estado de que las Contratistas volvieran al modelo de contrato de prestación de servicios. De hecho, la aplicación del 99% de participación del Estado efectivamente transformó el Contrato de Participación en un contrato de prestación de servicios. Significó que los costos de la Contratista estuvieran cubiertos, pero se limitó sobremanera su capacidad de participar en la

ventaja de los elevados precios del petróleo⁴⁰⁶. El derecho de la Contratista a la propiedad plena de un porcentaje de su producción fue efectivamente eliminado. La Ley 42 al 99% modificó la premisa fundacional sobre la que se había acordado el Contrato de Participación. Esta modificación fue adoptada por el Estado de forma unilateral en violación del Contrato de Participación y del marco jurídico interno e internacional que imperaba en ese momento. Específicamente, la Ley 42 al 99% violó la cláusula 10.1 del Contrato de Participación conforme a la cual la Demandante tenía el derecho de “dispon[er] libremente del Petróleo Crudo que le corresponde”, sujeto a las necesidades de suministro interno⁴⁰⁷ y la cláusula 10.3 que garantizaba a la Demandante el valor total de su participación en la producción⁴⁰⁸. Violó asimismo la cláusula 15.2 del Contrato de Participación que disponía que sería posible negociar y celebrar contratos modificatorios “previo acuerdo de las Partes”⁴⁰⁹. La cláusula 15.2 hacía referencia a la Ley N.º 44 que, a su vez, hacía referencia a la Constitución ecuatoriana, y confirmaba que se les delegaba a las Contratistas el derecho a explorar y explotar hidrocarburos y a participar en la producción en base a los términos contractuales acordados⁴¹⁰. Además, de conformidad con la Ley de Promoción y

⁴⁰⁶ Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad en *Perenco*, párr. 603, **CLA-329**.

⁴⁰⁷ Contrato de Participación, cláusula 10.1, **CEX-36**.

⁴⁰⁸ Contrato de Participación, cláusula 10.3, **CEX-36**.

⁴⁰⁹ Contrato de Participación, cláusula 15.2, **CEX-36**.

⁴¹⁰ Ley N.º 1993-44, Registro Oficial N.º 364, publicada el día 29 de noviembre de 1993 en el art. 4, **CEX-42**.

Garantía de Inversiones, las contratistas como la Demandante gozaban del “derecho de propiedad sin otras limitaciones que las establecidas por las disposiciones legales vigentes”⁴¹¹. El Artículo 21 de la misma ley garantizaba que la inversión extranjera se desarrollaría “con toda la libertad y garantías establecidas en la Constitución Política de la República y en el marco legal y normativo del País”⁴¹². El Artículo 33 tomaba nota de que el gobierno alentaría el cumplimiento de los acuerdos internacionales para la protección de inversiones⁴⁵¹. La sanción de la Ley 42 al 99% infringe las cláusulas anteriormente mencionadas en el Contrato de Participación y el régimen jurídico interno, así como la promesa en virtud del Artículo II(3)(a) del Tratado de conceder a la inversión de la Demandante un trato justo y equitativo.

283. Tras el dictado del Decreto 662, el día 28 de diciembre de 2007, la Asamblea Constituyente aprobó la Ley de Equidad Tributaria, que entró en vigor al día siguiente⁴¹³. Esa ley creó un impuesto del 70% sobre los beneficios provenientes de las ventas de petróleo y sería aplicable cuando el precio del petróleo superara un precio de referencia

⁴¹¹ Ley N.º 46, art. 17(g), **CEX-22**.

⁴¹² Ley N.º 46,
art. 21, **CEX-22**.

⁴⁵¹ Ley N.º 46,
art. 33, **CEX-22**.

⁴¹³ Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria, publicada en el *Registro Oficial* N.º 242 (Suplemento) (29 de diciembre de 2007), Artículo 170, **CEX-108**.

consensuado por Ecuador y la contratista. Esto se aplicaba a todos los contratos de participación, nuevos o modificados, suscritos a partir del 1 de enero de 2008.

284. Poco tiempo después del dictado del Decreto N.º 662 y la sanción de la Ley de Equidad Tributaria, el Presidente Rafael Correa pronunció un discurso público por radio durante el que declaró que las compañías petroleras que operaban en Ecuador tenían las siguientes tres opciones:

Estamos renegociando los contratos petroleros. Las empresas petroleras tienen tres opciones:

[1]O se acogen al decreto 99-1, es decir, de ganancias extraordinarias, [i]extraordinarias! [...] De las ganancias extraordinarias: 99 por ciento para el Estado, 1 por ciento para la empresa porque el recurso es nuestro. Si no están de acuerdo, esa es la prim[er]a opción, perfecto .

[2]Podemos renegociar el contrato e ir a un contrato de prestación de servicios que siempre debió ser la figura preponderante en el ámbito petrolero. [¿]Por qué? Si el petróleo es nuestro, nosotros contratamos a alguien para que saque nuestro petróleo, [¿]verdad? Le pagamos por el trabajo, 10 dólares por cada barril extraído, pero el resto es para nosotros. Entonces ese es el contrato al que queremos ir, que había a inicio de los 90 [...]. [¿]Qué significa el contrato de participación? Explotan 100 barriles, sacan 100 barriles de nuestro petróleo, las petroleras privadas y trasnacionales, y nos dan una partecita y el resto se llevan ellos [...].Y hay gente que defiende eso, qué vergüenza [¿]no? Quieren volvernos a ese pasado oprobioso, que se llevaban en peso los recursos de nuestros países. Este gobierno revolucionario, patriota, ciudadano, esta [sic] renegociando contratos petroleros y queremos ir a esos contratos de servicios, especiales, de prestación de servicio se llaman donde, le pagamos 10 dólares por cada barril lo que ellos consideren, negociando

obviamente, pero el resto es para nosotros el dueño del recurso. Entonces segunda opción.

[3]Y la tercera opción, si no están contentos no hay problema. Aquí no queremos estafar a nadie. [¿]Cuánto han gastado en inversiones? [¿]200 millones? Tengan sus 200 millones que les vaya bonito y PetroEcuador explotará ese campo. Pero [¡]no permitiremos! Compatriotas, que se nos sigan llevando en peso nuestro petróleo. [...] Tenemos que ponerle un límite 45 días, y si no tendrán que seguir cumpliendo con el 99-1⁴¹⁴.

285. El Consorcio realizó los pagos de la Ley 42 bajo protesta y entabló negociaciones con Petroecuador respecto de sus operaciones futuras en Ecuador. En los meses de abril y diciembre de 2008, el Presidente Correa reconoció que una de sus tácticas para obtener nuevos términos y condiciones en virtud de los contratos petroleros con compañías extranjeras incluía el dictado del Decreto 662 como “herramienta de presión” para obligarlos a negociar⁴¹⁵. Posteriormente se informó que había afirmado:

[N]os acusaron de atentar contra la seguridad jurídica, de cometer una exageración, probablemente tengan razón [...] ⁴¹⁶.

286. En virtud del Contrato de Participación, el Gobierno tenía la facultad de rescindir unilateralmente el acuerdo si la Contratista no efectuaba los pagos adeudados o no cumplía con sus obligaciones⁴¹⁷. El Artículo

⁴¹⁴ El Presidente Correa en el mes de enero de 2008 *citado en Decisión sobre Responsabilidad de Burlington*, párr. 38, **CLA-233**.

⁴¹⁵ Véase “Decreto sube al 99% la Participación del Estado en los excedentes petroleros, ‘solo para sentarse a negociar’”, DIARIO HOY, 22 de diciembre de 2008, **CEX-91**; véase *asimismo* “Mandatario dialoga con las petroleras”, EL TELÉGRAFO, 10 de agosto de 2008, **CEX-92**.

⁴¹⁶ “Mandatario dialoga con las petroleras”, EL TELÉGRAFO, 10 de agosto de 2008, **CEX-92**.

⁴¹⁷ Contrato de Participación cláusula 21.2, **CEX-36**.

74 de la Ley de Hidrocarburos establecía las causales específicas para la caducidad del acuerdo⁴¹⁸. El proceso de caducidad habría exigido la cesación inmediata de todas las operaciones desarrolladas por el Consorcio en virtud del Contrato de Participación y la devolución al Gobierno de las áreas contratadas, conjuntamente con todos los equipos, maquinarias y demás elementos utilizados para la exploración y producción de hidrocarburos, sin reembolso⁴¹⁹. Implicaría asimismo la pérdida automática de todas las cauciones y garantías que se hubiesen emitido de conformidad con la Ley de Hidrocarburos y el Contrato de Participación⁴²⁰.

287. El 17 de septiembre de 2008, el entonces Ministro de Minas y Petróleos envió al Presidente Ejecutivo de Petroecuador una segunda comunicación solicitando la iniciación del proceso de caducidad para la terminación unilateral del Contrato de Participación⁴²¹. A pesar de la solicitud del Ministro, el Presidente Ejecutivo de Petroecuador no inició el proceso⁴²². El día 29 de octubre de 2008, el nuevo Ministro de Minas y Petróleos le envió al Presidente Ejecutivo de Petroecuador una

⁴¹⁸ Ley de Hidrocarburos, art. 74, **CEX-21**.

⁴¹⁹ Ley de Hidrocarburos, art. 75, **CEX-21**.

⁴²⁰ Ley de Hidrocarburos, art. 75, **CEX-21**.

⁴²¹ Oficio N.º 1291-DM-2008-0814858, 17 de septiembre de 2008, al que se hiciera referencia en el Oficio N.º 123-DPG-DM-2008-817190, 29 de octubre de 2008, **CEX-81**. Véase Oficio N.º 1290-DM-2008-0814857, 17 de septiembre de 2008, enviado por el Ministro de Minas y Petróleos al Operador del Consorcio, notificando la solicitud de rescisión realizada ese mismo día mediante Oficio N.º 1291-DM-2008-0814858, **CEX-82**.

⁴²² Carta de la Demandada al CIADI, 24 de noviembre de 2008, en 4, **CEX-118**. ⁴⁶² Oficio N.º 123-DPG-DM-2008-817190, 29 de octubre de 2008, **CEX-81**.

segunda solicitud de “que se inicie inmediatamente el proceso de terminación anticipada del [Contrato de Participación]”⁴⁶².

288. Ecuador afirmó que esta comunicación “fue parte de una práctica consistente de la Demandada para lograr acuerdos mutuamente aceptables con todas sus contratistas en la participación, incluida [Murphy Ecuador] y sus socias en el consorcio, para la terminación voluntaria de sus contratos a cambio de nuevos contratos de prestación de servicios y adquisiciones de sus inversiones”⁴²³ [Traducción del Tribunal].
289. El día 19 de febrero de 2009, Petroecuador inició un proceso de coactiva contra el Consorcio⁴²⁴. El Jefe de la Unidad de Administración Financiera de Petroecuador emitió un título de crédito y un auto de pago confirmando que el Consorcio le adeudaba a Petroecuador la suma de USD 444.731.349,00⁴²⁵. Petroecuador emitió un segundo auto de pago el día 20 de febrero de 2009 y un tercer auto de pago el día 25 de febrero de 2009 por el mismo monto⁴²⁶.
290. Con anterioridad al cobro de cualquier monto adeudado por el Consorcio en virtud de la Ley 42, Ecuador y Repsol YPF llegaron a un

⁴²³ Carta de la Demandada al CIADI, 24 de noviembre de 2008, en 4, **CEX-118**.

⁴²⁴ Véase párr. 105 *supra*.

⁴²⁵ Juzgado de Coactivas de Petroecuador, Quito, **CEX-85**; Notificación de coactivas (19 de febrero de 2009), **REX-104**.

⁴²⁶ Segundo auto de pago (20 de febrero de 2009), **REX-105**; Tercer auto de pago (25 de febrero de 2009), **REX107**.

acuerdo verbal para avanzar en la celebración de transacciones contractuales. Como resultado, se suspendió el proceso de coactiva⁴²⁷.

291. El día 12 de marzo de 2009, Murphy abandonó el Consorcio mediante la venta del total de su participación en Murphy Ecuador a Repsol YPF⁴²⁸. El mismo día, el Consorcio suscribió un Contrato Modificatorio con el Estado que rigió el período de transición durante el cual se negociaron los términos de un contrato de prestación de servicios, y que finalmente se suscribió el día 23 de noviembre de 2010⁴²⁹.
292. El Tribunal sostiene que la sanción y aplicación de la Ley 42 al 99% constituyó una violación de la expectativa legítima de la Demandante de que no se modificarían los términos básicos del Contrato de Participación salvo dentro de los límites de la ley y de conformidad con un acuerdo mutuo negociado entre socias contractuales. La expectativa legítima de que sería tratada en forma justa y de manera profesional como socia comercial contractual también fue violada por la conducta coercitiva de Ecuador en las negociaciones.
293. Por lo tanto, el Tribunal considera que Ecuador violó el estándar de TJE del Artículo II(3)(a) del Tratado cuando sancionó el Decreto 662 el 18 de octubre de 2007 y cuando adoptó medidas ulteriormente para aplicarlo.

⁴²⁷ Carta de la Demandada al Tribunal Arbitral, 25 de febrero de 2009. Arbitraje de Murphy ante el CIADI, **REX106**.

⁴²⁸ CCA, **CEX-127**. Véase, asimismo, Ministerio de Minas y Petróleos, Resolución Ministerial N.º 257, publicada en el *Registro Oficial* N.º 501 (7 de enero de 2009), Artículo 1, **REX-103**.

⁴²⁹ Contrato Modificatorio, **REX-19** (versión abreviada); **REX-109** (versión completa).

294. Dado que el Tribunal ha concluido que Ecuador violó el Artículo II(3)(a) del Tratado, no es necesario que determine las pretensiones de la Demandante de que Ecuador violó otras disposiciones del Tratado tales como el Artículo II(3)(c) (la cláusula “paraguas”); (2) el Artículo II(3)(a) (protección y seguridad plenas); (3) el Artículo II(3)(b) (no menoscabo mediante la adopción de medidas arbitrarias); y (4) el Artículo III(1) (expropiación). El Tribunal se encuentra satisfecho de que los daños alegados por la Demandante en virtud de las demás pretensiones son los mismos que aquellos alegados bajo su reclamo por violación del estándar de TJE; encontrar así una violación en virtud del Artículo II(3)(a) del Tratado, en lugar de en virtud de cualquier otra disposición invocada por la Demandante, no tiene impacto alguno en el cálculo de la indemnización por daños. Además, puesto que la Demandante ha invocado la violación de diversas disposiciones del Tratado como fundamentos alternativos para su petición indemnizatoria, una vez que el Tribunal ha considerado que uno de esos motivos alternativos se encuentra bien fundado, pronunciarse sobre el resto de ellos ya no es parte de la misión del Tribunal. Tampoco sería coherente con la obligación del Tribunal de llevar a cabo este procedimiento de la manera más eficiente posible.

VIII. EL DERECHO DE LA DEMANDANTE A RECLAMAR COMPENSACIÓN

295. Las Partes controvierten si Murphy reclama compensación por las pérdidas por derecho propio o si sus pretensiones se deben exclusivamente a las pérdidas de Murphy Ecuador, que han sido transigidas. De cara a evaluar si los reclamos de Murphy se realizan correctamente por derecho propio y si todavía existen, es útil recordar

en primer lugar los hechos relevantes antes de pasar a las posiciones de las Partes.

296. El 12 de marzo de 2009, Murphy vendió su participación en Murphy Ecuador de conformidad con el CCA suscrito entre Canam y Repsol YPF⁴³⁰. En ese momento, Murphy por un lado y el Consorcio por el otro, incluida Murphy Ecuador, tenían en trámite respectivos arbitrajes ante el CIADI⁴³¹. En virtud de la cláusula 12.7 del CCA, Canam y Repsol YPF cedieron a Murphy todos los derechos y privilegios de Murphy Ecuador que fueran necesarios para que Murphy litigara sus reclamos al amparo del Tratado contra Ecuador⁴³².
297. El 23 de noviembre de 2010, el Consorcio, incluida Murphy Ecuador— que en ese momento era propiedad de Repsol YPF y ya no de Murphy—, logró una transacción con Ecuador mediante la cual transigió la totalidad de sus reclamos⁴³³. En consecuencia, el Consorcio, incluida Murphy Ecuador, retiró sus reclamos ante el CIADI, con perjuicio, poniendo fin al Arbitraje de Repsol ante el CIADI⁴³⁴. Poco menos de un mes después, el 15 de diciembre de 2010, el tribunal en el Arbitraje de Murphy ante el CIADI sostuvo por mayoría que carecía de competencia, lo que supuso en la terminación de ese arbitraje⁴³⁵.

⁴³⁰ CCA, **CEX-127**; véase párr. 108 *supra*.

⁴³¹ Véanse párrs. 95 y 97 *supra*.

⁴³² CCA, **CEX-127**; véase párr. 304 *infra*.

⁴³³ Transacción de Repsol, **REX-21**; véase párr. 113 *supra*.

⁴³⁴ Véase párr. 113 *supra*.

⁴³⁵ Laudo del CIADI sobre Jurisdicción, **CEX-3**; véase párr. 1136 *supra*.

I. Síntesis de las Posiciones de las Partes

1. Si la Demandante reclama pérdidas por derecho propio o solamente por las pérdidas de Murphy Ecuador

A. Posición de la Demandante

298. La Demandante sostiene que está presentando sus propios reclamos al amparo del TBI⁴³⁶. Ésta afirma que Murphy Ecuador fue meramente un vehículo a través del cual la Demandante invirtió en Ecuador⁴³⁷. La Demandante alega que sus inversiones en Ecuador incluyen, *inter alia*, sus “acciones de capital” y “otras participaciones” y “sus activos”⁴³⁸. Su inversión también incluía un “contrato de inversión”, derechos “conferidos por ley y por contrato”, y reclamos relativos a “una operación que tenga valor económico y que esté relacionada con una inversión”⁴³⁹.

299. La Demandante sostiene que sus reclamos en virtud del Tratado difieren de los de Murphy Ecuador, que se basan en el Contrato de Participación⁴⁴⁰. Alega que la distinción entre los reclamos

⁴³⁶ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 153-154; Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 93:7-13.

⁴³⁷ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 130. Véase, asimismo, Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 173; Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 91:15-92:4.

⁴³⁸ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 128-129, 146; Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 171.

⁴³⁹ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 128-129, 146; Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párrs. 171-172; Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 89:10-19.

⁴⁴⁰ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 130. Véase asimismo Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 173; Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 91:3-11.

relacionados con un contrato y los reclamos relacionados con un tratado significa que una “filial nunca puede ‘vincular’ a su accionista (menos aún a un antiguo accionista) con respecto a los derechos y reclamos pendientes del accionista al amparo del TBI sin el acuerdo separado y expreso del accionista”⁴⁴¹. [Traducción del Tribunal]

B. La Posición de la Demandada

300. La Demandada sostiene que los reclamos de la Demandante son solamente por las pérdidas de Murphy Ecuador⁴⁴². Argumenta que, por consiguiente, el Tribunal carece de competencia sobre

este caso ya que el Artículo VI del TBI cubre “únicamente las pérdidas sufridas de manera claramente distinta por Murphy International”⁴⁴³.

La Demandada explica lo siguiente:

No se puede identificar ninguna base, de la naturaleza que fuere, en el Escrito de la Demanda para distinguir entre el daño supuestamente sufrido por Murphy Ecuador (y el cual formó el objeto de los reclamos que se han retirado ahora con perjuicio) y aquél reclamado por su accionista indirecto, Murphy International. Por lo tanto, debido a que el daño causado por violación del TBI, el cual se cita para apoyar la invocación de la jurisdicción del Tribunal, debe ser el daño sufrido por

⁴⁴¹ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 139, *en referencia al* Laudo de *EnCana*, párr. 118, **CLA-79**.

⁴⁴² Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 134-135, *que cita a ST-AD GmbH c. La República de Bulgaria*, Caso CPA N.º 2011-06, Laudo sobre Jurisdicción, 18 de julio de 2013, párr. 282, **RLA393** (“**Laudo sobre Jurisdicción en ST-AD**”).

⁴⁴³ Excepciones a la Jurisdicción, párr. 100. *Véase*, asimismo, Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 134.

el propio accionista, no existe en este caso jurisdicción sobre los reclamos⁴⁴⁴.

301. La Demandada afirma que, en lugar de plantear reclamos basados en el TBI, la Demandante en realidad está planteando reclamos basados en el Contrato de Participación cuando “la Demandante no es ni una parte en el Contrato de Participación ni está en posición de hacer valer reclamos al amparo de dicho contrato”⁴⁴⁵.
302. La Demandada alega que, aún si la Demandante tuviera legitimación para reclamar por las pérdidas sufridas por su ex filial, la Demandante no tendría derecho a compensación⁴⁴⁶, porque:

Primero, la Demandante causó la venta de su subsidiaria, Murphy Ecuador, a Repsol, *con todos los derechos de su subsidiaria intactos*, incluyendo todos los derechos respecto a las alegadas pérdidas que se hacen aquí; el derecho a cualquiera de dichas pérdidas fueron consecuentemente compensadas completamente por su continuo dueño directo, otra vez, Murphy Ecuador, a cambio de una compensación sustancial por parte de Ecuador. *Segundo*, la Demandante ha recibido previamente una compensación sustancial por parte de Repsol reflejando el valor total de dichos derechos. Como resultado, debido a que todos los reclamos de la Demandante están basados por último en los derechos de Murphy Ecuador (La Demandante al haber escogido no proseguir el reclamo sin mérito de su primer arbitraje por la disminución del valor de su accionista indirecto),

⁴⁴⁴ Excepciones a la Jurisdicción, párr. 119. Véase, asimismo, Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 242:13-243:7.

⁴⁴⁵ Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 120-123, en referencia a Bottini, págs. 602-03 *supra*, **RLA-14**.

⁴⁴⁶ Transcripción de la audiencia (17 de noviembre de 2014), 216:9-12.

no existe ningún reclamo remanente no compensable y el caso debe ser desechado⁴⁴⁷.

2. Si el CCA impedía la transacción de los reclamos de la Demandante por parte de Repsol YPF o la sucesora de Murphy Ecuador

303. El día 12 de marzo de 2009, la Demandante vendió la totalidad de su participación en Murphy Ecuador a Repsol YPF de conformidad con el CCA⁴⁴⁸.
304. Las siguientes disposiciones del CCA trataban la cuestión de los reclamos de la Demandante contra Ecuador:

12.7 Procedimientos arbitrales pendientes.

12.7.1 El Comprador reconoce y acepta que Murphy Exploration & Production Company—International, sociedad relacionada con el Vendedor (“MEPCI”), se reserva y podrá promover, a su entera discreción, todas las acciones que le asistan contra el Ecuador por incumplimiento del Tratado Bilateral de Inversión entre el Ecuador y los Estados Unidos, incluyendo las reclamaciones planteadas en el actual arbitraje del CIADI que MEPCI ha iniciado contra el Ecuador (el “Arbitraje”). El Arbitraje se refiere, entre otras cosas, a los reclamos por la disminución del valor de la inversión de MEPCI en el Ecuador a través de la Sociedad.

⁴⁴⁷ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 2 (énfasis de la Demandada). Véanse, asimismo, Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 101-104, *en referencia al* CCA, Artículo 5.1.11 (“**Procedimiento Legal**”), **CEX-127** (que establece que el CCA reconoce la participación de Murphy Ecuador en el Caso CIADI N.º ARB/08/10); Solicitud de Arbitraje y de Medidas Provisionales de Repsol, **REX-25**; Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 140; Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 244:3-22; Memorial Post Audiencia de la Demandada, párrs. 37-39.

⁴⁴⁸ CCA, **CEX-127**; véanse párrs. 103 y 108 *supra*.

12.7.2 El Comprador asimismo reconoce que los reclamos objeto del Arbitraje constituyen derechos de un “inversor”, debidamente adquiridos y de propiedad de MEPCI, y no derechos de la “Sociedad”, adquiridos o reservados por la Sociedad. MEPCI se reserva todos los derechos, privilegios y laudos futuros que surjan del Arbitraje. El Comprador renuncia de forma irrevocable e incondicional al ejercicio de todo derecho o acción respecto de los derechos, privilegios o laudos futuros emergentes del Arbitraje.

12.7.3 En la medida que sea necesario que MEPCI conserve determinados derechos o privilegios en el proceso de promover el Arbitraje o cobrar algún laudo dictado por el tribunal arbitral, el Comprador y sus Sociedades relacionadas, predecesoras, sucesoras en interés y sociedades, empleados, funcionarios, directores, agentes, abogados y otros representantes interrelacionados, ceden a MEPCI por la presente todos los derechos y privilegios de la Sociedad que sean materia del Arbitraje, que incluyen pero no se limitan a (i) reclamos de dinero o reclamos de cumplimiento con valor económico y (ii) derechos conferidos por ley o por contrato. Para evitar cualquier duda, la cesión de los derechos y privilegios establecida en esta Cláusula 12.7.3 se limitará a la salvaguarda de la persecución debida y puntual del Arbitraje y el cobro de todos los laudos que dictare el Tribunal arbitral a favor de MEPCI y no conferirá derecho de dinero o de cumplimiento alguno que no forme parte del objeto del Arbitraje.

12.7.4 El Comprador acepta no actuar en contra de los intereses de MEPCI en relación con los reclamos de MEPCI planteados en el Arbitraje. Para evitar cualquier duda, el acuerdo del Comprador con posterioridad a la Fecha de Cierre de modificar de manera alguna los

Contratos de Operaciones, o la decisión de algún integrante del grupo de sociedades de Repsol YPF S.A. de transigir o desistir de cualquier reclamo arbitral contra el GDE con posterioridad a la Fecha de Cierre, no será considerado un acto en contra de los intereses de MEPCI a los fines de esta Cláusula 12.7.4.

12.7.5 El Vendedor acuerda reembolsar, indemnizar y mantener al Comprador y sus Sociedades relacionadas exentos de todo perjuicio, pérdida o gasto resultante de un laudo en el Arbitraje. [Traducción del Tribunal].

A. Posición de la Demandante

305. La Demandante sostiene que el CCA impedía que Repsol o la sucesora de Murphy Ecuador (Amodaimi Oil) transigieran los reclamos de la Demandante⁴⁴⁹. Afirma que “el objetivo global del CCA era el de permitir a Murphy International salir del Consorcio [...] y permitir que los demás integrantes del Consorcio siguieran operando”⁴⁵⁰.
306. El día de la suscripción del CCA, tanto la Demandante como Murphy Ecuador tenían arbitrajes pendientes ante el CIADI contra la Demandada⁴⁵¹. Aunque Murphy Ecuador presentó una demanda por reclamos contractuales y la Demandante por reclamos al amparo del Tratado, la Demandante afirma que sus pérdidas eran equivalentes a las de Murphy Ecuador⁴⁵². La Demandante sabía que una vez que

⁴⁴⁹ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 155; Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 93:14-22.

⁴⁵⁰ Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 10.

⁴⁵¹ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 20.

⁴⁵² Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs. 21, 22.

vendiera su participación en Murphy Ecuador, no se beneficiaría de ninguna indemnización ulterior concedida a, o lograda en virtud de un acuerdo de transacción por, Murphy Ecuador. La Demandante afirma lo siguiente:

Murphy Por intermedio del CCA, Canam y Repsol acordaron que sólo

International recibiría una indemnización por las pérdidas sufridas por intermedio de Murphy Ecuador por las que Murphy International reclamaba en su propio arbitraje. [T]oda la cláusula 12 del CCA pretendía asegurar que Murphy International, y no Murphy Ecuador, recibiera la indemnización que se concediera por esas pérdidas, porque era Murphy International, en su carácter de inversor y verdadera parte interesada, quien las había sufrido (y no Repsol, que estaba adquiriendo la participación de Murphy Ecuador en el Contrato de Participación con un marcado descuento)⁴⁵³.

307. Según la Demandante, la razón de ser de la cláusula 12 del CCA consistía en garantizar que Murphy International fuera la única entidad capaz de cobrar por las pérdidas que había sufrido (ya sea directamente o por intermedio de Murphy Ecuador)⁴⁵⁴. Preservar los reclamos de Murphy International al amparo del tratado constituye “el quid” de la cláusula 12.7⁴⁵⁵. La Demandante interpreta cada disposición de la cláusula 12.7 del siguiente modo.

308. Primero, la cláusula 12.7.1—que establece que la Demandante “se reserva y podrá promover, a su entera discreción, todas las acciones

⁴⁵³ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 23 (énfasis de la Demandante).

⁴⁵⁴ Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 11.

⁴⁵⁵ Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 7.

que le asistan contra el Ecuador por incumplimiento del [TBI], incluyendo las reclamaciones planteadas en el actual arbitraje del CIADI que [la Demandante] ha iniciado contra el Ecuador”⁴⁵⁶ —“dejaba en claro que la venta de Murphy Ecuador a Repsol no afectaba los propios reclamos y derechos de Murphy International al amparo del TBI y reconocía además que éstos eran independientes de los reclamos contractuales de Murphy Ecuador”⁴⁵⁷.

309. Segundo, la Demandante alega que la cláusula 12.7.2, en la que Repsol renunció a “todo derecho o reclamo correspondiente a los derechos, privilegios o futuros laudos surgidos del Arbitraje”, confirma que “en su carácter de nuevo accionista titular del 100% de Murphy Ecuador, Repsol renunció a cualquier posibilidad de, en algún momento, recibir una indemnización por esas pérdidas” a favor de la Demandante⁴⁵⁸.

310. Tercero, la Demandante sostiene que la cláusula 12.7.3 del CCA cedió a Murphy International todos los derechos y reclamos de Murphy Ecuador por las pérdidas que Murphy International perseguía en su propio Arbitraje ante el CIADI⁴⁵⁹. Como consecuencia de esta cesión, la Demandante arguye que “Murphy Ecuador no tenía derechos y reclamos que transigir, en la medida en que esos derechos o reclamos

⁴⁵⁶ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 156, *en referencia al CCA*, cláusula 12.7.1, **CEX-127**. Véase, asimismo, Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 199, *en referencia al CCA*, cláusulas 12.7.1-12.7.2, **CEX-127**; Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 94:22-95:7.

⁴⁵⁷ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 24.

⁴⁵⁸ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 25.

⁴⁵⁹ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 20. Véase, asimismo, Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 203, *en referencia al CCA*, cláusula 12.7.3, **CEX-127**.

debiera o deba tenerlos Murphy International para poder cobrar por su propio reclamo al amparo del TBI”⁴⁶⁰.

311. La Demandante controvierte el argumento de la Demandada de que la cesión de reclamos en virtud de la cláusula 12.7.3 no fue efectiva. Como cuestión preliminar, ésta identifica el objeto de esta disposición del siguiente modo:

[U]no de los objetivos que perseguía dicha cláusula era el de evitar cualquier posible riesgo de doble recupero o doble pago por las pérdidas que, si bien equivalentes en términos monetarios, podían ser reclamadas contra el Ecuador tanto por Murphy International como por Murphy Ecuador, aunque con distintos fundamentos legales. Murphy International debía ser la demandante y beneficiaria de todos esos reclamos tras la celebración del CCA. Si Murphy Ecuador hubiera seguido existiendo e intentado impulsar reclamos contra el Ecuador en nombre propio tras la suscripción del CCA, el Ecuador habría estado habilitado a oponerse a ello por aplicación de la cláusula 12.7.3⁴⁶¹.

312. La Demandante rebate asimismo la alegación de que no es congruente que argumente que la cesión de los derechos de Murphy Ecuador a la Demandante mediante la cláusula 12.7.3 del CCA fue efectiva, por un lado, y que los reclamos en virtud del Tratado son independientes de los reclamos en virtud del contrato de Murphy Ecuador, por el otro⁴⁶². La Demandante sostiene que “Murphy International ‘debía’ tener los derechos y privilegios de Murphy Ecuador para asegurarse de poder solamente ella reclamar y, llegado el caso, cobrar una indemnización por las pérdidas ocasionadas a Murphy Ecuador en virtud del Contrato

⁴⁶⁰ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 26.

⁴⁶¹ Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 19.

⁴⁶² Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 28.

de Participación, que se extinguiría”⁴⁶³. La Demandante explica además que:

[E]l CCA preservó lo que siempre correspondió a la Demandante (sus propios reclamos al amparo del TBI) y, además, le confirió todos los derechos relacionados de Murphy Ecuador que fueran necesarios a efectos de garantizar que los propios reclamos de la Demandante por el TBI no se vieran afectados negativamente por la venta. Es importante destacar que la Demandante considera que la adquisición de esos derechos y reclamos adicionales no era ‘necesaria’ para que pudiera iniciar e impulsar el presente arbitraje al amparo del TBI, si bien al no haber jurisprudencia clara en esa época, se la incluyó en el CCA por suma precaución para el caso de que el tribunal que finalmente fuera a resolver los reclamos de Murphy International por el TBI adoptara una postura diferente⁴⁶⁴.

313. En respuesta a la alegación de la Demandada de que la cesión era inválida porque no fue autorizada por Ecuador, la Demandante afirma que la autorización no era necesaria. Dice que el Contrato de Participación y el derecho ecuatoriano exigían la autorización gubernamental para la cesión de *derechos* surgidos en virtud del Contrato de Participación, pero no para la cesión de *reclamos* surgidos de violaciones del Contrato de Participación⁵⁰⁵. Sin embargo, aún si hubiera sido necesaria la autorización previa de Ecuador, la Demandante afirma que pedirla habría sido inútil⁵⁰⁶. Además, la Demandante afirma que Ecuador consintió la cesión. Ecuador sabía de la existencia del CCA antes de suscribir la Transacción con Repsol en

⁴⁶³ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 28.

⁴⁶⁴ Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 8. Véase, asimismo, Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 15, y Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia,

noviembre de 2010, y si no entonces, lo supo en el momento en que la Demandante presentó su primer memorial en el Arbitraje de Murphy ante el CIADI el día 30 de abril de 2009 (el CCA se adjuntó como anexo documental)⁵⁰⁷. Afirma que la pasividad de Ecuador frente a la disposición de cesión del CCA demuestra que no tenía problemas con ella⁵⁰⁸.

314. La Demandante afirma que la cesión en la cláusula 12.7.3 fue incondicional y quedó perfeccionada inmediatamente⁵⁰⁹. La cláusula 12.7.3 utilizó la definición de inversión del TBI, que respalda el argumento de que la cesión cubría la totalidad de los reclamos independientemente del foro⁵¹⁰. Afirma que “[p]ara que se perfeccionara la cesión de los reclamos de Murphy Ecuador no era necesario para las partes utilizar una fórmula distinta o más precisa. En efecto, la amplitud de la fórmula de la cesión impone la conclusión contraria”⁵¹¹. La Demandante observa asimismo que la cláusula 12.7.1 “asegura que Murphy International retenga el derecho a impulsar ‘*todos los reclamos que puedan corresponderle*’ contra el Ecuador por la violación del Tratado Bilateral

párr. 4.

⁵⁰⁵ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs. 32-33, *en referencia a la Ley de Hidrocarburos*, art. 79, **CEX-21**; Decreto Ejecutivo N.º 1363, Artículo 7, **REX-127**; Contrato de Participación, cláusula 16.1, **CEX-36** (énfasis agregado). Véase, asimismo, Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 17.

⁵⁰⁶ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 34. Véase, asimismo, Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 17.

⁵⁰⁷ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 164; Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 97:4-22; Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 35, , *en referencia al Memorial sobre el Fondo de la Demandante ante el CIADI* (30 de abril de 2009), **REX-135**. Véase, asimismo, Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 17.

⁵⁰⁸ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs. 36-37.

⁵⁰⁹ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 38; Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 14.

⁵¹⁰ Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 14, *en referencia al* TBI EE. UU.-Ecuador, Artículo I(1)(a)(iii) & (v), **CEX-1**. *Véase asimismo* Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 16, *en referencia al* Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 42.

⁵¹¹ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 41.

de Inversión entre el Ecuador y los Estados Unidos, *incluidos los reclamos* planteados en el actual arbitraje que [Murphy International] ha iniciado contra el Ecuador⁴⁶⁵.

315. La Demandante no está de acuerdo con el argumento de Ecuador de que su reclamo por los flujos de fondos no percibidos van más allá del ‘objeto’ del Arbitraje de Murphy ante el CIADI y, por lo tanto, del alcance de la cláusula 12.7⁴⁶⁶. Primero, afirma que los reclamos por flujos de fondos no percibidos “son parte de sus reclamos al amparo del TBI y para que se los pueda plantear aquí no es necesario que queden comprendidos en la cláusula 12.7.3”⁴⁶⁷. Pero, si no fuera así, la Demandante señala el lenguaje amplio de la cláusula 12.7.3 así como la definición amplia en la cláusula 12.7.1 del “objeto del Arbitraje”, lo cual muestra que la cesión cubría estos reclamos⁴⁶⁸:

El reclamo de Murphy International por la desvalorización (plantado en el arbitraje ante el CIADI) y su actual reclamo por los flujos de fondos no percibidos (en el arbitraje ante la CNUDMI) son lo mismo: un reclamo por las pérdidas que sufrió Murphy International en relación con su inversión, en su carácter de tenedor indirecto del

⁴⁶⁵ Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 15, *que cita* el CCA, cláusula 12.7.1, **CEX-127** (énfasis de la Demandante).

⁴⁶⁶ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 43, *en referencia a la* Transcripción de la Audiencia (21 de noviembre de 2014), 828:24-825:11, Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción de la Demandada, párrs. 997-999 y Dúplilca de la Demandada, párrs. 658-661.

⁴⁶⁷ Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 18.

⁴⁶⁸ Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 18.

100% de Murphy Ecuador, por la extinción forzada y prematura del Contrato de Participación, lo cual le impidió directamente a Murphy International obtener los beneficios económicos que de otra forma habría recibido desde el 12 de marzo de 2009 (la fecha de la venta) hasta el 31 de enero de 2012 (la fecha original de extinción del Contrato de Participación)⁴⁶⁹.

316. La Demandante aclara que el criterio de FCD que utilizó en el Arbitraje de Murphy ante el CIADI y el criterio de flujos de fondos no percibidos que utiliza ahora son metodologías diferentes para el cálculo de las mismas pérdidas⁴⁷⁰.
317. La Demandante alega que la cláusula 12.7.4 del CCA, que le impide a Repsol actuar en contra de los intereses de la Demandante en relación con sus reclamos planteados en el arbitraje, constituyó simplemente un medio de “asegurar más aún que solamente Murphy International cobrara una indemnización por las pérdidas sufridas en Murphy Ecuador por las que la primera reclamaba en su propio arbitraje ante el CIADI”⁴⁷¹. La Demandante rechaza la afirmación de Ecuador de que la cláusula 12.7.4 “expresamente autorizó a Murphy Ecuador a ‘arreglar o desechar cualquier reclamo arbitral’ en contra de Ecuador”⁴⁷². Sostiene que la cláusula 12.7.4 “exige que Repsol ‘no actúe en contra de los intereses de [Murphy

⁴⁶⁹ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 44. Véase *asimismo* Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 18.

⁴⁷⁰ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs. 45-50.

⁴⁷¹ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 29, *en referencia al* CCA, cláusula 12.7.4, **CEX-127**.

⁴⁷² Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 20, *en referencia al* Memorial PostAudiencia de la Demandada, párr. 21.

International] en relación con los reclamos planteados [por Murphy International] en el Arbitraje⁴⁷³. Esto significa, alega la Demandante, que Murphy Ecuador no podría haber transigido los reclamos de la Demandante⁴⁷⁴.

B. Posición de la Demandada

318. La Demandada alega que, a través de la cláusula 12.7.4 del CCA, la Demandante autorizó la transacción de los reclamos de Murphy Ecuador en virtud del Contrato de Participación y consintió en el efecto vinculante de ese acuerdo⁴⁷⁵. La Demandada sostiene que el efecto vinculante para la Demandante de la Transacción con Repsol no se deriva del acuerdo de transacción como tal, sino del CCA⁴⁷⁶. Según la Demandada, la cláusula 12.7.4 no sólo le otorgó a Repsol el derecho de transigir los reclamos arbitrales de Murphy Ecuador, sino que expresó asimismo que esa transacción no sería considerada contraria a los intereses de la Demandante⁴⁷⁷. Explica la relación de la cláusula 12.7.4 y la cláusula 12.7.1 en los siguientes términos:

⁴⁷³ Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 22, *que cita al CCA*, cláusula 12.7.4, **CEX127**.

⁴⁷⁴ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 204, *en referencia al CCA*, cláusula 12.7.4, **CEX127**.

⁴⁷⁵ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 27, *en referencia al CCA*, cláusula 12.7.4, **CEX-127**.

⁴⁷⁶ Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 33.

⁴⁷⁷ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 167; Transcripción de la Audiencia (20 de noviembre de 2014), 831:23-832:17; Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 21, *que cita al CCA*, cláusula 12.7.4, **CEX-127**.

[S]i bien reconociendo el derecho de Murphy International a conservar y proseguir cualquiera de los reclamos que Murphy International podría tener contra Ecuador (Cláusula 12.7.1), Repsol YFP [*sic*] se reservó expresamente su propio derecho y el de Murphy Ecuador a resolver todo reclamo arbitral contra Ecuador (Cláusula 12.7.4), incluidos los reclamos que Murphy Ecuador (ahora parte del grupo de compañías Repsol YPF) planteó en el arbitraje del Consorcio. En otras palabras, tanto Murphy Ecuador, así como Murphy International conservaron sus propios derechos, incluido el derecho a transigir sus reclamos hechos contra Ecuador⁴⁷⁸.

319. La Demandada sostiene que Murphy Ecuador fue vendida a Repsol con la totalidad de sus derechos en virtud del Contrato de Participación⁵²⁶. Alega que la Demandante sabía que Repsol debía adquirir la totalidad de los derechos de Murphy Ecuador porque:

[E]l arreglo de *todos* los reclamos pendientes de los Miembros del Consorcio, incluyendo a los reclamos de Murphy Ecuador para el reembolso de los pagos históricos por Ley 42 y el reclamo de supuestos flujos de caja perdidos bajo el Contrato de Participación, ambos afirmados en el arbitraje CIADI del Consorcio, era una *conditio sine qua non* para la renegociación del contrato y de un eventual Arreglo⁵²⁷.

320. La Demandada impugna el argumento de la Demandante de que la cláusula 12.7.3 del CCA transfiriera los derechos de Murphy Ecuador a la Demandante. No está de acuerdo con que la cláusula 12.7.3 estuviera prevista para evitar la doble recuperación, de manera tal que la Demandante y Murphy Ecuador cobraran por las mismas pérdidas, al exigir que la primera ostentara los derechos y privilegios de la última⁵²⁸. La Demandada señala que la cláusula 12.7.3 identifica como

⁴⁷⁸ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 163 (énfasis de la Demandada). Véase *asimismo*

su objetivo la protección de la promoción de los reclamos en materia de inversión de la Demandante, que no es lo mismo que impedir que Murphy Ecuador promueva sus reclamos en virtud del contrato⁵²⁹.

321. La Demandada afirma asimismo que el argumento de la Demandante de que la cláusula 12.7.3 del CCA transfiriera los derechos de Murphy Ecuador a la Demandante se contradice en virtud de (a) la cláusula 12.7.4 del CCA, la cual permite que Murphy Ecuador “transe o rechace todo reclamo arbitral contra [la Demandada]”⁵³⁰, y (b) la cláusula 12.7.5, la cual “confirma que después del [CCA], Murphy [Ecuador] continuaba siendo la titular y beneficiaria legítima de sus reclamos bajo el Contrato de Participación”⁵³¹. La Demandada reitera que tanto Repsol como la

Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 256:13-257:18; Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 5.

⁵²⁶ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 17.

⁵²⁷ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 24. Véase, asimismo, Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 23, *en referencia al* Memo de ME del mes de diciembre de 2008, página 00185, **REX-137**. ⁵²⁸ Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 4, *en referencia al* Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 17.

⁵²⁹ Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 5.

⁵³⁰ Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 8, *que cita al* CCA, cláusula 12.7.4, **CEX-127**.

⁵³¹ Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 9. [Las versiones en inglés y en Español de este escrito no coinciden. La primera afirma que Murphy Ecuador continuaba siendo el titular. La versión en español pone que es Murphy Internacional. En vista del contexto, se entiende que la referencia a Murphy Internacional es un *lapsus calami* y por ello se corrige la cita a Murphy Ecuador, coincidiendo a su vez con el texto de este Laudo en su versión en inglés.]

Demandante necesitaban que Murphy Ecuador conservara sus propios reclamos. Esto era necesario, para Repsol, para poder renegociar un

contrato con la Demandada, y, para la Demandante, para recuperar su inversión mediante el CCA⁴⁷⁹.

322. La Demandada aclara que la Demandante no puede invocar derechos en virtud del CCA y que el CCA no puede ser invocado en contra de la Demandada en tanto ninguna de las dos es parte de este⁴⁸⁰. La Demandada sostiene que la cláusula 12.7.3 no transfirió efectivamente a la Demandante ninguno de los derechos de Murphy Ecuador debido a que la supuesta cesión (a) estaba sujeta a una condición que nunca se materializó (respecto de la cual, véase el siguiente párrafo); y (b) nunca fue autorizada tal como lo requiere tanto el Contrato de Participación como la Ley de Hidrocarburos del Ecuador⁵³⁴.

323. En lo que se refiere a la condición precedente, la Demandada afirma que la cláusula 12.7.3 disponía una cesión sólo “en la medida que ciertos derechos y privilegios de [Murphy Ecuador] sean requeridos que sean retenidos por [Murphy International] en el proceso de proseguir el Arbitraje [ante el CIADI] o recolectando cualquier laudo dictado por el tribunal arbitral”⁴⁸¹. Explica que la condición precedente a la cesión era “indeterminada” en sus términos, y que devino para

⁴⁷⁹ Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 6-7, *en referencia al* Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párrs. 11, 23-24.

⁴⁸⁰ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 165, *en referencia al* CCA, **CEX-127**. ⁵³⁴ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 6. Véase, asimismo, Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 166.

⁴⁸¹ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 10, *que cita al* CCA, cláusula 12.7.3, **CEX-127** (cursiva omitida).

siempre indeterminable cuando quedó desestimado el Arbitraje de Murphy ante el CIADI⁴⁸².

324. Según la Demandada, el CCA empleó ex profeso un “lenguaje vago y condicional” en la cláusula 12.7.3 que no efectuaría “una cesión de los reclamos [de Murphy Ecuador] presente e inmediata”⁴⁸³. Esto es porque ambas partes entendieron que el sentido de la venta de Murphy Ecuador a Repsol era permitir que esta última resolviera todos los reclamos por Ley 42 para poder proseguir con el nuevo contrato extendido con Ecuador⁴⁸⁴.
325. Segundo, la Demandada argumenta que “ni Murphy Ecuador ni Repsol buscaron, mucho menos recibieron, la autorización ministerial [para] la supuesta cesión”⁴⁸⁵ en violación de la cláusula 16 del Contrato de Participación y del Artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos⁴⁸⁶. La Demandada rechaza el argumento de que no se exigía la aprobación gubernamental para la cesión bajo la cláusula 12.7.3 ya que esta disposición podía ceder derechos contractuales, pero no reclamos; explica que la cláusula 12.7.3 cubre cualquier derecho en virtud del

⁴⁸² Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 260:2-261:17; Transcripción de la Audiencia (20 de noviembre de 2014), 830:15-831:22; Memorial Post Audiencia de la Demandada, párrs. 9-14; Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 12-14.

⁴⁸³ Memorial Post Audiencia de la Demandada, párr. 11. Véase, asimismo, Transcripción de la Audiencia (20 de noviembre de 2014), 824:12-825:10.

⁴⁸⁴ Memorial Post Audiencia de la Demandada, párr. 11; véase, asimismo, Transcripción de la Audiencia (20 de noviembre de 2014), 824:12-825:10.

⁴⁸⁵ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 16.

⁴⁸⁶ Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 259:5-10. Véase, asimismo, Memorial Post Audiencia de la Demandada, párr. 15, en referencia a la Ley de Hidrocarburos, Artículo 79, **CEX-21**; CCA, Cláusula 12.7.3, **CEX-127**.

Contrato de Participación, incluidos aquellos relacionados con el arbitraje⁴⁸⁷.

326. La Demandada sostiene asimismo que no habría autorizado la cesión de derechos ya que habría ido en contra del espíritu de las negociaciones que se encontraban activas en ese momento para la conclusión del nuevo contrato con los integrantes del Consorcio⁴⁸⁸. No obstante, dicho esto, la Demandada controvierte la afirmación de la Demandante de que pedir la autorización de Ecuador habría sido inútil como “deshonesta desde el punto de vista de la lógica y evidentemente infundada”⁴⁸⁹. Ecuador niega haber consentido (o haber sido pasivo con respecto a) la cesión en la cláusula 12.7.3; sostiene que “planteó las implicaciones de la Cláusula 12.7.3 del [CCA] de inmediato en su primer planteamiento escrito en el arbitraje en el CIADI después de la celebración del [CCA], y (b) lo planteó en este arbitraje inmediatamente después que la Demandante se basara en las Cláusulas 12.7.1 y 12.7.2 del [CCA] (*pero no en la Cláusula 12.7.3*)”⁴⁹⁰.

327. Aun en el supuesto de que la cláusula 12.7.3 fuera efectiva, la Demandada observa que la cesión en la cláusula 12.7.3 excluye los reclamos de la Demandante por flujos de caja desde el mes de marzo de 2009 en adelante⁴⁹¹. Argumenta que la cláusula 12.7.3 cede solamente aquellos “derechos y privilegios de [Murphy Ecuador] los

⁴⁸⁷ Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 15 *en referencia al* Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 32; CCA, cláusula 12.7.3, **CEX-127**.

⁴⁸⁸ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, nota al pie 17.

⁴⁸⁹ Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 16, *en referencia al* Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 34.

⁴⁹⁰ Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 19 (énfasis de la Demandada).

⁴⁹¹ Transcripción de la Audiencia (20 de noviembre de 2014), 828:24-829:22.

cuales son la materia objeto del Arbitraje [ante el CIADI]”⁴⁹². La Demandada asevera que la Demandante nunca inició un reclamo por flujos de

caja en virtud del Contrato de Participación en el Arbitraje de Murphy ante el CIADI⁴⁹³:

[A]un si uno pudiera decir que el Contrato de Compraventa afecta [de alguna manera] los derechos de Murphy Ecuador de transar sus reclamaciones, ese hecho estaría limitado a las pérdidas de la [D]emandante [reivindicadas] en el arbitraje del CIADI[, puesto que se trata de un término definido en el Contrato de Compraventa. Pero aquí la demandante reclama todo el flujo de caja perdido. Esto es diferente de lo que indicó en su primer caso. [Así que, a]un si tuviera un efecto, sería un efecto limitado⁴⁹⁴.

328. La Demandada controvierte la defensa opuesta por la Demandante de que su reclamo actual por flujos de caja no percibidos es idéntico al reclamo de su Arbitraje ante el CIADI por la disminución en el valor justo de mercado de las acciones de Murphy Ecuador. Ecuador alega que “[l]a incongruencia entre los reclamos de la Demandante en el CIADI y la CNUDMI por pérdida no es meramente el resultado de ‘usar métodos y datos disponibles diferentes’. La Demandante reclama en este proceso una pérdida que es diferente en lo esencial y conceptual de la pérdida que ésta reclamó en su arbitraje ante el CIADI”⁴⁹⁵. Afirma

⁴⁹² Memorial Post Audiencia de la Demandada, párr. 18, *que cita al* CCA, cláusula 12.7.3, **CEX-127** (cursiva omitida).

⁴⁹³ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párrs. 19-20.

⁴⁹⁴ Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 257:19-258:1. [El texto de la cita se basa en la transcripción original en inglés y puede no reflejar palabra por palabra el texto de la fuente en español.]

⁴⁹⁵ Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 22, *que cita al* Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 50.

que el “expreso rechazo del método basado en el DCF [en el cálculo de los daños de la Demandante] prueba más allá de toda controversia que la Demandante ya no reclama por pérdida relacionada con una disminución del VJM de sus acciones en Murphy Ecuador”⁴⁹⁶.

3. Si la Transacción con Repsol es vinculante para la Demandante

329. El 23 de noviembre de 2010, los integrantes del Consorcio, incluida Murphy Ecuador, suscribieron la Transacción de Repsol con Ecuador de conformidad con la cual retiraron todos sus reclamos en el Arbitraje de Repsol ante el CIADI con perjuicio. En la misma fecha, el Consorcio y Ecuador suscribieron el Contrato Modificadorio Definitivo que convirtió al Contrato de Participación en un contrato de prestación de servicios.

A. Posición de la Demandante

330. La posición de la Demandante es que la Transacción con Repsol no transigió sus reclamos al amparo del tratado: “como los reclamos formulados por Murphy International al amparo del TBI

⁴⁹⁶ Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 26. Véase, asimismo, Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 23-27 (referencias internas omitidas).

son aparte y distintos de los derechos contractuales de Murphy Ecuador, la Transacción con Repsol no podría extinguir los reclamos de Murphy International al amparo del TBI⁴⁹⁷.

331. La Demandante afirma que no tenía intereses en, ni control sobre, Murphy Ecuador⁴⁹⁸, en el momento de la transacción ya que hacía 18 meses que había vendido Murphy Ecuador⁴⁹⁹. La Demandante observa que en el Laudo sobre Jurisdicción del CIADI, emitido justamente después de la Transacción con Repsol el día 15 de diciembre de 2010, “el Tribunal del CIADI [...] determinó que Murphy Ecuador no podía negociar en representación de Murphy International y obligarla”⁵⁰⁰.
332. La Demandante sostiene que como no era parte de la Transacción con Repsol, no está vinculada por ella. El derecho ecuatoriano limita el

⁴⁹⁷ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 15.

⁴⁹⁸ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs. 7, 61-62. Véase asimismo Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 2.

⁴⁹⁹ Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 25, *en referencia a SAUR International S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/04/4, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, párr. 358, **RLA-435**.

⁵⁰⁰ Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 24; Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 5 *en referencia al* Laudo sobre Jurisdicción del CIADI, párr. 120, **CEX-3** *que afirma*:

“[...] quien formaba parte del Consorcio que lideraba Repsol era Murphy Ecuador, la compañía de Bermuda, y no Murphy International, la sociedad de los Estados Unidos de América. En consecuencia, cualquier gestión que hubiera realizado Repsol, en representación del Consorcio, ante las autoridades ecuatorianas, la habría efectuado en nombre de las personas jurídicas que formaban el consorcio (en lo que nos interesa, Murphy Ecuador) y no en el de las dueñas de las acciones de las sociedades integrantes de ese Consorcio (en este caso, Canam y Murphy International)”.

efecto vinculante de las transacciones a aquellos que son parte de forma directa en el acuerdo⁵⁰¹.

333. La Demandante argumenta asimismo que la transacción cubría solamente los reclamos pendientes en el Arbitraje de Repsol ante el CIADI, lo que no incluía los reclamos de la Demandante en el Arbitraje de Murphy ante el CIADI. Las partes del CCA le habían cedido a Murphy la totalidad de los reclamos de Murphy Ecuador por pérdidas que Murphy reclamaba indirectamente en el Arbitraje de Murphy ante el CIADI⁵⁰². A la luz de esta cesión, la Demandante argumenta que una transacción que afectase a sus derechos sería nula en virtud del derecho ecuatoriano, que prohíbe

los acuerdos que transigen los derechos de terceros⁵⁰³. Habría sido asimismo en violación de la cláusula 12.7.4 del CCA, que le prohibía a Repsol actuar en contra de los intereses de la Demandante en el Arbitraje de Murphy ante el CIADI⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 63, *que cita al* Código Civil ecuatoriano, Artículo 2363, **CEX-41**. *Véase asimismo* Escrito de Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 218, *en referencia al* Laudo de *Sempra*, párr. 227, **CLA-35**.

⁵⁰² Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 64. *Véase asimismo* Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 26, *en referencia a* *Hochtief AG c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/07/31, Decisión sobre Responsabilidad (29 de diciembre de 2014), párrs. 162-164, 167, **CLA-334** (“**Decisión sobre Responsabilidad de Hochtief**”).

⁵⁰³ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 65, *que hace referencia al* Código Civil ecuatoriano, Artículo 2354, **CEX-41**.

⁵⁰⁴ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 66, *que hace referencia al* CCA, Cláusula 12.7.4, **CEX-127**.

334. La Demandante afirma que ni el CCA ni la Transacción con Repsol, ni ambos en forma colectiva, satisficieron adecuadamente sus reclamos por pérdidas⁵⁰⁵. Alega que el precio de venta de Murphy Ecuador fue insuficiente para compensar las pérdidas que sufrió la Demandante a raíz de la Ley 42, entre otras razones porque el CCA excluía de la transacción de venta cualquier compensación posible por los reclamos de la Demandante al amparo del TBI⁵⁰⁶. La Demandante describe esta exclusión de la siguiente manera:

[S]i bien los integrantes del Consorcio mantuvieron sus reclamos a que se los reembolse por los pagos efectuados en virtud de la Ley 42 con posterioridad al 12 de marzo de 2009 (que obviamente incluían los pagos efectuados por Murphy Ecuador (para ese entonces Amodaimi Oil) después de esa fecha), retiraron del Arbitraje de Repsol su reclamo por todos los pagos efectuados por Murphy Ecuador en virtud de la Ley 42 antes del 12 de marzo de 2009⁵⁰⁷.

335. La Demandante explica que esta exclusión tuvo por objeto eliminar la superposición que todavía existía entre los reclamos presentados por la Demandante y Murphy Ecuador en sus respectivos arbitrajes ante el CIADI⁵⁰⁸. Alega que esto era coherente con “el hecho de que, después de suscripto el CCA, Murphy Ecuador ya no tenía ninguno de los

⁵⁰⁵ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 67.

⁵⁰⁶ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs. 68, 77. Véase *asimismo* Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 27.

⁵⁰⁷ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 57. Véase *asimismo* Contestación de la Demandante, párr. 158, *en referencia al* Memorial de Repsol, párr. 282, **REX-20**; Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 205; Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 95:20-96:7; Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 54, *en referencia al* Memorial de Repsol, párr. 282, **REX-20**.

⁵⁰⁸ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 53, *en referencia a* la Solicitud de Arbitraje de la Demandante ante el CIADI (3 de marzo de 2008), **REX-17**; Solicitud de Arbitraje y Medidas Provisionales de Repsol, **REX-25**.

derechos y privilegios a reclamar por esas pérdidas”⁵⁰⁹. La Demandante aclara asimismo que las cláusulas 12.7.2 y 12.7.3 del CCA constituían efectivamente una renuncia a su reclamo al monto que había sustraído⁵¹⁰.

336. En lo que se refiere a la Transacción con Repsol, la Demandante sostiene que Murphy Ecuador transigió sólo los reclamos por las pérdidas surgidas *con posterioridad a* la celebración del CCA el día 12 de marzo de 2009 y por las que la Demandante nunca había reclamado en su Arbitraje ante el CIADI. El CCA había excluido los reclamos por aquellas pérdidas ocurridas *antes* del 12 de marzo de 2009 de modo que no podían transigirse⁵¹¹.

337. Sin embargo, lo que es aún más importante, la Demandante afirma que “la Transacción no le generó absolutamente ningún beneficio económico a Murphy International” dada su completa falta de intereses en Murphy Ecuador en ese momento⁵¹². La Demandante sugiere asimismo que Murphy Ecuador no fue compensada por sus pérdidas de conformidad con la transacción, pues ni la Transacción con Repsol ni el Contrato Modificatorio Definitivo hacen referencia alguna a compensación para Murphy Ecuador o Repsol YPF⁵¹³.

⁵⁰⁹ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 55, *en referencia al CCA*, cláusulas 12.7.2, 12.7.3, **CEX-127**.

⁵¹⁰ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 58, *en referencia al Memorial de Dúplica sobre Meritos*, párr. 103.

⁵¹¹ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 77.

⁵¹² Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 69.

⁵¹³ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 78, *en referencia a la Transacción de Repsol, REX-21; Contrato Modificatorio Definitivo (23 de noviembre de 2010), CEX-175. Véase asimismo Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia*, párr. 30.

338. Sexto y último, la Demandante sostiene que la transacción es irrelevante a los efectos de responsabilidad y daños ya que, “en el hipotético mundo contrafáctico que debe utilizar el Tribunal para determinar la indemnización”, ni el CCA ni la transacción habrían existido de no haber sido por las violaciones del TBI por parte de la Demandada⁵¹⁴. La Demandante aclara que el CCA mitigó sus pérdidas, razón por la cual ha deducido de los daños y perjuicios reclamados el precio de venta, más los intereses devengados⁵¹⁵.

B. Posición de la Demandada

339. La Demandada alega que, en virtud del derecho internacional, la transacción de los reclamos de una compañía vincula al accionista en la medida que se satisfagan debidamente los intereses del accionista⁵¹⁶. La Demandada sostiene que “[a]unque no es una parte en la Transacción, la Demandante está obligada por ésta debido a que fue facultada por la Demandante, a través del consentimiento de la Demandante a la Cláusula 12.7.4 del [CCA], y porque los intereses de la Demandante fueron debidamente satisfechos [a través del] precio en el [CCA]”⁵¹⁷. Según la Demandada, ya que se transigieron todos los reclamos de Murphy Ecuador en el Arbitraje de Repsol ante el CIADI,

⁵¹⁴ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 70, *en referencia a la Fábrica de Chorzów* (Alemania c. Polonia), 1926 PÁG.C.I.J. (Ser. A.) N.º 7. 25 de mayo de 1926, **CLA-86** (“*Fábrica de Chorzów*”). Véase, asimismo, Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs. 71-72, *en referencia a* Transcripción de la Audiencia (20 de noviembre de 2014), 765:17-24.

⁵¹⁵ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 73, *en referencia al Segundo Informe Pericial de Navigant*, párr. 17, Apéndice 4.

⁵¹⁶ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 26, *que cita al* Laudo de *Sempre*, párr. 227, **RLA-24**.

⁵¹⁷ Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 31.

“no existen derechos o privilegios remanentes de Murphy Ecuador que todavía puedan ser retenidos por la Demandante”⁵¹⁸.

340. La Demandada afirma que la transacción a la que se llegó con Ecuador cubría todos los posibles reclamos que Murphy Ecuador podría haber hecho valer sobre la base del Contrato de Participación⁵¹⁹. Observa que, “el alcance del contrato de transacción celebrado entre Ecuador y el Consorcio se extendió a todos los reclamos o pérdidas que se hicieran valer *en cualquier momento* en el curso del arbitraje en el caso Repsol, independientemente de cuándo se hayan planteado estos y si su cuantía podría haber evolucionado en los procesos”⁵²⁰.

341. La Demandada se opone al argumento de que Murphy Ecuador transigió solamente aquellos reclamos surgidos con posterioridad a la celebración del CCA⁵⁷⁵. Señala que “‘esta renuncia general’ [que se encuentra en la cláusula 29.1.2 del Contrato Modificatorio Definitivo] no hace ninguna excepción en cuanto a reclamos originados antes de la suscripción del [CCA]”⁵²¹. La Demandada resalta asimismo el lenguaje similarmente amplio en la cláusula 29.1.5 del Contrato Modificatorio Definitivo; alega que, mediante esta disposición, Murphy Ecuador acordó retirar, con perjuicio, los reclamos surgidos

⁵¹⁸ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 21. Véase, asimismo, Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 34.

⁵¹⁹ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 175.

⁵²⁰ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 173, *en referencia a* Transacción de Repsol, pág. 14, **REX-21** (énfasis de la Demandada). Véase, asimismo, Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 36, *donde se cita la Solicitud de Arbitraje y Medidas Provisionales de Repsol*, párrs. 134(iii)-(iv), **REX-25**. ⁵⁷⁵ Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 40, *en referencia al* Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 77.

⁵²¹ Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 40, *en referencia al* Contrato Modificatorio Definitivo, cláusula 29.1.2, **REX-116**.

con posterioridad a la celebración del CCA, así como aquellos surgidos con anterioridad a este⁵²². Señala asimismo que el argumento de que la transacción cubriría

sólo los reclamos pendientes en el Arbitraje de Repsol ante el CIADI descansa en dos hipótesis supuestamente equivocadas: (1) que la cesión en virtud de la cláusula 12.7.3 del CCA fue efectiva; y (2) que Murphy Ecuador había excluido de manera exitosa sus reclamos de aquel arbitraje⁵²³.

342. La Demandada sostiene que “el ‘beneficio material o legal’ del cual Murphy International disfrutó desde [el CCA y la Transacción] no se derivó de la Transacción como tal sino del [CCA] en la forma del precio del [CCA], lo cual permitió que la Demandante recuperara su inversión”⁵²⁴. Afirma que el precio de venta de USD 78,9 millones que Repsol YPF pagó a la Demandante satisfizo debidamente sus intereses en tanto “reflejó de manera exacta el justo valor de mercado de los derechos y reclamos de Murphy Ecuador bajo el Contrato de Participación a partir de marzo de 2009”⁵²⁵. Esto fue complementado por la asunción de Repsol YPF de las obligaciones de Murphy Ecuador,

⁵²² Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 40, *en referencia al* Contrato Modificatorio Definitivo, cláusula 29.1.5, **REX-116**. *See also* Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 174, *en referencia al* Contrato Modificatorio Definitivo, págs. 106-107, **CEX-175**.

⁵²³ Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 35.

⁵²⁴ Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 34, *en referencia al* Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párrs. 28-30, 33.

⁵²⁵ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 28.

estimadas en la suma de USD 86 millones⁵²⁶. La Demandada observa asimismo que, después de la venta de Murphy Ecuador a Repsol YPF y antes de la Transacción de noviembre de 2010—en virtud de los cuales Ecuador extendió a los Integrantes del Consorcio “beneficios económicos significativos”—, Murphy Ecuador recibió su porción de flujos de caja de la producción del Bloque 16⁵²⁷.

343. La Demandada rechaza la afirmación de que Murphy Ecuador nunca fue compensada por las pérdidas que había transigido con Ecuador⁵²⁸. Además de observar que Repsol YPF y Murphy Ecuador deberían haber renunciado a sus reclamos pendientes a cambio de esta compensación, la Demandada señala asimismo la cláusula 29.1.3 del Contrato Modificatorio, que establece que la Demandada no le adeuda nada a Repsol YPF, Murphy Ecuador, ni a los demás integrantes del Consorcio y que éstas no poseen reclamos pendientes en relación con el Contrato de Participación⁵²⁹.
344. La Demandada rechaza el argumento de que las demandantes en el Arbitraje de Repsol ante el CIADI habían excluido el reclamo por daños de Murphy Ecuador del Arbitraje de Repsol ante el CIADI.

⁵²⁶ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 29, *en referencia al CCA*, cláusulas 8.1.1, 8.1.2, 8.1.3, **CEX127**; Transcripción de la Audiencia (19 de noviembre de 2014), 615:19-616:5 (contrainterrogatorio del Sr. Brent C. Kaczmarek). Véase asimismo Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 37.

⁵²⁷ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 36, *en referencia al Contrato Modificatorio Definitivo*, **CEX-175**.

⁵²⁸ Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 41.

⁵²⁹ Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 41-42, *en referencia al Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia*, párr. 78, Contrato Modificatorio Definitivo, cláusula 29.1.2, **REX-116**.

Señala que la exclusión sólo se aplicaba a los pagos históricos por la Ley 42 y no a los flujos de caja no percibidos en virtud del Contrato de Participación⁵³⁰ También hace hincapié en que, aunque Murphy Ecuador puede haber reducido el monto reclamado, no renunció a su reclamo legal ni a sus derechos a dichos pagos⁵³¹. La Demandada explica que “el retiro de las reclamaciones, incluso cuando se hace con perjuicio, no puede ser equivalente a una renuncia de los derechos subyacentes de la parte salvo que se acuerde lo contrario”⁵⁸⁷.

345. La Demandada rechaza el argumento de que el CCA y la Transacción carecen de relevancia a los fines de la evaluación de los reclamos de la Demandante, en tanto presuntamente son la consecuencia directa de los actos ilícitos de Ecuador⁵³². Ésta aclara que, en virtud de la teoría de la causación en el derecho internacional, “[l]a pregunta pertinente no es si la venta habría ocurrido en ausencia de la Ley 42, sino más bien si la venta ha sido una consecuencia directa, inmediata e inevitable de la Ley 42”⁵³³. Afirma que, “la venta de Repsol fue una de varias opciones

⁵³⁰ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 22, *en referencia al* Memorial de Réplica, párr. 205; Transcripción de la Audiencia (19 de noviembre de 2014), 82:11-20.

⁵³¹ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 22, *referring to* Dúplica sobre Méritos (18 de septiembre de 2014), párrs. 103-107, Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 262:8-25, 263:1-7. Véase, asimismo, Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 170-172, *en referencia a Repsol YPF Ecuador c. Ecuador*, Memorial de Repsol, párr. 282, **REX-20**. Véase, asimismo, Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 261:24-263: 1; Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 30. ⁵⁸⁷ Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 262:15-263:7. [El texto de la cita se basa en la transcripción original en inglés y puede no reflejar palabra por palabra el texto de la fuente en español.]

⁵³² Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 38, *en referencia al* Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 72.

⁵³³ Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 39 (cursiva omitida).

que la Demandante consideró libremente al tomar su decisión empresarial de salir de Ecuador”⁵³⁴.

4. Si este caso involucra el riesgo de doble recuperación

A. Posición de la Demandada

346. La Demandada argumenta que otorgarle una compensación a la Demandante por cualquier categoría de sus reclamos resultaría tanto en un doble pago por parte de Ecuador (habiendo éste compensado ya a Murphy Ecuador con beneficios bajo el nuevo contrato), y en doble compensación para la Demandante (habiendo ésta recibido ya el valor justo de mercado de esos mismos derechos por Repsol)”⁵³⁵. Ecuador argulle que:

Murphy Ecuador siempre ha tenido la participación del 20 por ciento de la porción del petróleo del consorcio en la producción del Bloque 16, salvo[, claro está] la suma que fue transada como parte de su Acuerdo de Transacción con Ecuador. Otra parte clave de esta ecuación es que Murphy International fue indemnizada por la pérdida indirecta a la que tenía derecho antes de que se transara esta reclamación cuando vendió Murphy Ecuador a Repsol. [Así que] Repsol pagó por las reclamaciones de Murphy Ecuador, las reclamaciones pendientes que existían allí en el marco del arbitraje del CIADI[. Y se pagó a Murphy, Repsol pagó por las reclamaciones y demandas futuras respecto de flujos de caja de Murphy Ecuador bajo los Contratos de

⁵³⁴ Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 39, *que cita el correo electrónico de Ignacio Herrera dirigido a David Wood*, PDF pág. 3, **REX-134**.

⁵³⁵ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 40.

Modificación y después en virtud del nuevo contrato de servicios⁵³⁶.

347. La Demandada alega que Murphy Ecuador renunció definitivamente a todos los reclamos que poseía al momento del CCA y de la Transacción con Repsol a cambio de una compensación pagada por Ecuador (en la forma de pagos de flujos de caja por la producción en el Bloque 16 en virtud del Contrato Modificadorio, y la extensión de beneficios económicos significativos en virtud del Contrato Modificadorio Definitivo)⁵³⁷. En consecuencia, Ecuador argumenta que Murphy Ecuador ha sido compensada por cualquier derecho que pudo haber tenido en los reembolsos por pagos históricos por Ley 42 y a los flujos de caja y ningún daño bajo cada un de estas categorías sigue siendo indemnizable a Murphy⁵³⁸.
348. La Demandada alega asimismo que la prohibición contra la doble recuperación en el derecho internacional es aplicable aun cuando la subsidiaria y la accionista hicieren valer diferentes bases jurídicas para reclamar las mismas pérdidas⁵³⁹.

B. Posición de la Demandante

349. La Demandante afirma lo siguiente:

Murphy no pretende que se la indemnice dos veces por el mismo daño. Murphy pretende que se la indemnice por la violación de sus propios derechos al amparo del

⁵³⁶ Transcripción de la Audiencia (20 de noviembre de 2014), 822:16-823:10.

⁵³⁷ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párrs. 36-37.

⁵³⁸ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 38.

⁵³⁹ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 149.

TBI. El Acuerdo de noviembre de 2010 no constituyó para Murphy un “recupero”, porque ninguna de las partes que lo suscribieron eran capaces de transigir los reclamos de Murphy y porque ninguno de los beneficios que obtuvieron esas partes compensó a Murphy. Por otra parte, en la medida en que Repsol haya comprado cualquier beneficio restante que se le deba a Murphy

Ecuador en virtud del Contrato de Participación, Murphy deduce de su reclamo el producto de esa venta, con lo cual de cualquier manera no existe ni siquiera un riesgo teórico de doble recupero⁵⁴⁰.

350. La Demandante hace también hincapié en que su “reclamo [...] se limita al plazo del Contrato de Participación Original que concluía en enero de 2012. En cambio, la transacción de los reclamos de Repsol y la sucesora de Murphy Ecuador se produjo en el contexto de acordar un nuevo contrato de prestación de servicios para reemplazar el Contrato de Participación para el período posterior al mes de enero de 2012”⁵⁴¹. Murphy Ecuador no transigió ni fue compensada por pérdida alguna ocurrida efectivamente con anterioridad al día 12 de marzo de 2009⁵⁴². Los integrantes del Consorcio Repsol acordaron retirar sus reclamos y renunciar a sus derechos a compensación, aunque no reconocieron la transacción de esas pérdidas⁵⁴³.

⁵⁴⁰ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 229; Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 99:3-100:1. Véase, asimismo, Transcripción de la Audiencia (20 de noviembre de 2014), 767:11-23; Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs. 11-12.

⁵⁴¹ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 214.

⁵⁴² Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs. 77-78.

⁵⁴³ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 78.

351. Por lo tanto, la Demandante sostiene que Ecuador no ha pagado por las pérdidas de Murphy que se reclaman en este arbitraje ni siquiera una vez, menos aún dos⁵⁴⁴. En cambio, Ecuador sacando más del Bloque 16 como consecuencia de su mal actuar⁵⁴⁵. A la luz de ello, la Demandante alega que aun si existiera un peligro de doble recuperación, lo que se niega, es consecuencia de la conducta ilícita de la Demandada; esa conducta ilícita no puede eximir a Ecuador de su obligación de indemnizar a la Demandante⁵⁴⁶.

II. Análisis del Tribunal

352. La cuestión de si la Demandante tiene derecho a compensación por los reclamos por pérdidas por derecho propio y, de ser así, si el reclamo por pérdidas sigue vigente, concierne a varias cuestiones interrelacionadas: (1) el Tribunal debe analizar si la Demandante tiene derecho a reclamar las pérdidas ocasionadas a su inversión indirecta, Murphy Ecuador, al amparo del Tratado; (2) el Tribunal debe interpretar la cláusula 12.7 del CCA para determinar qué derechos y privilegios de Murphy Ecuador, si los hubiere, fueron cedidos a Murphy para que esta última promoviera sus reclamos en virtud del Tratado, y qué derechos y privilegios, si los hubiere, conservó Murphy Ecuador tras su venta a Repsol YPF; y, por último, (3) el Tribunal deberá determinar qué reclamos fueron presentados en el Arbitraje de Repsol ante el CIADI y transigidos, con perjuicio, con la suscripción de la Transacción con Repsol, y qué impacto podría tener eso en el derecho de Murphy de reclamar pérdidas.

⁵⁴⁴ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 79.

⁵⁴⁵ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 79.

⁵⁴⁶ Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 32.

353. El Tribunal procederá a analizar estos temas en el siguiente orden: (1) el derecho de la Demandante en virtud del Tratado a reclamar pérdidas ocasionadas a su inversión indirecta; (2) el efecto de la cláusula 12.7 del CCA; (3) los reclamos de Murphy Ecuador en el Arbitraje de Repsol ante el CIADI; y (4) la Transacción con Repsol.

1. El derecho de la Demandante en virtud del Tratado de reclamar por pérdidas ocasionadas a su inversión indirecta

354. No es un hecho controvertido que, en el momento de la violación del Tratado por parte de Ecuador, es decir, el día 18 de octubre de 2007 (que es la fecha en la que se dictó el Decreto N.º 662 en virtud de la Ley 42 para aumentar la participación adicional del Estado a 99%), Murphy era propietaria del 100% de Canam (sociedad de cartera), la cual, a su vez, era propietaria del 100% de Murphy Ecuador. En ese momento, la participación de Murphy Ecuador en el Consorcio era de un 20%. En consecuencia, en el momento de la violación del Tratado por parte de Ecuador, Murphy era titular de una participación indirecta del 20% en el Consorcio a través de su propiedad de Murphy Ecuador.
355. El Artículo 1(1) del TBI cubre expresamente las inversiones indirectas. Hace referencia a “todo tipo de inversión tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad de nacionales o sociedades de la otra Parte o esté controlada por dichos nacionales o sociedades, y comprende: [...] Las sociedades o las acciones de capital u otras participaciones o en sus activos [...]”. Murphy Ecuador era propiedad de y estuvo controlada por Murphy durante el período relevante. La inversión de Murphy consistía en su participación indirecta del 100% de Murphy Ecuador a través de

Canam y, por lo tanto, de los derechos de Murphy Ecuador en virtud del Contrato de Participación⁵⁴⁷.

356. En consecuencia, al día 18 de octubre de 2007, Murphy tenía legitimación para reclamar, en virtud del derecho internacional, por pérdidas ocasionadas a su inversión en Murphy Ecuador por la violación del TBI por parte de Ecuador. Al mismo tiempo, Murphy Ecuador tenía derecho a reclamar, en virtud del derecho ecuatoriano, por pérdidas surgidas de cualquier violación del Contrato de Participación del que era parte.
357. El hecho de que ambas, Murphy y Murphy Ecuador tuvieran derechos en contra de Ecuador en virtud del Tratado y el Contrato de Participación, respectivamente, no privaba a ninguna de las dos entidades de su derecho. Tenían personalidades jurídicas diferentes y sus respectivos derechos a reclamar pérdidas no eran mutuamente excluyentes. Sus reclamos emanaban de dos instrumentos distintos y daban lugar a causas diferentes: Murphy, en su calidad de inversor de los EE. UU. gozaba de legitimación en virtud del Tratado para presentar reclamos en materia de derecho internacional contra Ecuador, mientras que Murphy Ecuador, parte en el Contrato de Participación, gozaba de legitimación para presentar reclamos contractuales en contra de Petroecuador. La jurisprudencia en materia de arbitraje de inversión reconoce que las sociedades accionistas y las sociedades en las que éstas tienen acciones tienen distintos derechos de acción contra los Estados⁵⁴⁸.

⁵⁴⁷ Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 128, 146.

⁵⁴⁸ Un accionista posee “una causa separada en virtud del Tratado en relación con la inversión protegida, [...] que puede ser reivindicada de forma independiente de los derechos de [la sociedad]”. [Traducción del Tribunal] Véase Laudo de *CMS*, párr. 68, **CLA-20/RLA-165**. El

358. A 18 de octubre de 2007, Murphy tenía legitimación para reclamar en virtud del derecho internacional por pérdidas ocasionadas a su inversión en Murphy Ecuador por la violación del TBI por parte de Ecuador.

2. El efecto de la cláusula 12.7 del CCA

359. El día 12 de marzo de 2009, la subsidiaria de primera línea de Murphy, Canam, y Repsol YPF suscribieron el CCA mediante el cual Murphy vendió la totalidad de su participación en Murphy Ecuador a Repsol YPF.

360. Según la Demandante, la cláusula 12 del CCA cedía a Murphy “todos los derechos y reclamos de Murphy Ecuador por las pérdidas que [Murphy] perseguía en el [Arbitraje de Murphy ante el CIADI]”⁵⁴⁹. Según la Demandada, la Demandante vendió Murphy Ecuador con todos los derechos de Murphy Ecuador intactos, y cuando Murphy Ecuador transigió sus reclamos en el Arbitraje de Repsol ante el CIADI al amparo de la Transacción con Repsol, todos esos reclamos se extinguieron⁵⁵⁰.

361. La cláusula 12.7 del CCA es fundamental para determinar qué reclamos permanecieron con cada entidad en el momento de la venta y

tribunal en *Hochtief* reconoció asimismo dos causas de acción independientes, una en virtud de la ley local y otra en virtud del derecho de los tratados, para la sociedad constituida localmente y el accionista, respectivamente. Ese caso concernía a una transacción de la sociedad local con el Estado. El tribunal sostuvo que puesto que no había pruebas de que los derechos de la demandante en virtud del TBI hubieran sido transferidos a la sociedad local para que iniciase acciones en su nombre, la demandante mantenía su legitimación para incoar reclamos en virtud del TBI con respecto al trato de su participación accionaria. Decisión sobre Responsabilidad en *Hochtief*, párr. 168, **CLA-334**.

⁵⁴⁹ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 20.

⁵⁵⁰ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 2.

qué reclamos se mantuvieron después de la Transacción con Repsol y la terminación de los arbitrajes ante el CIADI. A título preliminar, el Tribunal observa que la ley que rige el CCA es la del Estado de Texas⁵⁵¹. Los argumentos de las Partes acerca de la interpretación del CCA, y la validez o efectividad de la cláusula de cesión allí comprendida, no se basaron en la ley de Texas. La única referencia hecha a la ley de Texas fue el argumento de la Demandada de que, en virtud de la ley de Texas, hubo un “re transporte” de derechos a Murphy Ecuador una vez que se concluyó el Arbitraje de Murphy ante el CIADI⁵⁵². En la opinión del Tribunal, la ley de Texas no es relevante para su análisis en tanto el derecho local en un contexto de derecho internacional se trata como un hecho⁵⁵³. El Tribunal enfoca su análisis de si existió una cesión en virtud del CCA como un análisis fáctico.

362. En este momento el Tribunal pasa a un análisis de la Cláusula 12.7 del CCA. Procederá a analizar cada una de las disposiciones..

Cláusula 12.7.1 del CCA

363. La cláusula 12.7.1 del CCA dispone lo siguiente:

El Comprador reconoce y acepta que Murphy
Exploration & Production Company—International,

⁵⁵¹ CCA, cláusula 16.1, **CEX-127**.

⁵⁵² Dúplica sobre Méritos, párr. 123; Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 42. Véanse párrs. 371, 382 *infra*.

⁵⁵³ Dörr y Schmalenbach, pág. 824: “Con respecto al principio *iura novit curia*, el derecho municipal no se considera ‘derecho’ ante los tribunales internacionales sino un ‘hecho’ que debe ser presentado y probado por las partes”; [Traducción del Tribunal]; Laudo de *AES Summit*, párr. 7.6.6, **CLA-67**: “Es un hecho conocido que en un arbitraje internacional, las leyes nacionales deben ser consideradas como hechos”; [Traducción del Tribunal] Laudo de *Thunderbird*, párr. 127, **RLA-314**: “Las disciplinas del derecho internacional de los Artículos 1102, 1105 y 1110 en particular sólo evalúan si la conducta regulatoria y administrativa mexicana violó estas disciplinas específicas. La perspectiva es la de una obligación del derecho internacional que analiza una conducta nacional como un ‘hecho’”.

sociedad relacionada con el Vendedor (“MEPCI”), se reserva y podrá promover, a su entera discreción, todas las acciones que le asistan contra el Ecuador por incumplimiento del Tratado Bilateral de Inversión entre el Ecuador y los Estados Unidos, incluyendo las reclamaciones planteadas en el actual arbitraje del CIADI que MEPCI ha iniciado contra el Ecuador (el “Arbitraje”). El Arbitraje se refiere, entre otras cosas, a los

reclamos por la

disminución del valor de la inversión de MEPCI en el Ecuador a través de la Sociedad.

364. En la cláusula 12.7.1, Repsol reconoció y aceptó que Murphy se reservaría y podría promover todos los reclamos al amparo del Tratado, incluidos aquellos reclamos planteados en el Arbitraje de Murphy ante el CIADI. Esta cláusula indica que Murphy se reservaba *todos los reclamos posibles al amparo del Tratado*, no solamente aquellos reclamos presentados por Murphy en su Arbitraje ante el CIADI en ese momento.

Cláusula 12.7.2 del CCA

365. La Cláusula 12.7.2 dispone lo siguiente:

El Comprador asimismo reconoce que los reclamos objeto del Arbitraje constituyen derechos de un “inversor”, debidamente adquiridos y de propiedad de MEPCI, y no derechos de la “Sociedad”, adquiridos o reservados por la Sociedad. MEPCI se reserva todos los derechos, privilegios y laudos futuros que surjan del Arbitraje. El Comprador renuncia de forma irrevocable e incondicional al ejercicio de todo derecho o acción respecto de los derechos, privilegios o laudos futuros emergentes del Arbitraje.

366. La Demandada alega que la distinción que se establece en la cláusula 12.7.2 entre los reclamos del “inversor” y los reclamos de la “Sociedad” muestra que Murphy Ecuador *se reservaba* los reclamos que tenía en contra del Ecuador, así como el derecho a transigir esos reclamos⁵⁵⁴. La Demandante argumenta que al renunciar a su derecho a cualquier laudo futuro que surja del Arbitraje de Murphy ante el CIADI, Repsol YPF—como nueva propietaria de Murphy Ecuador—renunciaba a toda posibilidad de recibir alguna compensación por las pérdidas de Murphy Ecuador. Así, sólo Murphy tenía derecho a promover y finalmente cobrar de Ecuador cualquier compensación por esas pérdidas⁵⁵⁵.
367. El Tribunal considera que en la cláusula 12.7.2, Repsol reconoció que los reclamos que eran objeto del Arbitraje de Murphy ante el CIADI eran reclamos de un “inversor” adquiridos por Murphy y de su propiedad (no de Murphy Ecuador), y no reclamos de una “Sociedad” adquiridos o conservados por Murphy Ecuador. Repsol reconoció asimismo que Murphy se reservaba todos los derechos, privilegios y laudos futuros que surgieran del Arbitraje de Murphy ante el CIADI. Ésta renunció de forma irrevocable e incondicional a todo derecho o reclamo relacionado con estos derechos, privilegios y laudos futuros⁵⁵⁶. Por medio de esta cláusula, el Tribunal considera que Repsol reconocía que Murphy tenía legitimación para incoar reclamos de un “inversor” al amparo del Tratado con respecto a los derechos que

⁵⁵⁴ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 5.

⁵⁵⁵ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs. 25, 17.

⁵⁵⁶ El CCA define a los reclamos como “cualquier reclamo, demanda, causa, derecho oponible a tercero, derecho de recuperación o derecho de compensación de cualquier clase o descripción contra cualquier Persona”. [Traducción del Tribunal] No define “derecho” ni “privilegio”.

poseía por medio de su inversión, Murphy Ecuador, en virtud del Contrato de Participación.

368. Esto refleja asimismo la conclusión del Tribunal de que Murphy tenía derecho a reclamar al amparo del Tratado por las pérdidas de Murphy Ecuador en el momento de la venta. Murphy Ecuador constituía la inversión protegida de Murphy. Por lo tanto, Murphy tenía derecho a incoar reclamos en virtud del Tratado por las pérdidas ocasionadas a su inversión por las violaciones del Tratado por parte de Ecuador. No era necesario que se cedieran los derechos y privilegios de Murphy Ecuador a Murphy para que esta última gozara de legitimación o de un derecho a reclamar por las pérdidas de Murphy Ecuador.

Cláusula 12.7.3 del CCA

369. Sin perjuicio del reconocimiento de la legitimación de Murphy comprendido en la cláusula 12.7.2, las partes del CCA incluyeron una cláusula de cesión en forma ostensible para que no quedara duda alguna respecto de la cuestión. La cláusula 12.7.3 dispone lo siguiente:

En la medida que sea necesario que MEPCI conserve determinados derechos o privilegios en el proceso de promover el Arbitraje o cobrar algún laudo dictado por el tribunal arbitral, el Comprador y sus Sociedades relacionadas, predecesoras, sucesoras en interés y sociedades, empleados, funcionarios, directores, agentes, abogados y otros representantes interrelacionados, ceden a MEPCI por la presente todos los derechos y privilegios de la Sociedad que sean materia del Arbitraje, que incluyen pero no se limitan a (i) reclamos de dinero o reclamos de cumplimiento con valor económico y (ii) derechos conferidos por ley o por contrato. Para evitar cualquier duda, la cesión de los derechos y privilegios establecida en esta Cláusula 12.7.3 se limitará a la salvaguarda de la persecución debida y puntual del Arbitraje y el cobro de todos los

laudos que dictare el Tribunal arbitral a favor de MEPCI y no conferirá derecho de dinero o de cumplimiento alguno que no forme parte del objeto del Arbitraje. [Traducción del Tribunal]

370. Murphy sostiene que esta cláusula cedió a Murphy todos los derechos de Murphy Ecuador a reclamar por las pérdidas por las que Murphy ya reclamaba en su Arbitraje ante el CIADI⁵⁵⁷. En

otras palabras, la cláusula 12.7.3 garantizaba que Murphy—no Murphy Ecuador ni Repsol YPF— recibiría cualquier compensación por las pérdidas en virtud del Contrato de Participación⁵⁵⁸.

371. La Demandada argumenta que la supuesta cesión no era válida ni efectiva debido a que (a) se encontraba sujeta a una condición precedente que nunca se materializó; y (b) no fue autorizada tal como se exigía en virtud del Contrato de Participación y la Ley de Hidrocarburos de Ecuador⁵⁵⁹. Aún si la cláusula 12.7.3 fuera una cesión válida y efectiva, la Demandada alega que (c) los derechos cedidos no podrían haber incluido el derecho de Murphy Ecuador a recibir flujos de caja en virtud del Contrato de Participación porque dicho derecho no era objeto del Arbitraje de Murphy ante el CIADI; y (d) los derechos fueron retransmitidos a Murphy Ecuador cuando concluyó el Arbitraje de Murphy ante el CIADI⁵⁶⁰. La Demandada considera que Murphy Ecuador tenía derecho a transigir los reclamos

⁵⁵⁷ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 27.

⁵⁵⁸ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 27.

⁵⁵⁹ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 6.

⁵⁶⁰ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 7; Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 31 *en referencia a la* Dúplica sobre Méritos, párr. 116; Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 166 y nota 266.

que había planteado en el Arbitraje de Repsol ante el CIADI. A la luz de la Transacción con Repsol, la opinión de la Demandada es que no existen derechos remanentes pertenecientes a Murphy Ecuador que la Demandante pueda ostentar en virtud de la cláusula 12.7.3.

372. El Tribunal considera que la cláusula 12.7.3 contiene una cesión válida y efectiva por parte de Repsol a Murphy de todos los derechos y privilegios de Murphy Ecuador que eran objeto del Arbitraje de Murphy ante el CIADI en la medida que fuera necesario que Murphy los ostentara en el proceso de promover su Arbitraje ante el CIADI o cobrar cualquier laudo proveniente de este. Los derechos y privilegios de Murphy Ecuador objeto del Arbitraje de Murphy ante el CIADI incluían el derecho de propiedad de Murphy Ecuador sobre su participación en la producción del petróleo⁵⁶¹, y la inmutabilidad del Contrato de Participación salvo mediante acuerdo de las partes contratantes⁵⁶².

373. El Tribunal no considera que la cláusula 12.7.3 constituyese una cesión condicional. El Tribunal acepta que se la incluyó en el CCA por un tema de suma precaución porque la jurisprudencia sobre la cuestión— es decir, la medida en que fuere necesario que Murphy ostentara esos derechos y privilegios de Murphy Ecuador a los fines del Arbitraje de Murphy ante el CIADI— no estaba clara en ese momento⁵⁶³. La Cláusula 12.7.3 confirmaba que en la medida en que fuera necesario que Murphy ostentara determinados derechos y privilegios de Murphy

⁵⁶¹ *Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/08/4, Memorial sobre el Fondo de la Demandante, párrs. 109-120, **REX-135**.

⁵⁶² *Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/08/4, Memorial sobre el Fondo de la Demandante, párrs. 109-120, **REX-135**.

⁵⁶³ Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs. 4 y 8.

Ecuador a los fines de su Arbitraje ante el CIADI, éstos eran cedidos. Esta redacción no creaba una condición que debía cumplirse para que la cesión fuese efectiva; antes bien, esta redacción proporcionaba una aclaración precautoria y una confirmación en cuanto al alcance de la cesión en el caso de futuras dudas.

374. La Demandada alega que la cesión no fue válida ya que no hubo autorización previa de Ecuador como lo exige el Artículo 16.1 del Contrato de Participación y el Artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos⁵⁶⁴. La Demandante sostiene que la cesión no requería la aprobación de Ecuador; la autorización era necesaria para *derechos contractuales* en virtud del Contrato de Participación, pero no para *reclamos* resultantes de violaciones del Contrato de Participación⁵⁶⁵.
375. El Tribunal observa que el Artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos exige la autorización gubernamental para la “transferencia de un contrato o la cesión a terceros de derechos provenientes de un contrato”⁵⁶⁶. En relación con lo anterior, el Artículo 7 del Decreto N.º 1363 requiere autorización para la “transferencia o cesión de derechos”⁵⁶⁷. La cláusula 16.1 del Contrato de Participación exige la

⁵⁶⁴ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párrs. 15-16; Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 15; Dúplica sobre Méritos, párr. 116; Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 166 en nota 266.

⁵⁶⁵ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs. 32-37; Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs. 17-19.

⁵⁶⁶ Ley de Hidrocarburos, art. 79, **CEX-21**.

⁵⁶⁷ Decreto Ejecutivo N.º 1363, *Registro Oficial* N.º 293, (27 de marzo de 2011). Art. 7, **REX-127**.

autorización para la “transferencia de este Contrato o la cesión a terceros de derechos provenientes del mismo”⁵⁶⁸.

376. En la opinión del Tribunal, el CCA no cedió a Murphy derechos contractuales en virtud del Contrato de Participación dentro del sentido del Artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos o el Artículo 7 del Decreto N.º 1363. La cesión se relacionaba sólo a los derechos y privilegios de Murphy Ecuador que formaran parte del objeto del Arbitraje de Murphy ante el CIADI (y solamente en la medida que fueran necesarios para promover el Arbitraje de Murphy ante el CIADI). La cláusula 12.7.3 expresamente no confería “derecho de dinero o de cumplimiento alguno que no form[ase] parte del objeto del Arbitraje [de Murphy ante el CIADI]”. La cláusula

12.7.3 se circunscribía estrictamente a salvaguardar la promoción por parte de Murphy de su Arbitraje ante el CIADI.

377. La Demandante alega que aún si no existió autorización alguna, Ecuador consintió la cesión. La Demandante afirma que Ecuador tuvo conocimiento de la cesión al menos a partir del día 30 de abril de 2009, la fecha en la que la Demandante presentó una copia de su memorial sobre el fondo en el Arbitraje de Repsol ante el CIADI al que se adjuntó el CCA⁵⁶⁹. La Demandante argumenta que el hecho de que Ecuador no opusiera objeciones ulteriormente es indicativo de consentía la cesión. La Demandada sostiene que nunca consideró que se hubiera transferido de forma efectiva derecho o privilegio alguno de Murphy Ecuador mediante la cláusula 12.7.3 del CCA. En apoyo de este punto, la

⁵⁶⁸ Contrato de Participación, cláusula 16.1, **CEX-36**.

⁵⁶⁹ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 35.

Demandada invoca la nota al pie 106 de su Memorial de Excepciones a la Jurisdicción presentado en el Arbitraje de Murphy ante el CIADI el día 15 de agosto de 2009, que afirma lo siguiente:

[...] Aunque la cláusula 12.7.3 del CCA cede a la Demandante Murphy — “[e]n la medida que sea necesario que [Murphy International] conserve determinados derechos o privilegios de la Sociedad [Murphy Ecuador] en el proceso de promover el Arbitraje o cobrar algún laudo dictado por el tribunal arbitral” — “todos los derechos y privilegios de la Sociedad [Murphy Ecuador] que sean materia” del presente arbitraje, “que incluyen pero no se limitan a (i) reclamos de dinero o reclamos de cumplimiento con valor económico y (ii) derechos conferidos por ley o por contrato”, limita asimismo dicha cesión de derechos al disponer que: “Para evitar cualquier duda, la cesión de los derechos y privilegios establecida en esta Cláusula 12.7.3 se limitará a la salvaguarda de la persecución debida y puntual del Arbitraje y el cobro de todos los laudos que dictare el Tribunal arbitral a favor de [Murphy International] y no conferirá derecho de dinero o de cumplimiento alguno que no forme parte del objeto del Arbitraje”. Íd. (énfasis agregado). En otras palabras, desentrañando el lenguaje circular y deliberadamente opaco del CCA, podría argumentarse que el principio subyacente del acuerdo del CCA es que Murphy Ecuador se ha reservado todos los derechos que tiene para recuperar de la República del Ecuador cualquier supuesta pérdida que afirme haber sufrido debido a los presuntos pagos realizados por ella en virtud de la Ley 42 que sean objeto del arbitraje de Repsol/Murphy Ecuador que en la actualidad se encuentra pendiente⁵⁷⁰ [Traducción del Tribunal].

378. El Tribunal no considera que esto constituya una objeción a la cesión en la cláusula 12.7.3. De hecho, en la nota al pie, la Demandada

⁵⁷⁰ Excepciones a la Jurisdicción de la Demandada presentadas en el Arbitraje de Murphy ante el CIADI, nota al pie 106, **RLA-11** (énfasis agregado).

confirma en primer lugar los términos de la cesión según se establecen en la cláusula 12.7.3. La Demandada posteriormente afirma que “podría argumentarse que” el principio subyacente del CCA es que Murphy Ecuador se reserva todos los derechos en relación con todas las supuestas pérdidas que reclame con respecto de los pagos efectuados en virtud de la Ley 42, dicha reclamación está actualmente pendiente en el Arbitraje de Repsol ante el CIADI.

379. El Tribunal concluye que Ecuador consintió la cesión de Murphy Ecuador a Murphy de los reclamos históricos relacionados con la Ley 42. Considera asimismo que Ecuador, teniendo conocimiento del CCA desde al menos el día 30 de abril de 2009, consintió la cesión de todos los demás derechos y privilegios de Murphy Ecuador que fueran objeto del Arbitraje de Murphy ante el CIADI en la medida que fuera necesario que Murphy los ostentara para la promoción de su Arbitraje ante el CIADI.

380. El Tribunal recuerda que el día 19 de diciembre de 2009, Ecuador fue notificado de que los reclamos por daños de Murphy Ecuador basados en los pagos históricos efectuados en virtud de la Ley 42 fueron retirados del Arbitraje de Repsol ante el CIADI porque estaban siendo reclamados por Murphy en su Arbitraje ante el CIADI⁵⁷¹. No hay indicación alguna ante este Tribunal de que Ecuador objetara la exclusión de estos reclamos del Arbitraje de Repsol ante el CIADI. Por lo tanto, el Tribunal considera que, lejos de la cuestión de si la nota al

⁵⁷¹ Memorial de Repsol, párr. 282, **REX-20**: “[...] a los pagos realizados por la Contratista se han descontado los pagos realizados por Murphy antes de ser adquirida por Repsol YPF, puesto que dichos pagos están siendo reclamados por [Murphy en el [Arbitraje ante el CIADI]– esto supone una reducción en el monto reclamado en este arbitraje equivalente al 20 por ciento sobre lo pagado por la Contratista”. Véase, asimismo, Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 158; Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 205; Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs. 53-58.

pie 106 debería considerarse como una objeción por parte de Ecuador a la cesión del derecho de Murphy Ecuador a reclamar por los pagos históricos en virtud de la Ley 42, Ecuador consintió la retirada de esos reclamos del Arbitraje de Repsol ante el CIADI para su inclusión en el Arbitraje de Murphy ante el CIADI.

381. Además, y más importante aún, el Tribunal considera que, como consecuencia de la retirada de los reclamos de Murphy Ecuador por los pagos históricos en virtud de la Ley 42 en el Arbitraje de Repsol ante el CIADI, no existe duda alguna de que no fueron transigidos mediante la Transacción con Repsol. Esos reclamos se mantuvieron intransigidos e insatisfechos. En consecuencia, el Tribunal rechaza el argumento de la Demandada de que existe un riesgo de doble recuperación o “doble riesgo” (*double jeopardy*) en lo que se refiere a esos reclamos. Murphy conserva su derecho a buscar compensación por la pérdida que sufrió a través de su inversión indirecta en Murphy Ecuador como consecuencia de esos pagos.
382. En este momento, el Tribunal pasa a dos puntos finales planteados por la Demandada en lo que se refiere a a cesión del derecho a percibir flujos de caja en virtud del Contrato de Participación. La Demandada argumenta que los derechos cedidos no pudieron haber incluido el derecho de Murphy Ecuador a recibir flujos de caja en virtud del Contrato de Participación porque dicho derecho no era objeto del Arbitraje de Murphy ante el CIADI⁵⁷². Asimismo, alega que esos

⁵⁷² Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 7; Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 31 *en referencia a la* Dúplica sobre Méritos, párr. 116; Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 166 y nota al pie 266.

derechos fueron “retransmitidos” a Murphy Ecuador cuando concluyó el Arbitraje de Murphy ante el CIADI⁵⁷³.

383. El Tribunal tampoco se encuentra persuadido por ninguno de estos dos argumentos de la Demandada. El propósito general de la cláusula 12.7 era garantizar la capacidad de Murphy de promover *todos* los reclamos en virtud del Tratado—que incluían pero que no se limitaban a los reclamos ante el CIADI—sin obstrucción alguna resultante de la venta de su participación en Murphy Ecuador a Repsol. El CCA disponía que: “[Murphy], se reserva y podrá promover, a su entera discreción, *todas las acciones* que le asistan contra el Ecuador por incumplimiento del Tratado Bilateral de Inversión entre el Ecuador y los Estados Unidos, incluyendo las reclamaciones planteadas en el actual arbitraje del CIADI que [Murphy] ha iniciado contra el Ecuador”.
384. En el momento en que se suscribió el CCA, el Arbitraje de Murphy ante el CIADI era el único procedimiento pendiente y relevante para los reclamos de Murphy al amparo del Tratado. El Tribunal determina que restringir la cesión en la cláusula 12.7.3 a los reclamos que fueron formulados en el Arbitraje ante el CIADI pendiente en ese momento implicaría socavar el propósito general de la cláusula 12.7 del CCA. La cláusula 12.7 fue diseñada para garantizar que Murphy era el propietario de todo derecho o privilegio que fuera necesario para promover todos los reclamos en virtud del Tratado, incluido mediante una cesión si fuere necesario (el Tribunal no cree que fuera necesaria una cesión). La cláusula 12.7.3 sólo hizo referencia al Arbitraje de Murphy ante el CIADI porque ese era el arbitraje que se encontraba pendiente *en ese momento*. El Arbitraje de Murphy ante el CIADI

⁵⁷³ Dúplica sobre Méritos, párr. 120.

concluyó el día 15 de diciembre de 2010 (un mes después de la Transacción con Repsol) con un laudo por mayoría que rechazaba su competencia⁵⁷⁴. En consecuencia, el fondo de los reclamos de Murphy en virtud del Tratado nunca fue determinado en el Arbitraje de Murphy ante el CIADI y, por lo tanto, subsistió a ese procedimiento.

385. El Tribunal rechaza además la afirmación de la Demandada de que los derechos fueron “retransmitidos” a Murphy Ecuador tras la conclusión del Arbitraje de Murphy ante el CIADI. El CCA no dispone que se “retransmitan” los derechos de Murphy a Murphy Ecuador. En ausencia de dicho lenguaje, el Tribunal no está convencido de que esos derechos fueran así “retransmitidos”.

Cláusula 12.7.4 del CCA

386. La Cláusula 12.7.4 del CCA dispone lo siguiente:

El Comprador acepta no actuar en contra de los intereses de MEPCI en relación con los reclamos de MEPCI planteados en el Arbitraje. Para evitar cualquier duda, el acuerdo del Comprador con posterioridad a la Fecha de Cierre de modificar de manera alguna los Contratos de Operaciones, o la decisión de algún integrante del grupo de sociedades de Repsol YPF S.A. de transigir o desistir de cualquier reclamo arbitral contra el GDE con posterioridad a la Fecha de Cierre, no será considerado un acto en contra de los intereses de MEPCI a los fines de la Cláusula 12.7.4.
[Traducción del Tribunal]

387. La cláusula 12.7.4 del CCA contiene un compromiso por parte de Repsol de no actuar en contra de los intereses de Murphy en relación

⁵⁷⁴ Laudo del CIADI en *Murphy*, CEX-3.

con los reclamos de Murphy en su Arbitraje ante el CIADI. La cláusula no especifica qué acciones serían consideradas “en contra de” los intereses de Murphy. Sin embargo, sí especifica determinadas acciones que *no* serían consideradas “en contra de” los intereses de Murphy en su Arbitraje ante el CIADI, por ejemplo, la transacción de cualquier reclamo contra Ecuador por parte de alguna integrante del grupo Repsol.

388. El Tribunal interpreta que esta cláusula garantizaba la libertad de Repsol para transigir cualquier reclamo arbitral que ella o cualquier integrante de su grupo de sociedades tuviera contra Ecuador que no se solapara con ninguno de los reclamos de Murphy en virtud del Tratado. Si ese no fuera el caso, Murphy Ecuador habría podido transigir reclamos por las mismas pérdidas que Murphy estaba promoviendo en su Arbitraje ante el CIADI, lo que habría sido inherentemente “en contra de” los intereses de Murphy.

Cláusula 12.7.5 del CCA

389. La Cláusula 12.7.5 dispone lo siguiente:

El Vendedor acuerda reembolsar, indemnizar y mantener al Comprador y sus Sociedades relacionadas exentos de todo perjuicio, pérdida o gasto resultante de un laudo en el Arbitraje. [Traducción del Tribunal]

390. Según la Demandante, su indemnidad a Repsol en la cláusula 12.7.5 sólo tiene sentido en virtud de un acuerdo en el que Repsol no adquirió Murphy Ecuador intacta⁵⁷⁵. La Demandada afirma que la cláusula 12.7.5 confirma que, con posterioridad a la venta, Murphy Ecuador

⁵⁷⁵ Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 11.

continuaba siendo titular de sus reclamos en virtud del Contrato de Participación: “si [Murphy] prevaleciera en su arbitraje en el CIADI y si Ecuador se basara en este hecho para impedir que Murphy Ecuador persiguiera sus propios reclamos en el [Arbitraje de Repsol ante el CIADI], o resolviese esos reclamos a cambio de nuevos derechos contractuales, [Murphy] estaría obligada a ‘reembolsar, indemnizar y liberarla de responsabilidad’”⁵⁷⁶.

391. El Tribunal considera que la cláusula 12.7.5 no es probatoria de si Repsol compró Murphy Ecuador con sus reclamos en virtud del Contrato de Participación intactos. Una cláusula de indemnidad de Murphy a Repsol es factible en ambos escenarios.

Conclusiones

392. El Tribunal concluye que:
- (i) Tras la salida de Murphy del Consorcio mediante su venta de Murphy Ecuador a Repsol YPF, Murphy tenía derecho a incoar reclamos en virtud del Tratado por las pérdidas ocasionadas a Murphy Ecuador por las violaciones del Tratado por parte de Ecuador;
 - (ii) No era necesario que se cedieran a Murphy los derechos y privilegios de Murphy Ecuador para que Murphy incoara reclamos por las pérdidas ocasionadas a Murphy Ecuador por las violaciones del Tratado por parte de Ecuador;
 - (iii) Pero, si hubiera sido necesaria una cesión, la cláusula 12.7.3 del CCA contenía una cesión válida y efectiva por parte de

⁵⁷⁶ Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 9.

Repsol YPF a Murphy de todos los derechos y privilegios de Murphy Ecuador que fueran objeto del Arbitraje de Murphy ante el CIADI en la medida que fuera necesario que Murphy los ostentara en el proceso de promover su Arbitraje ante el CIADI o cobrar cualquier laudo proveniente de éste; y,

- (iv) Como consecuencia de la retirada de los reclamos de Murphy Ecuador por pagos históricos en virtud de la Ley 42 del Arbitraje de Repsol ante el CIADI, esos reclamos nunca fueron transigidos por la Transacción con Repsol.

3. ¿Qué reclamos se promovieron en el Arbitraje de Repsol ante el CIADI y qué reclamos fueron transigidos por la Transacción con Repsol?

393. El 9 de junio de 2008, el Consorcio, incluido Murphy Ecuador, inició un arbitraje ante el CIADI contra Ecuador, a la que se hace referencia en adelante como el Arbitraje de Repsol ante el CIADI⁵⁷⁷. Murphy Ecuador y los demás integrantes del Consorcio del Bloque 16 demandaron a Ecuador en virtud del Contrato de Participación y, subsidiariamente, Repsol demandó a Ecuador en virtud del TBI España-Ecuador.
394. El Tribunal ha analizado la solicitud de arbitraje de las demandantes y el memorial principal presentado en el Arbitraje de Repsol ante el CIADI con anterioridad a su desistimiento.

Solicitud de Arbitraje de Repsol de fecha 9 de junio de 2008

⁵⁷⁷ Véase párr. 97 *supra*.

395. En su Solicitud de Arbitraje, el Consorcio pretendió las siguientes resoluciones por parte del tribunal: (i) que Petroecuador y Ecuador cumplieran con el Contrato de Participación de conformidad con sus términos originales, es decir, los términos que impedían que Petroecuador y Ecuador solicitaran pagos en virtud de la Ley 42; (ii) subsidiariamente, si el tribunal considerase que la participación adicional del Estado era un impuesto, que se le otorgase compensación de conformidad con la cláusula 8.6 del Contrato de Participación; (iii) el reembolso de los pagos pasados y futuros en virtud de la Ley 42, más el reembolso de la pérdida ocasionada por la baja producción y la suspensión de las inversiones, más intereses; (iv) la ejecución de la decisión definitiva y vinculante de la Consultora de modo que impida que Petroecuador y Ecuador soliciten otro pago (conocido como “Glosa”); y (v) compensación por un incremento en una tasa de transporte⁵⁷⁸.

396. La Demandada ha afirmado en *este* arbitraje que en el Arbitraje de Repsol ante el CIADI el Consorcio reclamó asimismo por la pérdida de flujos de caja⁵⁷⁹. En sustento, hace referencia a los párrafos 119 y 134(iv) de la Solicitud de Arbitraje de Repsol. Un análisis de esos párrafos indica que el supuesto reclamo por pérdida de flujos de caja dista mucho de ser claro.

397. El párrafo 119 de la solicitud de arbitraje contiene la única mención expresa de la pérdida de flujos de caja. El párrafo reza, en su totalidad, lo siguiente:

⁵⁷⁸ Solicitud de Arbitraje y Medidas Provisionales de Repsol, párr. 75, **REX-25**.

⁵⁷⁹ Dúplica sobre Méritos, párr. 93, *en referencia a la* Solicitud de Arbitraje y Medidas Provisionales de Repsol, párrs. 119 y 134(iv), **REX-25**.

En forma paralela a la exigencia del pago de la Participación Adicional del Estado, Ecuador exige de la Contratista inversiones incompatibles con sus posibilidades económicas. Así, en cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato de Participación¹³³, la Contratista debería destinar U\$S 7 millones, equivalentes al 10% de las utilidades netas del año 2007, a inversiones. En vista de la destrucción del flujo de caja de la Contratista por la imposición de la Participación Adicional del Estado, ésta carece hoy de fondos propios para realizar esas inversiones. Ignorando por completo esta situación, Ecuador exige dichas inversiones bajo amenaza de caducidad del Contrato de Participación. En las palabras del Presidente de Ecuador:

Ya les he mandado un mensaje muy claro a las petroleras. No voy a permitir eso: o invierten o, bueno, actuaremos conforme a derecho. [] Si no me siguen invirtiendo tomaré otra clase de medidas. [] Por cada campo que tienen esas transnacionales, hay 500 transnacionales interesadas”⁵⁸⁰.

398. El párrafo 134(iv) reza lo siguiente:

Con base en lo expuesto en la presente Solicitud, y con expresa reserva del derecho de ampliar el presente petitorio, incluyendo el derecho de ampliar a la luz de nuevas medidas adoptadas por Ecuador o Petroecuador, las Demandantes respetuosamente solicitan al Tribunal que:

(iv) ORDENE a las Demandadas pagar los daños y perjuicios por la violación del Contrato de Participación en un monto a ser calculado en una fase posterior de este arbitraje, incluyendo, pero no

⁵⁸⁰ Solicitud de Arbitraje y Medidas Provisionales de Repsol, párr. 119, **REX-25**, (énfasis agregado).

limitado, a las pérdidas causadas por cada una de las violaciones establecidas⁵⁸¹.

399. Los párrafos 74 y 75(iii) se encuentran asimismo relacionados. Estos párrafos afirman lo siguiente:

74. En vistas de lo anterior, las Demandantes se encuentran legitimadas para exigir de Petroecuador y Ecuador el cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato de Participación tal como fueron originariamente pactadas y una indemnización por los perjuicios sufridos.

75. En la presente disputa, ello implica:

(iii) Adicionalmente, las Demandantes se encuentran legitimadas a reclamar, y reclaman, compensación de los perjuicios sufridos por el incumplimiento contractual, incluyendo pero sin limitarse a la devolución de los montos abonados en concepto de Participación Adicional del Estado y los pagos que por tal concepto realice en el futuro a fin de evitar la caducidad del Contrato de Participación, el equivalente a las pérdidas causadas por las bajas en la producción y la suspensión de inversiones, con los intereses correspondientes⁵⁸².

400. La pretensión principal en la solicitud de arbitraje era por los pagos en virtud de la Ley 42, pasados y futuros. Una parte de esos reclamos estaba siendo promovida también, en paralelo, por Murphy en el Arbitraje de Murphy ante el CIADI. En ese momento, Murphy era aún propietaria de Murphy Ecuador.

Memorial de Repsol de fecha 17 de diciembre de 2009

⁵⁸¹ Solicitud de Arbitraje y Medidas Provisionales de Repsol, párr. 134(iv), **REX-25**.

⁵⁸² Solicitud de Arbitraje y Medidas Provisionales de Repsol, párrs. 74-75(iii), **REX-25**.

401. El Consorcio presentó su memorial principal en el Arbitraje de Repsol ante el CIADI el día 17 de diciembre de 2009⁵⁸³. Esto fue aproximadamente nueve meses después de la venta de Murphy Ecuador. En el memorial, el Consorcio excluyó de su reclamo indemnizatorio los montos reclamados por Murphy en su Arbitraje ante el CIADI por los pagos de Murphy Ecuador en virtud de la Ley 42 efectuados con anterioridad al 12 de marzo de 2009:

En primer lugar, a los pagos realizados por la Contratista se han descontado los pagos realizados por [Murphy Ecuador] antes de ser adquirida por Repsol YPF, puesto que dichos pagos están siendo reclamados por [Murphy] en el [Arbitraje ante el CIADI]– esto supone una reducción en el monto reclamado en este arbitraje equivalente al 20 por ciento sobre lo pagado por la Contratista⁵⁸⁴.

402. Tal como se mencionara, el Arbitraje de Repsol ante el CIADI involucraba los reclamos contractuales del Consorcio en virtud del Contrato de Participación y, subsidiariamente, los reclamos de Repsol en virtud del TBI España-Ecuador. La Sección III del memorial trataba los reclamos contractuales y la Sección IV trataba los reclamos en virtud del tratado.
403. La Sección III.C del memorial trataba el derecho a compensación por daños de las demandantes en virtud del Contrato de Participación. Hacía referencia solamente a los daños por pagos en virtud de la Ley 42. En ella, las demandantes afirmaron que el Código Civil

⁵⁸³ Memorial de Repsol, **REX-20**.

⁵⁸⁴ Memorial de Repsol, párr. 282, **REX-20**. Véase *asimismo* Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción, párr. 158; Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 205; Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs. 53-58.

Ecuatoriano era la legislación aplicable y que, en lo que respecta a la indemnización de perjuicios, de conformidad con el Artículo 1572 del Código, la contratista tenía derecho a ser indemnizada por el *damnum emergens* (daño emergente) y asimismo por el *lucrum cessans* (lucro cesante)⁵⁸⁵. En el siguiente párrafo, el memorial afirmaba que “[e]n el presente caso, las Demandantes reclaman el daño emergente que está constituido por todos los montos ya pagados por la Contratista por concepto de Participación Adicional del Estado”⁵⁸⁶.

404. Las Demandantes en el Arbitraje de Repsol ante el CIADI sólo reclamaban el daño emergente, aunque habían afirmado que en virtud del Artículo 1572 del Código Civil ecuatoriano podían reclamar también el lucro cesante.
405. Más adelante en el memorial, las demandantes especificaron que los daños que reclamaban incluían los pagos efectuados bajo el concepto de daño emergente entre los años 2006 y 2008, así como los pagos efectuados (y aquellos que pudieran efectuarse en el futuro) en virtud del Convenio de Desembolsos, más los intereses⁵⁸⁷.
406. En la sección del petitorio del memorial, las demandantes solicitaron que el tribunal: declarase que Ecuador y Petroecuador son responsables solidarios por el pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados por las violaciones del Contrato de Participación por parte de Ecuador (párrafo 377(c)); ordenase que las demandadas las compensen en un monto a ser actualizado según fuere necesario (párrafo 377(d));

⁵⁸⁵ Memorial de Repsol, párr. 280, **REX-20**.

⁵⁸⁶ Memorial de Repsol, párr. 281 (énfasis agregado), **REX-20**.

⁵⁸⁷ Memorial de Repsol, párr. 281, **REX-20**; véase asimismo párr. 110 *supra*.

y, otorgase a las Demandantes cualquier otra satisfacción que el Tribunal considerase pertinente (párrafo 377(d)). Subsidiariamente, Repsol solicitó que el tribunal ordenase que Ecuador compensase a Repsol por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las violaciones de Ecuador del tratado España-Ecuador, en un monto a ser actualizado en función de los futuros pagos en virtud de la Ley 42 realizados por Repsol (párrafo 378(c)); y otorguase a Repsol cualquier otra satisfacción que el Tribunal considerase pertinente (párrafo 378(d)).

407. El lenguaje utilizado en la sección del petitorio es general. No hay referencia expresa a la pérdida de flujos de caja ni al lucro cesante. Sólo se hace referencia expresa a los pagos en virtud de la Ley 42. Aunque podría decirse que el párrafo 377(c) captura un reclamo por pérdida de flujos de caja o lucro cesante, llama la atención que no hay mención alguna a la pérdida de flujos de caja o lucro cesante en toda la sección III.C (que trata los reclamos de Murphy Ecuador)⁵⁸⁸.
408. Por lo tanto, la única referencia expresa a la pérdida de flujos de caja consta en la solicitud de arbitraje. Cuando se la analiza en contexto, esa referencia meramente describe la dificultad del Consorcio para satisfacer las obligaciones de efectuar de forma simultánea pagos en virtud de la Ley 42 y seguir invirtiendo, en lugar de una pretensión en sí misma. Más allá de eso (y, se podría decir, de la referencia de pasada al *lucrum cessans* en el memorial), no existe prueba alguna ante este Tribunal de que la pérdida de flujos de caja fuera una pretensión separada en el Arbitraje del Repsol ante el CIADI. El petitorio en el memorial no se expandió ulteriormente más allá de los reclamos de

⁵⁸⁸ La Sección IV del Memorial de Repsol trataba los reclamos de Repsol en virtud del TBI, el apartado C de esta

pagos en virtud de la Ley 42. No existe indicación alguna de que las demandantes presentaran un informe pericial sobre cuantificación de daños en el Arbitraje del Repsol ante el CIADI.

La Transacción con Repsol

409. El 23 de noviembre de 2010, los integrantes del Consorcio, incluido Murphy Ecuador, suscribieron con Ecuador el acuerdo denominado “Transacción con Repsol”, que dispone lo siguiente⁶⁴⁵:

Transacción y retiro del Arbitraje.

Como consecuencia del acuerdo detallado en esta Acta de Negociación Repsol YPF Ecuador S.A., Amodaimi-Oil Company Ltd. [anteriormente Murphy Ecuador], CRS Resources (Ecuador) LDC y Overseas Petroleum and Investment Corporation, y una vez que el Contrato Modificatorio a Prestación de Servicios este [sic] suscrito y vigente, las compañías y la Secretaría así como la República del Ecuador informarán por escrito, al Tribunal Arbitral que conoce el procedimiento designado *Caso CIADI N.º ARB/08/10*, de este Acuerdo para que este a su vez proceda conforme a lo previsto en la Regla 43 (1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

[...]

Las Partes convienen y confirman que todas las demandas, contrademandas, reclamaciones, contrarreclamaciones y pedidos que contiene la Solicitud de Arbitraje, Memorial de Demanda, Memorial de Jurisdicción, Memorial de Contestación, [y] todos los demás oficios de las Partes enviados como consecuencia del Arbitraje o remitidos por el Tribunal o por el CIADI, así como toda otra correspondencia dirigida a terceros y relacionada con el arbitraje, serán retiradas sin reserva de derechos y se mantendrán con el carácter de confidencial, de tal manera que ninguna de las Partes las puede divulgar por ninguna razón, sin previo consentimiento de la otra Parte⁶⁴⁶.

sección plantea la indemnización por daños y perjuicios que reclama por las violaciones del tratado. Esa sección remite a la sección sobre daños por violaciones del Contrato de Participación (párrafo 373). La única diferencia es que los reclamos en virtud del tratado sólo corresponden a Repsol, y, desde el mes de marzo de 2009, también a la sucesora de Murphy Ecuador, Amodaimi Oil.

⁶⁴⁵ Transacción de Repsol, **REX-21**.

⁶⁴⁶ Transacción de Repsol, pág. 14, **REX-21**.

410. En esa misma fecha, los integrantes del Consorcio, incluido Murphy Ecuador, celebraron un Contrato Modificatorio Definitivo ⁵⁸⁹. El Artículo 29.1.2 disponía que:

Queda entendido que con la celebración de este Contrato Modificatorio [Definitivo] la Contratista renuncia en forma irrevocable a cualquier reclamo o demanda o indemnización que pudiese plantear contra el Ecuador, la Secretaría, EP PETROECUADOR y/o sus antecesoras, bajo cualquier legislación, con ocasión o como consecuencia del Contrato Original, los Contratos Modificatorios Anteriores y la celebración y entrada en vigencia de este Contrato Modificatorio [Definitivo]⁵⁹⁰.

411. El Artículo 29.1.3 disponía que:

La Contratista reconoce que el Ecuador [...] que [...] nada le adeudan, ni nada tiene la Contratista ni sus Compañías Relacionadas que reclamarles a aquellos por ningún concepto, directa o indirectamente relacionado con el Contrato Original y cualquiera de sus Contratos Modificatorios Anteriores, ya sea por pérdida de oportunidad, daño emergente o lucro cesante⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ Contrato Modificatorio Definitivo, **CEX-175/REX-116**.

⁵⁹⁰ Contrato Modificatorio Definitivo, págs. 106-107, **CEX-175/REX-116**.

⁵⁹¹ Contrato Modificatorio Definitivo, págs. 106-107, **CEX-175/REX-116**.

412. El Artículo 29.1.5 del Contrato Modificatorio Definitivo disponía que:

Las Partes convienen y confirman que todas las demandas, contrademandas, reclamaciones, contrarreclamaciones y pedidos que contiene la Solicitud de Arbitraje, Memorial de Demanda, Memorial de Jurisdicción, Memorial de Contestación, todos los demás oficios de las Partes enviados como consecuencia del Arbitraje o remitidos por el Tribunal o por el Caso [*sic*] Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), así como toda otra correspondencia dirigida a terceros y relacionada con el arbitraje, serán retiradas sin reserva de derechos [...]⁵⁹².

413. Con la celebración del Contrato Modificatorio Definitivo, los reclamos presentados en el Arbitraje de Repsol ante el CIADI fueron retirados y transigidos en forma definitiva. En aras de la claridad, los reclamos *no* presentados en el Arbitraje de Repsol ante el CIADI no fueron ni retirados ni transigidos; siguieron vigentes.

414. Sobre la base de lo anterior, el Tribunal concluye que:

- (i) Murphy Ecuador no promovió un reclamo por pérdida de flujos de caja en el Arbitraje de Repsol ante el CIADI;
- (ii) En consecuencia, nunca se transigió reclamo alguno de Murphy Ecuador por la pérdida de flujos de caja mediante la Transacción con Repsol.

⁵⁹² Contrato Modificatorio Definitivo, págs. 108-109, **CEX-175/REX-116**.

IX. CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS

415. La Demandante alega tres “puntas de análisis”⁵⁹³:

- (i) la restitución de los pagos históricos en virtud de la Ley 42 efectuados bajo protesta a Ecuador;
- (ii) los flujos de caja perdidos, que consisten en la diferencia entre, primero, los flujos de caja que Murphy habría obtenido en ausencia de la Ley 42, desde la fecha en la que vendió su participación a Repsol YPF (12 de marzo de 2009) hasta el vencimiento del Contrato de Participación (31 de enero de 2012), el precio de compra que Murphy recibió de Repsol YPF; y,
- (iii) los intereses sobre los dos montos⁵⁹⁴.

1. Estándar de compensación adecuado

A. Posición de la Demandante

416. La Demandante sostiene que el estándar de compensación debería determinarse por la *lex specialis* o, ante la falta de esta, por el derecho internacional consuetudinario⁵⁹⁵. Observa que el único estándar con carácter de *lex specialis* en el TBI es el Artículo III(1), que establece

⁵⁹³ Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 191:22-192:18.

⁵⁹⁴ Escrito de Demanda, párrs. 449-450 *en referencia al* Primer Informe Pericial de Navigant, párrs. 7-11; Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 744.

⁵⁹⁵ Escrito de Demanda, párr. 440, *en referencia a Amoco International Finance Corporation c. República Islámica de Irán*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, Laudo Parcial, 14 de julio de 1987, párr. 112, CLA-103 (“**Laudo Parcial de Amoco**”).

las condiciones para una expropiación *lícita* y que el Tratado no define el estándar de compensación para otras violaciones del Tratado⁵⁹⁶.

417. Por lo tanto, la Demandante sostiene que el derecho internacional consuetudinario establece el estándar de compensación en este caso. Hace referencia específica al caso de *la Fábrica de*

*Chorzów*⁵⁹⁵ donde la Corte Permanente de Justicia Internacional (“**CPJI**”) sostuvo que la Demandante agraviada tiene derecho a una compensación que debería eliminar las consecuencias del acto ilícito del Estado y restablecer la situación que habría existido si no se hubiera cometido el acto en cuestión⁵⁹⁷.

La Demandante sostiene que los tribunales en materia de inversión han aplicado en forma reiterada este estándar independientemente de las violaciones de tratado en cuestión, incluyendo casos en los que la violación del Tratado es distinta de la expropiación ilícita⁵⁹⁸.

418. Según la Demandante, una conclusión de que la Demandada ha violado alguna de las disposiciones del Tratado que la Demandante ha alegado en este arbitraje le daría derecho a la compensación plena⁵⁹⁹, “para

⁵⁹⁶ Escrito de Demanda, párrs. 440-441; Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 749. ⁶⁵⁵ *Fabrica de Chorzów*, pág. 47, **CLA-86**.

⁵⁹⁷ Escrito de Demanda, párrs. 443-444, *en referencia al* Laudo de *MTD*, párr. 238, **CLA-42**.

⁵⁹⁸ Escrito de Demanda, párrs. 445-446, *en referencia a the Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, Caso CIADI N.º ARB/87/3, Laudo, 27 de junio de 1990, párrs. 87-88, **CLA-61** (“**Laudo de AAPL**”), *Laudo de Vivendi II*, párr. 8.2.7, **CLA-13/37**; Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párrs. 751-753, *en referencia al* Laudo de *MTD*, párr. 238, **CLA-42**, Laudo de *Rumeli*, párr. 792, **CLA-23**, Laudo de *Duke Energy*, párrs. 467-468, **CLA-22**, *LG&E Energy Corporation c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/1, Laudo, 25 de julio de 2007, párr. 31, **CLA-39** (“**Laudo de LG&E**”); Alegato de apertura de la Demandante, Diapositiva 253; Alegato de cierre de la Demandante, Diapositiva 242.

⁵⁹⁹ Escrito de Demanda, párrs. 447-448 *en referencia al* Laudo Parcial de *S.D. Myers*, párr. 309, **CLA-107** (donde el Tribunal sostuvo que “[a]l no identificar ninguna metodología particular para evaluar las compensaciones en casos distintos de una expropiación [lícita], el Tribunal considera que los redactores del TLCAN tuvieron la intención de dar libertad a los tribunales

poner al inversor, Murphy, en la misma situación en la que estaría en ausencia de los actos ilícitos⁶⁰⁰.

B. Posición de la Demandada

419. La posición de la Demandada es que el Artículo III(1) del TBI sólo es aplicable a la expropiación. Con respecto a las pretensiones de la Demandante no relacionadas con la expropiación, la Demandada alega que el estándar de compensación es la pérdida real que sufrió la Demandante misma como consecuencia de los actos ilícitos⁶⁰¹. En sustento de su posición, la Demandada cita diversos casos, incluidos *Feldman c. México*, *S.D. Myers c. Canadá*, *LG&E c. Argentina*, *MTD c. Chile*, así como el Comentario de la CDI⁶⁰². La Demandada afirma que algunos de los casos que invoca la Demandante efectivamente respaldan la posición de la Demandada si se leen ampliamente⁶⁰³.

420. Al aplicar este estándar de compensación a situaciones en las que la Demandante es titular de una inversión de forma indirecta, la Demandada sostiene que los tribunales han cuantificado la

para determinar la medida de la compensación apropiada a las circunstancias específicas del caso, teniendo en cuenta tanto los principios del derecho internacional como las disposiciones del TLCAN⁶⁰⁰). Véase *asimismo* Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 190:18191:21; ranscripción de la Audiencia (18 de noviembre de 2014), 439:5-441:5.

⁶⁰⁰ Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 191:2-5.

⁶⁰¹ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 928, 971-981; Dúplica sobre Méritos, párrs. 625-627; Véase *asimismo* Transcripción de la Audiencia (18 de noviembre de 2014), 414:18-423:17.

⁶⁰² Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 972-974, *en referencia al* Laudo de *Feldman*, párr. 194, **RLA-30**; Laudo Parcial de *S.D. Myers*, párr. 309, **CLA-107**; Laudo de *LG&E*, párr. 45, **CLA-39**; y Laudo de *MTD*, párr. 241, **CLA-42**.

⁶⁰³ Dúplica sobre Méritos, párrs. 629-631, *en referencia al* Laudo de *Rumeli*, párr. 793, **CLA-23**; Laudo de *Duke Energy*, párr. 468, **CLA-22**; Laudo de *LG&E*, párrs. 41-45, **CLA-39**.

compensación por referencia al impacto concreto de la conducta del Estado en la posición financiera de la Demandante en su calidad de accionista. Este impacto puede incluir la pérdida del valor de las acciones, pero no es equivalente a las pérdidas sufridas por la filial a través de la cual se llevó a cabo la inversión⁶⁰⁴. La Demandada argumenta que la Demandante reclama por las pérdidas de Murphy Ecuador, que ya fueron compensadas a través de la transacción de Murphy Ecuador con Ecuador⁶⁶⁴.

421. En síntesis, la Demandada sostiene que, en el presente caso, el estándar de compensación relevante es la pérdida real ocasionada a la posición financiera de Murphy como accionista indirecta de Murphy Ecuador y que esta pérdida no puede ser considerada jurídicamente idéntica al daño, si lo hubiere, sufrido por Murphy Ecuador⁶⁶⁰⁵⁶⁰⁶⁶⁰⁷.

C. Análisis del Tribunal

422. El Tribunal está de acuerdo con las Partes en que no se encuentra obligado por el Artículo III(1) del TBI en su determinación del estándar apropiado de compensación en el presente caso. El Artículo III(1) sólo es aplicable a los casos de expropiaciones lícitas, pero nada dice respecto de aquellos casos que no estén relacionados con la

⁶⁰⁴ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 977-981, en referencia a *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. La República de Letonia, SCC*, Laudo Arbitral, 16 de diciembre de 2003, pág. 39, párr.

⁶⁰⁵ .2(a), **RLA-298** (“**Laudo de Nykomb**”); Laudo sobre Jurisdicción en *ST-AD*, párr. 282, **RLA-393**; y Laudo de *Azurix*, párr. 431, **CLA-10**.

⁶⁰⁶ Dúplica sobre Méritos, párr. 627; Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 928, 971981. Véase *asimismo* Transcripción de la Audiencia (18 de noviembre de 2014), 414:18-423:17.

⁶⁰⁷ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 981.

expropiación. En particular, el Tribunal observa que el Tratado no aborda el estándar apropiado de compensación en los casos que involucran violaciones del estándar de TJE.

423. En ausencia de normas explícitas en el Tratado, la Demandante propone que el estándar articulado en el caso de *la Fábrica de Chorzów* de la CPJI debería regir la cuestión. La Demandada no controvierte la aplicabilidad de este estándar. La disputa entre las Partes se centra en la cuestión

de si el estándar conlleva una obligación de reparación íntegra o si el estándar sólo exige compensación del perjuicio real sufrido por la Demandante.

424. En el caso de *la Fábrica de Chorzów*, la CPJI sostuvo que la compensación debería “eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, con toda probabilidad habría existido si no se hubiera cometido ese acto”⁶⁰⁸. Conforme al Artículo 31 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (“**Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado**”), la aplicabilidad del estándar de *la Fábrica de Chorzów* ha sido confirmada y ampliada en su alcance más allá de la esfera de la expropiación⁶⁰⁹. El Artículo 31 de los Artículos de la CDI sobre responsabilidad del Estado dispone lo siguiente:

⁶⁰⁸ La Fábrica de Chorzów, pág. 47, **CLA-86**.

⁶⁰⁹ BP Group PLC c. La República Argentina (“**BP Group c. Argentina**”), Laudo Definitivo (24 de diciembre de 2007), párrs. 426-427, **CLA-25**.

1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.

2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado. (énfasis agregado)

425. La violación de una obligación en virtud del derecho internacional por parte de un Estado conlleva la responsabilidad internacional del Estado. El Tribunal se encuentra satisfecho de que el principio de reparación integral *supra* es aplicable a las violaciones de los tratados de inversión no relacionadas con las expropiaciones. Esto se ve reflejado en la práctica de los tribunales de inversión⁶¹⁰⁶¹¹. El estándar de reparación integral tiene por objeto la “reparación integral” del daño concreto y real ocasionado⁶¹². Proporciona un amplio margen de apreciación a los tribunales cuando se trata de seleccionar un método de valoración apropiado⁶⁷⁰. Teniendo eso en cuenta, el Tribunal analiza las pretensiones indemnizatorias de la Demandante.

2. Restitución de los pagos en virtud de la Ley 42

426. No se cuestiona que Murphy Ecuador pagara USD 118,3 millones a Ecuador en concepto de pagos por Ley 42 como participación adicional desde el mes de mayo de 2006 hasta el mes de marzo de

⁶¹⁰ Laudo de *Vivendi II*, párr. 8.2.7, **CLA-13/37**; Laudo de *AAPL*, párrs. 87-88, **CLA-61**; Laudo de *MTD*, párr.

⁶¹¹, **CLA-42**; Laudo de *Rumeli*, párr. 792, **CLA-23**; Laudo de *Duke Energy*, párrs. 467-468, **CLA-22**; Laudo de *LG&E*, párr. 31, **CLA-39**.

⁶¹² Irmgard Marboe, *Valuation in Cases of Expropriation*, in Bungenberg, Griebel, Hobe, Reinisch (eds.), *INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* (C.H.BECK, Hart, Nomos, 2015), pág. 1101 (“*Marboe*”). ⁶⁷⁰ *Marboe*, pág. 1093.

2008⁶¹³. El punto principal de conflicto entre las Partes es si debe reducirse o no el monto de pagos históricos reclamados para dar cuenta de los impuestos a las rentas y participaciones laborales, así como el “umbral de proporcionalidad tolerable”⁶¹⁴.

A. Posición de la Demandante

427. La Demandante rechaza la afirmación de que deban deducirse del pago de USD 118 millones los impuestos aplicables⁶¹⁵. Para ser compensada plenamente, la Demandante afirma que debería recibir los pagos históricos en virtud de la Ley 42 sin deducciones impositivas; estas deducciones deberían ocurrir (de corresponder) con posterioridad al laudo⁶¹⁶.
428. La Demandante plantea siete motivos para su posición. Primero, un reclamo indemnizatorio es una única operación que puede o no generar sobre la parte perjudicada una obligación impositiva al cierre de ejercicio. Segundo, la deducción del impuesto societario a las rentas de un pretensión indemnizatoria plantea un riesgo de doble tributación.

⁶¹³ Escrito de Demanda, párr. 451, *en referencia al* Primer Informe Pericial de Navigant, párr. 68. *Véase asimismo* Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 192:23-193:14; Transcripción de la Audiencia (19 de noviembre de 2014), 575:3-578:14; Segundo Informe Pericial de Fair Links, párr. 94.

⁶¹⁴ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 1031. *Véase, asimismo,* Transcripción de la Audiencia (18 de noviembre de 2014), 423:18-424:2.

⁶¹⁵ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 757 *en referencia al* Segundo Informe Pericial de Navigant, párrs. 77-85. *Véase, asimismo,* Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs. 108148; Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 47, *en referencia al* Primer Informe Pericial de Navigant, párrs. 97, 112.

⁶¹⁶ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 746.

Tercero, aunque al impuesto societario a las rentas se lo reconoce como resultado potencial de las operaciones concluidas de la entidad para el ejercicio analizado, una condena indemnizatoria debe cumplirse antes de que se la considere concluida. Cuarto, los impuestos a las rentas y participaciones laborales deben pagarse a una autoridad fiscal, y no ser “neteados” por medio de una condena indemnizatoria. Quinto, las cuestiones impositivas a las que da lugar la condena deberían resolverse en el curso ordinario de las actividades y no ser abordadas mediante un “neteo” con la indemnización otorgada. Sexto, el criterio que propone la Demandada equivale a modificar y volver a presentar las declaraciones impositivas de Murphy correspondientes a los años 2006 a 2008 a efectos de reconocer las ganancias adicionales y una obligación impositiva adicional y luego pagar intereses a la autoridad fiscal por haber declarado y pagado un monto menor en concepto de ganancia imponible en períodos anteriores. Si un laudo es gravable en Ecuador y si las leyes en materia tributaria de Ecuador exigen que el contribuyente, es decir, Murphy, impute el laudo como ingresos originados en períodos anteriores en lugar de ingresos originados en el período actual, entonces Murphy debería modificar y volver a presentar sus declaraciones impositivas anteriores. Por último, en cualquier caso, el CCA transfirió todas las obligaciones de pago de impuestos de Murphy Ecuador anteriores al año 2009 a Repsol⁶¹⁷.

429. La Demandante sostiene que corresponde ajustar a su valor actual, a la tasa de intereses anteriores al laudo, la participación adicional que pagó Murphy con base en la tasa pasiva externa de Ecuador en dólares

⁶¹⁷ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 757, *en referencia al Segundo Informe de Navigant*, párrs. 77-85.

estadounidenses⁶¹⁸. Establece intereses anteriores al laudo en el monto de USD 238,4 millones. Esto se basa en el rendimiento promedio ponderado de los bonos globales de Ecuador, tomando en consideración la cesación de pagos de Ecuador en el año 2008 y ajustando a la fecha esperada del laudo, el 1 de agosto de 2015, cada pago por participación adicional, con intereses capitalizados con frecuencia anual⁶¹⁹.

B. Posición de la Demandada

430. La Demandada afirma que el Tribunal debería sostener que la Ley 42 violó el TBI tanto a la alícuota del 50% como del 99% para permitir que la Demandante recupere el monto total solicitado de USD 118,3 millones⁶²⁰. Alega que una conclusión de incumplimiento a la alícuota del 50% sería inconsistente con laudos anteriores del CIADI y constituiría una restricción indebida a la libertad del Estado de aplicar medidas legítimas sobre sus ingresos⁶²¹. La Demandada aclara que, de

⁶¹⁸ Véase *asimismo* párr. 505.

⁶¹⁹ Escrito de Demanda, párrs. 452-454, *en referencia al* Primer Informe Pericial de Navigant, párrs. 100-108.

⁶²⁰ Memorial Post Audiencia de la Demandada, párr. 101, *en referencia a la* Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 993, *que hace referencia al* Primer Informe Pericial de Fair Links, párrs. 103-104.

⁶²¹ Memorial Post Audiencia de la Demandada, párr. 101, *en referencia a la* Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad en *Perenco*, párrs. 601-602, **RLA-452** (“601. Sobre la base de la evidencia de registro disponible, por lo tanto, el Tribunal considera que en 2006-2007, con el precio entonces predominante del crudo de Napo y Oriente y con la Ley 42 al 50%, Perenco todavía generaba flujos de caja significativos y parecía ser bastante rentable. 602. En todas las circunstancias, por lo tanto, el Tribunal concluye que la Ley 42 per se no representaba un incumplimiento del Artículo 4 del Tratado”); Decisión sobre Responsabilidad en *Burlington*, párr. 433, **CLA233** (“Estos hechos corroboran las conclusiones anteriores del Tribunal de que la Ley 42 con una alícuota del 50% no privó sustancialmente a Burlington del valor de su inversión y, por lo tanto, no fue una medida equivalente a la expropiación”).

los USD 118,3 millones en pagos por Ley 42 efectuados por Murphy Ecuador, USD 58,9 millones fueron pagados a la alícuota del 50%, en tanto USD 59,4 millones fueron pagados al 99%⁶²².

431. Es por esta razón que la Demandada afirma que debería ajustarse el monto de compensación por los pagos efectuados al 99%, restando a éste la parte atribuible a lo que debería considerarse una medida tributaria legal⁶²³. Aplicando este razonamiento, la Demandada alega que es necesario ajustar el monto reclamado de USD 59,4 millones pagados en virtud de la Ley 42 a la alícuota del 99% restándole USD 30 millones, que constituye el monto que Murphy habría pagado sobre los USD 60 millones en concepto de beneficios extraordinarios en virtud de la Ley 42 al 50%⁶²⁴. El saldo debería reducirse aún más por la cantidad de pagos por ingresos adicionales que el Tribunal pudiera considerar aceptable en virtud del TBI. En este sentido, la Demandada sugiere una cifra entre el 50% y el 99%, inclusive, alegando que las naciones soberanas gozarían de una flexibilidad considerablemente mayor en lo que respecta a medidas de ingresos y que el Tribunal debería considerar que la cifra permisible sea superior al 50%⁶²⁵. Este recorte adicional resultaría en una reducción adicional de hasta USD 29,4 millones⁶²⁶.

⁶²² Memorial Post Audiencia de la Demandada, párr. 101, *en referencia al* Primer Informe Pericial de Navegación, Apéndice NAV-39.

⁶²³ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 996; Memorial Post Audiencia de la Demandada, párr. 102.

⁶²⁴ Dúplica sobre Méritos, párr. 643.

⁶²⁵ Dúplica sobre Méritos, párrs. 643, 645.

⁶²⁶ Dúplica sobre Méritos, párr. 643.

432. La Demandada afirma que, en una etapa ulterior, el monto de pagos históricos debería reducirse aún más en un 36,25%, que es la alícuota impositiva total que combina las participaciones laborales (15%) y el impuesto a la renta (25%) que Murphy Ecuador habría pagado en ausencia de la Ley 42⁶²⁷. Afirma que la obligación de pagar estos impuestos, así como las normas de cálculo aplicables, se encuentran previstas en el Contrato de Participación⁶²⁸. La Demandada sostiene que la Demandante no controvierte este hecho y que este criterio sería consistente con los principios y prácticas valuatorias más comunes⁶²⁹.
433. La Demandada explica que la aplicación de impuestos a las pretensiones indemnizatorias se encuentra justificada ya que no se le debería adjudicar a la Demandante más de lo que habría obtenido en ausencia de la Ley 42⁶³⁰. Observa que las sumas de pagos históricos habrían sido gravadas como ganancias adicionales y, por lo tanto, habrían estado sujetas a los impuestos ecuatorianos antes de estar disponibles para fines de distribución en la cadena societaria en forma de dividendos⁶⁸⁹.

⁶²⁷ Dúplica sobre Méritos, párr. 644. El cálculo es el siguiente: 36,25% (es decir, 15% + (25% × 85%)). *Íd. Véase asimismo* Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 989; Memorial Post Audiencia de la Demandada, párr. 103; Memorial de Dúplica sobre Méritos, párr. 647; Alegato de Apertura de la Demandada, Parte VII, Diapositiva 14; Transcripción de la Audiencia (19 de noviembre de 2014), 672:8-21; Primer Informe Pericial de Fair Links, párr. 103.

⁶²⁸ Dúplica sobre Méritos, párr. 647, *en referencia a las* cláusulas 11.2., 11.2.3, 11.2.4 del Contrato de Participación, **CEX-36**.

⁶²⁹ Dúplica sobre Méritos, párrs. 646-647, *en referencia al* Segundo Informe Pericial de Fair Links, párr. 104.

⁶³⁰ Dúplica sobre Méritos, párr. 648, *en referencia a* Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. La República del Ecuador, Caso CPA N.º AA277, CNUDMI, Laudo Parcial sobre el Fondo, 30 de marzo de 2010,

434. La Demandada rechaza el argumento de que no deberían deducirse los impuestos ecuatorianos de la suma indemnizatoria adjudicada a la Demandante porque no puede determinarse con antelación en qué medida el laudo indemnizatorio contribuiría a la obligación tributaria de la Demandante⁶⁹⁰. Según la Demandada, el argumento es defectuoso porque supone, en primer lugar, que los impuestos son aplicables a Murphy, la presente Demandante, en tanto, de hecho, son aplicables a Murphy Ecuador. En segundo lugar, el gravamen no se activaría con el laudo arbitral, sino con las ganancias que Murphy Ecuador podría haber obtenido si no hubiese pagado impuestos en virtud de la Ley 42⁶⁹¹.
435. Por las mismas razones, la Demandada disiente con el argumento de que aplicar impuestos al monto reclamado podría redundar en doble imposición⁶⁹². Los impuestos ecuatorianos en cuestión son aquellos adeudados por Murphy Ecuador, no por Murphy.
436. La Demandada sostiene que el argumento de la Demandante de que no deberían tenerse en cuenta las participaciones laborales ecuatorianas porque los beneficiarios finales del impuesto son los empleados del contribuyente “carece de lógica”⁶⁹³. Aun si esto fuera cierto, Murphy no habría tenido derecho a recibir las cantidades que corresponden a esas participaciones laborales en tanto Murphy no tiene vínculo alguno con su antigua subsidiaria indirecta, Murphy Ecuador⁶⁹⁴.
437. Por último, la Demandada argumenta que el CCA, que dispone que Repsol YPF será responsable de todo impuesto ecuatoriano atribuible a Murphy Ecuador, debería desestimarse, en tanto Ecuador no es parte del Acuerdo y, por ende, no se encuentra obligado por este⁶⁹⁵.

párr. 552, **RLA-226** (“**Laudo Parcial de Chevron**”).

⁶⁸⁹ Dúplica sobre Méritos, párrs. 646; 650 *en referencia al* Primer Informe Pericial de Fair Links, párrs. 103-104; Segundo Informe Pericial de Fair Links, párrs. 95-104; Alegato de Apertura de la Demandada, Parte VII, Diapositiva 14. *Véase asimismo* Transcripción de la Audiencia (19 de noviembre de 2014), 672:8-21. ⁶⁹⁰ Dúplica sobre Méritos, párr. 651, *en referencia al* Segundo Informe Pericial de Navigant, párr. 77.

⁶⁹¹ Dúplica sobre Méritos, párr. 652.

⁶⁹² Dúplica sobre Méritos, párr. 653, *en referencia al* Segundo Informe Pericial de Navigant, párr. 78; Segundo Informe Pericial de Fair Links, párrs. 101-103.

⁶⁹³ Dúplica sobre Méritos, párr. 654, *en referencia al* Segundo Informe Pericial de Navigant, párr. 82. ⁶⁹⁴ Dúplica sobre Méritos, párr. 654.

⁶⁹⁵ Dúplica sobre Méritos, párr. 655, *en referencia al* Segundo Informe Pericial de Navigant, párr. 85.

438. En síntesis, la Demandada afirma que la compensación máxima adeudada a la Demandante por los pagos históricos de la Ley 42 efectuados por Murphy Ecuador no supera los USD 18,74 millones (es decir, USD 29,4 millones \times (100% – 36,25%))⁶³¹. Aunque esta cifra se basa en el 50% como alícuota tolerable para la Ley 42, la Demandada aclara que los Estados gozan de una flexibilidad considerable en función de las medidas de ingresos, lo que debería conducir al Tribunal a determinar como apropiada, una cifra permisible superior al 50%⁶³².

⁶³¹ Dúplica sobre Méritos, párr. 645; Alegato de Apertura de la Demandada, Parte VII, Diapositiva 17; Memorial Post Audiencia de la Demandada, párrs. 100-104.

⁶³² 7 Dúplica sobre Méritos, párr. 645.

C. Análisis del Tribunal

439. Por los motivos que se esgrimirán *infra*, el Tribunal considera que la Demandante tiene derecho a una indemnización fijada en el monto total de USD 19.971.309 por los pagos históricos en virtud de la Ley 42.
440. La Demandante reclama un total de USD 118,3 millones en virtud de esta pretensión. Las Partes no controvierten que esta cifra representa lo que Murphy Ecuador pagó en pagos históricos en virtud de la Ley 42 en su carácter de integrante del Consorcio cuando era de propiedad de Murphy.
441. El Tribunal ha determinado que Ecuador violó el Tratado cuando promulgó la Ley 42 al 99%. El Tribunal no considera que Ecuador violara el Tratado cuando promulgó la Ley 42 al 50%. El Tribunal considera que, por lo tanto, Murphy tiene derecho a la compensación por los pagos históricos en virtud de la Ley 42 que Murphy Ecuador efectuó al 99%. Murphy Ecuador pagó un monto total de USD 55.986.233 de pagos en virtud de la Ley 42 al 99% para el período comprendido entre los meses de noviembre de 2007-marzo de 2008.⁶³³ Murphy Ecuador habría pagado sólo USD 28.275.875 durante el mismo período si se hubiera mantenido la Ley 42 al 50%. El Tribunal considera que Murphy tiene derecho a compensación por la diferencia entre esos dos montos, es decir, USD 27.710.358.

⁶³³ Véase *supra* para. **Error! Reference source not found.**; NAV-39, Notas de solicitudes de fondos de participación de los beneficios extraordinarios del Ecuador (*Profit Sharing Cash Call Notes*); **Apéndice 4.1** al Primer Informe Pericial de Navigant, “Participación Adicional Pagada”; Primer Informe de Fair Links, **Apéndice 2, FL 10** Notas de solicitudes de fondos de participación de la renta inesperada del Ecuador.

442. La Demandada ha argumentado que el Tribunal se encuentra obligado a sustraer del monto de la compensación por pagos históricos los pagos cuya suma representaría una medida lícita sobre los ingresos en las circunstancias del presente caso⁶³⁴. El Tribunal determina que ha llegado a esto al sustraer del monto total pagado en virtud de la Ley 42 al 99% el monto que la Demandante habría pagado durante el mismo período en virtud de la Ley 42 al 50%. El Tribunal no considera necesario determinar cualquier otro “límite tolerable” entre 50% y 99% que pueda justificar una reducción adicional en el monto adjudicado a la Demandante.
443. La Demandada sostiene que, si Murphy Ecuador no hubiese efectuado los pagos en virtud de la Ley 42, los montos habrían sido contabilizados como ganancias adicionales y, por lo tanto, habrían estado sujetos al impuesto a la renta y a las participaciones laborales en Ecuador⁶³⁵. La Demandante no controvierte esto. La Demandada alega que para reflejar el verdadero escenario “contrafáctico”, cualquier monto adjudicado a Murphy como compensación por los pagos en virtud de la Ley 42 debería reducirse en un 15% en concepto de participaciones laborales y en un 25% en concepto de impuesto a la renta; la alícuota total de imposición siendo de 36,25% (es decir, 15% + (25% x 85)). La posición de la Demandada es que lo relevante es el impacto económico neto de las medidas en Murphy Ecuador. La

⁶³⁴ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 994-996; Memorial de Dúplica sobre Méritos, párrs. 635, 637-645; Memorial Post Audiencia de la Demandada, párr. 101.

⁶³⁵ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párrs. 103-104.

Demandante se opone a esto por una serie de motivos que se esgrimieron *supra*⁶³⁶.

444. La Demandante sostiene que una pretensión indemnizatoria es una sola operación que puede o no generar una obligación impositiva al cierre del ejercicio⁶³⁷. Tampoco se trata de una operación concluida. Esto es importante, alega la Demandante, porque el impuesto societario a la renta se reconoce como un resultado potencial de las operaciones concluidas de la entidad⁶³⁸. Sostiene asimismo que deducir estas obligaciones impositivas del laudo equivaldría a que la Demandante modifique y vuelva a presentar las declaraciones impositivas correspondientes al período comprendido entre los años 2006-2008 a efectos de reconocer las ganancias adicionales y una obligación impositiva adicional y luego pague intereses a la autoridad fiscal por haber declarado y pagado un monto menor en concepto de ganancia imponible en esos períodos⁶³⁹⁶⁴⁰. El Tribunal acepta que los cálculos impositivos anuales se basan en una serie de factores presentes en un ejercicio fiscal dado. Sin embargo, los impuestos ecuatorianos en cuestión son aplicables aquí a los beneficios que Murphy Ecuador habría registrado si no hubiera efectuado los pagos en virtud de la Ley 42. Los ejercicios fiscales relevantes a los que se aplican esas cifras están cerrados. La Demandante no aporta pruebas que demuestren que las alícuotas de las participaciones laborales y el impuesto a la renta

⁶³⁶ Véanse párrs. 426-429 *supra*.

⁶³⁷ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 757; Segundo Informe Pericial de Navigant, párr. 77.

⁶³⁸ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 757; Segundo Informe Pericial de Navigant, párr. 81.

⁶³⁹ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 757; Segundo Informe Pericial de Navigant, párr.

⁶⁴⁰ .

establecidas en el Contrato de Participación no se habrían aplicado sobre esos términos. El gravamen de los beneficios de Murphy como consecuencia del presente laudo constituye una cuestión separada.

445. En relación con lo que antecede, la Demandante alega que, si se dedujera el impuesto societario de una pretensión indemnizatoria, habría un riesgo real de doble tributación⁶⁴¹. Sin embargo, la Demandante, no ha sustanciado esta afirmación. No ha proporcionado pruebas que demuestren que estaría obligada a pagar impuestos sobre la adjudicación de una indemnización por daños en Ecuador, los Estados Unidos, u otra jurisdicción. La Demandante invoca un caso en virtud del TLCAN en el cual, la demandante, Corn Products Inc., solicitó que el tribunal en su caso contra México al amparo del Capítulo 11 del TLCAN modificara el laudo indemnizatorio pagadero sobre una base después de impuestos a una base antes impuestos⁶⁴². Corn Products lo hizo después de advertir que el laudo posiblemente estaría gravado con impuestos en México⁶⁴³. Murphy no ha establecido a qué impuesto—laboral, a la renta o de otra clase—estaría sujeto el presente laudo indemnizatorio, si lo hubiere; ni en qué jurisdicción; ni a qué alícuota. El Tribunal se encuentra satisfecho de que las sumas que pagara Murphy Ecuador desde el año 2006 hasta el año 2008 a Ecuador

⁶⁴¹ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 757; Segundo Informe Pericial de Navigant, párr. 78.

⁶⁴² Segundo Informe Pericial de Navigant, párrs. 79-80; **NAV-76**, *Corn Products International Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB (AF)/04/1 (TLCAN), (“*Corn Products*”).

⁶⁴³ “Corn Products le solicita al tribunal que corrija el laudo para dar cuenta de la posible tributación del laudo en México”. [Traducción del Tribunal] **NAV-76**. El Tribunal entiende que, en respuesta a la solicitud de corregir el laudo, el tribunal no modificó el monto otorgado, sino que modificó el laudo para que sea pagadero a Corn Products International Inc., una sociedad estadounidense, en lugar de a su subsidiaria mexicana. Véase <http://www.youngicca-blog.com/tax-gross-up-claims-in-investment-treaty-arbitration-by-nhu-hoang-tran-thang/> (visitado por última vez el día 6 de marzo de 2016).

habrían sido gravables en virtud del Contrato de Participación. Esto no se controvierte.

446. La Demandante sostiene que el impuesto a la renta y las participaciones laborales no deben ser “neteadas” en teoría por medio de un laudo indemnizatorio” ya que esto significa que la parte específica que normalmente recibiría el efectivo en definitiva no lo hace⁶⁴⁴. Si las participaciones laborales fueran “neteadas” contra un laudo que compensara los pagos por la Ley 42, la

Demandante alega que los empleados del Consorcio no recibirían este beneficio. En cambio, Ecuador sería el beneficiario de la deducción de las participaciones laborales del laudo⁶⁴⁵. Sin embargo, el presente análisis del Tribunal se relaciona con colocar a la Demandante en la situación en la que se encontraba de no haber sido por la conducta ilícita de Ecuador. Al Tribunal no le concierne cómo repercutiría su laudo en los empleados del Consorcio, ni tampoco, en ese sentido, cómo repercutiría su laudo en Ecuador. Eso no es parte del presente ejercicio que es el cálculo de la cuantificación de la pérdida de la Demandante. El Tribunal observa que, si aceptara el ejemplo de la Demandante, cualquier ganancia resultante de no deducir las participaciones laborales de un laudo irían a los empleados del Consorcio, y no a la Demandante, en cualquier caso.

447. En dos casos invocados por la Demandante, fue la compañía perjudicada la que pretendió la compensación⁶⁴⁶. La parte demandante estaba directamente sujeta a los impuestos a diferencia de la presente

⁶⁴⁴ Segundo Informe Pericial de Navigant, párr. 82.

⁶⁴⁵ Segundo Informe Pericial de Navigant, párr. 82.

⁶⁴⁶ *Ceskoslovenska obchodni banka, a.s. c. República Eslovaca*, Caso CIADI N.º ARB/97/4, Laudo, 29 de diciembre de 2004, párr. 223, **RLA-407** (“**Laudo de Ceskoslovenska**”); Laudo de *Duke Energy*, párr. 483, **CLA22**.

situación en la que la accionista se beneficia de las ganancias de la sociedad operadora después de las deducciones impositivas. En algunos casos puede ser necesario otorgar una indemnización por daños antes de las deducciones impositivas para restituir a una sociedad perjudicada a su condición “contrafáctica”. Pero este no es el caso aquí. Para restituir a Murphy a su situación “contrafáctica” deberían deducirse los impuestos.

448. El Tribunal observa que en virtud del CCA, se transfirieron a Repsol YPF todas las obligaciones de Murphy Ecuador de pagar cualquier impuesto originado en períodos anteriores de operación⁶⁴⁷. En tanto Murphy no es parte del CCA, el Tribunal no considera que el acuerdo entre Canam y Repsol YPF sea relevante para el análisis del presente caso. En virtud del CCA, cualquier pretensión por los montos que surjan de la obligación de Repsol YPF de pagar impuestos debería hacerlos Canam a Repsol YPF.
449. El Tribunal considera que es apropiado deducir las participaciones laborales y el impuesto a la renta del monto adjudicado a la Demandante en virtud de este encabezado. El estándar de compensación que el Tribunal debe aplicar es la reparación íntegra de manera tal que coloque a la Demandante en la posición en la que habría estado si no hubiera sido por la violación. La reparación no sólo debería eliminar todas las consecuencias adversas del hecho ilícito, sino que debería asimismo “restaurar las responsabilidades que se evitaron por

⁶⁴⁷ CCA, pág. 30, **CEX-127**; Primer Informe Pericial de Navigant, párrs. 91, 112; Segundo Informe Pericial de Navigant, párr. 85, Contrato de Compraventa entre Canam Offshore Limited y Repsol YPF Ecuador S.A. (12 de marzo de 2009) pág. 30, CEX-127, Primer Informe Pericial de Navigant, párrs. 91 y 112; Segundo Informe Pericial de Navigant, párrs. 75-93; Transcripción de la Audiencia (19 de noviembre de 2014), 575:14-578:14, 639:9-15. Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 47.

lo mal hecho”⁶⁴⁸. El Contrato de Participación dispone una participación laboral de 15% (cláusula 11.2.2) y un impuesto a la renta de 25% (cláusula 11.2.3), y conjuntamente, una tasa tributaria y una participación laboral consolidadas que ascienden al 36,25% (cláusula 11.2.4)⁶⁴⁹. Si no se hubiera promulgado la Ley 42 y sus medidas vinculadas, se habrían aplicado las participaciones laborales y el impuesto a la renta a las sumas no pagadas. Los pagos habrían sido efectuados por Murphy Ecuador, no Murphy. Los beneficios adicionales de Murphy Ecuador primeramente habrían estado sujetos a los impuestos ecuatorianos antes de estar disponibles para su distribución a través de la cadena societaria. Es sólo deduciendo estos impuestos que el Tribunal restituirá a Murphy a la posición en la que se habría encontrado de no haber sido por los pagos en virtud de la Ley 42 al 99%.

450. Además de deducir las participaciones laborales y el impuesto a la renta del monto total pagado, cuando se calcula la repercusión financiera de los pagos por Ley 42 en la Demandante, la Demandada tuvo asimismo en cuenta los beneficios no percibidos de Murphy Ecuador que resultaron de los pagos mensuales y actualizados a su valor presente al mes de marzo de 2009⁶⁵⁰. La Demandada lo hizo en base al hecho de que, hasta el mes de marzo de 2009, le correspondía a Murphy asumir el riesgo industrial relacionado con las operaciones

⁶⁴⁸ Dúplica sobre Méritos de la Demandada, párr. 648, en referencia a *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. La República del Ecuador*, Caso CPA N.º AA277, CNUDMI, Laudo Definitivo, 31 de agosto de 2011, párr. 308, **RLA 430** (“**Laudo Definitivo de Chevron**”).

⁶⁴⁹ Contrato de Participación, cláusulas 11.2.2-11.2.4, **CEX-36**. El Tribunal determina que la tasa apropiada del impuesto a la renta societaria que debería aplicarse es la tasa histórica de 25% prevista en el Contrato de Participación en lugar de la tasa corriente de 22% postulada por la Demandante en las últimas etapas de este arbitraje.

⁶⁵⁰ Primer Informe Pericial de Fair Links, párrs. 105-112.

de gas y petróleo. Después de la venta de Murphy Ecuador en el mes de marzo de 2009, no lo hizo. Como consecuencia de ese riesgo, la Demandada considera que cada componente del daño hasta el mes de marzo de 2009 no sólo debería considerar el valor temporal del dinero sino reflejar también el riesgo industrial asumido por la Demandante. La Demandada cuantificó este monto según el retorno esperado de los inversores a una tasa de 12%⁶⁵¹⁶⁵². Consideró que el 12% era un indicador apropiado para reflejar

el valor temporal del dinero y el riesgo industrial asociado con las operaciones de Murphy Ecuador⁷¹⁶. La Demandante y su perito no objetan este aspecto del cálculo de la indemnización por daños de la Demandada ni tampoco lo tratan en detalle⁷¹⁷. El Tribunal acepta que existía un riesgo industrial que era aplicable a la inversión de Murphy hasta que la vendió en el mes de marzo de 2009. El Tribunal acepta aplicar la tasa de actualización del 12% a los montos pagados por la Demandante en virtud de la Ley 42 al 99% hasta el mes de marzo de

⁶⁵¹ Primer Informe Pericial de Fair Links, párrs. 107-109:

⁶⁵² . El retorno esperado de los inversores es considerado comúnmente en la valuación comercial a través del Costo Promedio Ponderado de Capital (“CPPC”) que representa el riesgo incurrido por los proveedores de capital para todas las actividades comerciales. Sin embargo, el CPPC de una compañía no debería utilizarse sistemáticamente para evaluar proyectos individuales con un riesgo industrial especial. Esto es fundamental en la industria de petróleo y gas, donde el retorno superior esperado de los proyectos exitosos neutraliza los costos irrecuperables de los proyectos de exploración no exitosos. Esto implica que la tasa de descuento necesaria (empleada para evaluar un activo específico de petróleo y gas) no es el CPPC de la compañía, salvo que los riesgos

2009. Desde el mes de marzo de 2009, el Tribunal aplicará una tasa de interés apropiada (que se determinará en la Sección 4 *infra*).

451. En consecuencia, el Tribunal determina que Murphy tiene derecho a compensación en virtud de esta pretensión por la diferencia entre el monto total pagado por Murphy Ecuador al 99% para el período comprendido entre el mes de noviembre de 2007 y el mes de marzo de 2008 y lo que habría pagado durante ese mismo período si la Ley 42 se hubiese mantenido al 50%. Ese monto asciende a un total de USD 27.710.358. Una tasa de actualización de 12% aplicada a ese monto redonda en un total de USD 31.327.544. Después de aplicar una tasa tributaria consolidada de 36,25% (participaciones laborales al 15% e impuesto a la renta al 25%) a la suma de USD 31.327.544, el monto total de la indemnización adeudada a Murphy en virtud de esta pretensión asciende a **USD 19.971.309**.

3. Flujos de fondos no percibidos desde el mes de marzo de 2009 hasta el mes de enero de 2012

A. Posición de la Demandante

452. La Demandante reclama compensación por la diferencia entre los flujos de fondos que su inversión habría percibido “de no haber sido por” la Ley 42 y las medidas vinculadas y lo que recibió de la venta de su inversión a Repsol a la luz de esas medidas⁷¹⁸. La Demandante sostiene que, con anterioridad al vencimiento del Contrato de Participación el día 31 de enero de 2012, habría

asociados con un activo específico sean similares a aquellos de toda la compañía.

108. Por lo tanto, es esencial verificar la pertinencia del CPPC estándar de la industria antes de utilizarlo como tasa de actualización (o tasa de descuento) aplicada a un proyecto específico de petróleo y gas.

109. A la luz de lo que antecede, consideramos necesario determinar una tasa de actualización que refleje en forma justa el riesgo industrial asociado con las operaciones del Proyecto operado por Murphy. En base a nuestra experiencia, las tasas de descuento utilizadas para proyectos de petróleo y gas por lo general oscilan entre el 10% y el 15%. Estas cifras son sustentadas por el rango de 9-15% y el 13,4% promedio proveniente de estudios externos. [Traducción del Tribunal]

⁷¹⁶ Primer Informe Pericial de Fair Links, párr. 110.

⁷¹⁷ Segundo Informe Pericial de Navigant, párr. 128.

⁷¹⁸ Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 192:1-18.

cobrado USD 354,99 millones a través de Murphy Ecuador de no haber sido por la Ley 42, que la obligó a vender Murphy Ecuador⁶⁵³.

453. Para calcular estos daños, la Demandante utiliza datos *ex-post*. La Demandante afirma que los flujos de caja en el escenario contrafáctico deberían basarse en la producción real de petróleo y los precios para el período comprendido entre los meses de marzo de 2009 y enero de 2012⁶⁵⁴. La Demandante alega que la producción real del Consorcio desde el mes de marzo de 2009 hasta el mes de enero de 2012 (menos el producido de la venta a Repsol YPF) representa mejor la pérdida real ocasionada por la conducta ilícita de Ecuador y debería ser utilizada por el Tribunal para restablecer la situación que habría existido si no se hubiera cometido el hecho ilícito⁶⁵⁵.

⁶⁵³ Escrito de Demanda, párr. 455 *en referencia al* Primer Informe Pericial de Navigant, párr. 111.

⁶⁵⁴ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 759; Primer Informe Pericial de Navigant, párr. 74.

⁶⁵⁵ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 764 *en referencia al* Segundo Informe Pericial de Navigant, párr. 105. Es importante observar que, en tanto Ecuador se negó

454. La Demandante refiere al Tribunal a los casos *AMCO Asia c. Indonesia*⁶⁵⁶, *CMS c. Argentina*⁶⁵⁷, y *Enron c. Argentina*⁶⁵⁸ en los que los tribunales utilizaron información *ex-post* para el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios en lugar de una valoración *ex-ante*. El tribunal en *AMCO Asia c. Indonesia*, al estimar los daños por una revocación ilícita de una licencia de un inversor para un período de más de nueve años anterior a la fecha del laudo, se basó en una valoración *expost* sobre la base de información real sobre inflación, tasa de cambio, y tasas tributarias durante ese período⁶⁵⁹. El tribunal basó asimismo sus cálculos indemnizatorios en predicciones efectuadas por peritos financieros sobre ingresos anuales al comienzo del período pertinente⁶⁶⁰. En *CMS c. Argentina* y *Enron c. Argentina*, cada tribunal procuró establecer el valor justo de mercado de la inversión respectiva en el momento en que ocurrió el perjuicio en base a información *ex-ante*. No obstante, los tribunales se basaron en información *ex-post* como las tasas de cambio y la demanda

a exhibir datos reales, la Demandante no se basa en información *real* sobre producción y precios del petróleo. En cambio, se basa en información disponible y datos históricos para estimar cuál habría sido el desempeño de Murphy Ecuador entre los meses de marzo de 2009 y enero de 2012 (Primer Informe Pericial de Navigant, párr. 74; Segundo Informe Pericial de Navigant, párr. 94).

⁶⁵⁶ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 765, *en referencia a AMCO Asia Corp. c. Indonesia* (Nueva sumisión del Caso), Caso CIADI N.º ARB/81/1, Laudo, 31 de mayo de 1990, párr. 196, **CLA-303** (“**Laudo de AMCO**”).

⁶⁵⁷ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 768, *en referencia al* Laudo de *CMS*, párrs. 442463, **CLA-20/RLA-165**.

⁶⁵⁸ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 769, *en referencia al* Laudo de *Enron*, párr. 404, **CLA-14**.

⁶⁵⁹ Laudo de *AMCO*, párr. 196, **CLA-303**.

⁶⁶⁰ Laudo de *AMCO*, párrs. 204-207, **CLA-303**.

de gas natural, a fin de ajustar las predicciones imprecisas realizadas a la fecha de valoración⁶⁶¹.

455. De los ingresos reales percibidos entre los meses de marzo de 2009 y enero de 2012, la Demandante deduce los USD 78,9 millones recibidos por la Demandante de Repsol YPF el día 12 de marzo de 2009⁶⁶². Hacer esto, alega la Demandante, satisface las preocupaciones respecto de la doble indemnización o la “reversión” de estos ingresos⁶⁶³. Rechaza la afirmación de que reclama “tanto el valor del capital de un activ[o] y los flujos futuros de caja que se espera genere dicho activo”⁷³⁰.

456. La Demandante refuta el argumento de Ecuador de que se ocasionó a sí misma sus pérdidas posteriores al mes de marzo de 2009 al vender voluntariamente Murphy Ecuador a Repsol YPF⁶⁶⁴. La Demandante alega que la cuestión no es si la Demandante vendió Murphy Ecuador voluntariamente sino, si en un escenario “contrafáctico” sin la Ley 42, la Demandante habría vendido Murphy Ecuador; a esto último, la respuesta de la Demandante es negativa⁷³².

⁶⁶¹ *CMS Gas Transmission Co. c. Argentina*, Caso CIADI No, ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005, párrs. 441-463, **CLA-20/RLA-165**; *Enron Corporation y Ponderosa Assets LP c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007, párrs. 405-448, **CLA-14**.

⁶⁶² Escrito de Demanda, párr. 450, *en referencia al* Primer Informe Pericial de Navigant, párrs. 7-11.

⁶⁶³ Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 48, *en referencia al* Segundo Informe Pericial de Navigant, párr. 17 y Apéndice 4; Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 73. ⁷³⁰ Segundo Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párr. 48, *en referencia al* Memorial PostAudiencia de la Demandada, párr. 107.

⁶⁶⁴ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 761. ⁷³² Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 762.

457. La Demandante afirma que la pérdida del valor de su capital accionario en Murphy Ecuador es equivalente a los flujos de caja no percibidos de Murphy Ecuador ya que Murphy era titular indirecta del 100% de Murphy Ecuador con una estructura de capital propio únicamente (siendo Canam una sociedad de cartera)⁶⁶⁵. Observa que los tribunales han reconocido que los daños ocasionados a una sociedad normalmente llegan al accionista en proporción directa a la magnitud de su participación accionaria en la sociedad operativa⁶⁶⁶.

B. Posición de la Demandada

458. La Demandada objeta el reclamo de la Demandante por los flujos de caja no percibidos de Murphy Ecuador. Argumenta que la Demandante no ha establecido un vínculo causal entre la Ley 42 y la pérdida de estos flujos de caja. Además, caracteriza a los daños presuntamente resultantes de los flujos de caja no percibidos como sumamente especulativos⁶⁶⁷.

459. Según la Demandada, vender su participación accionaria en Murphy Ecuador a Repsol YPF fue una decisión empresarial voluntaria de la Demandante, la cual a su vez redundó en la no percepción de los flujos de caja⁶⁶⁸. Entre otras alternativas disponibles para la Demandante se

⁶⁶⁵ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 747.

⁶⁶⁶ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 774 (que recuerda que esto es lo que ocurrió en muchos de los casos recientes de Argentina, donde el Tribunal calculó los daños a la compañía que operaba en el país sobre los flujos de caja u otro fundamento de valoración y luego computó los daños a la demandante/accionista en proporción a su participación de capital).

⁶⁶⁷ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 1031. Véase *asimismo* Transcripción de la Audiencia (19 de noviembre de 2014), 672:22-673:9.

⁶⁶⁸ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 1005.

encontraba la posibilidad de renegociar los acuerdos contractuales existentes con Ecuador, como lo hicieron con éxito los demás integrantes del Consorcio. Sin embargo, la Demandante le había prohibido a Murphy Ecuador participar en las renegociaciones⁶⁶⁹. La Demandada argumenta que no se debe indemnización alguna cuando la pérdida es causada por la intervención de la supuesta “víctima”⁶⁷⁰. La Demandante no puede reclamar por los flujos de fondos no percibidos de Murphy Ecuador en tanto se originaron después de que la Demandante vendiera Murphy Ecuador a Repsol YPF. En apoyo de su posición, la Demandada cita casos que sostienen que una parte no puede reclamar por los daños sufridos por una antigua subsidiaria después de la transferencia de esa subsidiaria a un tercero⁶⁷¹.

460. La Demandada sugiere que la Demandante no ha sufrido daño alguno por la venta de Murphy Ecuador a Repsol YPF porque la contraprestación recibida fue más alta que el valor “contrafáctico” de las acciones de Murphy Ecuador a la fecha de la venta⁶⁷². Afirma, específicamente, que el valor real de Murphy Ecuador en la fecha de la venta incluía los USD 78,9 millones pagados en efectivo por Repsol YPF más el valor de los pasivos fiscales de Murphy Ecuador asumidos por Repsol YPF. La Demandada sostiene que la suma de esos dos componentes da como resultado un valor real de Murphy Ecuador al mes de marzo de 2009 que es más alto que su valor contrafáctico en

⁶⁶⁹ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 1004-1006.

⁶⁷⁰ Dúplica sobre Méritos, párr. 674, *en referencia a* J. Crawford, et al., pág. 642, **RLA-424**.

⁶⁷¹ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 106, *en referencia a* *Daimler Financial Services AG c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/05/1, Laudo, 22 de agosto de 2012, párr. 154, **RLA-145** (“**Laudo de Daimler**”); Laudo de *EnCana*, párr. 126, **CLA-79**.

⁶⁷² Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 1008.

la misma fecha⁶⁷³. Argumenta que permitirle a la Demandante recuperar los flujos de fondos que habría recaudado Murphy Ecuador si no hubiese sido vendida, representaría una forma de doble contabilización y redundaría en un enriquecimiento injusto de la Demandante⁶⁷⁴.

461. Aún si la Demandante tuviera derecho a reclamar por los flujos de caja⁶⁷⁵, lo cual se niega, la Demandada rechaza la inclusión de información *ex-post* en el método de valoración de la Demandante, que sostiene infla el reclamo indemnizatorio de la Demandante⁶⁷⁶. Según la Demandada, si los flujos de fondos debieran determinarse *ex-post*, la valoración de Murphy Ecuador también debería dar cuenta de las ganancias *ex-post* generadas por la transacción con Ecuador⁶⁷⁷. De lo contrario, alega la Demandada, la Demandante estaría, en efecto, comparando valores “contrafácticos” *ex-post* con valores reales *ex-ante*, lo que es incorrecto⁶⁷⁸.
462. La Demandada identifica el mes de marzo de 2009 como la única fecha apropiada de valoración⁶⁷⁹. Hace referencia a autoridades

⁶⁷³ Réplica Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 63, *en referencia al* CCA, Cláusula 8.1.3, **CEX-127**; Primer Informe Pericial de Navigant, Apéndice **NAV-39**.

⁶⁷⁴ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 107.

⁶⁷⁵ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 109.

⁶⁷⁶ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 1001.

⁶⁷⁷ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 1002, 1017; Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 114.

⁶⁷⁸ Primer Informe Pericial de Fair Links, párrs. 99-101, 163-164.

⁶⁷⁹ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 1011.

legales⁶⁸⁰ y tribunales en materia de inversión⁶⁸¹ para justificar que los daños deberían valuarse a la fecha del presunto perjuicio. La Demandada sostiene que “ninguna información *ex-post* debe ser considerada”⁶⁸². De manera similar, el perito de la Demandada afirma que el estándar predominante en la teoría de la valoración es que un activo debería evaluarse sobre una base *ex-ante* “para reflejar la posición de valoración de un comprador dispuesto y un vendedor dispuesto, independientemente de información ulterior no anticipada a la fecha de valoración”⁶⁸³[Traducción del Tribunal]. La Demandada cita asimismo las Directrices del Banco Mundial sobre el Trato de la Inversión Extranjera Directa, que establecen que “la compensación se considerará “adecuada” si se basa en el valor justo de mercado de los activos expropiados según el valor está determinado inmediatamente antes del momento de que la sustracción ocurriera o la decisión de tomar el activo sea conocida públicamente”⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 1012, *en referencia a* Kantor, VALUATION FOR ARBITRATION: COMPENSATION STANDARDS, VALUATION METHODS AND EXPERT EVIDENCE (2008), pág. 60, **RLA-336** (“*Kantor*”).

⁶⁸¹ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 1012, *en referencia a* *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI N.º ARB/96/1, Laudo, 17 de febrero de 2000, párr. 83, **CLA-73** (“**Laudo de Santa Elena**”) (“[d]ado que el Tribunal es de la opinión de que la toma de la propiedad se produjo el 5 de mayo de 1978, es a partir de esa fecha que la propiedad debe ser valorada”); Laudo de *CMS*, párr. 441, **CLA-20/RLA-165** (“[e]l Tribunal ha llegado a la conclusión, en este sentido, que la fecha para usar para el cálculo de los valores... será el 17 de agosto de 2000, el día antes de que la acción de la corte argentina antes mencionada sea tomada”).

⁶⁸² Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 1011.

⁶⁸³ Segundo Informe Pericial de Fair Links, párrs. 114-115.

⁶⁸⁴ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 1012, *en referencia a* las Directrices sobre el trato de la inversión extranjera directa, Sección IV(3), **CLA-75**.

463. La Demandada rechaza las cifras de producción e inversiones utilizadas por la Demandante para calcular sus flujos de caja⁶⁸⁵. Señala que las cifras de producción de Repsol YPF para el período comprendido entre los años 2009-2012 incluyen inversiones adicionales efectuadas por el Consorcio, en vista de la prórroga de su contrato hasta el año 2018. La Demandada sostiene que sobre un escenario “contrafáctico” según el cual se establecía que el Contrato de Participación debía vencer en el año 2012, el Consorcio no habría realizado estas inversiones adicionales⁶⁸⁶. En relación a las cifras de las inversiones, la Demandada alega que la Demandante se niega a considerar el costo de las inversiones realizadas por el Consorcio para lograr las cifras reales de producción, superando estas últimas las expectativas para el mes de diciembre de 2008⁶⁸⁷. Afirma, en otras palabras, que la Demandante emplea cifras de producción más elevadas, pero se niega a considerar los costos de inversión que permitieron esas ganancias⁶⁸⁸.

464. La Demandada cuestiona asimismo el cálculo de los flujos de caja no percibidos realizado por la Demandante por los siguientes cuatro motivos⁶⁸⁹. Primero, afirma que la Demandante no ha proporcionado pruebas del monto real de los flujos de caja que Murphy habría percibido, luego de que esos montos hubieran estado disponibles en

⁶⁸⁵ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 115.

⁶⁸⁶ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 1019-1020, *en referencia al* Primer Informe Pericial de Fair Links, párr. 159; Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 115.

⁶⁸⁷ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 116.

⁶⁸⁸ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 116.

⁶⁸⁹ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 1015-1021; Dúplica sobre Méritos, párrs. 684685.

primer lugar para Murphy Ecuador y Canam y hubieran sido utilizados por ellas⁶⁹⁰. Segundo, señala al mes de marzo de 2009 como la fecha apropiada de valoración, y afirma que la práctica de valoración aceptada excluiría la utilización de información obtenida con posterioridad a la venta de la Demandante de Murphy Ecuador una vez que no corría con los riesgos industriales relacionados con Murphy Ecuador⁶⁹¹. Tercero, la Demandada afirma que la Demandante computa de manera errónea los flujos de fondos no percibidos de Murphy Ecuador en una base pre-impuestos, contradiciendo manifiestamente los principios de valoración generalmente aceptados⁶⁹². Y cuarto, la Demandante no da cuenta de las medidas lícitas en materia de ingresos que Ecuador puede haber adoptado en el escenario “contrafáctico”. En este sentido, la Demandada observa que el impacto de estas medidas debería deducirse de los montos de flujos de caja por los cuales se pretende la compensación en el supuesto de que la Ley 42 fuera considerada lícita con respecto a la alícuota del 50%⁶⁹³.

C. Análisis del Tribunal

465. El Tribunal concluye que la Demandante tiene derecho a una indemnización por daños por las pérdidas que sufriera como

⁶⁹⁰ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 110.

⁶⁹¹ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 111, *en referencia a la* Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 1010-1014; Primer Informe Pericial de Fair Links, párr. 97; Segundo Informe Pericial de Fair Links, párrs. 87-93, 112-118.

⁶⁹² Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 112, *en referencia al* Segundo Informe Pericial de Fair Links, párr. 104.

⁶⁹³ Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párrs. 113-114.

consecuencia de la sanción de la Ley 42 a la cuota alícuota del 99% que incluye las pérdidas que sufriera por la venta de Murphy Ecuador en el mes de marzo de 2009 y por no participar en el Contrato de Participación hasta la finalización de su plazo en el mes de enero de 2012.

Causalidad

466. El Tribunal considera que existe un nexo suficiente entre la violación del Tratado por parte de Ecuador—al incrementar su participación adicional del 50% al 99%—y la decisión de Murphy de vender a los fines de establecer la causalidad. . La realidad es que las negociaciones entre el Consorcio y Ecuador se estaban desarrollando en un clima crecientemente hostil en el que no era posible que Murphy negociara libremente un acuerdo en condiciones normales de mercado. Los términos propuestos por el Gobierno eran significativamente menos favorables para Murphy que los términos del Contrato de Participación. Ante la amenaza del proceso de “caducidad” (que habría obligado a Murphy a abandonar el país inmediatamente sin recuperar su inversión ni sus equipos), el inicio del procedimiento de “coactivas” por parte del Gobierno (por el cual el Gobierno confiscaría los activos de Murphy en los montos que afirmaba que se adeudaban en virtud de la Ley 42), Murphy se vio obligada o a aceptar los términos menos favorables propuestos por el Gobierno, o a vender su participación en el Consorcio. En este contexto, la venta de Murphy no puede ser considerada “voluntaria”. Existió un nexo indiscutible entre la conducta de Ecuador al promulgar e implementar la Ley 42 al 99% y la decisión de vender de Murphy. Fue una decisión obligada

por la violación del Tratado por parte de Ecuador, adoptada por
Murphy en aras de mitigar sus pérdidas:

Dado que Murphy ya no deseaba operar en un contexto tan hostil, y en un esfuerzo por minimizar nuestras pérdidas financieras, el 12 de marzo de 2009 vendimos nuestra participación del 20% en Ecuador a Repsol. Debido a que la venta a Repsol únicamente morigeraba los perjuicios financieros que Murphy padeció en Ecuador, Murphy y Repsol incluyeron una disposición en el contrato de venta por la que Murphy podía mantener sus reclamos en contra del Gobierno en este arbitraje con el objeto ser compensada por todas las pérdidas sufridas como consecuencia de la Ley 42⁶⁹⁴.

467. El Tribunal rechaza las afirmaciones de la Demandada de que Murphy “ocasionó” las pérdidas posteriores al mes de marzo de 2009 mediante su venta “voluntaria” a Repsol YPF. El Tribunal confirma que de no haber sido por la violación de Ecuador, Murphy no habría vendido su participación en el Consorcio⁶⁹⁵.

El método apropiado para la evaluación de la pérdida de Murphy

i. Análisis de los distintos métodos para la evaluación de su pérdida

⁶⁹⁴ Declaración Testimonial de Herrera, párr. 51.

⁶⁹⁵ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párrs. 744, 747; Declaración Testimonial de Herrera, párrs. 41-48, 52:

“Murphy vendió Murphy Ecuador a Repsol como consecuencia de la Ley 42. Si no hubiese sido por la sanción de esa ley, Murphy habría continuado operando en Ecuador. Murphy no estaba de acuerdo con los términos que demandaba Ecuador al renegociar el Contrato de Participación, especialmente bajo amenazas de caducidad y coactiva. Las objeciones de Murphy se encuentran bien ilustradas por las propuestas del Gobierno a Murphy en un intento de persuadir a Murphy de retirarse y de retirar sus objeciones de modo tal que se pudiera lograr el acuerdo del Gobierno con Repsol”.

468. El reclamo de Murphy por las pérdidas relacionadas con la venta de Murphy Ecuador ha sido articulado de distintas maneras en el curso del Arbitraje de Murphy ante el CIADI y en el presente caso.

469. En el Arbitraje de Murphy ante el CIADI, la Demandante solicitó una compensación por la disminución en el valor justo de mercado de Murphy Ecuador a partir del día 12 de marzo de 2009 debido a la Ley 42⁶⁹⁶. A fin de calcular ese monto, Murphy adoptó un análisis del flujo de caja descontado suponiendo que la Ley 42 no se hubiese sancionado, y dedujo de esa cifra el precio de compra percibido por Murphy Ecuador⁶⁹⁷. La proyección del flujo de caja de la Demandante se basó en el flujo libre de caja a la fórmula del capital, es decir, el efectivo disponible después de que la empresa paga todos los gastos y los impuestos, devolución de todos los préstamos y pago

de los intereses de los préstamos⁶⁹⁸. El análisis de los daños se centró en la producción *anticipada* que Murphy Ecuador habría percibido hasta el mes de enero de 2012, es decir, un criterio *ex-ante*. Al igual que en el presente caso, el perito en daños de Murphy en el Arbitraje de Murphy ante el CIADI fue Navigant. En lo que se refiere a la información *ex-ante* versus la información *ex-post*, en su primer informe presentado en el Arbitraje de Murphy ante el CIADI el día 30

⁶⁹⁶ Primer Informe Pericial de Navigant ante el CIADI, 30 de abril de 2009, párr. 65, **CEX-218/REX-112**.

⁶⁹⁷ Primer Informe Pericial de Navigant ante el CIADI, 30 de abril de 2009, párrs. 101, 135, **CEX-218/REX-112**.

⁶⁹⁸ Primer Informe Pericial de Navigant ante el CIADI, 30 de abril de 2009, párr. 102, **CEX-218/REX-112**.

de abril de 2009, es decir, poco tiempo después de la venta de Murphy Ecuador en el mes de marzo de 2009, Navigant afirmó que:

[e]n los casos en que la fecha de valuación de un determinado valor justo de mercado es una fecha histórica, el profesional que realiza la valuación normalmente no debería realizar análisis retrospectivos (como por ejemplo, utilizar información o hechos transcurridos entre la fecha de valuación y la fecha actual que pudieran influir en la valuación), al momento de llevarla a cabo. Más bien, el profesional debería fundamentar sus hipótesis o impresiones razonables a la fecha de la valuación. Esto se debe a que, lo que se quiere lograr al establecer un valor justo de mercado en una determinada fecha histórica es establecer un precio que resulte pagadero y aceptable para un comprador con intención de comprar la inversión y un vendedor con intención de venderla en ese momento. Por tal motivo, cualquier análisis retrospectivo que incorpore hechos o información que no hubieran podido razonablemente preverse a la fecha de valuación, deberían ignorarse⁶⁹⁹. (énfasis agregado)

470. En ese momento, Navigant calculó que el valor justo de mercado de Murphy Ecuador ascendía a la suma de USD 93.226.473, con base en la siguiente fórmula: *Ingresos netos + depreciación - gastos de capital- cambios de capital circulante neto - devolución de préstamos*⁷⁰⁰. Esta cifra, menos el precio de compra calculado en ese momento en USD 80 millones, redundó en daños reclamados por la suma de USD 13.226.473.

⁶⁹⁹ Primer Informe Pericial de Navigant ante el CIADI, 30 de abril de 2009, párr. 82, **CEX-218/REX-112**.

⁷⁰⁰ Primer Informe Pericial de Navigant ante el CIADI, 30 de abril de 2009, párrs. 101, 133, **CEX-218/REX-112**.

471. En el mismo informe, Navigant prosiguió y afirmó:

El criterio de daños y perjuicios que adoptamos en este informe se basa en proyecciones de los precios a futuro del petróleo crudo y de costos operativos al 1 de marzo de 2009. No obstante, dado que el proceso de arbitraje continúa, es posible observar los precios del petróleo crudo y los costos operativos reales durante el período proyectado. Entendemos que el Tribunal puede considerar más adecuado incorporar al análisis de daños y perjuicios los precios reales del petróleo crudo (en particular, si dichos precios superan los estimados en nuestra proyección) y los costos operativos a medida que se den a conocer. Por consiguiente, podemos actualizar nuestro cálculo de daños y perjuicios al preparar el segundo informe pericial e inmediatamente antes de la audiencia a efectos de incorporar esta información conocida⁷⁰¹. (énfasis agregado)

472. En el segundo informe pericial de Navigant, presentado el día 29 de enero de 2010, Navigant modificó su cálculo *ex-ante* del valor justo de mercado de Murphy Ecuador debido, *inter alia*, a un error en su fórmula original, que resultó en una reducción de aproximadamente USD 5 millones en el valor justo de mercado de Murphy Ecuador⁷⁰². Posteriormente ofreció un valor justo de mercado alternativo utilizando información *ex-post* en la forma de precios actualizados del petróleo crudo para el año 2009:

[H]emos presentado un cálculo alternativo de las pérdidas sufridas por Murphy basado en el precio real del petróleo crudo vigente entre marzo y diciembre de 2009 y en la actualización de los precios esperados del petróleo al 1° de enero de 2010. Debido al aumento en

⁷⁰¹ Primer Informe Pericial de Navigant ante el CIADI, 30 de abril de 2009, párr. 136, **CEX-218/REX-112**.

⁷⁰² Segundo Informe Pericial de Navigant ante el CIADI, 30 de abril de 2009, párr. 148, **CEX-221/REX-115**.

el precio del petróleo desde que presentamos nuestro primer informe, consideramos que es lógico que los daños se basen en el mencionado cálculo alternativo⁷⁰³.

473. Los precios más elevados del petróleo crudo incorporados en el análisis alternativo de daños de Navigant y los costos operativos proporcionalmente modificados aumentaron los daños correspondientes a la disminución en el valor justo de mercado de Murphy Ecuador. El valor justo de mercado de Murphy Ecuador menos el precio de compra, calculado en ese momento en la suma de USD 78,9 millones, redundó en daños reclamados por la suma de USD 51.476.735⁷⁰⁴.
474. En el caso que nos ocupa, en lugar de pretender el valor justo de mercado de Murphy Ecuador en un escenario sin la Ley 42 (menos el precio de compra), la Demandante pretende los flujos de caja perdidos que habría percibido de no haber sido por la Ley 42 (menos el precio de compra). El cálculo de la Demandante de los flujos de caja perdidos en este arbitraje se basa en la siguiente fórmula: *Resultado de Explotación + depreciación – inversiones en bienes de capital – participación laboral – cambios de capital circulante neto*⁷⁷³.
475. En lugar de basarse en información *ex-ante*, la Demandante sostiene que el Tribunal debería evaluar los daños con base en lo que el Consorcio produjo y vendió realmente desde el mes de marzo de 2009 hasta el mes de enero de 2012, menos el producido de la venta de Murphy Ecuador.

⁷⁰³ Segundo Informe Pericial de Navigant ante el CIADI, 30 de abril de 2009, párrs. 150-154, **CEX-221/REX-115**.

⁷⁰⁴ Segundo Informe Pericial de Navigant ante el CIADI, 30 de abril de 2009, párr. 154, **CEX-221/REX-115**. ⁷⁷³ Primer Informe Pericial de Navigant, párr. 75.

En este momento la Demandante reclama daños por la suma de USD 354,99 millones en concepto de flujos de caja perdidos (sin incluir intereses), que sostiene habría cobrado a través de Murphy Ecuador antes del vencimiento del Contrato de Participación en el mes de enero de 2012, si la Ley 42 no hubiera ocasionado que la Demandante vendiera Murphy Ecuador a Repsol YPF en el mes de marzo de 2009⁷⁰⁵. La Demandante calcula este monto basándose en información *ex-post* y en un escenario contrafáctico que supone la ausencia de la Ley 42, en el que la Demandante no habría vendido Murphy Ecuador y habría continuado percibiendo flujos de caja a través de Murphy Ecuador hasta el día 31 de enero de 2012⁷⁰⁶.

476. En sus cálculos, La Demandante no descuenta los flujos de caja a una fecha en el pasado, sino que toma los flujos de caja tal como se percibieron anualmente a su valor nominal⁷⁰⁷. La Demandante posteriormente aplica intereses a cada flujo de caja desde el año en que habría sido percibido en el escenario contrafáctico hasta la fecha del laudo⁷⁰⁸. Por último, la Demandante deduce el valor real de la

⁷⁰⁵ Véase, párr. 452 *supra*.

⁷⁰⁶ Segundo Informe Pericial de Navigant, párrs. 97-102 y Figura 6; Primer Informe Pericial de Navigant, párrs. 72-99.

⁷⁰⁷ Segundo Informe Pericial de Navigant, párrs. 97-102 y Figura 6; Primer Informe Pericial de Navigant, párrs. 72-99.

⁷⁰⁸ Segundo Informe Pericial de Navigant, párrs. 97-102 y Figura 6; Primer Informe Pericial de Navigant, párrs. 72-99.

venta recibido de Repsol YPF por Murphy Ecuador y los intereses sobre este hasta la fecha del laudo⁷⁰⁹.

477. Según la Demandante, el criterio de flujos de caja descontados que utilizó en el Arbitraje de Murphy ante el CIADI y el criterio de flujos de caja no percibidos que utiliza ahora son metodologías diferentes para el cálculo las mismas pérdidas:

La única diferencia entre el criterio [de los flujos de caja descontados] y el de los flujos de caja no percibidos radica en la información que se emplea para efectuar los cálculos En suma, se utilizó tanto el criterio [de los flujos de caja descontados] como el de flujos de caja no percibidos para calcular el mismo conjunto de pérdidas, es decir, la pérdida de los beneficios económicos del Contrato de Participación que sufrió Murphy International desde marzo de 2009 hasta enero de 2012 a raíz de la venta forzada y prematura, si bien utilizando distintos métodos y datos disponibles, y en diferentes momentos⁷¹⁰.

478. En su segundo informe presentado en este caso, Navigant hizo referencia a esta categoría de daños como “la disminución del valor (o flujos de caja perdidos) desde el mes de marzo de 2009 al mes de enero de 2012”⁷¹¹.

ii. Análisis del método de la Demandada para evaluar las pérdidas de Murphy

⁷⁰⁹ Segundo Informe Pericial de Navigant, párrs. 97-102 y Figura 6; Primer Informe Pericial de Navigant, párrs. 72-99.

⁷¹⁰ Primer Escrito de la Demandante Posterior a la Audiencia, párrs. 49-50.

⁷¹¹ Segundo Informe Pericial de Navigant, párr. 73.

479. La Demandada basa su cálculo indemnizatorio en una evaluación del valor justo de mercado de Murphy Ecuador el día 12 de marzo de 2009, en el momento en que fuera vendida por la Demandante a Repsol YPF⁷¹². En aras de determinar el valor hipotético de Murphy Ecuador en ausencia de la Ley 42, la Demandada desarrolla asimismo una evaluación contrafáctica⁷¹³. Esta evaluación se basa en un análisis FCD utilizando como fecha de valuación el día 12 de marzo de 2009⁷¹⁴. Para proyectar el flujo de caja que recibiría Murphy Ecuador en el período contractual restante del Contrato de Participación, es decir, entre el día 12 de marzo de 2009 y el día 31 de enero de 2012, la Demandada se basa en información disponible, o al menos comprobable, para un comprador dispuesto en el momento de la fecha de valuación⁷¹⁵. El cálculo de la Demandada no tiene en cuenta hechos ulteriores posteriores a la fecha de valuación, incluido algún aumento en los precios del petróleo y los niveles de producción⁷¹⁶. Los futuros flujos de caja libres así determinados son retrotraídos a la fecha de validación mediante el empleo de una tasa de descuento de 12%⁷¹⁷. Por último, se sustrae el precio real de venta recibido por la Demandante para Murphy Ecuador del valor justo de mercado de Murphy Ecuador calculado en el escenario contrafáctico⁷¹⁸. Al aplicar una hipótesis de base con respecto a los supuestos subyacentes en cuanto a la actividad comercial futura de Murphy Ecuador después del

⁷¹² Primer Informe Pericial de Fair Links, párrs. 84-88.

⁷¹³ Primer Informe Pericial de Fair Links, párrs. 129-130.

⁷¹⁴ Primer Informe Pericial de Fair Links, párr. 130.

⁷¹⁵ Primer Informe Pericial de Fair Links, párrs. 131-134, 136-146.

⁷¹⁶ Primer Informe Pericial de Fair Links, párr. 135.

⁷¹⁷ Primer Informe Pericial de Fair Links, párrs. 106-110, 150.

⁷¹⁸ Primer Informe Pericial de Fair Links, párrs. 153-155.

mes de marzo de 2009, la Demandada alcanza una diferencia entre el valor justo de mercado de Murphy Ecuador al mes de marzo de 2009 y el precio de venta logrado por la Demandante en la suma de USD 8,9 millones⁷¹⁹.

La determinación del Tribunal en cuanto a la metodología de valuación apropiada

480. El análisis retrospectivo de flujos de caja perdidos de la Demandante incluye información posterior a la venta y no descuenta los flujos de caja a la fecha de venta, es decir, el mes de marzo de 2009. Al contrario, la Demandada emplea una metodología que procura establecer el valor justo de mercado de Murphy Ecuador en el momento de su venta a Repsol YPF, basándose exclusivamente en información *ex-ante* disponible y aplicando una tasa de descuento a todos los flujos de caja futuros que se predicen a partir del mes de marzo de 2009.
481. La elección de la metodología de valoración tiene una repercusión significativa en el cálculo definitivo de los daños. El criterio del derecho internacional aplicable de reparación integral, tal como se refleja en la sentencia de la *Fábrica de Chorzów* y el Artículo 31 de los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, no determina la metodología de valoración⁷²⁰. Tampoco lo hace el Tratado. Los tribunales gozan de un amplio margen de apreciación para determinar de qué manera una suma de dinero puede “en la

⁷¹⁹ Segundo Informe Pericial de Fair Links, párrs. 124-126; este incorpora una modificación en el cálculo en el Primer Informe Pericial de Fair Links (en párrs. 153-155), que computó una diferencia entre el valor justo de mercado y el precio real de venta en la suma de USD 6,7 millones.

⁷²⁰ Laudo de *BP Group*, párrs. 422-429, **CLA-25**.

medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, con toda probabilidad habría existido si no se hubiera cometido ese acto”⁷²¹.

482. De conformidad con el derecho internacional consuetudinario, si un inversor pierde la titularidad o el control de su inversión primaria debido a la violación por parte de un Estado receptor de sus obligaciones en materia de derecho internacional, el estándar generalmente aceptado para el cálculo de la indemnización por daños es estimar el valor justo de mercado de la inversión perdida en el momento en que se perdió, sin tener en cuenta hechos posteriores⁷²². Aunque el Tribunal ha concluido que Ecuador violó la disposición de TJE del Tratado, la consecuencia para la Demandante fue la pérdida de titularidad de su inversión. De esta forma, el resultado fue similar a una expropiación ilícita, para la cual el valor justo de mercado del bien representa “el límite inferior del laudo”⁷²³. Los tribunales arbitrales inversor-estado han procurado con frecuencia establecer el valor justo de mercado en el momento de la pérdida de la inversión primaria del inversor como base para el cálculo de la indemnización por daños⁷²⁴. Constituye asimismo el criterio predominante en la contabilidad financiera el considerar la valoración *ex-ante* de un bien

⁷²¹ *Marboe*, pág. 1068.

⁷²² *Kantor*, págs. 60-70, **RLA-336**; Laudo de *Santa Elena*, párr. 83, **CLA-73**; Laudo de *Azurix*, párrs. 424-433, **CLA-10**; Laudo de *Rumeli*, párr. 793, **CLA-23**; Laudo de *BP Group*, párrs. 422-429, **CLA-25**.

⁷²³ Irmgard Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law* en 7.08, **CLA208**.

⁷²⁴ Laudo de *BP Group*, párrs. 422-429, **CLA-25**; Laudo de *CMS*, párrs. 410, 441, **CLA-20/RLA-165**; Laudo de *Azurix*, párr. 424, **CLA-10**.

a una determinada fecha de valoración sin tener en cuenta los acontecimientos subsiguientes:

[...] la valoración profesional generalmente debería considerar ‘las circunstancias existentes a la fecha de valoración y los hechos que acontecen hasta esa fecha’. Los hechos posteriores, es decir, las condiciones que no se conocían o no era posibles de conocerse en la fecha de valoración, normalmente no se incorporarían a la valoración [...] ‘en tanto una valoración se realiza a partir de un momento determinado – la fecha de valoración – y los hechos... que ocurran con posterioridad a esa fecha, no son relevantes al valor determinado a esa fecha’⁷²⁵. [Traducción del Tribunal]

483. Algunos tribunales han sostenido que un inversor tiene derecho a una valoración a la fecha del laudo, teniendo en cuenta información *ex-post*⁷²⁶. La Demandante sostiene que deberían computarse los daños a la fecha del laudo utilizando información *ex-post*⁷²⁷. La elección de la fecha de valoración se encuentra inherentemente vinculada al método

⁷²⁵ Kantor, pág. 62, **RLA-336**; Véanse, asimismo, Instituto Americano de Contadores Públicos Certificados, Valuation of a Business, Business Ownership Interest, Security, or Intangible Asset, Vol. 1, Statements on Standards for valuation Services, Sección 43, **FL-54**; Federación de Expertos Contables Europeos, Business Valuation: A Guide for Small and Medium Sized Enterprises, Sección 4.3, pág. 11, **FL-47**; Fisher, Franklin, y Craig Romaine, Janis Joplin’s Year Book and The Theory of Damages, JOURNAL OF ACCOUNTING, AUDITING AND FINANCE (1990), págs. 153, 156, **FL-71**; Kantor, pág. 62, **RLA-336**.

⁷²⁶ Yukos Universal Ltd (Isla de Man) c. La Federación Rusa, Caso CPA N.º AA227, Laudo Definitivo de fecha 18 de julio de 2014, párr. 1769, (“**Laudo de Yukos**”); ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. Hungría, Caso CIADI N.º ARB/03/16 Laudo, 2 de octubre de 2006, párrs. 469-499; Laudo de Siemens, párr. 352, **CLA-12**; Laudo de Kardassopoulos, párr. 1514, **RLA-355**; Laudo Parcial de Amoco, párr. 189, **CLA103**; Laudo de CMS, párrs. 442-463, **CLA-20/RLA-165**; Laudo de Enron, párr. 404, **CLA-14**.

⁷²⁷ Segundo Informe Pericial de Navigant, Figura 6, pág. 40. El Tribunal observa que la Demandante no establece cuál habría sido el valor de la transacción de Murphy Ecuador en el mes de marzo de 2009 sobre la base de información *ex post* (véase Segundo Informe Pericial de Fair Links, párrs. 129-133).

de valoración que ha de emplearse, es decir, una valoración basada en información *ex-ante* o *ex-post*.

484. Este Tribunal determina que un criterio *ex-post* no es apropiado en este caso porque los datos *expost* generados después de la venta de Murphy Ecuador no reflejan cuál habría sido la situación en un escenario contrafáctico. El Tribunal rechaza la afirmación de la Demandante de que la información *ex-post* es “mucho más relevante y confiable que la información que se encontraba disponible en 2009”⁷²⁸. Aunque el escenario contrafáctico hipotético nunca puede establecerse con total certeza, con base en lo que se conocía en el momento del incumplimiento, y en ausencia de toda prueba en contrario, es probable que Murphy hubiera permanecido en Ecuador operando en virtud de los términos del Contrato de Participación con sujeción a la Ley 42 al 50% hasta el mes de enero de 2012. Murphy había efectuado todos los pagos adeudados en virtud de la Ley 42 al 50%, aunque bajo protesta, y no había demostrado intención alguna de abandonar el Consorcio con anterioridad a la implementación de la Ley 42 al 99%. Cinco meses después de la introducción de la Ley 42 al 99%, Murphy dejó de realizar los pagos. Esto condujo a la implementación de medidas por parte de Ecuador (el comienzo de los procesos de “caducidad” y “coactivas”), el fracaso de las negociaciones, y finalmente, la decisión de Murphy de recortar las pérdidas y dejar el país.

485. El escenario que siguió a la venta de Murphy Ecuador no se puede comparar de manera significativa con el escenario contrafáctico que habría existido si nunca se hubiese sancionado la Ley 42 al 99%. En

⁷²⁸ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 764.

primer lugar, Repsol suscribió un Contrato Modificadorio con el Estado que especificaba términos provisorios durante un año mientras las partes negociaban un acuerdo a un plazo más extenso. En el mes de noviembre de 2010, se suscribió el Contrato Modificadorio Definitivo—un contrato de prestación de servicios—con un plazo hasta el año 2018. A la luz del plazo prorrogado, Repsol efectuó inversiones adicionales⁷²⁹ que redundaron en niveles aumentados de producción⁷³⁰. Los resultados de la producción no habrían sido los mismos en virtud del Contrato de Participación que debía vencer dentro de tres años. En virtud del nuevo marco contractual, el Consorcio tenía incentivos para aumentar la inversión; en virtud del antiguo marco contractual, el incentivo habría sido poner fin a la inversión. A la luz de estas diferencias fundamentales, el Tribunal no considera apropiado aplicar la información *ex-post* tal como lo sostiene la Demandante a las pérdidas reclamadas por esta última. Otorgar un beneficio económico que no era conocido o comparable en el momento de la venta no colocaría a la Demandante en la posición en la que se habría encontrado de no haber sido por el hecho ilícito. Una decisión tal reemplazaría lo que fuera un futuro incierto con un resultado particular demasiado alejado del futuro contrafáctico hipotético.

486. El Tribunal considera que es apropiado emplear la metodología del valor justo de mercado con una fecha de valoración al 12 de marzo de 2009, la fecha de la venta de Murphy Ecuador a Repsol YPF. El

⁷²⁹ Repsol se comprometió a invertir una suma estimada de USD 173,5 millones en nuevos desarrollos hasta el año 2018, con relación a nuevas inversiones solamente. Primer Informe Pericial de Fair Links, párrs. 159, 162; **FL-39** *Repsol Reaches a Preliminary Agreement with the Ecuadorian Government on the Terms of Its Presence in the Country (Comunicado de prensa)* www.repsol.com. Marzo de 2009.

⁷³⁰ Dúplica sobre Méritos, párrs. 686-692.

criterio del valor justo de mercado avalúa un bien considerando su capacidad de generar beneficios económicos futuros. Evaluar los beneficios económicos futuros le permite a uno determinar los “flujos libres de caja” generados por el bien. Es además el único método de valoración que permite incorporar circunstancias comerciales específicas a la evaluación de los flujos libres de caja. El valor justo de mercado de Murphy Ecuador al 12 de marzo de 2009 estaba sujeto al grado de optimismo o pesimismo respecto de su futuro (limitado) en Ecuador a esa fecha.

El Tribunal observa que existe un alto grado de superposición entre los elementos económicos y financieros utilizados por la Demandante para calcular la pérdida de flujos de caja y por la Demandada para calcular el valor justo de mercado.

487. Sin embargo, el Tribunal es consciente del hecho de que el valor justo de mercado de una inversión puede no siempre reflejar el daño causado efectivamente por el acto del gobierno y, por ende, no constituiría una reparación integral⁷³¹. Así, a pesar de la cuestión planteada *supra* en lo que se refiere a la pertinencia de la información *ex post* en este caso, el Tribunal ha considerado información que se conoció con posterioridad a la fecha de valoración⁷³². Específicamente, el Tribunal ha analizado si los supuestos acerca del desarrollo de los precios del petróleo y los niveles de producción, en los que se basa la valoración *ex ante* del valor justo de mercado de Murphy Ecuador deberían ajustarse a la luz de la información real *ex post*. Este criterio es consistente con el requisito general para el otorgamiento de una indemnización por daños por violaciones de

⁷³¹ *Marboe*, pág. 1067, párr. 25, págs. 1084-1085, párrs. 5-6.

⁷³² Kantor, págs. 63-69, **RLA-336**.

obligaciones internacionales de que cualquier daño pasible de compensación no debe ser demasiado especulativo, remoto, ni incierto⁷³³. La conclusión del Tribunal es que no es necesario ni se justifica ajustar el cálculo de daños *ex-ante* al día 12 de marzo de 2009, tal como se explicará abajo.

i. Información ex-post sobre los precios del petróleo

488. Con el propósito de determinar los precios del petróleo en el período comprendido entre los meses de marzo de 2009 y enero de 2012 como factor en la valoración de Murphy Ecuador, el perito de la Demandada se basó en cotizaciones prospectivas de la referencia del petróleo crudo de WTI (West Texas Intermediate; *WTI*, por sus siglas en inglés) para el mercado de *commodities* al mes de marzo de 2009, al que le aplicó descuentos históricos de la referencia ecuatoriana del petróleo crudo de Napo con respecto a los precios del crudo de WTI⁷³⁴. La Demandante no critica este método como medio para pronosticar los precios del petróleo a futuro. Sin embargo, el perito de la Demandante afirma que las proyecciones del precio del petróleo al mes de marzo de 2009 son inherentemente inciertas, y que se puede eliminar esta incertidumbre basándose en información confiable *ex-post* sobre los precios del petróleo entre los meses de marzo de 2009 y enero de 2012⁷³⁵.

489. El Tribunal considera que, aunque un cierto nivel de incertidumbre sea inherente a cualquier predicción de desarrollos económicos futuros, el mercado público de futuros de productos primarios muestra las

⁷³³ Laudo de *BP Group*, párrs. 428-429, **CLA-25**.

⁷³⁴ Primer Informe Pericial de Fair Links, párrs. 140-142.

⁷³⁵ Segundo Informe Pericial de Navigant, párrs. 114-116.

expectativas del mercado relevante en forma precisa y pueden confirmarse sin dificultad. Proporcionan una indicación objetiva de los precios previstos del petróleo en los que se habrían basado un vendedor dispuesto y un comprador dispuesto para Murphy Ecuador en el mes de marzo de 2009. El hecho de que los precios reales del petróleo se desviaran de esas predicciones en el período comprendido entre los meses de marzo de 2009 y enero de 2012 no torna en especulativas ni poco confiables a los fines valuatorios a las predicciones predominantes para el mercado del precio del petróleo al mes de marzo de 2009. Estas desviaciones son típicas también para otros activos (por ejemplo, las acciones de las sociedades que cotizan en bolsa) que son normalmente valuados a la fecha de valoración sin tener en cuenta acontecimientos ulteriores⁷³⁶.

ii. Información ex-post sobre los niveles de producción de petróleo

490. Con respecto a los niveles de producción de petróleo, el perito de la Demandante afirma que los niveles más altos de producción de petróleo entre los meses de marzo de 2009 y enero de 2012 alcanzados por el Consorcio deberían tenerse en cuenta para la cuantificación de los daños de la Demandante⁷³⁷. La Demandante explica que los precios más elevados del petróleo en el período comprendido entre los meses de marzo de 2009 y enero de 2012 habrían redundado en un incremento en los niveles de producción de petróleo, razón por la cual los niveles históricos de producción anteriores al mes de marzo de

⁷³⁶ Véase Mark Kantor, Valuation for Arbitration (2008), págs. 60-61, **RLA-336**.

⁷³⁷ Primer Informe Pericial de Navigant, párrs. 77-82.

2009 no proporcionan una base confiable para la valoración de Murphy Ecuador⁷³⁸.

491. En cambio, la Demandada sostiene que los niveles efectivos de producción de petróleo del Consorcio en el período comprendido entre los meses de marzo de 2009 y enero de 2012 no constituyen un referente de comparación adecuado para la producción de petróleo de la Demandante en un escenario contrafáctico ya que (i) se han alcanzado en virtud del nuevo marco contractual adoptado en el año 2009 y al extender las operaciones del Consorcio hasta fines del año 2018; y, (ii) se basan en inversiones significativas efectuadas por el Consorcio a partir del año

2009⁷³⁹. Para la valoración *ex-ante* de Murphy Ecuador al mes de marzo de 2009, el perito de la

Demandada utilizó perfiles de producción a futuro definidos por Repsol YPF en el año 2007, antes de que se contemplara cualquier prórroga contractual hasta el año 2018. Estos perfiles de producción no supusieron nuevos desarrollos de perforación⁷⁴⁰. La Demandante no ha criticado este enfoque como inadecuado para una valoración *ex-ante* de Murphy Ecuador.

492. El Tribunal considera que las proyecciones de los niveles de producción presentadas por el perito de la Demandada son razonables y apropiadas. En tanto se basan en la situación de Murphy Ecuador en virtud del Contrato de Participación sin tener en cuenta inversiones

⁷³⁸ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 771.

⁷³⁹ Dúplica sobre Méritos, párrs. 686-692.

⁷⁴⁰ Primer Informe Pericial de Fair Links, párr. 137.

ulteriores en capacidad productiva, los niveles pronosticados de producción de petróleo sirven como supuestos más apropiados en los cuales basar la valoración de Murphy Ecuador al mes de marzo de 2009 que las cifras históricas de producción del Consorcio para el período comprendido entre los meses de marzo de 2009 y enero de 2012. Es sumamente especulativo si estos niveles de producción también habrían sido alcanzados por Murphy Ecuador a la luz de los precios más elevados del petróleo o si en cambio están relacionados con los nuevos acuerdos contractuales del Consorcio, incluidos los plazos contractuales prorrogados y las inversiones posteriores en capacidad productiva. Por lo tanto, el Tribunal considera inapropiado basarse en los niveles históricos de producción del Consorcio a los fines de la valoración de Murphy Ecuador al mes de marzo de 2009.

Cálculo de la indemnización por daños del Tribunal

493. Como se estableciera, el Tribunal considera apropiado calcular la indemnización por daños por el perjuicio que sufriera la Demandante mediante la sanción de la Ley 42 a la alícuota del 99% en relación con la venta de Murphy Ecuador a Repsol YPF el día 12 de marzo de 2009 y el lucro cesante a partir de entonces mediante la comparación del valor justo de mercado de Murphy Ecuador al día 12 de marzo de 2009 con el precio real de venta de la compañía recibido de parte de Repsol YPF.
494. El Tribunal considera razonable y convincente el cálculo del experto de la Demandada del valor contrafáctico de Murphy Ecuador en ausencia de la Ley 42 al 99% ⁷⁴¹. Se encuentra influenciado

⁷⁴¹ Primer Informe Pericial de Fair Links, párrs. 136-152; Segundo Informe Pericial de Fair Links, párrs. 121-126.

apropiadamente por supuestos sobre la aplicación de una tasa de descuento del 12% y los siguientes cuatro generadores de valor importantes (que son consistentes con los elementos utilizados por la Demandante para el cálculo del flujo de caja perdido):

- i. la producción esperada de petróleo crudo
- ii. los precios esperados del mercado del petróleo; iii. los gastos de capital (“**Capex**”) y los gastos operativos (“**Opex**”) esperados; y iv. impuestos, gravámenes y otras obligaciones⁷⁴².

495. Cada uno de estos supuestos se analizará abajo.

i. Producción esperada de petróleo crudo

496. El Tribunal confirma que utilizar los perfiles de producción prospectivos definidos por Repsol YPF en el año 2007—aún en virtud del marco del Contrato de Participación y antes de que entraran en juego los efectos de un nuevo marco contractual que incluía plazos prorrogados hasta el año 2018—proporciona una base adecuada para predecir los futuros niveles de producción de petróleo⁷⁴³. Los perfiles de producción se consideraron hasta el mes de enero de 2012. Además, esta predicción no se encuentra influenciada por las inversiones ulteriores en capacidad productiva efectuadas por el Consorcio a partir

⁷⁴² Primer Informe Pericial de Fair Links, párr. 136.

⁷⁴³ Primer Informe Pericial de Fair Links, párr. 137; Segundo Informe Pericial de Fair Links, párr. 124.

del año 2009⁷⁴⁴. El Tribunal concluye que las cifras de producción utilizadas en la hipótesis de base de la Demandada son realistas⁷⁴⁵.

ii. Precios esperados del mercado del petróleo

497. El Tribunal considera apropiadas las predicciones de los precios futuros del petróleo del perito de la Demandada con base en las expectativas objetivas existentes en el mercado de productos primarios en el mes de marzo de 2009..

iii. Capex y Opex esperados

498. El Tribunal acepta asimismo las cifras de las proyecciones de Capex y Opex del perito de la Demandada desde el mes de marzo de 2009 hasta el mes de enero de 2012⁷⁴⁶. Es apropiado que esas cifras tengan en cuenta sólo el nivel de capacidad productiva existente y los costos de mantenimiento correspondientes.

iv. Impuestos, gravámenes y otras obligaciones

499. El Tribunal acepta que el Consorcio se encuentra sujeto a una variedad de impuestos y gravámenes incluidos especialmente la participación laboral y el impuesto a la renta⁷⁴⁷. El Tribunal acepta las cifras adicionales utilizadas por Fair Links para calcular las muchas otras

⁷⁴⁴ Primer Informe Pericial de Fair Links, párrs. 137, 159; Segundo Informe Pericial de Fair Links, párr. 124.

⁷⁴⁵ Primer Informe Pericial de Fair Links, párr. 137; Segundo Informe Pericial de Fair Links, párr. 124.

⁷⁴⁶ Primer Informe Pericial de Fair Links, párr. 143.

⁷⁴⁷ Véanse párrs. 443-448 *supra* para el análisis de Tribunal en este sentido, que también es aplicable aquí.

obligaciones de Murphy Ecuador bajo este rubro (es decir, Ley 20, Ley 40, Corpei, tarifas de transporte, IVA, y reintegro del IVA).

500. El Tribunal determina que la obligación por el retiro de activos al vencimiento del plazo del proyecto de conformidad con el Contrato de Participación se encuentra estimada en forma razonable en un valor de USD 3 millones al mes de marzo de 2009 en el cálculo del perito de la Demandada⁷⁴⁸.

v. Cálculo del FCD del Valor Justo de Mercado Contrafáctico

501. Con base en supuestos económicos y financieros, la Demandada calculó los flujos libres de caja de Murphy Ecuador entre los meses de marzo de 2009 y enero de 2012. A esos valores, la Demandada le aplicó una tasa de descuento de 12% (que refleja el valor temporal del dinero y el riesgo industrial) para llevar sus valores al mes de marzo de 2009. La Demandante no critica esta tasa de descuento (la propia metodología de la Demandante no requiere la aplicación de una tasa de descuento). Posteriormente, la Demandada deriva el Valor Presente Neto de los flujos libres de caja acumulados para determinar el valor contrafáctico (hipótesis base) de Murphy Ecuador en la suma de USD 87,8 millones⁷⁴⁹. Por los motivos esgrimidos *supra*, el Tribunal acepta los cálculos de la Demandada.

⁷⁴⁸ Primer Informe Pericial de Fair Links, párr. 145.

⁷⁴⁹ Además de una hipótesis base, la Demandada calculó una hipótesis máxima (un escenario de producción donde la producción acumulada es un 10% superior a la pronosticada por Repsol en el año 2007) y una hipótesis mínima (un escenario de producción donde la producción acumulada es un 10% inferior a la pronosticada por Repsol en el año 2007) (véase Primer Informe Pericial de Fair Links, párr. 138).

502. Por lo tanto, el Tribunal considera que el valor justo de mercado de Murphy Ecuador al día 12 de marzo de 2009 en la ausencia de la Ley 42 ascendía a la suma de USD 87,8 millones⁷⁵⁰.
503. Sin embargo, ese monto se alcanza mediante cálculos basados en un escenario contrafáctico en virtud del cual no se implementó en absoluto la Ley 42. El Tribunal ha considerado que la Ley 42 al 50% era lícita, en tanto la Ley 42 al 99% era ilícita. En consecuencia, el Tribunal determina que debería indemnizarse a la Demandante por el valor justo de mercado de Murphy Ecuador suponiendo que el hecho ilícito—es decir, la Ley 42 al 99%—no ocurrió, lo que significa que la Ley 42 al 50% habría estado aún vigente a la fecha de valoración de marzo de 2009. Para que se restituya a la Demandante al escenario contrafáctico, debería ajustarse la cifra del valor justo de mercado de USD 87,8 millones para dar cuenta del hecho de que, si nunca se hubiera introducido la Ley 42 al 99%, Murphy Ecuador habría continuado pagando su participación en virtud de la Ley 42 al 50%.
504. El Tribunal no puede calcular esa suma sobre la base de la información presentada por las Partes. El Tribunal ordena a las Partes que intenten acordar dentro del período de tres meses a contar a partir de la fecha de este Laudo el ajuste que debería efectuarse al valor justo de mercado de Murphy Ecuador de USD 87,8 millones para dar cuenta

⁷⁵⁰ Segundo Informe Pericial de Fair Links, párrs. 124, 126. El Tribunal observa que esta suma es muy cercana al valor justo de mercado estimado por la Demandante en el mes de abril de 2009 en el Arbitraje de Murphy ante el CIADI, es decir, USD 93.226.473.

de una obligación existente por parte de la Demandante de realizar pagos en virtud de la Ley 42 al 50% (“**Suma ajustada**”). El Tribunal considera que la Demandante tiene derecho a cualquier diferencia entre la Suma Ajustada y el precio de compra de USD 78,9 millones por Murphy Ecuador (“**Derecho**”). El Tribunal ordena además a las Partes que intenten acordar los cálculos de intereses anteriores y posteriores al laudo que surjan de las decisiones del Tribunal en esta sección y en la sección siguiente. En el supuesto de que las Partes no logren un acuerdo sobre cualquier suma dentro de ese período de tiempo, el Tribunal invitará a cada Parte a efectuar, en forma simultánea y dentro del mes siguiente, una presentación que establezca el cálculo de esa Parte de la Suma Ajustada y los intereses anteriores y posteriores al laudo. Posteriormente el Tribunal fijará la suma.

4. Intereses

A. Posición de la Demandante

505. La Demandante solicita que el Tribunal otorgue intereses compuestos sobre los montos históricos reclamados a la tasa que refleja el costo de la deuda soberana de Ecuador en dólares estadounidenses hasta la fecha del laudo⁷⁵¹. A los efectos del cómputo de los intereses, la Demandante solicita que el Tribunal tome el mes de agosto de 2015 como fecha supuesta del laudo⁷⁵². La Demandante solicita asimismo que el Tribunal otorgue intereses posteriores al laudo calculados a la

⁷⁵¹ Escrito de Demanda, párr. 450, *en referencia al* Primer Informe de Navigant, párrs. 7-11. Véase *asimismo* Transcripción de la Audiencia (17 de noviembre de 2014), 198:21-199:6; Transcripción de la Audiencia (19 de noviembre de 2014), 584:6-592:8; Alegato de Cierre de la Demandante, Diapositiva 249 .

⁷⁵² Transcripción de la Audiencia (20 de noviembre de 2014), 780:23.

misma tasa de interés que los intereses anteriores al laudo, es decir, la tasa equivalente al costo de la deuda externa tomada por Ecuador en dólares estadounidenses⁷⁵³, capitalizados con frecuencia semestral hasta la fecha de pago⁷⁵⁴.

506. Observando que la amplia mayoría de los tribunales constituidos al amparo del TBI han condenado a intereses compuestos, la Demandante afirma que “[l]a aplicación de intereses compuestos debería ser la práctica cuando la realidad económica exija su adjudicación para colocar al demandante en la posición en que se habría encontrado si nunca hubiera sido perjudicado”⁷⁵⁵. Dado que “los intereses compuestos son la práctica” en todas las operaciones financieras y comerciales, la Demandante alega que conceder el cobro de intereses simples genera la situación injustificable en la cual “la parte que recibe los intereses simples básicamente le otorga a la parte que los paga préstamos sin interés”⁷⁵⁶.

507. La Demandante rechaza la utilización de la tasa LIBOR de los Estados Unidos de 0,38%. Disiente con la proposición de que un laudo arbitral constituye una propuesta “libre de riesgo”⁷⁵⁷. Explica que, en cualquier caso, la tasa LIBOR no es una tasa libre de riesgo, sino una

⁷⁵³ Escrito de Demanda, párr. 452, *en referencia al* Primer Informe Pericial de Navigant, párr. 101.

⁷⁵⁴ Escrito de Demanda, párr. 460.

⁷⁵⁵ Escrito de Demanda, párr. 460, *que cita al* Laudo de *Vivendi II*, párr. 9.2.6, **CLA-13/37**.

⁷⁵⁶ Escrito de Demanda, párr. 460, *en referencia a* Jeffrey Colón y Michael Knoll, *Prejudgment Interest In International Arbitration*, Tomo 4, Edición 6, TRANSNATIONAL DISPUTE MANAGEMENT 10 (noviembre de 2007), **CLA-106**.

⁷⁵⁷ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 779, *en referencia al* Segundo Informe Pericial de Navigant, párr. 131.

tasa cobrada entre los bancos⁷⁵⁸. La Demandante observa asimismo que la tasa LIBOR por lo general no se encuentra disponible para los inversores, salvo que el inversor sea un banco⁷⁵⁹.

B. Posición de la Demandada

508. Según la Demandada, los intereses reclamados por Murphy son indefendibles dado que la Demandante no asumió riesgo industrial alguno relacionado con Murphy Ecuador con posterioridad al mes de marzo de 2009⁷⁶⁰. Por lo tanto, afirma, la tasa de los intereses anteriores al mes de marzo de 2009 debería considerar tanto el valor temporal del dinero como el riesgo industrial, mientras que la tasa de los intereses posteriores al mes de marzo de 2009 debería dar cuenta sólo del valor temporal del dinero ya que desde entonces la Demandante no asumió riesgo industrial alguno⁷⁶¹. Observa que, la falta de pruebas que demuestren que “de no haber existido” el incumplimiento de la obligación, la parte damnificada habría invertido los montos no percibidos en un proyecto de inversión específico, la única compensación por el transcurso del tiempo debería ser el otorgamiento de intereses a la tasa libre de riesgo⁷⁶².

509. La Demandada rechaza el reclamo de intereses compuestos. Según la Demandada, “en el lugar de intereses compuestos a la tasa de

⁷⁵⁸ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 778.

⁷⁵⁹ Réplica sobre el Fondo y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 778.

⁷⁶⁰ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 991. Véase asimismo Transcripción de la Audiencia (19 de noviembre de 2014), 673:10-20.

⁷⁶¹ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 1025-1027, en referencia al Primer Informe Pericial de Fair Links, párrs. 106, 167-168.

⁷⁶² Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 1023.

endeudamiento externo de Ecuador en dólares americanos, el Tribunal debería preferir la aplicación de un interés lineal como la tasa Libor de los EE. UU.” ya que, después del mes de marzo de 2009, la Demandante ya no tendría derecho a una tasa de interés que refleje el riesgo industrial, sino sólo a una compensación por el valor temporal del dinero, y la tasa Libor de los EE. UU. es la tasa “apropiada para tener en cuenta el valor temporal del dinero”⁷⁶³.

510. La Demandada sostiene que una parte perjudicada no tiene “ningún derecho al interés compuesto, en ausencia de circunstancias especiales que justifiquen algún elemento de interés compuesto como un aspecto de la reparación integral”⁷⁶⁴. Alega que la Demandante no ha presentado circunstancias especiales que justifiquen apartarse de la norma de derecho internacional general de interés simple⁷⁶⁵.

C. Análisis del Tribunal

511. Aunque el Artículo III(1) del TBI EE. UU. - Ecuador establece que en el caso de una expropiación lícita “[l]a indemnización [...] incluirá los intereses devengados a un tipo de interés comercialmente razonable desde la fecha de la expropiación”, el Tratado nada dice respecto del interés aplicable a un laudo indemnizatorio por violación del estándar TJE. En ausencia de condiciones expresas en el Tratado, el Tribunal

⁷⁶³ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 1027-1028; Memorial Post-Audiencia de la Demandada, párr. 125.

⁷⁶⁴ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 1028, *en referencia al Comentario de la CDI*, pág. 109, Comentario (9) al Art. 38, **RLA-284**; Crawford, *Third report on State Responsibility*, Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/507/Add.1 (15 de junio de 2000), párr. 211, **RLA-282** (“[P]or lo general el interés compuesto no se adjudica en virtud del derecho internacional ni los tribunales internacionales”).

⁷⁶⁵ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párr. 1028.

encuentra orientación en la materia en el Artículo 38 de los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, que reza lo siguiente:

Se debe pagar intereses sobre toda suma principal adeudada en virtud del presente capítulo, en la medida necesaria para asegurar la reparación íntegra. La tasa de interés y el modo de cálculo se fijarán de manera que se alcance ese resultado.

Los intereses se devengarán desde la fecha en que debería haberse pagado la suma principal hasta la fecha en que se haya cumplido la obligación de pago. (énfasis agregado)

512. El Comentario sobre el Artículo 38 dispone que “[e]l otorgamiento de intereses depende de las circunstancias de cada caso; en particular, de si el otorgamiento de intereses es necesario para asegurar la reparación íntegra”⁷⁶⁶.
513. El Tribunal observa que su facultad general de otorgar intereses a la Demandante no parece ser controvertida por la Demandada. El Tribunal considera apropiado ejercer su discrecionalidad y otorgar intereses por los daños de modo de garantizar la reparación íntegra a la Demandante.
514. El Tribunal ha analizado la práctica de tribunales anteriores sobre el otorgamiento de intereses y la considera variada e inconsistente, y no alcanza para proporcionar una orientación clara⁷⁶⁷. Sin embargo, tiene arraigo la noción de que un Tribunal goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar la tasa de interés aplicable y si estos

⁷⁶⁶ *Comentario de la CDI*, Artículo 38, en párr. 7.

⁷⁶⁷ *Ripinsky y Williams*, *DAMAGES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* (2008), pág. 366 (“*Ripinsky y Williams*”), proporciona una visión general de lo que consideraron como cuatro criterios diferentes.

deberían ser simples o compuestos en pos de garantizar la reparación integral de la parte damnificada⁷⁶⁸.

515. En lo que respecta a la tasa de interés apropiada, el perito de la Demandante sugiere que “la tasa más apropiada de intereses anteriores al laudo es la tasa pasiva externa del Ecuador en dólares estadounidenses”⁷⁶⁹. La Demandada alega que debería aplicarse una tasa de actualización de 12% a los reclamos hasta el mes de marzo de 2009, aunque un otorgamiento de intereses a una tasa comercialmente razonable libre de riesgo, tal como lo refleja la tasa LIBOR en USD, sería más apropiada para los reclamos posteriores al mes de marzo de 2009⁷⁷⁰.
516. El Tribunal disiente con la proposición de la Demandante de que debería adoptarse la tasa pasiva externa de Ecuador en dólares estadounidenses. Adherir a esta opinión significaría que las características de riesgo de la Demandada, y no la pérdida real de la Demandante, serían determinativas. Esto iría contra la premisa fundamental del concepto de compensación, que es restablecer la posición que habría poseído la Demandante en ausencia de la violación. Por lo tanto, el Tribunal está parcialmente de acuerdo con la Demandada y considera más apropiado el otorgamiento de intereses con base en la tasa LIBOR en USD, en tanto esta tasa, en la opinión del Tribunal, refleja la mejor tasa aproximada que la Demandante

⁷⁶⁸ Ripinsky y Williams, págs. 365-366.

⁷⁶⁹ Escrito de Demanda, párr. 452, *en referencia al* Primer Informe Pericial de Navigant, párr. 101.

⁷⁷⁰ Contestación a la Demanda y Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 1026-1027.

habría tenido que pagar si se hubiera visto obligada a tomar el dinero en préstamo.

517. De conformidad con la práctica en casos pasados, el Tribunal decide además que la tasa preferencial debe ser incrementada en unos pocos puntos porcentuales considerando que sólo los prestatarios más solventes y confiables pueden tomar préstamos bancarios a tasa preferencial. Para dar cuenta de este hecho, los Tribunales en casos recientes han agregado hasta cuatro puntos porcentuales a la tasa preferencial⁷⁷¹. En las presentes circunstancias, el Tribunal considera similarmente apropiado otorgar intereses a la tasa LIBOR en USD + 4% como el reflejo más razonable de la pérdida de la Demandante⁷⁷².

518. Con respecto a la fecha de inicio (*dies a quo*), el Tribunal recuerda el Artículo 38(2) de los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado citado *supra* y observa que la práctica general en el arbitraje en materia de inversiones es otorgar intereses desde la fecha de la violación del tratado. Aunque el Tribunal haya concluido que la fecha de violación del tratado es el día 18 de octubre de 2007, determina lo siguiente con respecto a la fecha de inicio del devengamiento de intereses a la tasa LIBOR en USD + 4%:

- (i) Pagos por Ley 42 al 99%: el Tribunal ha actualizado el valor del pago efectuado en virtud de la Ley 42 al 99% a una tasa de 12%

⁷⁷¹ Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. La República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI N.º ARB/10/19, Laudo, 18 de noviembre de 2014, párr. 969 (“**Laudo de Flughafen Zürich**”); OI European Group B.C. c. La República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI N.º ARB/11/25, Laudo, 10 de marzo de 2015, párr. 982 (“**Laudo de OI European**”).

⁷⁷² Para calcular la tasa LIBOR en USD, el Tribunal ha seguido el criterio utilizado por la Demandada (Primer Informe Pericial de Fair Links, apéndice 5), es decir, calculó el promedio de la tasa LIBOR en USD a tres meses sobre el período relevante, para un ratio de 0.3668%.

para un total de USD 19.971.309,00⁷⁷³. El Tribunal determina que los intereses sobre este monto se devengarán a una tasa LIBOR en USD + 4% desde el día 13 de marzo de 2009;

- (ii) Pérdida de flujo de caja: el Tribunal determina que los intereses sobre el Derecho se devengarán a una tasa LIBOR en USD + 4% desde el día 13 de marzo de 2009, que es la fecha del perjuicio a Murphy mediante la venta de Murphy Ecuador a Repsol YPF.

519. Por último, el Tribunal debe determinar si el interés se devengará en forma simple o compuesta. El Tribunal adopta la visión de que un otorgamiento de intereses compuestos es apropiado en este caso, en tanto repara con más precisión la pérdida económica realmente sufrida por la Demandante y evita el enriquecimiento ilícito de la Demandada. El Tribunal disiente con la proposición de la Demandada de que, en ausencia de circunstancias especiales, en los arbitrajes inversor-Estado se aplica una norma del derecho internacional general de intereses simple. Un análisis de la práctica de los tribunales durante los últimos quince años demuestra que se aplican normalmente intereses compuestos. En este sentido, el laudo en *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. La República de Costa Rica*⁷⁷⁴ (“*Santa Elena*”), emitido en el año 2000, se ha descrito acertadamente como “un punto de inflexión en la jurisprudencia”⁷⁷⁵. Articuló los siguientes principios, que el Tribunal considera que se aplican igualmente en el presente caso:

⁷⁷³ Véase párr. 450 *supra*.

⁷⁷⁴ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. La República de Costa Rica*, Caso CIADI N.º ARB/96/1.

⁷⁷⁵ Ripinsky y Williams, pág. 385.

“103. [...] la determinación de intereses es producto del ejercicio del juicio, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso a examinar y consideraciones especiales de equidad que deben formar parte del derecho que debe aplicar este Tribunal.

104. En particular, cuando el propietario de un bien ha perdido en el pasado el valor de ese activo, pero no ha recibido el equivalente monetario que se le adeudara en ese momento, el monto de la compensación debería reflejar, al menos en parte, la suma adicional que ese dinero habría devengado o los beneficios que habría generado si se lo hubiera reinvertido cada año a las tasas de interés imperantes por lo general. El objeto del interés compuesto no consiste en culpar o castigar a alguien por la demora en el pago realizado al propietario expropiado; se trata de un mecanismo para garantizar que la compensación otorgada a la Demandante sea la apropiada en las circunstancias”⁷⁷⁶.
[Traducción del Tribunal]

520. Tribunales subsiguientes han seguido casi en forma unánime el criterio de *Santa Elena*, creando lo que se conoce como una forma de “*jurisprudence constante*”⁷⁷⁷ en los casos Inversor-Estado⁷⁷⁸,

⁷⁷⁶ Laudo de Santa Elena, párrs. 103-104.

⁷⁷⁷ *OKO Pankki Oyj y otros v. Republic of Estonia*, Caso CIADI No. ARB/04/6, Laudo, 19 de noviembre de 2007, párr. 349 (“**Laudo de OKO Pankki**”).

⁷⁷⁸ Para nombrar sólo algunos: Laudo de *Siemens*, párrs. 390-400, **CLA-12**; Laudo de *Azurix*, párrs. 439-40, **CLA-10**; Laudo de *OKO Pankki*, párr. 345-353; Laudo de *Continental Casualty*, párrs. 309-313, **CLA-183/RLA-339**; *Gemplus, S.A., SLP, S.A. y Gemplus Industrial, S.A. de C.C. (México/Francia) c. Estados Unidos Mexicanos*; *Talsud, S.A. (Argentina) c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/04/4; Caso CIADI N.º ARB(AF)/04/3, Laudo, 16 de junio de 2010, párr. 16-26 (“**Laudo de Gemplus**”); *Impregilo S.p.A. (Italia) c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/07/17, Laudo, 21 de junio de 2011, párr. 383 (“**Laudo de Impregilo**”); *Railroad Development Corporation (Guatemala) c. República de Guatemala*, Caso CIADI N.º ARB/07/23, Laudo, 29 de junio de 2012, párr. 281, **RLA-436**; Laudo de *Flughafen Zürich*, párr. 969; Laudo de *OI European*, párr. 982.

incluidos los casos decididos al amparo del TBI EE. UU.-Ecuador⁷⁷⁹. El Tribunal es consciente del hecho de que la mayoría de esos casos han hallado responsabilidad por expropiaciones ilícitas, pero observa que los tribunales—en particular en los casos más recientes—también han otorgado intereses compuestos por las violaciones de otras obligaciones del tratado⁷⁸⁰. Aunque el Tribunal no se encuentra obligado por decisiones previas, no considera apropiado desviarse de esta práctica establecida en la ausencia de circunstancias especiales, que la Demandada no ha probado.

521. En lo que se refiere a los intervalos de capitalización, el Tribunal observa que no existen reglas generales⁸⁵⁰. Laudos más recientes han favorecido la capitalización anual⁷⁸¹, semestral⁷⁸², o incluso mensual⁷⁸³. En este caso, el Tribunal considera apropiado establecer que los intereses sean capitalizados con frecuencia anual.
522. En consecuencia, el Tribunal otorga intereses anteriores al laudo del modo indicado *infra*:

⁷⁷⁹ Laudo de *Occidental II*, párrs. 834-840, **CLA-117**.

⁷⁸⁰ Laudo de *BG Group*, párrs. 366, 454, **CLA-25**; *Mobil Investments Canada Inc. y Murphy Oil Corporation c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/07/4, Laudo, 20 de febrero de 2015, párr. 170 (“**Laudo de Mobil Investments**”); *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/19, Laudo, 9 de abril de 2015, pág. 62 (“**Laudo de Vivendi III**”). ⁸⁵⁰ Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law* (2009), párrs. 6.2106.212.

⁷⁸¹ Laudo de *Flughafen Zürich*, párr. 969; Laudo de *OI European*, párr. 982.

⁷⁸² Laudo de *Azurix*, párr. 440, **CLA-10**.

⁷⁸³ Laudo de *Mobil Investments*, párr. 170.

Intereses anteriores al Laudo a la tasa LIBOR en USD+ 4% compuestos y capitalizados anualmente			
Daños totales otorgados (USD)	Fecha de inicio de los intereses	Fecha de finalización de los intereses	Total en USD
USD 19.971.309,00	13 de marzo 2009	6 de mayo 2016	Cifra A: USD 7.124.302,00
<i>Derecho a</i>	13 marzo 2009	Fecha en la que se acuerde o determine la <i>Suma Ajustada</i>	Cifra B: <i>Derecho a + Intereses anteriores al laudo</i>
Daños totales más intereses anteriores al laudo			Suma de las Cifras A y B: USD 7.124.30,00 <i>más (Derecho + Intereses anteriores al laudo)</i>

523. En lo que se refiere a los intereses posteriores al Laudo, el Tribunal no ve motivo alguno para apartarse de su determinación de la tasa apropiada con respecto a los intereses anteriores al Laudo. En consecuencia, el Tribunal considera que la Demandante tiene derecho

a intereses posteriores al Laudo desde la fecha de este Laudo hasta la fecha de pago efectivo a la tasa LIBOR en USD + 4% compuestos y capitalizados anualmente. Los intereses posteriores al Laudo deben calcularse sobre la **Suma de las Cifras A y B**.

X. COSTAS DEL ARBITRAJE

524. El Tratado no contiene disposiciones respecto de la distribución de las costas del arbitraje en el caso de una disputa entre un Inversor y una Parte Contratante.
525. Los Artículos 38 a 40 del Reglamento de la CNUDMI tratan la determinación y prorrateo de las costas del arbitraje.
526. El Artículo 38 define las “costas del arbitraje” de la siguiente manera:

[...] El término “costas” comprende únicamente lo siguiente:

- (a) Los honorarios del tribunal arbitral, que se indicarán por separado para cada árbitro y que fijará el propio tribunal de conformidad con el artículo 39;
- (b) Los gastos de viaje y las demás expensas realizadas por los árbitros;
- (c) El costo del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral;
- (d) Los gastos de viaje y otras expensas realizadas por los testigos, en la medida en que dichos gastos y expensas sean aprobados por el tribunal arbitral;
- (e) El costo de representación y de asistencia de letrados de la parte vencedora si se hubiera reclamado dicho costo durante el procedimiento arbitral y sólo en la medida en que el tribunal arbitral decida que el monto de ese costo es razonable;

(f) Cualesquiera honorarios y gastos de la autoridad nominadora, así como los gastos del Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya .

527. El Artículo 40 del Reglamento de la CNUDMI dispone lo siguiente:

1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2, en principio, las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2. Respecto del costo de representación y de asistencia de letrados a que se refiere el inciso e) del artículo 38, el tribunal arbitral decidirá, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, qué parte deberá pagar dicho costo o podrá prorratearlo entre las partes si decide que el prorrateo es razonable.

A. Posición de la Demandante

528. La Demandante reclama los siguientes costos del arbitraje:

Las costas de la Demandante (USD)		
Artículo 38	Total	Descripción
Costas del Tribunal y de la CPA (Arts. 38(a), (b), (c), (f))	225.570,38	Honorarios y gastos del Tribunal y costes de asistencia (CPA registro y soporte, incluido el honorario de la autoridad

		nominadora del Secretario General), etapa jurisdiccional
	523.975,60	Honorarios y gastos del Tribunal y costes de asistencia (CPA registro y soporte), etapa de méritos
	757.155,75	Subtotal
Gastos de viaje y otras expensas de testigos (Art. 38(d))	--	No se reclaman expensas
Costos de representación y asistencia legal (Art. 38(e))	880.593,07	Honorarios y gastos de King & Spalding, etapa jurisdiccional
	34.448,91	Honorarios y gastos de Perez Bustamante y Ponce, etapa jurisdiccional
	7.810,70	Otros gastos corrientes para la “representación y asistencia legal”

46.125,00	Honorarios y gastos de expertos (Ratner), fase jurisdiccional
2.832.279,90	Honorarios y gastos de King & Spalding, etapa de méritos
74.364,63	Honorarios y gastos de Perez Bustamante y Ponce, etapa de méritos
598.293,07	Honorarios y gastos de expertos (Navigant, Cogan, Juan Carlos Arizaga, Neira Orellana), fase de méritos
4.473.915,28	Subtotal
5.223.461,26	TOTAL

529. La Demandante solicita que se le reembolsen sus costos jurisdiccionales y aquellos posteriores a la jurisdicción, o una parte de estos⁷⁸⁴. La Demandante sostiene que estos costos fueron necesarios, razonables, y apropiados dada la complejidad del caso y el monto en

⁷⁸⁴ Presentación de Costos de la Demandante, párr. 19.

controversia, y esto queda demostrado por el hecho de que no existen desacuerdos sustanciales entre las Partes, y sus costos respectivos son ampliamente similares⁷⁸⁵.

530. La Demandante solicita además que el Tribunal ordene que la Demandada asuma al menos el 70% de los costos jurisdiccionales de la Demandante en tanto la excepción a la jurisdicción de la Demandada “ocupó una parte considerable de la primera serie de escritos sobre jurisdicción, la totalidad de la segunda ronda de escritos y la audiencia completa sobre jurisdicción”⁷⁸⁶.

531. La Demandante objeta los siguientes reclamos de costos de la Demandada:

(i) Deberían excluirse los gastos de viaje de los testigos—o al menos los costos del Sr. Guillermo Paredes—a la luz del hecho de que la Demandante no pretendió el reembolso para su propio testigo de hecho, y el Sr. Paredes asistió a la audiencia, aunque la Demandante no lo convocó para su conainterrogatorio⁷⁸⁷.

(ii) La Demandada reclama una parte de los salarios que pagó a cuatro de los integrantes de su equipo jurídico interno de la Procuraduría. Afirma que no hay pruebas de que estos integrantes del personal fueran contratados con el único y

⁷⁸⁵ Presentación de Costos de la Demandante, párr. 16; Réplica sobre las Presentaciones de Costos de la Demandada, párrs. 2, 5, 13.

⁷⁸⁶ Presentación de Costos de la Demandante, nota 2.

⁷⁸⁷ Réplica sobre las Presentaciones de Costos de la Demandada, párr. 8.

Las costas de la Demandada (USD)		
Artículo 38 Murphy Exploration & Production Company – International c. La República del Ecuador	Total	Descripción
Costas del Tribunal y de la CPA (Arts. 38(a). (b). (c). (f))	228.915,75	Honorarios y gastos del Tribunal y CPA Laudo Parcial Definitivo (incluido el honorario de la autoridad nominadora del Secretario General), etapa de jurisdiccional, mayo de 2016
	528.240,00	Honorarios y gastos del Tribunal y de asistencia (CPA registro y soporte), fase de méritos
	757.155,75	Subtotal
Gastos de viaje y otras expensas de testigos (Art. 38(d))	17.837,98	Subtotal por viajes y otras expensas de testigos (Patricia Larrea Cabrera, Wilson Pástor Morris, Paredes), fase de méritos (Paredes USD 4.811,53)
Costos de representación y asistencia legal (Art. 38(e))	1.604.803,40	Honorarios y gastos de Foley Hoag, etapa jurisdiccional
	6.900,00	Honorarios periciales (Vandeveldel), fase jurisdiccional
	72.025,65	Gastos extra y de viaje, fase jurisdiccional
	3.801.285,95	Honorarios y gastos de Foley Hoag, etapa de méritos
	32.947,80	Honorarios legales de la Procuraduría General del Estado, fases jurisdiccional y de méritos
	792.759,87	Los honorarios y gastos (Mejia-Salazar, Fair Links, Cameron, Parraguez Ruiz, Sempéretégui Vallejo, Villalba, Cordero Ordóñez, Guerrero Del Pozo), fase de méritos
	461.799,62	Gastos extra y de viaje, fase de méritos
	6.772.522,29	Subtotal
	7.547.516,02	TOTAL

(iii) específico fin de trabajar en este caso y esos costos se habrían incurrido independientemente del arbitraje⁷⁸⁸.

B. Posición de la Demandada

532. La Demandada reclama los siguientes costos del arbitraje:

533. La Demandada cita el Artículo 40 en tanto prevé que el “éxito relativo de las partes es el factor dominante que regula la decisión de un tribunal arbitral CNUDMI para otorgar costas en un procedimiento”⁷⁸⁹. La Demandada afirma que algunos tribunales han considerado otros factores para prorratear los costos incluidos la novedad de las cuestiones involucradas (como una razón para no desplazar los costos a la parte vencida) y el fracaso de la Demandante (como una razón para que la Demandada recupere sus costos razonables)⁷⁹⁰.
534. La Demandada afirma que independientemente de si el Tribunal le otorga los costos del arbitraje, debería como mínimo otorgarle sus costos de representación y asistencia letrada debido a los costos significativos incurridos que han sido tanto razonables como “proporcionales a la complejidad y amplitud del procedimiento hasta la fecha”⁷⁹¹. [Traducción del Tribunal]
535. La Demandada controvierte el argumento de la Demandante de que el Tribunal debería otorgarle el 70% de sus costos jurisdiccionales ya que la objeción de la Demandada ocupó una parte considerable del procedimiento⁷⁹². La Demandada sostiene que todas sus objeciones a la jurisdicción “están basadas en una construcción estricta de los términos del tratado” y, por lo tanto, “no debe ser penalizada por

⁷⁸⁸ Réplica sobre las Presentaciones de Costos de la Demandada, párr. 10.

⁷⁸⁹ Presentación de Costas de la Demandada para la Etapa Jurisdiccional, párr. 2.

⁷⁹⁰ Comentarios sobre la Presentación de Costas de la Demandante, párr. 9.

⁷⁹¹ Presentación de Costas de la Demandada para la Etapa Jurisdiccional, párrs. 3, 6.

⁷⁹² Comentarios sobre la Presentación de Costas de la Demandante, párr. 10.

presentar objeciones que muy bien fundamentadas y que han sido aceptadas previamente por otros tribunales”⁷⁹³.

C. Análisis del Tribunal

Fijación de las costas del arbitraje conforme al Artículo 38 del Reglamento de la CNUDMI⁷⁹⁴

i. Artículo 38(a) : Honorarios y gastos de cada miembro del Tribunal por separado

536. Para determinar el monto de sus honorarios, el Tribunal ha tenido en cuenta el Artículo 39(1) del Reglamento de la CNUDMI, en virtud del cual “[l]os honorarios del tribunal arbitral serán de un monto razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la complejidad del tema, el tiempo dedicado por los árbitros y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso”.
537. Los honorarios del Profesor Kaj Hobér ascienden a la suma de EUR 225.000,00. Los honorarios del Profesor Abi-Saab, el árbitro designado inicialmente por la Demandada, ascienden a la suma de EUR 127.800,00. Los honorarios del Sr. Yves Derains, designado por la Demandada tras la renuncia del Profesor Abi-Saab, ascienden a un total de EUR 99.900,00. Los honorarios del Profesor Bernard

⁷⁹³ Comentarios sobre la Presentación de Costas de la Demandante, párr. 10 en referencia a la Decisión sobre Jurisdicción en *Burlington*. Véanse, asimismo, Laudo de *EnCana*; Laudo de *Duke Energy*.

⁷⁹⁴ Todos los tipos de cambio Euro-USD en esta sección están calculados a fecha 5 de mayo de 2016 de acuerdo con: <https://www.oanda.com/currency/converter/>.

Hanotiau, el árbitro presidente, ascienden a la suma de EUR 199.242,00.

ii. Artículo 38(b): El viaje y otras expensas en las que incurrieron los árbitros

538. El El gasto total de viaje y otras expensas en el que incurrieron los árbitros asciende a EUR 24.822,01.

iii. Artículo 38(c): El costo de asesoramiento especializado y otra asistencia requerida por el Tribunal

539. Los costes de asistencia requerida por el Tribunal incluye la tasa de la CPA por los servicios de registro ascienden a la suma de EUR 221.000,00. Los gastos en que ha incurrido la CPA como prestador de los servicios de registro suman un total de EUR 3.976,40. El costo de otro tipo de asistencia incluidas transcripciones, interpretación, alquiler de las instalaciones para la celebración de audiencias, servicio de comidas y bebidas, servicios de mensajería internacional, impresiones e insumos, servicios bancarios, personal de apoyo extraordinario (seguridad, tecnología de la información), servicios de telecomunicaciones y servicios bancarios asciende a un total de EUR 152.859, 43.

iv. Artículo 38(d): El viaje y los gastos de los testigos aprobados por el Tribunal

540. El Tribunal aprueba los gastos de viaje y otras expensas de los testigos presentados por la Demandada —la Demandante no presentó ninguno—, salvo aquellos del Sr. Paredes, quien no fue convocado por la Demandante ni el Tribunal para ser interrogado, por un total de EUR

11.334,00 (*i.e.*, USD 17.837,98, menos USD 4.811, 53= USD13.026,45).

v. Artículo 38(e): Los costos razonables de representación y asistencia letrada de la parte vencedora reclamados durante el procedimiento y determinados por el Tribunal

541. El La Demandante es la parte vencedora en este procedimiento. Ha reclamado sus costos de representación legal durante este procedimiento en la suma de EUR 3.892.800,00 (*i.e.*, USD 4.473.915,28). El Tribunal considera que esos costos son razonables.

vi. Artículo 38(f): Honorarios y gastos de la autoridad nominadora así como los gastos del Secretario General de la CPA

542. El Secretario General de la CPA cobró un honorario en carácter de autoridad nominadora de EUR

1.500. Este honorario está incluido en el depósito pagado por la Demandante por los honorarios de la CPA por los servicios de registro.

543. De conformidad con el Artículo 38 del Reglamento de la CNUDMI, el Tribunal determina las costas del arbitraje en la suma de EUR 5.008.734,24 (*i.e.*, USD 5.755.690,00).

Prorrateo de las costas del arbitraje conforme al Artículo 40 del Reglamento de la CNUDMI

544. El Artículo 40(1) del Reglamento de la CNUDMI dispone que, en principio, las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida. Le otorga asimismo al Tribunal discrecionalidad para prorratear las costas

entre las Partes si considera que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

545. El Artículo 40(2) dispone que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, el Tribunal puede determinar libremente qué parte se hará cargo de los costos de representación y asistencia legal a la que se hace referencia en el Artículo 38(e).
546. A la luz del hecho de que la Demandante ha prevalecido en todo o en parte en materia de jurisdicción, responsabilidad y daños, el Tribunal determina que debe adjudicársele una parte significativa de las costas del arbitraje enumeradas en los Artículos 38(a), (b), (c), (d) y (f) así como sus costes de representación legal y asistencia de acuerdo con el Artículo 38(e). El Tribunal establece que la Demandada asume el 75% de la proporción de las costas del arbitraje conforme al Artículo 38(a), (b), (c), (d) y (f), así como el 75% de los costes de representación y asistencia previstos en el Artículo 38(e) en la suma total de EUR 3.756.550,68 (*i.e.*, USD 4.316.770).
547. Las Partes depositaron un total de EUR 1.150.000, a partes iguales para cubrir los honorarios y expensas del Tribunal y de la CPA. El importe restante del depósito es de EUR 45.400,36. Esta cantidad será reembolsada a la Demandante para compensar las costas fijadas a la Demandada.

XI. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

548. Por la presente el Tribunal :

- (i) DETERMINA que tiene competencia sobre esta disputa de conformidad con el Artículo VI(3)(a)(iii) del Tratado;

- (ii) DECLARA que Ecuador ha violado el Artículo II(3)(a) del Tratado ;
- (iii) ORDENA que Ecuador pague a Murphy compensación por los daños sufridos como consecuencia de los pagos en virtud de la Ley 42 en la suma de USD 19.971.309,00;
- (iv) ORDENA que Ecuador pague a Murphy el Derecho al que se hace referencia en el párrafo 504 de este Laudo;
- (v) ORDENA que las Partes intenten acordar dentro del período de tres meses a contar a partir de la fecha de este Laudo el cálculo de la Suma Ajustada a la que se hace referencia en los párrafos 503-504 de este Laudo, a falta de lo cual, cada una deberá efectuar, en forma simultánea y dentro del siguiente mes, una presentación que establezca el cálculo de esa Parte de la Suma Ajustada, que posteriormente determinará el Tribunal;
- (vi) ORDENA que Ecuador pague intereses anteriores al laudo sobre los USD 19.971.309,00 a la tasa de LIBOR en USD + 4%, capitalizable con frecuencia anual, desde el mes de marzo de 2009 hasta la fecha de este Laudo por un total de USD 7.136.121,00;
- (vii) ORDENA que Ecuador pague intereses anteriores al laudo sobre el Derecho a la tasa de LIBOR en USD + 4%, capitalizable con frecuencia anual, desde el mes de marzo de 2009 hasta que se acuerde o determine la fecha de la Suma Ajustada;

- (viii) ORDENA intereses posteriores al laudo a la tasa de LIBOR en USD + 4%, capitalizable con frecuencia anual, sobre la Suma de las Cifras A y B en el párrafo 522 desde la fecha de este Laudo hasta el pago en su totalidad;
- (ix) DETERMINA las costas del arbitraje en virtud del Artículo 38 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI del año 1976 en la suma de EUR 5.008.734,24;
- (x) ORDENA que Ecuador se haga cargo del 75% de las costas del arbitraje incluidos los costos por representación y asistencia legal de la Demandante en la suma de EUR 3.756.550,68;
- (xi) RECHAZA todas las demás pretensiones.

Emitido en La Haya, los Países Bajos, el día 6 de mayo de 2016:

[Firma]

[Firma]

Profesor Kaj Hobér
Árbitro

Me Yves Derains
Árbitro

[Firma]

Profesor
Bernard
Hanotiau
Árbitro
Presidente