

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

WASHINGTON, D.C.

EN EL PROCEDIMIENTO ENTRE

M.C.I. POWER GROUP L.C. Y NEW TURBINE INC.
(DEMANDANTES)

c.

REPÚBLICA DEL ECUADOR
(DEMANDADA)

CASO CIADI No. ARB/03/6

LAUDO

Miembros del Tribunal:

Profesor Raúl E. Vinuesa, Presidente
Juez Benjamín J. Greenberg, Q.C., Árbitro
Profesor Jaime Irrázabal C., Árbitro

Secretaria del Tribunal:

Sra. Claudia Frutos-Peterson

Fecha de envío a las partes: 31 de julio de 2007

Representantes de las Demandantes

M.C.I. Power Group, L.C. y
New Turbine, Inc.
Sr. Barry Appleton, Esq.
Sr. Robert Wisner, Esq.
Sr. Hernando Otero, Esq.
Appleton & Associates International
77 Bloor Street West, Suite 1800
Toronto, Ontario, M5S 1M2
Canada

Sr. José Astigárraga
Astigárraga Davis
701 Brickell Ave. 16th Floor
Miami, Florida 33131
USA

Representantes de la Demandada

República del Ecuador
Dr. José Xavier Garaicoa Ortiz
Procurador General del Estado
Robles 731 y Amazonas
Quito, Ecuador

Sr. Alberto Wray
Sr. Ernesto Albán
Sr. Alvaro Galindo
Sr. Verónica Arroyo
Cabezas & Wray Abogados
Av. Shyris 1240 y Portugal
Ed. Albatros, Piso 8
Quito, Ecuador

Sr. Robert Volterra
Sr. Alejandro Escobar
Latham & Watkins
99 Bishopsgate
London EC2M 3XF
England

INDICE

I.	HISTORIA PROCESAL	1
II.	JURISDICCION.....	7
1.	INTRODUCCIÓN.- EXCEPCIONES A LA JURISDICCION.....	7
2.	LA EXCEPCION PRINCIPAL A LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL La Irretroactividad del TBI: Efectos Sobre Hechos Alegados Como Anteriores y Posteriores a la Entrada en Vigor del TBI.....	12
a.	Actos continuos y compuestos	17
b.	Obligación de las partes firmantes del TBI de actuar de buena fe: Alcances del Artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados	24
c.	Cláusula de la Nación Más Favorecida	29
d.	Hechos anteriores a la entrada en vigor del TBI relevantes para la determinación de los daños	31
3.	LAS EXCEPCIONES SUBSIDIARIAS	33
a.	Primera excepción subsidiaria a la competencia del Tribunal: Inexistencia de una Inversión	33
b.	Segunda excepción subsidiaria a la competencia del Tribunal: La cláusula de “la bifurcación de caminos”	42
4.	CONCLUSIONES.....	47
III.	FONDO	47
1.	INTRODUCCIÓN AL FONDO DE LA CONTROVERSIA.....	47
a.	Hechos relevantes	48
b.	El derecho aplicable al fondo de las cuestiones planteadas.....	50
c.	La relación entre INECEL y Ecuador.....	52
2.	HECHOS ALEGADOS COMO POSTERIORES A LA ENTRADA EN VIGOR DEL TBI SOBRE LOS QUE EL TRIBUNAL EJERCE COMPETENCIA.....	53
3.	ALEGACIONES SOBRE LAS VIOLACIONES DEL TBI.....	54
a.	Trato justo y equitativo.....	55
b.	Trato no discriminatorio o arbitrario	57
c.	Plena protección y seguridad.....	58
d.	Expropiación.....	58
4.	LA ALEGACIÓN SOBRE LA FALTA DE BUENA FE DE ECUADOR RESPECTO A LOS ACTOS Y OMISIONES DE INECEL EN LA COMISIÓN DE LIQUIDACIÓN	60
5.	LA REVOCACIÓN DEL PERMISO DE SEACOAST PARA OPERAR Y SUS EFECTOS.....	66
a.	La revocación del permiso.....	66

b.	La alegación de las Demandantes sobre la mala fe de Ecuador ante la frustración de acordar un esquema de arbitraje para la solución de las cuestiones planteadas	71
c.	La anulación del procedimiento judicial	76
6.	HOSTIGAMIENTO DE ECUADOR SOBRE LOS REPRESENTANTES DE SEACOAST	82
IV.	COSTAS	87
V.	DECISION	87

I. HISTORIA PROCESAL

1. El 16 de diciembre de 2002, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo “CIADI” o “el Centro”) recibió de M.C.I. Power Group, L.C. y New Turbine, Inc. (en lo sucesivo “las Demandantes”) una solicitud de arbitraje en contra de la República del Ecuador (en lo sucesivo “la Demandada” o “Ecuador”). El 19 de diciembre de 2002, el Centro acusó recibo de la solicitud, de su documentación adjunta, junto con el pago del derecho de registro aplicable, de conformidad con la Regla 5 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (en lo sucesivo las “Reglas de Iniciación”). El 20 de diciembre de 2002, el Centro transmitió una copia de la solicitud a Ecuador y a la Embajada del Ecuador en Washington, D.C. de conformidad con la Regla 5(2) de las Reglas de Iniciación.
2. De conformidad con el Artículo 36(3) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (“el Convenio CIADI”), el Secretario General Interino del Centro registró la solicitud de arbitraje el 8 de abril de 2003. De conformidad con la Regla de Iniciación 7, el Secretario General Interino notificó a las partes en la misma fecha del registro de la solicitud y las invitó a proceder a la constitución del Tribunal de Arbitraje lo antes posible.
3. De conformidad con la Regla 2(3) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (“Reglas de Arbitraje”), el 9 de junio de 2003, las Demandantes solicitaron que el Tribunal de Arbitraje en este caso estuviera constituido de conformidad con las disposiciones del Artículo 37(2)(b) del Convenio CIADI. De conformidad con esa disposición, el Tribunal de Arbitraje debía constituirse con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo entre las partes. Las Demandantes designaron al Honorable Benjamin Greenberg, Q.C., nacional de Canadá, y la Demandada designó al Profesor Irrarrázabal, nacional de Chile. Sin embargo, las partes no llegaron a alcanzar un acuerdo en cuanto a la designación del tercer árbitro. El 8 de julio de 2003, las Demandantes solicitaron que el tercer árbitro

sea designado de conformidad con el Artículo 38 del Convenio CIADI y la Regla 4 de las Reglas de Arbitraje.

4. Luego de consultar con las partes, el Profesor Raúl E. Vinuesa, nacional de Argentina, fue designado por el Centro como el tercer árbitro, que presidirá el Tribunal. De conformidad con la Regla 6(1) de las Reglas de Arbitraje, el 11 de septiembre de 2003, el Secretario General Interino notificó a las partes de que los tres árbitros había aceptado su nombramiento y se entendía constituido el Tribunal de Arbitraje e iniciado el procedimiento en esa fecha. En esa misma fecha, de conformidad con la Regla 25 del Reglamento Administrativo Financiero del CIADI, las partes fueron informadas que el señor Mariano García-Rubio, Consejero Jurídico del CIADI, actuaría como Secretario del Tribunal de Arbitraje. El señor Rubio fue luego sustituido por la señora Claudia Frutos-Peterson, Consejera Jurídica del CIADI. El Tribunal celebró su primera sesión en Washington, D.C. el 7 de noviembre de 2003.
5. Los señores Barry Appleton, Robert Wisner y Hernando Otero de Appleton and Associates, y los señores José I. Astigárraga y Edward M. Mullins de Astigárraga Davis representaron a las Demandantes durante la primera sesión. Los señores Ivor Massey y Richard Gorman también asistieron en representación de las Demandantes. La señora Martha Escobar Koziel de la Procuraduría General del Estado y el señor Gustavo Anda de la Embajada de Ecuador en Washington, D.C., representaron a la Demandada durante la primera sesión.
6. Durante la primera sesión las partes acordaron que el Tribunal había sido debidamente constituido de conformidad con el Convenio CIADI y con las Reglas de Arbitraje del CIADI y que no tenía objeción alguna en contra de ninguno de los miembros del Tribunal. De igual forma se dejó sentado que el procedimiento sería llevado a cabo conforme a las Reglas de Arbitraje del CIADI en vigencia desde el 26 de septiembre de 1984.
7. Durante la primera sesión, las partes también llegaron a acuerdos en cuanto a varios otros asuntos procesales, que luego quedaron asentados en un acta escrita

firmada por el Presidente y por la Secretaria del Tribunal. Con respecto a las actuaciones escritas a ser presentadas por las partes, su número, orden y oportunidad, se acordó que las Demandantes presentarían su Memorial a más tardar el día 6 de febrero de 2004; la Demandada presentaría su Memorial de Contestación dentro de un plazo de 90 (noventa) días contados a partir del recibo del Memorial de las Demandantes; las Demandantes presentarían su Réplica dentro de un plazo de 30 (treinta) días contados a partir del recibo del Memorial de Contestación de la Demandada, y la Demandada presentaría su Dúplica dentro de un plazo de 30 (treinta) días contados a partir del recibo de la Réplica de las Demandantes.

8. El Tribunal igualmente observó que de no presentarse alguna objeción a la jurisdicción, de acuerdo con las Reglas de Arbitraje del Centro, se seguiría entonces con el plazo fijado para la presentación del memorial de las Demandantes.
9. El 20 de febrero de 2004, las Demandantes presentaron su Memorial sobre el fondo de la diferencia y documentación anexa.
10. El 16 de junio de 2004, la Demandada informó que los abogados de la firma Cabezas & Wray habían sido designados para representar al Ecuador en el presente caso, actuando bien sea en forma independiente, separada o conjuntamente con la Procuraduría General del Estado.
11. El 16 de junio de 2004, la Demandada opuso excepciones a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal. En esa misma comunicación, los abogados de la Demandada indicaron que los señores Robert Volterra y Alejandro Escobar de la firma de abogados Herbert Smith, Londres, habían también sido designados como abogados del Ecuador.¹

¹ Los señores Volterra y Escobar se unieron luego a la firma de abogados Latham & Watkins, Londres.

12. El 18 de junio de 2004, las Demandantes formularon observaciones preliminares a las excepciones a la jurisdicción opuestas por Ecuador, a las cuales se refirieron los abogados de la Demandada mediante carta del 21 de junio de 2004.
13. El 23 de junio de 2004, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 1, suspendiendo el procedimiento con respecto al fondo del asunto de conformidad con la Regla 41(3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, donde se fijó el calendario para la fase jurisdiccional, conforme al cual, la Demandada tendría 30 (treinta) días (a más tardar el 26 de julio de 2004), para presentar su Memorial sobre jurisdicción; las Demandantes tendrían 30 (treinta) días desde su recibo del Memorial sobre jurisdicción de la Demandada para presentar su Memorial de Contestación sobre jurisdicción; la Demandada presentaría su Réplica sobre jurisdicción dentro de los 15 (quince) días desde el recibo del Memorial de Contestación sobre jurisdicción de las Demandantes; y las Demandantes presentarían su Dúplica sobre jurisdicción dentro de los 15 (quince) días desde el recibo de la Réplica sobre jurisdicción de la Demandada.
14. De conformidad con la Resolución Procesal No. 1, el 26 de Julio de 2004, la Demandada presentó su Memorial sobre jurisdicción. Seguidamente, el 23 de agosto de 2004, las Demandantes presentaron su Memorial de Contestación sobre jurisdicción; el 14 de septiembre de 2004, la Demandada presentó su Réplica sobre jurisdicción; y el 1 de octubre de 2004, las Demandantes presentaron su Dúplica sobre jurisdicción.
15. Según se había programado, luego de haber consultado con las partes, la audiencia sobre jurisdicción se celebró en Washington, D.C. el 13 y 14 de diciembre de 2004. Durante la audiencia, las Demandantes estuvieron representadas por los señores Ivor Massey, Richard Gorman, Jack Haeflich, Barry Appleton, José I. Astigarraga, Robert Wisner y Hernando Otero, y como observadores por Appleton & Associates, Nick Gallus, Ali Ghiassi y Asha Kaushal. La Demandada estuvo representada por los señores Alberto Wray Espinosa, Ernesto Albán Ricaurte, Álvaro Galindo, Alejandro Escobar, Robert Volterra, Danilo Sylva y la señora Martha Escobar Koziel. Durante la audiencia,

el Tribunal también formuló preguntas a las partes de conformidad con la Regla 32(3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

16. El 4 de abril de 2005, de conformidad con la Regla 41(4) de las Reglas de Arbitraje del CIADI y con el numeral 8 de la Resolución Procesal No. 1 del 23 de junio de 2004, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 2, uniendo las excepciones a la jurisdicción al fondo de la diferencia. Un calendario fue fijado para la continuación del procedimiento, conforme al cual, la Demandada debería presentar su Memorial de Contestación a más tardar el 19 de mayo de 2005; las Demandantes tendrían 30 (treinta) días contados a partir de su recibo del memorial de Contestación de la Demandada para presentar su Réplica; y la Demandada presentaría su Dúplica dentro de los 30 (treinta) días siguientes a su recibo de la Réplica de las Demandantes.
17. El 5 de mayo de 2005, luego de haber dado debida consideración a la carta de la Demandada del 25 de abril de 2005, así como a la respuesta de las Demandantes del 26 de abril de 2005, el Tribunal decidió otorgar una extensión de 15 días a los abogados de la Demandada para presentar su Memorial de Contestación (es decir, a más tardar el 3 de junio de 2005).
18. El 3 de junio de 2005, la Demandada presentó el Memorial de Contestación sobre el fondo de la diferencia.
19. El 8 de julio de 2005, las Demandantes, invocando el principio de igualdad, solicitaron una prórroga para presentar su Réplica, la cual debían presentar a más tardar el 15 de julio de 2005. El 13 de julio de 2005, el Tribunal, otorgó una prórroga para que las Demandantes presentaran su Réplica hasta el 1 de agosto de 2005.
20. El 13 de julio de 2005, el Tribunal, luego de considerar la solicitud formulada por la Demandada para la producción de documentos (en cartas del 23 de junio y 7 de julio de 2005), así como la respuesta de las Demandantes del 1 de julio de 2005, rechazó tal solicitud. Sin embargo, el Tribunal observó que se reservaba los poderes para solicitar a las partes la producción de cualquier documento,

promoción de testigos o peritos, si así lo considerare necesario en cualquier estado del procedimiento.

21. El 22 de julio de 2005, las Demandantes presentaron su Réplica sobre el fondo; y seguidamente, el 31 de agosto de 2005, la Demandada presentó su Dúplica sobre el fondo.
22. El 2 de febrero de 2006, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 3, referente a la organización de la audiencia sobre el fondo.
23. Conforme había sido confirmado por el Tribunal a las partes el 11 de octubre de 2005, la audiencia se celebró del 20 al 24 de marzo de 2006, en Washington, D.C., estuvieron presentes durante la audiencia:

Miembros del Tribunal

Profesor Raúl E. Vinuesa, Presidente
El Honorable Benjamin J. Greenberg, Q.C., Árbitro
Profesor Jaime Irrarrazabal C., Árbitro

Secretariado del CIADI

Claudia Frutos-Peterson, Secretaria del Tribunal
Tomás Solís, Secretariado del CIADI

En representación de las Demandantes

Jack Haeflich,
Ivor Massey,
Richard Gorman,
José Astigárraga,
Barry Appleton,
Robert Wisner,
Ed Mullins,
Hernando Otero,
Nick Gallus,
Asha Kaushal.

Como Equipo de Soporte de las Demandantes

Jill Mayer,
Sue Ki,
Damien Charles “Tai” Smith,

Mona Davies,
Elizabeth Lorelei Simpson,
Regis Figur,
Kristine Monet Roche,
Garrett Hooe,
Richard Taylor.

En representación de la Demandada

Alberto Wray,
Ernesto Albán,
Alvaro Galindo,
Martha Escobar,
Verónica Arroyo,
Robert Volterra,
Alejandro Escobar.

24. Conforme a las instrucciones del Tribunal, y de conformidad con la notificación del 4 de abril de 2006, el 19 de abril de 2006, las partes presentaron sus escritos finales posteriores a la audiencia.
25. El 31 de mayo de 2007, el Tribunal declaró cerrado el procedimiento de conformidad con la Regla 38(1) de las Reglas de Arbitraje.

II. JURISDICCION

1. INTRODUCCIÓN.- EXCEPCIONES A LA JURISDICCION

26. Como se indicó, con fecha 26 de julio de 2004, Ecuador presentó su Memorial de Excepciones a la Jurisdicción (en adelante Memorial de Excepciones) respecto a las reclamaciones interpuestas en el presente caso por las Demandantes, solicitando que el Tribunal declare que la controversia se encuentra fuera de la jurisdicción del CIADI y de la competencia del Tribunal, se abstenga de conocer sobre el fondo y disponga que las Demandantes paguen a la República del Ecuador las costas del procedimiento y el costo de la representación legal.
27. En el Memorial de Excepciones, Ecuador alegó no haber prestado su consentimiento por escrito para someter el presente caso al arbitraje del CIADI,

de acuerdo al Artículo 25 del Convenio CIADI. Argumentó Ecuador que esa falta de consentimiento no pudo ser suplida por las normas del Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y los Estados Unidos con fecha 27 de agosto de 1993 (en adelante el “TBI” o el “Tratado”), en razón de que los hechos que dan motivo a las pretensiones de las Demandantes ocurrieron antes de la entrada en vigor de dicho Tratado, es decir antes del 11 de mayo de 1997.

28. Ecuador sostuvo que el contenido de la demanda alude a dos situaciones distintas, independientes entre sí y de naturaleza jurídica diferente, consumadas y definidas antes de la entrada en vigor del TBI.
29. La primera de esas situaciones se refiere al contrato suscrito en Quito el 7 de noviembre de 1995 (en adelante, Contrato Seacoast) y el Memorando de Clarificación para la Ejecución del Contrato (en adelante, Contrato Aclaratorio), suscrito en esa misma fecha, por los cuales la empresa Seacoast se comprometió a proveer de energía al Instituto Ecuatoriano de Electrificación (en adelante INECEL), empresa de propiedad del Estado ecuatoriano, durante seis meses contados desde el 18 de noviembre de 1995, utilizando equipos que se obligó a introducir al país por su cuenta y riesgo, bajo el régimen aduanero de importación temporaria. Ecuador afirmó que INECEL comunicó a Seacoast que al fenecimiento del plazo, en mayo de 1996, terminaría el Contrato.
30. Según el relato de Ecuador, Seacoast alegó que la terminación del Contrato era intempestiva, que solamente se le había pagado por la energía consumida y no por la energía disponible y que no debieron aplicársele las multas por incumplimiento de Contrato que le fueron impuestas. Para Ecuador esas alegaciones reiteradas por las Demandantes en el presente procedimiento, carecen de fundamento respecto al TBI, puesto que Seacoast había persistido en sus reclamos demandando a INECEL ante los tribunales ecuatorianos en 1996.
31. Para Ecuador, la segunda situación a la que se refiere la demanda, sin que exista vinculación con la primera, es el contrato que INECEL celebró el 24 de enero de 1997 con la empresa Power Services Ecuador Ecuapower (en adelante, Contrato Ecuapower) para que ésta le suministrara energía.

32. Según la Demandada, los accionistas originales de Ecuapower, en cuya composición de capital manifiestan haber tenido participación las Demandantes, transfirieron el 6 de marzo de 1997 íntegramente sus participaciones a otras cuatro compañías extranjeras. Para Ecuador, las Demandantes consideraron que la venta de su inversión en condiciones desventajosas se motivó en demoras injustificadas en la celebración del Contrato Ecuapower imputables a funcionarios ecuatorianos, por lo que reclaman como objeto de la presente demanda una reparación.
33. Ecuador alega que las diferencias provocadas por las dos situaciones antes descritas surgieron antes de la entrada en vigor del TBI, por lo tanto no han originado derechos a favor de las Demandantes ni han generado obligación alguna para el Ecuador bajo las normas del TBI.
34. Ecuador alega que al momento de la entrada en vigor del TBI las Demandantes no tenían una inversión protegida por ese instrumento. Asimismo sostiene que los acontecimientos posteriores a la fecha de entrada en vigor del TBI, han consistido simplemente en sucesivos y fallidos intentos de solución de las mismas diferencias, por lo tanto tampoco han originado derechos a favor de las Demandantes ni han generado obligación alguna para el Ecuador.
35. Ecuador afirma que el TBI no tiene carácter retroactivo, ni existe circunstancia alguna que justifique su aplicación retroactiva. En la hipótesis de que el TBI fuese aplicable al caso, Ecuador sostiene que tampoco caería la controversia bajo la competencia del Tribunal por no provenir directamente de una inversión en los términos del Artículo 25 del Convenio CIADI y el Artículo I(1)(a) del TBI al momento de entrar en vigor; o bien por haber precluido la opción arbitral, según el artículo VI(3)(a) del TBI.
36. En resumen, Ecuador alega que la controversia planteada está fuera de la jurisdicción del Centro *ratione temporis* y subsidiariamente que la controversia no proviene de una inversión y que existe una preclusión de la opción arbitral,

en razón de que las Demandantes habrían sometido la controversia a los tribunales nacionales (“bifurcación de caminos”).

*

* *

37. Con fecha 23 de agosto de 2004 las Demandantes presentaron su Memorial de Contestación sobre las Excepciones a la Jurisdicción (en adelante Memorial de Contestación).
38. En su Memorial de Contestación las Demandantes afirman que el Tribunal tiene competencia en razón de que tenían una inversión de conformidad al Convenio CIADI y al TBI en todo momento relevante; que el Tribunal debe considerar hechos anteriores a la entrada en vigor del TBI; que hechos posteriores a esa fecha e imputables a Ecuador, violaron el TBI; y que las Demandantes no han activado el mecanismo de “la bifurcación de caminos” del Tratado. Por lo tanto las Demandantes solicitan al Tribunal que rechace las excepciones a la jurisdicción presentadas y laude a su favor las costas.
39. Las Demandantes afirman que siendo personas jurídicas de los Estados Unidos de América son propietarias y controlan a Seacoast. A su vez Seacoast es una sociedad constituida en los Estados Unidos de América que invirtió en Ecuador a través de una sucursal de operaciones. Esta sucursal llevó a cabo actividades relativas a la adquisición, armado e instalación de dos plantas de generación de electricidad y a la venta de su energía a INECEL, una entidad ecuatoriana de propiedad del Estado ecuatoriano. Después de que estas operaciones fueron completadas y los activos para la generación de electricidad vendidos, Seacoast continuó con la tenencia y el manejo de sus cuentas por cobrar y otros derechos contractuales contra INECEL. Por lo tanto, la sucursal de Seacoast y sus activos intangibles en Ecuador eran una *inversión* tanto antes como después de la entrada en vigor del TBI.
40. Después de la entrada en vigor del TBI, las Demandantes alegan que continuaron siendo propietarias de la sucursal de Seacoast en Ecuador. Esta

sucursal tenía un representante legal y una oficina en Ecuador y un permiso para operar. Seacoast tenía y administraba importantes cuentas por cobrar y otros derechos contractuales contra INECEL. En consecuencia, las Demandantes alegan que Ecuador violó el TBI por actos posteriores a su entrada en vigor.

*

* *

41. El Tribunal, en conocimiento de las posiciones asumidas por las partes en el presente procedimiento arbitral respecto a su competencia para conocer del fondo de la controversia y después de haber evaluado las alegaciones relevantes emitidas por ambas partes en cuanto al fondo, decide tratar en primer lugar la excepción principal sobre la irretroactividad del TBI, para luego tratar cada una de las excepciones subsidiarias relativas a la inexistencia de una inversión y a la preclusión de la cláusula de “la bifurcación de caminos” del TBI.
42. El Tribunal decidirá sobre las excepciones a su competencia planteadas por la Demandada y rechazadas por las Demandantes de conformidad a lo previsto en el Convenio CIADI, en el TBI y en las reglas aplicables del derecho internacional general. Entre éstas, cobran importancia en el presente caso las normas consuetudinarias reconocidas en el Proyecto final de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (en adelante CDI) sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (en adelante el Proyecto de la CDI).²
43. Para la interpretación de los tratados aplicables a las excepciones planteadas el Tribunal se guiará por las reglas contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que reflejan el derecho consuetudinario sobre la materia (en adelante, Convención de Viena).
44. Los precedentes a que hará referencia el Tribunal se limitarán a la constatación de los alcances jurídicos de las normas vinculantes del derecho internacional

² Accesible en <http://www.ejil.org/journal/Vol12/No5/art2.html>.

convencional o consuetudinario aplicables, en la medida y dentro de los alcances específicos de esas normas respecto a las especiales circunstancias del presente caso.

2. LA EXCEPCION PRINCIPAL A LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL LA IRRETROACTIVIDAD DEL TBI: EFECTOS SOBRE HECHOS ALEGADOS COMO ANTERIORES Y POSTERIORES A LA ENTRADA EN VIGOR DEL TBI

45. Ecuador sostiene que el TBI no tiene carácter retroactivo. De conformidad con los términos del Tratado, éste entró en vigor treinta días después del canje de los respectivos instrumentos de ratificación, es decir, el 11 de mayo de 1997.

46. Ecuador cita los precedentes de las decisiones preliminares adoptadas en el caso *Marvin Roy Feldman Kapra c. Estados Unidos Mexicanos* y en el caso *Mondev c. Estados Unidos de América* a efectos de afirmar que antes de la fecha de la entrada en vigor del TBI no existía consentimiento en obligarse y por lo tanto ninguna obligación emanada del Tratado puede atribuírsele a un Estado parte.

47. Cita en apoyo de su posición al Artículo 28 de la Convención de Viena que establece:

Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.

48. Invoca también Ecuador el Artículo XII del TBI que establece el ámbito temporal de su aplicación respecto a las inversiones existentes al momento de su entrada en vigor o a las que se efectúen o adquieran con posterioridad. Por lo tanto, para Ecuador, queda excluida de los alcances del Tratado toda inversión que a esa fecha haya dejado de existir.

49. Ecuador concluye que las reclamaciones contenidas en la demanda tienen como único fundamento fáctico hechos consumados y definidos en sus características jurídicas antes de la entrada en vigor del TBI. Sostiene que las Demandantes ni a través del Contrato Seacoast ni a través del Contrato Ecuapower fueron titulares de inversión alguna en los términos del Artículo 25 del Convenio CIADI. Aún en la hipótesis que lo hubieran sido, tales supuestas inversiones habrían dejado de existir antes de la entrada en vigor del TBI.
50. Según Ecuador el Contrato Seacoast terminó en mayo de 1996 por fenecimiento del plazo. Aún admitiendo la posición de Seacoast en cuanto al plazo del Contrato, éste habría terminado de todas maneras antes de la entrada en vigor del TBI.
51. Para Ecuador, cuando el TBI entró en vigor existía una controversia sometida a los tribunales ecuatorianos referida a la terminación intempestiva del Contrato Seacoast, al pago de la potencia garantizada, a la devolución de las multas impuestas y al cobro del combustible.
52. Ecuador invoca, en sustento de su posición sobre la existencia de una controversia, el precedente de *Maffezini c. el Reino de España* en cuanto al valor de la fecha crítica a efectos de resolver la cuestión de si una controversia quedaba comprendida en el consentimiento necesario para materializar la jurisdicción del CIADI a través de un TBI. Ecuador sostiene que en el presente caso la fecha crítica, es decir el surgimiento de la controversia, es anterior a la entrada en vigor del TBI.
53. Para Ecuador, cuando el TBI entró en vigor, Seacoast había vendido todos sus equipos, sus operaciones habían cesado y tenía sometida ante los tribunales ecuatorianos una controversia con INECEL. No tenía inversión alguna, ni derechos sustentados en títulos o registros a los cuales pudiera eventualmente atribuírseles *prima facie* la categoría de inversión.
54. En cuanto al reclamo de las Demandantes respecto a la obligación de reparar por supuestos comportamientos dolosos de autoridades ecuatorianas en la

suscripción del contrato entre Ecuapower e INECEL de fecha 24 de enero de 1997; y en consideración de que esos hechos provocaron la venta forzada de su inversión el 6 de marzo de 1997, Ecuador sostiene que esos hechos invocados, en la hipótesis de que fueran ciertos, no quedan comprendidos dentro del ámbito temporal del TBI por ser anteriores a su entrada en vigor. En cuanto a los hechos posteriores invocados por las Demandantes como violatorios del TBI, Ecuador los considera como simples constataciones de controversias ya planteadas y surgidas con anterioridad a la entrada en vigor del TBI.

*

* *

55. Por su parte, las Demandantes no cuestionan la fecha de entrada en vigor del TBI ni niegan el carácter irretroactivo del TBI.

56. Las Demandantes alegan que el Tribunal debe tomar en consideración los hechos ocurridos antes de la entrada en vigor del TBI en razón de que esos hechos, imputables a Ecuador y anteriores a la entrada en vigor del TBI, constituyeron la base de incumplimientos continuos o compuestos. A su vez Ecuador tiene la obligación, a partir de la firma del TBI, de actuar de buena fe. También la cláusula de la nación más favorecida del TBI y el Artículo VII del TBI entre Argentina y Ecuador demuestran que la intención de Ecuador fue darle al TBI entre Ecuador y los Estados Unidos un efecto retrospectivo limitado. Las Demandantes reclaman también por actos posteriores a la entrada en vigor del TBI imputables a Ecuador como violaciones del TBI. Finalmente sostienen que los hechos ocurridos antes de la entrada en vigor del TBI son relevantes para la determinación de los daños causados por las acciones de Ecuador después de esa fecha.

57. Las Demandantes sostienen que la consideración que debe darle el Tribunal a los hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado bajo las circunstancias antes descritas no constituye una violación del principio de la no-retroactividad reconocido en la Convención de Viena, ni de los Artículos del Proyecto de la CDI. A su vez las Demandantes alegan que el Artículo XII del

TBI no limita su aplicación temporal a controversias surgidas con posterioridad a su entrada en vigor.

58. Las Demandantes afirman que el Tribunal puede examinar la conducta ocurrida con anterioridad a la vigencia del TBI cuando esa conducta continúa más allá de esa fecha. El Artículo 28 de la Convención de Viena solamente limita la posibilidad de que un tribunal examine los hechos anteriores a la entrada en vigor de un tratado cuando esa conducta cesó antes de la entrada en vigor de ese tratado.

*

* *

59. Del análisis del texto y contexto del TBI, el Tribunal encuentra que de sus disposiciones no se desprende ni consta de otro modo la intención de las Partes contratantes respecto a su aplicación retroactiva. De conformidad a las normas del derecho internacional general codificadas en la Convención de Viena y especialmente en su Artículo 28, el Tribunal observa que por el hecho de que el TBI se aplique a inversiones existentes a su entrada en vigor, no se modifican los efectos temporales de sus disposiciones.

60. El Tribunal toma nota de las exigencias temporales del Artículo XII del TBI, que establece:

El presente Tratado se aplicará a las inversiones existentes en el momento de su entrada en vigor y a las inversiones que se efectúen o adquieran posteriormente.

61. La irretroactividad del TBI excluye su aplicación a las controversias surgidas con anterioridad a su entrada en vigor. Toda controversia surgida con anterioridad a esa fecha no es susceptible de ser sometida al sistema de solución de controversias establecido en el TBI. El silencio en el texto del TBI respecto a sus alcances en cuanto a las controversias anteriores a su entrada en vigor no altera los efectos del principio de la irretroactividad de los tratados.

62. El Tribunal distingue entre actos y omisiones anteriores a la entrada en vigor del TBI de los actos y omisiones posteriores a esa fecha alegados como violaciones al TBI. Para el Tribunal el surgimiento de una controversia susceptible de ser sometida a su competencia se relaciona inexorablemente con la violación de una norma del TBI por actos u omisiones posteriores a su entrada en vigor.
63. El Tribunal reconoce que para el derecho internacional general aplicable, controversia implica un desacuerdo sobre un punto de hecho o un derecho, un conflicto de opiniones legales o intereses entre partes.³ El surgimiento de la controversia determina la fecha crítica a partir de la cual las partes no pueden desconocer su existencia.
64. Respecto a los actos u omisiones alegados por las Demandantes como incumplimientos del TBI posteriores a su entrada en vigor, el Tribunal considera que tiene competencia, en tanto y en cuanto de probarse esos hechos, se constatare una violación del TBI. Esta determinación del Tribunal no prejuzga sobre la posterior evaluación de las alegaciones de ambas partes sobre la existencia o no de una violación al momento de decidir sobre el fondo.
65. El Tribunal distingue asimismo entre controversias surgidas con anterioridad a la entrada en vigor del TBI de las controversias que surjan con posterioridad a esa fecha que tienen una misma causalidad o una identidad de antecedentes con aquellas controversias anteriores.⁴
66. El Tribunal toma nota de que una controversia anterior puede evolucionar hacia el surgimiento de una nueva controversia,⁵ pero el hecho del surgimiento de esta nueva controversia no modifica los efectos de la irretroactividad del TBI respecto de la controversia anterior a su entrada en vigor. Las controversias

³ *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. U.K.)*, Jurisdiction (1924), *PCIJ Series A*, N° 2, p. 11; *Northern Cameroons (Cameroons v. United Kingdom)*, Judgment (1963), *ICJ Reports 1963*, p. 27; *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, Advisory Opinion (1988), *ICJ Reports 1988*, p. 27.

⁴ *Jan de Nul N.V. v. The Arab Republic of Egypt* (Caso CIADI No. ARB04/13), Decisión del Tribunal sobre excepciones a su competencia del 16 de junio de 2006, párra. 127.

⁵ *Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt* (Caso CIADI No. ARB/05/19), Decisión del Tribunal sobre excepciones a su competencia del 17 de octubre de 2006, párra. 53.

anteriores que subsistan con posterioridad a la entrada en vigor del TBI no quedan alcanzadas por éste.

67. El Tribunal observa que las partes coinciden en que el TBI, en principio, no produce efectos retroactivos. Sin embargo discuten los alcances del TBI respecto de ciertos actos u omisiones imputables a Ecuador, tanto anteriores como posteriores a su entrada en vigor.
68. En razón de las alegaciones de las Demandantes respecto a las excepciones a la jurisdicción presentadas por la Demandada vinculadas a la irretroactividad del TBI, el Tribunal se abocará seguidamente a evaluar la pertinencia de las invocaciones relativas a los alcances de los actos continuos y compuestos (punto a), a las obligaciones emanadas del Artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (punto b), a la cláusula de la nación más favorecida (punto c) y a los hechos anteriores relevantes para la determinación de los daños (punto d).

a. Actos continuos y compuestos

69. Las Demandantes alegan que Ecuador violó las obligaciones del TBI a través de actos ilícitos continuos y compuestos. Sostienen que la política de discriminación contra Seacoast por parte de Ecuador comenzó el 8 de abril de 1996 cuando INECEL no cumplió con la primera factura emitida por Seacoast. Ese acto de discriminación continuó hasta la revocación arbitraria e ilegal del permiso de operación de Seacoast a efectos de rechazar la demanda presentada por Seacoast ante los tribunales ecuatorianos y a efectos de rechazar una solución a través del arbitraje.
70. Alegan las Demandantes que el rechazo final de Ecuador de pagar se materializó al darse por terminados los procedimientos de la Comisión de Liquidación, después de la entrada en vigor del TBI. La Comisión de Liquidación era una parte integral del Contrato Seacoast. Por lo tanto las Demandantes sostienen que la expropiación de los derechos contractuales de Seacoast solamente se

completaron después que los procedimientos de la Comisión de Liquidación concluyeron.

71. Las Demandantes sostienen que los Artículos 14 y 15 del Proyecto de la CDI reconocen que un acto anterior a la entrada en vigor de un tratado puede violar el tratado si ese acto continúa más allá de esa fecha o si tiene un elemento compuesto ocurrido después de esa fecha.
72. A pesar del texto expreso del Artículo 14(2) del Proyecto de la CDI, las Demandantes alegan que la violación de una obligación internacional por un acto de un Estado que tiene un carácter continuo, no excluye la posibilidad de que una serie de actos constituya un acto ilícito continuo. En este sentido hacen referencia al caso *Tecmed c. Estados Unidos Mexicanos* en el que el Tribunal se refirió, según las Demandantes, a “la conducta” que continúa en el tiempo antes y después de la entrada en vigor del TBI, como determinante de la violación de ese Acuerdo.
73. Citan las Demandantes una serie de casos en los que tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han receptado la noción de acto continuo a partir de la constatación de una sucesión de actos imputables a un Estado.

*

* *

74. Respecto al carácter compuesto o continuo de los actos anteriores a la entrada en vigor del TBI Ecuador sostiene que, en la hipótesis de que los hechos descritos en la demanda presentasen los elementos necesarios para configurar un hecho ilícito internacional, no se trataría de uno de carácter compuesto, ni de carácter continuo.
75. Ecuador rechaza lo sostenido por las Demandantes en su Memorial de Demanda sobre el carácter compuesto y continuo de los pretendidos ilícitos imputables a las autoridades de Ecuador respecto al Contrato Seacoast. Ecuador niega que de

existir un acto ilícito internacional, que habría comenzado con anterioridad a la entrada en vigor del TBI, este continuaría después de esa fecha de manera que las normas del acuerdo podrían aplicarse a acontecimientos anteriores a mayo de 1997 en razón del carácter compuesto y continuo del ilícito internacional alegado.

76. Según Ecuador el fundamento detrás de esta argumentación es la intención de eludir el problema de la inexistencia de una inversión al momento de la entrada en vigor del Tratado. Para Ecuador, la invocación por parte de las Demandantes del caso *Tecmed* es errada en razón de que en ese caso no estaba en discusión la existencia de una inversión al momento de la entrada en vigor del tratado.
77. Ecuador sostiene que en el caso *Tecmed* el tribunal resolvió que podía conocer en acontecimientos anteriores a la entrada en vigor del acuerdo pero una vez que la cuestión de su competencia había quedado definida positivamente, no por la aplicación retroactiva del TBI, sino por la existencia efectiva de una inversión al momento de la entrada en vigor del TBI.
78. Para Ecuador, las Demandantes confunden la existencia del hecho ilícito continuo con los efectos de una violación consumada. Cita a la Comisión de Derecho Internacional que al sostener en sus Comentarios al Proyecto de la CDI afirmó que un hecho no tiene carácter continuado únicamente porque sus efectos o consecuencias se extiendan en el tiempo. Debe ser un hecho ilícito como tal que continúa.⁶
79. Para Ecuador la controversia relativa al pago de sumas supuestamente debidas por INECEL a Seacoast, no se corresponde con el concepto de hecho ilícito internacional ni tampoco con la naturaleza de los ilícitos continuos. De existir un hecho ilícito este se consumó a través de un supuesto desconocimiento de derechos que es claramente distinguible de sus meras consecuencias.

⁶ Crawford, J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002, p. 135 y ss.

80. Ecuador sostiene que para que exista un hecho compuesto se requiere de una serie de acciones u omisiones, definidas en su conjunto como ilícitas. Cita los Comentarios de la CDI sobre los hechos compuestos en cuanto a que a éstos le son aplicables consideraciones análogas a las relativas a los hechos ilícitos consumados o continuados en la determinación de cuándo se produce una violación del derecho internacional; la cuestión depende de los hechos precisos y del contenido de la obligación primaria.⁷
81. Ecuador concluye que la supuesta infracción reclamada por las Demandantes se habría consumado con anterioridad a la entrada en vigor del TBI y a través de un solo acto mediante el cual INECEL se negó a reconocer los derechos que Seacoast pretendía.

*

* *

82. El Tribunal entiende que conforme al derecho internacional consuetudinario el elemento relevante para determinar la existencia de un acto ilícito continuo o de un acto ilícito compuesto es la violación de una norma del derecho internacional existente al momento en que comienza ese acto que se extiende en el tiempo, o al momento en que se consuma.
83. El fundamento esgrimido tanto por órganos intergubernamentales de protección de los derechos humanos como por tribunales de derechos humanos para la tipificación de actos que producen un ilícito continuo es la prolongación de ese acto con posterioridad a la entrada en vigor del tratado que contiene la obligación incumplida.
84. Respecto a las diversas posiciones asumidas por las partes en cuanto a lo resuelto en el caso *Tecmed c. Estados Unidos Mexicanos*⁸, el Tribunal observa

⁷ *Ibid*, p. 141 y ss.

⁸ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2), Laudo del 29 de mayo de 2003, disponible en <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/laudo051903FINAL.pdf>>.

que la única interpretación posible es aquella que es coherente con el derecho internacional aplicable al caso. En este contexto puede sostenerse que el tribunal en *Tecmed* definió su competencia sobre la base de que se había alegado la existencia de un acto ilícito internacional con posterioridad a la entrada en vigor del tratado. Así es que el tribunal entendió que para determinar su competencia debía considerar la necesaria existencia, con posterioridad a la vigencia del tratado, del surgimiento de una controversia en los términos del TBI. A su vez, para ese tribunal, los acontecimientos o situaciones anteriores a la entrada en vigor del tratado pueden ser relevantes como antecedentes de controversias surgidas con posterioridad a esa fecha.

85. El Tribunal toma nota del contenido de las normas del derecho internacional consuetudinario plasmadas en el Proyecto de la CDI para precisar los alcances tanto de los actos ilícitos continuos como de los actos ilícitos compuestos.

86. Respecto a los actos ilícitos continuos, el Artículo 14 del Proyecto de la CDI prevé:

...La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional....

87. En su Comentario a este Artículo la CDI expresa que:

In accordance with paragraph 2, a continuing wrongful act, on the other hand, occupies the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation, provided that the State is bound by the international obligation during that period.⁹

88. En cuanto a actos ilícitos compuestos, el Artículo 15 del Proyecto de la CDI establece que:

Violación consistente en un hecho compuesto

La violación por el Estado de una obligación internacional mediante una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita, tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito.

⁹ Crawford, J., *op. cit.*, p. 136, párra. (3).

En tal caso, la violación se extiende durante todo el período que comienza con la primera de las acciones u omisiones de la serie y se prolonga mientras esas acciones u omisiones se repiten y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.

89. En su Comentario al Proyecto, la CDI expresa que de conformidad con el principio de inter-temporalidad del derecho:

...the State must be bound by the international obligation for the period during which the series of acts making up the breach is committed. In cases where the relevant obligation did not exist at the beginning of the course of conduct but came into being thereafter, the “first” of the actions or omissions of the series for the purposes of State Responsibility will be the first occurring after the obligation came into existence.¹⁰

90. El Tribunal encuentra que los actos ilícitos definidos como continuos o compuestos a los que se refieren los Artículos 14 y 15 del Proyecto de la CDI, son actos ilícitos internacionales. Es decir que se identifican con la violación de una norma del derecho internacional. De acuerdo al Artículo 13 de ese Proyecto, para que exista un acto u omisión ilícitos que genere responsabilidad internacional debe haberse incumplido una norma del derecho internacional vigente al momento de realizarse ese acto u omisión.

91. El Artículo 13 del Proyecto de la CDI establece:

Obligación internacional en vigencia respecto del Estado

Un hecho del Estado no constituye una violación de una obligación internacional a menos que el Estado se halle vinculado por dicha obligación en el momento en que se produce el hecho.

92. En su Comentario al Artículo 13, la CDI afirma que:

The evolutionary interpretation of treaty provisions is permissible in certain cases but this has nothing to do with the principle that a State can only be held responsible for breach of an obligation which was in force for that State at the time of its conduct.¹¹

¹⁰ *Ibid*, p. 144, párra. (11).

¹¹ *Ibid*, p. 134, párra. (9).

93. La alegación de las Demandantes respecto a la relevancia de los hechos anteriores considerados como incumplimientos del Tratado presupone una contradicción pues antes de la entrada en vigor del TBI no existe posibilidad de incumplirlo. El Tribunal entiende que tiene competencia sobre hechos posteriores a la entrada en vigor del TBI cuando esos hechos son alegados como violatorios del TBI. Hechos anteriores sólo podrán ser considerados por el Tribunal a efectos de evaluar los antecedentes, causas y alcances de las violaciones al TBI acontecidas con posterioridad a su entrada en vigor.
94. La irretroactividad de los tratados como regla general presupone que sólo a partir de la entrada en vigor de una obligación internacional, ésta genera derechos y obligaciones para las partes. Por lo tanto, para que todo acto ilícito internacional, sea considerado como consumado, continuo o compuesto, debe existir una violación de una norma del derecho internacional imputable a un Estado.
95. Para el Tribunal, las alegaciones de las Demandantes sobre los actos y omisiones de Ecuador, posteriores a la entrada en vigor del TBI, permiten afirmar la competencia de este Tribunal para decidir si hubo o no violación del TBI independientemente de que esos actos u omisiones tengan el carácter de compuestos o continuos.
96. Por otra parte, el Tribunal observa de que la existencia de una norma del derecho internacional consuetudinario incumplida con anterioridad a la entrada en vigor de un TBI no habilita el derecho de recurrir a la jurisdicción arbitral acordada en el TBI. En este contexto, el Tribunal encuentra ilustrativo lo expresado por el tribunal que decidió el caso *Mondev c. Estados Unidos de América* respecto a las diferencias existentes entre los reclamos de protección diplomática bajo el derecho internacional consuetudinario y los reclamos basados en un tratado.¹²

¹² El tribunal sostuvo que: “Nor do Articles 1105 or 1110 of NAFTA effect a remedial resurrection of claims a Canadian investor might have had for breaches of customary international law occurring before NAFTA entered into force. It is true that Articles 1105 and 1110 have analogues in customary international law. But there is still a significant difference, substantive and procedural, between a NAFTA claim and a diplomatic protection claim for conduct contrary to customary international law”, *Mondev International Ltd. v. United States of America* (Caso CIADI No. ARB(AF)99/2), Laudo del 11 de octubre de 2002, párra. 74.

97. Por las razones expuestas y en aplicación del principio de la irretroactividad de los tratados, el Tribunal entiende que los hechos y omisiones alegados por las Demandantes como anteriores a la entrada en vigor del TBI no califican como actos ilícitos continuos o compuestos del TBI.

b. Obligación de las partes firmantes del TBI de actuar de buena fe: Alcances del Artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

98. Las Demandantes sostienen que Ecuador incumplió con sus obligaciones de actuar de buena fe a partir de la firma del TBI. Se basan en el texto del Artículo 18 de la Convención de Viena y en los alcances de un pasaje del laudo en *Tecmed* que caracteriza el contenido del Artículo 18 como una manifestación del principio de la buena fe.¹³

99. El Artículo 18 de la Convención de Viena establece:

Obligación de no frustrar el objeto y fin de un tratado antes de su entrada en vigor.

Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado:

a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado: o

b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente.

100. Según las Demandantes, al referirse al Artículo 18 de la Convención de Viena, el tribunal en *Tecmed* se basó en lo resuelto en el caso *Megalidis c. Turquía*. Según las Demandantes la decisión del tribunal en *Megalidis* rechazó, aplicando el derecho internacional consuetudinario, la alegación de Turquía respecto a que no estaba obligada a restituir los bienes reclamados en razón de que esa

¹³ *Tecmed*, párra. 70.

obligación surgía del Tratado de Lausana que si bien lo había firmado, aún no estaba en vigor.

101. Las Demandantes se refieren también al caso *Opel Austria c. El Consejo de la Comunidad Europea* por el que el tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas invocó, según ellas, la aplicación del Artículo 18 de la Convención de Viena para establecer la responsabilidad del Consejo de la Unión Europea al imponer ciertas tarifas sobre productos austriacos después de haber firmado un acuerdo (pero antes de ratificarlo) que establecía el Área Económica Europea que prohibía la imposición de aquellas tarifas.
102. Las Demandantes concluyen que a través de la conducta seguida por Ecuador después de la firma del TBI, y antes de su entrada en vigor, incumplió sus obligaciones de actuar de buena fe impuestas por el Artículo 18 de la Convención de Viena.

*

* *

103. Ecuador sostiene que el Artículo 18 de la Convención de Viena no puede invocarse como fundamento para la aplicación retroactiva del TBI. Ecuador rechaza lo alegado por las Demandantes en su Memorial de Demanda respecto a que las normas del TBI, una vez que éste entra en vigor, producen efecto desde el momento en que las partes firmaron el acuerdo.
104. Sostiene Ecuador que la obligación impuesta a los Estados contratantes por el Artículo 18 de la Convención de Viena, no constituye una excepción al principio de la irretroactividad de los tratados, ni respecto de las demás normas de la Convención de Viena relativas a la entrada en vigor de los tratados.
105. Ecuador afirma que el Artículo 18 sólo admite dos excepciones contempladas expresamente en la Convención de Viena relativas a la aplicación provisional de un tratado y a las disposiciones de un tratado que regulan la autenticación de su

texto y otras cuestiones que se susciten necesariamente antes de la entrada en vigor del tratado.

106. Ecuador alega que en el caso *Tecmed c. Estados Unidos Mexicanos* correspondía la aplicación del TBI entre España y México dado que existía una inversión al momento de la entrada en vigor del tratado. Según la Demandada el tribunal resolvió que el ámbito de su competencia comprendía también ciertos acontecimientos anteriores a la fecha en que entró en vigor el TBI, solamente en la medida que esta última conducta o tales actos, al consumarse o completarse su consumación luego de entrada en vigor el tratado, constituyen una violación del TBI. Para Ecuador, la posición del tribunal en *Tecmed* no implica la aplicación retroactiva del TBI.

107. Según Ecuador, los acontecimientos posteriores a la fecha de entrada en vigor del TBI, no generaron derechos a favor de las Demandantes ni obligaciones para Ecuador en razón de que esos acontecimientos no constituyen una inversión, ni tienen relación con alguna inversión que haya existido a la fecha de la entrada en vigor del TBI. Por otra parte sostuvo que la controversia alegada por las Demandantes es anterior a la entrada en vigor del TBI.

*

* *

108. Para el Tribunal el Artículo 18 de la Convención de Viena es una aplicación del principio de la buena fe tendiente a proteger la no frustración del objeto y fin de un tratado por acciones u omisiones de los Estados contratantes anteriores a su entrada en vigor. El contenido del Artículo 18 no tiene el propósito de provocar la aplicación anticipada de las cláusulas de un tratado, es decir que no justifica su aplicación retroactiva.

109. Los precedentes citados por las Demandantes en apoyo de su posición presentan particularidades propias que los distinguen de las situaciones fácticas relevantes en el presente caso.

110. El Tribunal toma nota de que en el caso *Megalidis c. Turquía*, el tribunal arbitral Greco – Turco sostuvo en su laudo de fecha 26 de julio de 1928 que la propiedad sobre determinados objetos, derechos e intereses de Megalidis fueron incautados por autoridades turcas en agosto de 1923, es decir al poco tiempo de haberse firmado el Tratado de Lausana, pero antes de su entrada en vigor.¹⁴
111. El Tribunal constata que el Tratado de Lausana de fecha 24 de julio de 1923 se aplica a situaciones creadas a partir del 29 de octubre de 1914 respecto a propiedades, derechos e intereses de nacionales de las potencias aliadas que a la fecha de la entrada en vigencia del tratado todavía existían y podían ser identificados en los territorios que continuaban siendo turcos.
112. El Tribunal entiende que el Artículo 65 del Tratado de Lausana generó para Turquía una obligación de restituir ciertas propiedades, derechos e intereses afectados por acciones u omisiones consumadas con anterioridad a la entrada en vigor del tratado. Es decir que por este Artículo se manifiesta la clara intención de las Partes de que el tratado produzca efectos retroactivos.
113. El Tratado de Lausana preveía así mismo un Artículo supletorio retroactivo para el cumplimiento de la obligación de restituir exigida a Turquía para aquellas propiedades, derechos e intereses que a la fecha de la firma del Tratado ya habían sido liquidados por las autoridades de las Partes contratantes.¹⁵
114. El Tribunal entiende que la referencia que se hace en el caso *Megalidis* a la obligación de los Estados contratantes de abstenerse desde la firma de un tratado y hasta su entrada en vigor de no perjudicar al tratado o a la validez de sus cláusulas no fue el fundamento de la aplicación retroactiva por parte del tribunal de ciertas cláusulas del tratado. El Tribunal observa que la aplicación retroactiva del Tratado de Lausana fue la consecuencia directa de la aplicación por parte de ese tribunal de las cláusulas retroactivas del tratado a efectos de determinar la existencia de una obligación de reparar por parte de Turquía.

¹⁴ *Aristotelis A. Megalidis v. Turkey*, 8 Recueil des Decisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes (1927-1928).

¹⁵ Tratado de Lausana, Artículo 66.

115. En cuanto al otro caso relevante citado por las Demandantes, el Tribunal observa que en *Opel Austria c. El Consejo de la Comunidad Europea*, el tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea sostuvo que el principio de la buena fe es una regla del derecho internacional consuetudinario que da fundamento al contenido del Artículo 18 de la Convención de Viena.¹⁶ El Tribunal observa que la aplicación del Artículo 18 se fundamentó en la excepcionalidad de la situación generada a partir de la adopción de medidas que contradecían y frustraban el objeto y fin del tratado después de su firma y antes de su entrada en vigor pero después de que el tratado había sido ratificado y su entrada en vigor tenía una fecha cierta. La decisión de aquel tribunal se caracteriza por el hecho de que la imposición de las tarifas prohibidas por el acuerdo se había efectuado cuando los Estados parte ya habían depositado sus instrumentos de ratificación y la entrada en vigor del acuerdo tenía fecha cierta. Otra situación fáctica relevante fue la alegación de que la fecha de la medida impuesta había sido adulterada.¹⁷
116. Para el Tribunal no pueden confundirse los alcances de la obligación de no frustrar el objeto y fin de un tratado con la aplicación anticipada de las cláusulas de ese tratado a situaciones anteriores a la fecha de su entrada en vigor. No queda probado en el presente caso que las acciones y omisiones anteriores a la vigencia del TBI e imputables a la Demandada hayan frustrado el objeto y fin del Tratado. Los precedentes jurisprudenciales citados demuestran, en un caso, que la aplicación retroactiva de las normas del tratado se fundamentaron en sus propias cláusulas retroactivas. En el otro caso, quedó demostrado el carácter excepcional de la aplicación de la norma consuetudinaria plasmada en el Artículo 18 de la Convención de Viena.
117. El Tribunal reconoce que el Artículo 18 de la Convención de Viena es una aplicación del principio general de la buena fe, entendiendo que su alcance queda limitado a la no frustración del objeto y fin del tratado y no a la aplicación retroactiva de sus cláusulas.

¹⁶ *Opel Austria v. EU Council*, Case T-115/94; página 1 [1997] AII ER, 90, 97.

¹⁷ *Ibid*, párra 94.

c. Cláusula de la Nación Más Favorecida

118. Las Demandantes alegan que el Artículo II(1) del TBI expresa la intención de que el acuerdo tiene efectos retrospectivos limitados. Este Artículo se refiere al reconocimiento de la cláusula de la nación más favorecida (en adelante CNMF) que las Demandantes relacionan con el Artículo VII del TBI entre Argentina y Ecuador.

119. El Artículo II(1) del TBI establece que:

Cada Parte permitirá y tratará las inversiones y sus actividades afines de manera no menos favorable que la que otorga en situaciones similares a las inversiones o actividades afines de sus propios nacionales o sociedades, o las que los nacionales o sociedades de cualquier tercer país, cualquiera que sea la más favorable....

120. Para las Demandantes, el Artículo VII del TBI entre Argentina y Ecuador concede a los inversores argentinos parte de la protección ofrecida por el TBI entre Ecuador y los Estados Unidos desde diciembre de 1995. Las Demandantes sostienen que simplemente buscan la protección ofrecida por este Artículo.

121. El Artículo VII del Acuerdo de 1994 entre Argentina y Ecuador establece:

Aplicación de otras normas: Si las disposiciones de la legislación de cualquier Parte Contratante o las obligaciones de derecho internacional existentes o que se establezcan en el futuro entre las Partes Contratantes en adición al presente Convenio o si un acuerdo entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante contienen normas, ya sean generales o específicas, que otorguen a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante un trato más favorable que el que se establece en el presente Convenio, aquellas normas prevalecerán sobre el presente Convenio en la medida que sean más favorables.

122. Las Demandantes sostienen que su reclamo sobre la CNMF es sustancialmente diferente a la alegada por la demandante en el caso *Tecmed*, pues simplemente buscan la protección ofrecida por una cláusula sustantiva de otro TBI.

123. Al interpretar dicho Artículo VII las Demandantes sostienen que la referencia que se hace a los tratados celebrados “*entre las Partes Contratantes*” se refiere a las Partes contratantes de los tratados que todavía no entraron en vigor y no a las Partes contratantes de ese TBI, es decir, Argentina y Ecuador.

*

* *

124. Ecuador rechaza el alcance que las Demandantes le otorgan al Artículo VII del Tratado entre Argentina y Ecuador a efectos de alegar a través de la CNMF, la aplicación retroactiva del TBI.

125. Sobre el particular, Ecuador sostiene, invocando el precedente del caso *Tecmed*, que esa cláusula no puede invocarse en el presente caso puesto que la aplicación temporal del acuerdo de inversiones es un tema que forma parte del núcleo de cuestiones que deben presumirse como especialmente negociadas por las Partes contratantes.

126. Para Ecuador lo que este Artículo VII expresa es simplemente que las normas del derecho internacional que lleguen a establecerse en el futuro “entre las partes contratantes” (Ecuador y Argentina) “prevalecerán sobre el presente Convenio en la medida que sean más favorables”. Por lo tanto, Ecuador concluye que no hay lugar a la incorporación de las normas del TBI entre Ecuador y Estados Unidos, así como tampoco la cláusula autoriza su aplicación retroactiva.

*

* *

127. Del contenido del Artículo VII del TBI entre Argentina y Ecuador, el Tribunal concluye que, de conformidad con las reglas de interpretación del Artículo 31 de la Convención de Viena, las referencias que en el texto de aquel artículo se hacen a “*cualquier Parte Contratante*”; “*entre las Partes Contratantes*”; “*un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante*” y a “*otra Parte*

Contratante”, inequívocamente se refieren a las Partes Contratantes de ese TBI celebrado entre Argentina y Ecuador.

128. En consecuencia, el Tribunal rechaza la posibilidad de considerar la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en los términos y con los efectos pretendidos por las Demandantes.

d. Hechos anteriores a la entrada en vigor del TBI relevantes para la determinación de los daños

129. Las Demandantes sostienen que los hechos anteriores a la entrada en vigor del TBI son relevantes en la determinación de los daños. El Artículo 18 de la Convención de Viena al igual que el Artículo 13 del Proyecto de la CDI no limitan las facultades de un tribunal de examinar hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de un tratado a efectos de determinar los alcances de los daños ocasionados por hechos ocurridos después de esa fecha.

130. Las Demandantes alegan en su Memorial de Demanda que Ecuador había incumplido con sus obligaciones de negociar de buena fe en la Comisión de Liquidación y que frustró otros intentos de solucionar las disputas existentes basándose en la revocación arbitraria del permiso de operación de la sucursal de Seacoast en Ecuador. Para la determinación de los daños consecuencia de estos incumplimientos, las Demandantes sostienen que el Tribunal debe examinar los incumplimientos contractuales ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor del TBI.

*

* *

131. Ecuador alega que los hechos anteriores a la entrada en vigor del TBI no pueden ser invocados como violatorios de un tratado que aún no generó obligaciones para los Estados Parte. En consecuencia, tampoco pueden ser invocados a efectos de determinar la reparación por un ilícito inexistente.

*

* *

132. El Tribunal encuentra que la alegación de las Demandantes respecto a la relevancia de los hechos anteriores a la entrada en vigor del TBI en la determinación de los daños queda restringida a lo expresado por la CDI al comentar el Artículo 13 *in fine* de su Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos.

133. Al referirse a la inter-temporalidad del derecho para asegurar que un Estado solamente podrá ser encontrado responsable por el incumplimiento de una obligación que se encontraba vigente para ese Estado al momento de su violación, la CDI expresó que:

*Nor does the principle of the inter-temporal law mean that facts occurring prior to the entry into force of a particular obligation may not be taken into account where these are otherwise relevant. For example, in dealing with the obligation to ensure that persons accused are tried without undue delay, periods of detention prior to the entry into force of that obligation may be relevant as facts, even though no compensation could be awarded in respect of the period prior to the entry into force of the obligation.*¹⁸

134. Así expresó también que:

*In cases where the relevant obligation did not exist at the beginning of the course of conduct but came into being thereafter, the “first” of the actions or omissions of the series for the purposes of State responsibility will be the first occurring after the obligation came into existence. This did not prevent a court taking into account earlier actions or omissions for other purposes (e.g. in order to establish a factual basis for the later breaches or to provide evidence of intent).*¹⁹

135. Este Tribunal, de conformidad a lo expresado por la CDI en sus Comentarios a las normas consuetudinarias expresadas en los Artículos 13, 14 y 15 de su Proyecto sobre Responsabilidad del Estado, tomará en cuenta los hechos

¹⁸ Crawford, J., *op. cit.*, p. 135.

¹⁹ *Ibid*, p. 144, párra. (11).

anteriores a la entrada en vigor del TBI sólo para entender y precisar los alcances y efectos de los incumplimientos del TBI posteriores a esa fecha.

136. El Tribunal reitera lo ya expresado respecto a la posibilidad de ejercer competencia sobre todo acto u omisión posterior a la entrada en vigor del TBI alegado por las Demandantes como violatorio de éste. Hechos u omisiones anteriores a la entrada en vigor del TBI podrán ser tenidos en cuenta por el Tribunal en aquellos casos en los que estos hechos sean relevantes como antecedentes, causas o circunstancias básicas para el surgimiento de una controversia a partir de la consumación de un ilícito con posterioridad a la entrada en vigor de la norma incumplida. Sin embargo, el Tribunal entiende que no tiene competencia para entender sobre la determinación de los daños por hechos que no califican como violaciones al TBI por ser anteriores a su entrada en vigor.

3. LAS EXCEPCIONES SUBSIDIARIAS

a. Primera excepción subsidiaria a la competencia del Tribunal: Inexistencia de una Inversión

137. Ecuador alega que el Contrato Seacoast no corresponde con el concepto de inversión, tal como se entiende en el marco del Convenio CIADI. Afirma que no ha expresado su consentimiento por escrito para someter la controversia al arbitraje CIADI en razón de que cuando el TBI entró en vigor el 11 de mayo de 1997, no existía inversión alguna de las Demandantes, de manera que el tratado invocado en la demanda para suplir la falta de consentimiento expreso, no es aplicable al caso. Ecuador alega que el Contrato Seacoast terminó en julio de 1996 y las Demandantes vendieron la totalidad de sus participaciones en Ecuapower en marzo de 1997.
138. Ecuador sostiene que ni el Convenio CIADI ni el TBI definen lo que ha de entenderse por inversión. Reconoce que ante la ausencia de una definición, la jurisprudencia se ha inclinado por otorgarle al término inversión una

interpretación extensiva. Sin embargo considera que esa extensión no puede llegar a forzar el significado del propio término. Por lo tanto argumenta que para que pueda considerarse que existe una inversión en los términos del Artículo 25 del Convenio CIADI deben de estar presentes ciertos requisitos que hacen a la duración del proyecto, a las expectativas de retorno u obtención de beneficios, el asumir riesgos, a la existencia de un compromiso sustancial y a la relación de la operación con el desarrollo del Estado receptor.

139. Para Ecuador, en el Contrato Seacoast no están presentes los requisitos de duración y de riesgo compartido. Se trata de un contrato de suministro que en esencia es una compraventa. El Contrato fue suscrito como respuesta a una emergencia transitoria y su duración es precaria. Los generadores de energía ingresaron por el régimen aduanero de internación temporal. El proveedor cobra por la energía que vende y el comprador paga la energía que compra. Esta transacción siendo netamente de naturaleza comercial está fuera del ámbito material de la jurisdicción del CIADI.
140. Según Ecuador el TBI tampoco contiene una definición de lo que ha de entenderse por inversión. No ha habido intención de definir el término con precisión. La enumeración contenida en el Artículo I(1)(a) del TBI siempre está referida al término inversión haciéndose referencia a relaciones o bienes frecuentemente comprendidos dentro del complejo conjunto de operaciones conocido como inversión.
141. Ecuador resume su posición sobre el contenido del Artículo I(1)(a) del TBI alegando que la enumeración que contiene, en nada modifica sus conclusiones sobre los alcances del término inversión del Artículo 25 del Convenio CIADI. El Contrato Seacoast había terminado antes de la entrada en vigor del TBI y con posterioridad a esa fecha, Seacoast sólo tenía meras expectativas vinculadas a una reclamación contractual no reconocida y a la que no le corresponde ser considerada como una inversión a los efectos del Convenio CIADI.
142. Ecuador sostiene asimismo que la controversia suscitada a propósito del Contrato Ecuapower tampoco proviene directamente de una inversión. Las

alegaciones de las Demandantes relativas a las demoras intencionales de los funcionarios ecuatorianos en la firma del Contrato entre INECEL y Ecuapower y la presunta posterior venta forzada de los supuestos intereses de las Demandantes en Ecuapower, no tienen relación y por lo tanto no derivan directamente de inversión alguna.

143. Ecuador rechaza toda vinculación entre el Contrato Seacoast y el Contrato Ecuapower en cuanto a que el segundo no corresponde con la intención o la oferta de renovar el primero. Para Ecuador no existió obligación de renovar el Contrato Seacoast. A su vez sostiene que Seacoast y Ecuapower son dos personas jurídicas distintas, por lo que los derechos y obligaciones de una no son transferibles a la otra.
144. Ecuador alega que el permiso de operación de Seacoast no puede considerarse vinculado con una inversión ya existente protegida o amparada por el TBI, ni puede considerarse en sí misma como una inversión. Su revocación no pudo tener incidencia en las actividades de Seacoast, puesto que dicha compañía no realizaba actividad alguna y se hallaba en imposibilidad manifiesta de hacerlo luego de haber traspasado a otra compañía todos sus activos.
145. Frente a la alegación de las Demandantes, relativa a la existencia de una inversión consistente en derechos que éstas tenían frente a INECEL y al Estado al momento de la entrada en vigor del TBI, Ecuador alega que no se trataría de derechos sino de meras pretensiones. Sostiene que en una relación bilateral, un derecho no nace porque una de las partes se lo atribuye. Si la contraparte niega la existencia misma del derecho alegado, lo que existe es una pretensión, no un derecho. Según la Demandada, este hecho quedó corroborado a través de la demanda presentada el 31 de julio de 1996 por Seacoast contra INECEL en los tribunales ecuatorianos. Alega Ecuador que el contenido de esta demanda y la contestación dada a la misma por INECEL, muestran incontestablemente que la existencia de los pretendidos derechos de Seacoast no fue reconocida por INECEL.

146. Al referirse a los acontecimientos posteriores a la entrada en vigor del TBI relacionados en la demanda, Ecuador los relaciona con tres aspectos (i) las negociaciones para la liquidación del contrato (ii) las negociaciones orientadas hacia una solución de la controversia mediante arbitraje y (iii) la revocación del llamado permiso de operación de Seacoast. Para Ecuador ninguno de estos acontecimientos constituye una inversión, por lo tanto el TBI no es aplicable a esos acontecimientos posteriores a su entrada en vigor.

*

* *

147. Por su parte las Demandantes alegan que al momento de entrar en vigor el TBI existía una inversión protegida por el Tratado. Sobre el particular, sostienen que la sucursal de Seacoast en Ecuador y sus activos intangibles califican como inversiones bajo la definición amplia de “inversiones” del TBI. Esta definición es la que rige a los efectos de dar cumplimiento a lo estipulado por el Convenio CIADI.

148. Basan las Demandantes su afirmación en el hecho de que los tribunales del CIADI han reiteradamente interpretado el término “inversión” en un sentido amplio al determinar su competencia. Citan como precedentes los casos *Fedax c. República de Venezuela* y *CSOB c. Eslovaquia* para afirmar que el Convenio CIADI no restringe el alcance del término “inversión”; que la definición de “inversión” se encuentra en el TBI y que el TBI define “inversión” de manera amplia.

149. Las Demandantes sostienen que el TBI define las inversiones que pueden ser sometidas al CIADI. Citan en su apoyo la decisión sobre jurisdicción en el caso *Tokios Tokéles c. Ucrania* en el que el tribunal encuentra que no definiendo el Convenio CIADI el término “inversión” las partes tienen un amplio poder discrecional para determinar qué transacciones constituyen o no una inversión. Ese poder discrecional se plasma en el contenido de las definiciones aceptadas en el TBI. Por lo tanto, toda transacción que cae bajo la definición de

“inversión” en el TBI, también califica como una inversión bajo el Artículo 25 del Convenio CIADI.

150. Alegan las Demandantes que Ecuador confunde la relación entre el Convenio CIADI y el Artículo I(1)(a) del TBI al exigir para determinar la existencia de una inversión el cumplimiento de ciertos requisitos relativos a la existencia de retornos, duración prolongada, riesgo, compromiso y contribución al desarrollo económico del Estado receptor. De todas maneras las Demandantes argumentan que los requisitos de duración y riesgo están presentes en el esquema del proyecto y en la inversión de Seacoast en Ecuador.
151. A la fecha de la entrada en vigor del TBI existía, según las Demandantes, una inversión en los activos intangibles, en la existencia de la sucursal y en otros derechos contractuales frente a INECEL. Ecuapower sólo obtuvo de Seacoast los activos para la generación de electricidad. Seacoast mantuvo sus derechos frente a INECEL en cuanto a la obligación contractual de negociar un contrato de larga duración. Esas negociaciones continuaron a través del establecimiento de la Comisión de Liquidación y hasta la anulación de la demanda de Seacoast en octubre de 1999.
152. Las Demandantes alegan que su inversión cae dentro de la definición de inversión del TBI. Sostienen que la sucursal de Seacoast y sus activos intangibles califican como inversiones bajo el TBI antes y después de la venta de las plantas generadoras de energía pues: Seacoast tenía un contrato; Seacoast tenía un permiso para operar; Seacoast tenía una sucursal que era propietaria de activos en Ecuador; y el TBI se aplica a las inversiones existentes al momento de su entrada en vigor.
153. Sostienen las Demandantes que el Contrato Seacoast también califica como inversión bajo el Artículo I(1)(a)(iii) y I(1)(a)(v), al contener un reclamo de dinero y al referirse a cualquier derecho conferido por contrato.
154. Las Demandantes afirman también que el permiso de operar de Seacoast cae dentro de la definición de inversión del TBI. El Artículo I(1)(a)(v) del TBI se

refiere a que “cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la Ley” es una inversión. El otorgamiento y luego la revocación del permiso no son meros actos administrativos. Las Demandantes alegan la revocación del permiso fue la causa para que el Procurador General y el Juez Civil de Ecuador anularan la demanda presentada por Seacoast y a su vez el Procurador General se valió de esa revocación para rechazar el acuerdo de arbitraje previamente negociado.

155. Para las Demandantes, sus intereses en Seacoast caen bajo la definición de inversión en el TBI. Así lo expresa el Artículo I(1)(a)(ii). Las Demandantes son las propietarias de la sucursal de Seacoast en Ecuador. La sucursal tiene derechos en Ecuador contra INECEL tanto bajo el Contrato Seacoast como bajo el Contrato Aclaratorio. Seacoast persiguió activamente esos derechos a través de los esfuerzos de su representante legal en la Comisión de Liquidación para obtener el pago de las cuentas por cobrar y a su vez administró la demanda de Seacoast contra INECEL.

156. En consecuencia las Demandantes afirman que el TBI se aplica a las inversiones existentes de conformidad a su Artículo XII(1). Aún más, alegan que el Artículo I(3) confirma que cualquier alteración de la forma en que los activos son invertidos o reinvertidos no puede afectar su carácter de inversiones.

*

* *

157. El Tribunal reitera que la normativa a tener en cuenta principalmente a los efectos de determinar su propia competencia en el presente caso se encuentra esencialmente contenida en el Convenio CIADI y en el TBI entre la República de Ecuador y los Estados Unidos de América.

158. El Artículo 25(1) del Convenio CIADI establece que:

La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado

Contratante y que las partes hayan consentido por escrito someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

159. De la simple lectura del Artículo 25(1), el Tribunal reconoce que el Convenio CIADI no define el término “inversión”. El Tribunal toma nota de que reiterados precedentes arbitrales confirman a su vez lo establecido en el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial en cuanto a que el Convenio no definió el término “inversión” en razón de que se pretendía dejar librado a las partes el decidir qué tipo de reclamos podían ser sometidos al CIADI.²⁰
160. Por su parte, el TBI en su Artículo I establece qué inversiones quedan protegidas bajo ese acuerdo. Así es que el TBI complementa al Artículo 25 del Convenio CIADI, a los efectos de definir los alcances de la competencia del Tribunal respecto a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión.
161. El Artículo I del TBI establece que:
1. *A efectos del presente Tratado:*
 - a) *“Inversión” significa 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 de sociedades de la otra Parte o esté controlada por dichos nacionales o sociedades, y comprende:*
 - i) *Los bienes corporales e incorporales, incluso derechos tales como los de retención, las hipotecas y las prendas;*
 - ii) *Las sociedades o las acciones de capital u otras participaciones en sociedades o en sus activos;*
 - iii) *El derecho al dinero o a alguna operación que tenga valor económico y que esté relacionada con una inversión;*
 - iv) *la propiedad intelectual...;*
 - v) *Todo derecho conferido por ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la Ley...*
 3. *Ninguna modificación en la forma en que se invierten o reinvierten los activos alterará el carácter de los mismos en cuanto a inversión.*

²⁰ *Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 18/03/1965, 1 ICSID Reports, p. 28.*

162. El Tribunal toma asimismo nota de la exigencia temporal del Artículo XII del TBI en cuanto a que sus cláusulas se aplican a inversiones existentes al momento de su entrada en vigor. En consecuencia, el Tribunal deberá determinar *prima facie* si a la entrada en vigor del TBI subsistía la inversión alegada por las Demandantes.
163. El Tribunal entiende que a los efectos de determinar si el Tribunal tiene o no competencia es suficiente considerar los hechos tal como fueron alegados por las Demandantes en tanto y en cuanto, de ser probados como ciertos, constituirían un incumplimiento del TBI.²¹ Esta aseveración no prejuzga sobre el derecho de la parte Demandada a cuestionar la existencia de los hechos alegados a los efectos de determinar la existencia o no de la competencia del Tribunal. Pero toda alegación sobre los alcances de esos hechos y sobre sus consecuencias jurídicas son materias que deben ventilarse en el análisis y evaluación del fondo del asunto.
164. Para el Tribunal, la definición de inversión del Artículo I(a) del TBI es amplia y abarca los derechos e intereses alegados por las Demandantes en las consecuencias del proyecto Seacoast que subsistieron como una inversión protegida después de la entrada en vigor del TBI, en cuanto, entre otros, a las alegaciones sobre los activos intangibles de las cuentas por cobrar y a la existencia de un permiso para operar.
165. El Tribunal afirma que los requisitos tenidos en cuenta en algunos precedentes arbitrales a efectos de caracterizar la existencia de una inversión protegida por un tratado (como pueden ser la duración y el riesgo de la alegada inversión), deben ser considerados como meras ejemplificaciones y no necesariamente como elementos constitutivos necesarios para su existencia. No obstante, el Tribunal entiende que los elementos propios del proyecto Seacoast y sus consecuencias, encuadran dentro de aquellas caracterizaciones requeridas para determinar la existencia de inversiones protegidas.

²¹ Conforme *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia* (Caso CIADI No. ARB/81/1), párra. 38; *Azurix Corp. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12), párra. 76; *Pope & Talbot Inc. v. the Government of Canada*, párra. 25; *Maffezini c. Reino de España*, párra. 69.

166. Para el Tribunal, de los hechos alegados por las Demandantes como violatorios del TBI e imputables a Ecuador es posible distinguir entre aquellos que si se probaran, serían violatorios del TBI, de aquellos que aún si se probaran no constituirían violaciones del TBI.
167. Considerando que el Contrato Seacoast constituyó una inversión anterior a la entrada en vigor del TBI, deberá tenerse en cuenta la subsistencia de esa inversión a la fecha de su entrada en vigor. Por otra parte, el principio de la irretroactividad de los tratados limita la aplicación del TBI y de sus cláusulas jurisdiccionales a aquellas controversias alegadas como surgidas sobre la base de violaciones de ese acuerdo con posterioridad a su entrada en vigor.
168. Siguiendo este criterio, los reclamos relativos al Contrato Seacoast y al Acuerdo Complementario al igual que al Contrato Ecuapower, no pudieron implicar violaciones bajo el TBI pues éste no estaba vigente al momento de producirse esos alegados incumplimientos contractuales. En aplicación de las normas consuetudinarias relativas a la Responsabilidad de los Estados los incumplimientos contractuales anteriores a la entrada en vigor del TBI no tienen entidad suficiente para configurar violaciones del TBI.
169. De los hechos alegados por las Demandantes como incumplimientos del TBI con posterioridad a su entrada en vigor, el Tribunal encuentra que las consecuencias de una inversión pre-existente a la entrada en vigor del tratado continuaban, *prima facie* después de esa fecha. Por lo tanto el Tribunal tiene competencia para entender de los reclamos de las Demandantes en los que se alegan incumplimientos al TBI imputables a Ecuador por actos u omisiones posteriores a su entrada en vigor y que afectan a su inversión.
170. Corresponderá al Tribunal, en el análisis de las argumentaciones y evidencias sobre el fondo de las cuestiones planteadas determinar si las alegaciones de las Demandantes fundadas en incumplimientos del TBI por actos u omisiones imputables a Ecuador con posterioridad a su entrada en vigor efectivamente constituyen violaciones al TBI.

**b. Segunda excepción subsidiaria a la competencia del Tribunal:
La cláusula de “la bifurcación de caminos”**

171. Ecuador alega la preclusión de la opción arbitral contenida en el TBI, debido al sometimiento de la controversia a los tribunales nacionales de Ecuador.
172. Ecuador sostiene que de conformidad con los artículos VI(2)(a) y VI(3)(a) del TBI se recepta la regla de la bifurcación de caminos. Es decir que una vez que se opta por una jurisdicción, queda definido el foro, con independencia del resultado de la acción emprendida. Para Ecuador, una vez presentado el reclamo para su solución ante los tribunales judiciales ecuatorianos, la parte actora pierde la posibilidad de acudir a un arbitraje internacional, ya que una vez elegida la opción de los tribunales locales esa elección se convierte en definitiva e irrevocable.
173. Ecuador alega que en la demanda presentada por Seacoast ante los tribunales ecuatorianos en 1996 constan los mismos reclamos que sirven de fundamento a las pretensiones presentadas por segunda ocasión por las Demandantes ante un tribunal del CIADI.
174. Para avalar su posición Ecuador manifiesta que la causa de la nulidad de la demanda presentada ante los tribunales ecuatorianos surgió con posterioridad a la presentación de la demanda; Seacoast en vez de subsanar la nulidad alegada, se allanó a la misma mediante escrito de fecha 15 de octubre de 1999. El allanamiento de Seacoast al pedido de nulidad no le impide el iniciar en Ecuador una acción complementaria que conduzca a un pronunciamiento sobre el fondo.

*

* *

175. Las Demandantes alegan que no han activado la cláusula relativa a “la bifurcación de caminos”, en razón de que la demanda ante los tribunales ecuatorianos involucra partes diferentes y cuestiones diferentes, la demanda no

fue una elección libre del foro y fue anulada sin que existiera una decisión sobre el fondo.

176. Según las Demandantes la jurisprudencia del CIADI es constante en cuanto a que una parte en la controversia activa la cláusula de la “bifurcación de caminos” si los procedimientos intentados se refieren a las mismas partes, tienen el mismo objeto y la acción tiene la misma causa. Las Demandantes citan al caso *Benvenuti c. Republica del Congo* que hace referencia a la existencia de *lis pendens*. Citan el caso *Azurix c. República Argentina* y el caso *CMS c. República Argentina*. Alegaron que en este último caso el tribunal distinguió el hecho de que ante los tribunales nacionales la demanda se refería a incumplimientos contractuales, mientras que la demanda ante el CIADI se refería a incumplimientos del tratado. Alegan asimismo que esta posición fue seguida en reiterados casos de arbitraje del CIADI.
177. Las Demandantes sostienen que no fueron parte en el procedimiento ante los tribunales ecuatorianos. Los procedimientos en los tribunales ecuatorianos y ante el CIADI tienen diferente causa de acción y su objeto es distinto. En el primero Seacoast demandó por incumplimiento del contrato, en el segundo, las Demandantes reclamaron por incumplimientos del TBI. Por otra parte, en el procedimiento ante el CIADI se reclama por actos anteriores y posteriores a la entrada en vigor del TBI. La demanda de Seacoast ante los tribunales ecuatorianos no incluye reclamos por actos arbitrarios y discriminatorios de Ecuador por el incumplimiento de la promesa de negociar un contrato de larga duración, por el incumplimiento de la obligación de negociar de buena fe en la Comisión de Liquidación, por la revocación del permiso de operación de Seacoast, por su negativa a acordar un arbitraje y por anular la demanda presentada ante los tribunales ecuatorianos. Afirman las Demandantes que no han activado el mecanismo de “la bifurcación de caminos” en razón de que el procedimiento fue finalmente anulado sin que el juez decidiera sobre el fondo de la cuestión.
178. Las Demandantes alegan que no eligieron libremente el recurrir a los tribunales ecuatorianos puesto que fueron inducidos por las futuras autoridades

ecuatorianas a fin de poder a futuro llegar a un arreglo. Citan el precedente de *Occidental c. Ecuador* en el que el tribunal afirma que la regla de “la bifurcación de caminos” presupone que el inversor ha hecho una elección entre distintas alternativas libre de toda presión. Alegan a su vez que al momento de presentar la demanda ante los tribunales ecuatorianos no existía la posibilidad de elegir entre dos vías.

179. Ante la alegación de Ecuador de que la sola presentación de la acción en los tribunales domésticos activa la regla de la “bifurcación de caminos”, las Demandantes sostienen que esa regla refleja un principio de derecho interno e internacional relativo a la *lis pendens*. Para las Demandantes el objeto de la regla es la de asegurar eficiencia y evitar decisiones inconsistentes. La declaración de nulidad de la demanda y la posibilidad alegada por Ecuador de que Seacoast pueda presentar una nueva demanda ante los tribunales del Ecuador, no alteran, para las Demandantes, los efectos de la regla de la *lis pendens*.

*

* *

180. El Tribunal toma debida nota del hecho de que la primera presentación ante el CIADI por parte de las Demandantes, es decir la primera solicitud de arbitraje, se efectuó en el año 1998 cuando aún no se había anulado el procedimiento por ante el juez Civil de Ecuador, hecho que ocurrió el 21 de octubre de 1999. El Tribunal toma asimismo conocimiento de que el alegado consentimiento de Seacoast a la nulidad del procedimiento es posterior al retiro de la primera solicitud de arbitraje ante el CIADI.

181. Para el Tribunal, la regla de “la bifurcación de caminos” se diferencia del principio de la *lis pendens* en razón de que esa regla se refiere a una opción, expresada como un derecho a elegir entre sistemas jurisdiccionales distintos y con carácter irrevocable. Una vez que se optó, no existe posibilidad alguna de recurrir a la otra vía alternativa. El derecho de optar por única vez hace a la esencia de la regla de “la bifurcación de caminos”.

182. La afirmación de las Demandantes sobre la no activación del mecanismo de “la bifurcación de caminos” en razón de que el procedimiento fue finalmente anulado sin que el juez decidiera sobre el fondo de la cuestión no es relevante a los efectos de determinar su competencia en cuanto a que, de haber existido un derecho de opción y de haberse efectivamente realizado la opción, esta sería de todas maneras irrevocable habiendo o no decisión final sobre el fondo.
183. Asimismo es irrelevante a los efectos de determinar la activación de la cláusula de “la bifurcación de caminos” la posición de las Demandantes sobre por qué no hicieron una nueva presentación judicial en Ecuador después de la nulidad del procedimiento en 1999. Para el Tribunal, las alegaciones de las Demandantes sobre las presuntas posiciones que asumiría el tribunal ecuatoriano frente a la posición del Procurador General constituyen meras especulaciones subjetivas.
184. Independientemente de las antedichas constataciones, el Tribunal encuentra que la demanda ante los tribunales ecuatorianos por parte de Seacoast no constituye el ejercicio de la opción del Artículo VI(2) del TBI.
185. El Artículo VI(2) del TBI expresa:
- Cuando surja una diferencia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías, para su resolución: a) A los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia, o b) A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convenido, o c) Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo.*
186. Para el Tribunal la demanda ante los tribunales ecuatorianos nunca pudo tener por fundamento violaciones al TBI pues este aún no estaba vigente, sino que se basó en alegados incumplimientos contractuales. Seacoast no pudo optar de acuerdo con el TBI sino que demandó por incumplimiento del contrato en el fuero local. El Tribunal observa que en el caso *Vivendi c. República Argentina* sobre nulidad parcial se infiere que el recurrir al foro local por incumplimientos

contractuales no implica ejercer el derecho de opción contenido en el TBI, a no ser que la demanda ante el foro local se base en la violación del TBI.²²

187. Para el Tribunal, las Demandantes no desconocen que parte de la controversia planteada ante el CIADI había sido sometida con anterioridad ante los tribunales ecuatorianos por Seacoast. En consecuencia las Demandantes reconocen que a ese momento no existía un derecho de opción a su favor, es decir que el TBI no estaba en vigor.
188. El Tribunal entiende que en la demanda de Seacoast ante los tribunales ecuatorianos se reclamaba por incumplimientos contractuales relativos al Contrato Seacoast y al Contrato Aclaratorio. Por su parte, la presente acción de las Demandantes ante el CIADI se estructura sobre incumplimientos contractuales y del TBI y se reclama tanto por hechos anteriores como posteriores a la fecha de su entrada en vigor.
189. El Tribunal considera que la invocación por parte de la Demandada del ejercicio de la opción de la jurisdicción de los tribunales ecuatorianos por parte de las Demandantes es irrelevante frente a las especiales circunstancias del presente caso. En efecto, para el Tribunal las acciones sometidas por Seacoast a la jurisdicción ecuatoriana se referían a controversias surgidas con anterioridad a la entrada en vigor del TBI. Por lo tanto, en aplicación del principio de la irretroactividad de los tratados, esas controversias quedan fuera de la competencia temporal de este Tribunal. No es necesario tampoco determinar si la violación del contrato implica a su vez la violación del TBI, en razón de que el TBI no estaba en vigor y por ende no generó obligaciones para Ecuador a la fecha del surgimiento de esas controversias. Por otra parte, la invocación de la Demandada de la regla de “la bifurcación de caminos” es también irrelevante respecto a los reclamos de las Demandantes relativas a actos y omisiones posteriores a la vigencia del TBI imputables a Ecuador como violatorias de éste.

²² *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3), Decisión sobre la Anulación del Comité *ad hoc* de fecha 3 de julio de 2002, párra. 55.

190. El Tribunal reitera que no tiene competencia para entender sobre controversias surgidas con anterioridad a la entrada en vigor del TBI. El Tribunal confirma que tiene competencia sobre hechos alegados por las Demandantes como generadores de controversias que surgen o se manifiestan con posterioridad a la entrada en vigor del TBI, independientemente de que tengan una causalidad o antecedentes comunes con alegaciones sobre hechos o controversias anteriores a la entrada en vigor del TBI.

4. CONCLUSIONES

191. Por todas las razones antes expuestas, el Tribunal concluye:

1. Acoger la excepción principal de la Demandada sobre la competencia del Tribunal relativa a la irretroactividad del TBI;
2. Rechazar las excepciones a la competencia del Tribunal relativas a la inexistencia de una inversión y la preclusión de la cláusula “bifurcación de caminos” y en consecuencia establecer su competencia para entender de todas aquellas violaciones al TBI alegadas por las Demandantes como imputables a la Demandada por actos y omisiones posteriores a la entrada en vigor del TBI;

III. FONDO

1. INTRODUCCIÓN AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

192. El Tribunal, después de haber realizado un análisis exhaustivo de cada uno de los argumentos de las partes respecto a las materias sobre las que determinó su competencia, pasa ahora a analizar el fondo de la controversia refiriéndose solo a aquellos argumentos que considera esenciales para la determinación de los derechos y obligaciones de las partes.

193. El Tribunal entiende que sus conclusiones sobre Competencia expresadas en el párrafo 191 no prejuzgan sobre los derechos y obligaciones de cada una de las partes respecto a aquellas cuestiones que no se encuentran bajo su jurisdicción y sobre las que el Tribunal no se expedirá en el presente Laudo.

a. Hechos relevantes

194. Las Demandantes, M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc., son compañías establecidas en los Estados Unidos de América, que invocan ser las propietarias y tener el control de Seacoast, compañía establecida en 1992 bajo las leyes del Estado de Texas, originalmente controlada por Briggs-Cockerham LLC.

195. En el contexto de una crisis energética sufrida por Ecuador durante 1995, el 7 de noviembre de 1995, el INECEL firmó con Seacoast un contrato de suministro de electricidad por un plazo de seis meses (Contrato Seacoast). Seacoast debía proveer la instalación y operación de dos plantas de generación de energía eléctrica en Santa Elena y en Santo Domingo (Ecuador), y vender esa energía a INECEL.

196. Ese día las partes firmaron un Memorando de Clarificación para la Ejecución del Contrato (Contrato Aclaratorio) relativo a los alcances de algunas de las cláusulas del Contrato Seacoast.

197. Después de firmar el Contrato Seacoast, y a los efectos de su ejecución, los titulares de Seacoast decidieron entrar en un “joint venture” con otras tres compañías constituidas en los Estados Unidos.

198. En el “joint venture” se incorporaron las Demandantes en el presente procedimiento arbitral, M.C.I. Power Group, LC (en adelante MCI) y New Turbine Inc., conjuntamente con Old Dominion Electric Cooperative (en adelante ODEC). New Turbine operaba en ese momento bajo el nombre Energy Services Inc. (en adelante, ESI).

199. A fines de 1995, MCI, ESI y ODEC como inversores en Seacoast establecieron dos compañías limitadas bajo las leyes del Estado de Virginia, identificadas colectivamente en el Memorial de Demanda como Power Ventures. Power Ventures constituyó Power Services Ecuador Ecuapower Cia. Ltda. (Ecuapower) como una subsidiaria de su propiedad bajo las leyes de Ecuador.
200. A principios de 1996 surgieron divergencias entre las partes en cuanto a la implementación del Contrato Seacoast respecto a la fecha de su iniciación, a la duración del Contrato, al pago de la energía bajo la modalidad de “Take or Pay”, a los reembolsos del costo del combustible y a la imposición de multas y penalidades.
201. El 12 de abril de 1996 Seacoast suspendió la operación de las dos plantas y la entrega de energía alegando la falta de pago de las facturas liquidadas de acuerdo a los términos del Contrato Seacoast.
202. El 26 de mayo de 1996 INECEL dio por terminado el Contrato Seacoast alegando el cumplimiento del término pactado de seis meses.
203. En junio de 1996, al retirarse del “joint venture” el inversor original, Seacoast y Ecuapower quedaron bajo el control conjunto de MCI, ESI y ODEC.
204. El 12 de julio de 1996 las acciones de Seacoast relativas a la generación de energía fueron transferidas a Ecuapower.
205. El 31 de julio de 1996 Seacoast presentó una demanda contra INECEL en el Tribunal Administrativo del Distrito de Quito reclamando aproximadamente 25 millones de dólares por daños por incumplimiento de contrato.
206. El 1 de diciembre de 1996 las cuentas por cobrar de Seacoast fueron vendidas a MCI, ESI y ODEC, quedando Seacoast como responsable del cobro de los reclamos contra INECEL.
207. El 16 de diciembre de 1996 las participaciones del “joint venture” de MCI, ESI

y ODEC en Ecuapower fueron vendidas a un tercero, la Anglo Energy Company.

208. El 24 de enero de 1997 INECEL y Ecuapower firmaron un contrato para la provisión de energía eléctrica por tres años.
209. El 7 de abril de 1997 se realizó la primera reunión de la Comisión de Liquidación prevista en el Contrato Seacoast.
210. En 1998 ODEC transfirió todos sus derechos e intereses que tenía en el “joint venture” a MCI y ESI, quedando estas últimas como las únicas propietarias de las cuentas a cobrar y de los otros reclamos de Seacoast contra Ecuador.
211. El 8 de febrero de 1999 la Superintendencia de Compañías del Ecuador por Nota Res. No. 99.1.2.1.00372 notifica a Seacoast la revocatoria de su permiso de operación.
212. El 31 de marzo de 1999 se dieron por terminadas las reuniones de la Comisión de Liquidación.
213. El 21 de octubre de 1999 el Juez Civil de Pichincha decidió la nulidad de la demanda presentada por Seacoast contra INECEL.

b. El derecho aplicable al fondo de las cuestiones planteadas

214. Para las Demandantes, el único derecho aplicable en el presente caso es el derecho internacional. Sostienen que existe en el TBI un acuerdo implícito sobre la aplicación del derecho internacional y por lo tanto debe observarse la primera parte del Artículo 42(1) del Convenio CIADI. Continúan alegando que, en la eventualidad de que el Tribunal considere que no existe tal acuerdo, de todas maneras, por imperio de la segunda parte del Artículo 42(1) del Convenio, debe aplicarse el derecho internacional.

*

* *

215. Ecuador, por su parte, alega que el derecho aplicable a las controversias planteadas por las Demandantes es exclusivamente el derecho interno ecuatoriano en razón de que es el derecho acordado por las partes frente a alegaciones de incumplimientos del Contrato.

*

* *

216. El Artículo 42(1) del Convenio CIADI prescribe que:

El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo las normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

217. De la documentación acompañada por las partes en el procedimiento, no surge para el Tribunal evidencia alguna de la existencia de un acuerdo sobre el derecho aplicable a la presente controversia. Por lo tanto, el Tribunal considera que deberá observarse lo dispuesto en la segunda parte del Artículo 42(1) del Convenio CIADI, es decir que, a falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación ecuatoriana, incluyendo las normas de derecho internacional privado y aquellas normas del derecho internacional que pudieren ser aplicables. Respecto a estas últimas, el Tribunal entiende que las normas contenidas en el TBI, al igual que otras normas pertinentes del derecho internacional general, son de aplicación al presente caso. En este sentido, la competencia del Tribunal sobre el fondo de las controversias planteadas se encuentra restringida a entender de aquellas alegaciones de las Demandantes relativas a la violación del TBI posteriores a su entrada en vigor.

218. Para el supuesto de posibles contradicciones entre las normas del derecho ecuatoriano y el TBI y otras normas del derecho internacional general aplicables, el Tribunal decidirá sobre su eventual compatibilidad teniendo en cuenta el contenido y propósito de dichas normas en consideración a la jerarquía de las normas internacionales sobre la normativa interna de un Estado.

c. La relación entre INECEL y Ecuador

219. Para las Demandantes, INECEL es un órgano del Estado Ecuatoriano, dirigido y controlado por Ecuador a través de sus funcionarios gubernamentales. Las Demandantes sostienen que el objeto y las funciones de INECEL incluían aquellas reservadas generalmente a órganos estatales de regulación.
220. Las Demandantes alegan, entre otras cuestiones, que al liquidarse INECEL, el Procurador General asumió por ley la representación del Estado respecto a todos sus derechos y obligaciones.
221. A su vez, alegan las Demandantes la contradicción en que incurre la Demandada al invocar que INECEL gozaba prerrogativas especiales en los contratos que celebraba en función a su calidad de ente estatal.

*

* *

222. Ecuador argumenta que el TBI no se aplica al Contrato Seacoast, entre otras razones, porque el contrato no fue celebrado con el Estado sino con INECEL, una entidad autónoma con personalidad jurídica independiente del Estado.
223. Sostiene la Demandada que debe distinguirse entre las obligaciones asumidas por el Estado a título soberano de las obligaciones comerciales asumidas por INECEL bajo el Contrato Seacost. Cita lo resuelto en recientes laudos del CIADI²³ en los que se afirma que no todo incumplimiento de un contrato resulta en un incumplimiento del TBI.
224. En su Dúplica Ecuador acepta que INECEL fue un organismo del sector público y que la mayoría de su Directorio estaba integrado por representantes o

²³ *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8), Laudo del 12 de mayo de 2005, disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/CMS_Laudo.pdf>, párra. 269 y ss.; *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan* (Caso CIADI No. ARB/03/3), Decisión sobre Jurisdicción del 22 de abril de 2005 disponible en <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/impregilo-decision.pdf>>, párra. 220 y ss.

delegados oficiales. Reconoce también que INECEL estaba investido para ejercitar ciertas facultades públicas. Sin embargo argumenta Ecuador que por tener una personalidad jurídica separada, un patrimonio propio y autonomía de gestión, INECEL no debía confundirse con el Estado.

*

* *

225. El Tribunal encuentra que INECEL, tanto por su estructura institucional y composición como por sus funciones debe ser considerado, de conformidad con el derecho internacional general, como un órgano parte del Estado ecuatoriano. Sobre el particular son de aplicación las normas consuetudinarias codificadas por la CDI en su Proyecto sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos. Por lo tanto toda acción u omisión de INECEL en violación del TBI o de otras normas aplicables del derecho internacional general, son imputables a Ecuador y generan su responsabilidad internacional.²⁴

2. HECHOS ALEGADOS COMO POSTERIORES A LA ENTRADA EN VIGOR DEL TBI SOBRE LOS QUE EL TRIBUNAL EJERCE COMPETENCIA

226. El Tribunal entiende que las Demandantes alegan principalmente como incumplimientos del TBI posteriores a su entrada en vigor, la mala fe y la discriminación de Ecuador en resolver las controversias planteadas a través de las acciones y omisiones asumidas por Ecuador en distintos ámbitos. Alegan en primer lugar la ilicitud frente al TBI de las acciones y omisiones de INECEL en la Comisión de Liquidación prevista en el Contrato.

227. En segundo lugar, y ante la frustración de los procedimientos previstos para la Comisión de Liquidación, las Demandantes alegan haber intentado solucionar las controversias planteadas a través de un acuerdo de arbitraje. Según las

²⁴ Véase, Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Artículo 5.

Demandantes, Ecuador prometió firmar un acuerdo de arbitraje pero reneó de hacerlo después de que se revocara el permiso de Seacoast para operar.

228. Las Demandantes también alegan que la revocación de ese permiso fue expropiatoria. A su vez sostienen que esa revocación fue usada por Ecuador para provocar y obtener la anulación de la única otra vía posible de remediar agravios a través de una acción judicial ante los tribunales ecuatorianos.

229. Por otra parte, las Demandantes alegan un continuo acoso a Seacoast y a su representante legal como parte de la política discriminatoria de Ecuador en perjuicio de Seacoast.

*

* *

230. El Tribunal entenderá sobre cada una de estas cuestiones planteadas por las Demandantes en razón de que, de conformidad con sus conclusiones sobre Competencia, todo acto u omisión imputable a Ecuador, posterior a la entrada en vigor del TBI, tiene en principio entidad suficiente para generar su violación y por lo tanto habilita la competencia de este Tribunal para entender sobre el fondo de esos reclamos.

231. Previo al análisis de esas cuestiones el Tribunal se referirá al contenido y a los alcances de las normas del TBI que las Demandantes consideran que fueron violadas por actos u omisiones imputables a la Demandada, para luego hacer referencia a la posición de esta última frente a esas normas del TBI.

3. ALEGACIONES SOBRE LAS VIOLACIONES DEL TBI

232. Las Demandantes fundamentaron su posición relativa a las cuestiones sobre las que el Tribunal decidió ejercer su competencia en los incumplimientos de la Demandada de las obligaciones impuestas por el TBI sobre: a) Trato justo y equitativo; b) Trato no discriminatorio o arbitrario; c) Plena protección y

seguridad; d) Expropiación.

a. Trato justo y equitativo

233. Las Demandantes alegan que Ecuador violó la obligación exigida por el TBI de conceder a los inversores de la otra Parte contratante un trato no menor que el requerido de conformidad con los estándares del derecho internacional. Invocan el Artículo II(3)(a) que prescribe:

Las inversiones a las que se concederá siempre un trato justo y equitativo, gozarán de protección y seguridad plenas y, en ningún caso, se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional.

234. Las Demandantes afirman que el Artículo II (3)(a) establece una obligación de dar un tratamiento por lo menos tan favorable como el requerido por el derecho internacional a las inversiones de inversores extranjeros. Ese nivel internacional de tratamiento incluye un trato justo y equitativo y una completa seguridad y protección.

235. Según las Demandantes, la jurisprudencia del CIADI confirma que los estándares mínimos del derecho internacional son independientes de los derechos internos de los Estados receptores de una inversión. Citan al respecto el laudo en el caso *Genin c. Estonia* por el que el tribunal afirmó que en derecho internacional el requerimiento de un trato justo y equitativo es generalmente entendido como un trato que implica el respeto de un estándar mínimo básico diferenciado de los estándares de los derechos internos. Ejemplos de actos violatorios de ese trato serían, la negligencia intencional en el respeto de las obligaciones, la insuficiencia en el accionar por debajo de esos parámetros mínimos internacionales y aún la mala fe subjetiva.²⁵

236. Para las Demandantes, el trato justo y equitativo exigido por el TBI incluye la obligación de actuar de buena fe. La buena fe es entonces, para las Demandantes, un elemento esencial del trato justo y equitativo.

²⁵ *Alex Genin et al. v. the Republic of Estonia* (Caso CIADI No. ARB/99/2), Laudo del 25 de junio de 2001, disponible en < <http://www.worldbank.org/icsid/cases/genin.pdf>>.

237. Para las Demandantes la obligación de actuar de buena fe implica el respetar las expectativas básicas sobre las que el inversor llevó a cabo su inversión. Citan el laudo en el caso *Tecmed* en el que el tribunal sostuvo que dentro de esas expectativas quedan incluidas el que el Estado se conduzca de manera coherente, en forma transparente y sin ambigüedades a fin de que el inversor pueda planificar sus actividades y ajustar su conducta a las exigencias de las leyes, las políticas derivadas de estas, a las prácticas relevantes y a las directivas administrativas.²⁶
238. Para las Demandantes la buena fe se relaciona con la seguridad jurídica en el sentido de que el inversor debe esperar que el gobierno actúe de tal manera que pueda asegurar sus propios derechos. El Estado no puede actuar caprichosamente para abusar de los derechos de los inversores y no puede obstruir el acceso a recursos independientes cuando sus derechos han sido violentados.
239. Las Demandantes alegan que la exigencia del tratamiento justo y equitativo también protege a los inversores de amenazas y otros abusos de autoridad por parte de oficiales del gobierno. Hacen referencia a la conclusión del tribunal en *Pope & Talbot* respecto a que una injustificada e invasiva auditoría del inversor ocurrió como resultado de la iniciación de un reclamo en el sistema del Tratado de Libre Comercio para América del Norte.²⁷
240. Para las Demandantes, la violación del trato justo y equitativo incluye el abuso de derecho en el ejercicio de los poderes de un Estado que puede manifestarse a través de la maliciosa aplicación del derecho. Citan sobre el particular al tribunal que intervino en el caso *Azinian c. Estados Unidos Mexicanos* al referirse a que existiría un cuarto tipo de denegación de justicia vinculado a una clara y

²⁶ *Tecmed*, párra. 154.

²⁷ *Pope & Talbot*, Laudo sobre el fondo, Segunda Fase del 10 de abril de 2001, párra. 181, disponible en <<http://www.investmentclaims.com/decisions/Pope-Canada-Award-10Apr2001.pdf>>

maliciosa falta de aplicación del derecho.²⁸

b. Trato no discriminatorio o arbitrario

241. Las Demandantes invocan la violación por parte de Ecuador de la obligación de otorgar un trato no discriminatorio o arbitrario exigido por el TBI.

242. El Artículo II(3)(b) del TBI prescribe:

Ninguna de las partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el mantenimiento, la utilización, el usufructo, la adquisición, la expansión o la enajenación de las inversiones. Para los fines de la solución de diferencias, de conformidad con los Artículos VI y VII, una medida podrá tenerse por arbitraria o discriminatoria aun cuando una parte haya tenido o ejercido la oportunidad de que dicha medida se examine en los tribunales administrativos de una de las partes.

243. Para las Demandantes, siguiendo el precedente del caso *Lauder c. la República Checa*, existe un acto arbitrario imputable al gobierno cuando éste no actúa de acuerdo a la razón o a los hechos o al derecho.²⁹

244. Las Demandantes hacen referencia a lo expresado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *ELSI* a efectos de definir un acto arbitrario como “una intencional falta de respeto del debido proceso legal, un acto que conmueve o que por lo menos sorprende el propio sentido jurídico.”³⁰ Hacen referencia a precedentes arbitrales en los que un trato arbitrario por parte de la administración pública fue definido como un trato inequitativo independiente de la existencia de una denegación de justicia.³¹

²⁸ *Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca c. los Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2), Laudo del 1 de noviembre de 1999, disponible en <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/azinian.pdf>>, párra. 103.

²⁹ *Ronald S. Lauder v. the Czech Republic*, Decisión final del 3 de septiembre de 2001, disponible en <<http://www.investmentclaims.com/decisions/Lauder-Czech-FinalAward-3Sept2001.pdf>>, párra. 308.

³⁰ *Case Concerning Elettronica Sicula (ELSI)*, Judgment, *ICJ Reports 1989*, disponible en <<http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6707.pdf>>, p. 76, para. 128. (Traducción del Tribunal).

³¹ *Pope & Talbot*, párra. 177-181; *Mondev*, párra. 125.

c. Plena protección y seguridad

245. Las Demandantes afirman que el Artículo II(3)(a) del TBI expresamente se refiere a la obligación de las Partes contratantes de otorgar plena protección y seguridad a los inversores de la otra Parte contratante.
246. Sobre el particular las Demandantes citan el caso *CME c. la República Checa* en el que se sostuvo que “un gobierno está solamente obligado a dar la protección que es razonable en las circunstancias del caso.”³² Citan también, entre otros precedentes, al caso *AAP c. Sri Lanka* en el que se expresó que la diligencia debida no es ni más ni menos que el ejercicio de las medidas razonables de prevención que se esperan de un gobierno bien administrado bajo circunstancias similares.³³

d. Expropiación

247. Las Demandantes invocan la violación del Artículo III(1) del TBI que prescribe:

Las inversiones no se expropiarán ni nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización, salvo que ello se efectúe con fines de interés público, de manera equitativa y mediante pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 3 del Artículo II...

248. Las Demandantes citan la definición de expropiación utilizada por el Tribunal de Reclamaciones entre Irán y los Estados Unidos de América en el caso *Sola Tiles c. Irán* al expresar que un derecho no puede ser afectado a través de interferencias por parte de un Estado en su uso y goce que implique una privación del derecho fundamental de propiedad.³⁴

³² *CME Czech Republic B.V. v. the Czech Republic*, Laudo Parcial, 13 de septiembre de 2001, disponible en <<http://www.investmentclaims.com/decisions/CME-Czech-PartialAward-13Sept2001.pdf>>, párra. 353. (Traducción del Tribunal).

³³ *Asian Agricultural Products Ltd. v. the Republic of Sri Lanka* (Caso CIADI No. ARB/87/3), Laudo del 27 de junio de 1990, disponible en <<http://www.investmentclaims.com/decisions/AsianAgricultural-SriLanka-FinalAward-27Jun1990.pdf>>, párra. 558.

³⁴ *Sola Tiles v. Iran* (1987) Iran US C.T.R., párra. 29.

249. Siguiendo lo resuelto en *Pope & Talbot c. Canadá* las Demandantes afirman que para que un acto gubernamental pueda ser considerado como una expropiación ese acto debe sustancialmente haber privado al inversor de sus derechos fundamentales de propiedad y disposición de su propiedad.³⁵

*

* *

250. Ecuador al sostener que el derecho aplicable es el derecho ecuatoriano niega la posibilidad de aplicar el TBI o el derecho internacional a las cuestiones planteadas por las Demandantes. Sin embargo, Ecuador reconoce los alcances del trato justo y equitativo como obligación contenida dentro de los estándares mínimos exigidos por el derecho internacional. Hace referencia al contenido del derecho internacional consuetudinario en la materia y a su carácter evolutivo, citando los precedentes en los casos *Genin*³⁶, *Mondev*³⁷, *Azinian*³⁸ y *ELSI*³⁹ para concluir que las presuntas alegaciones de las Demandantes basadas en actos posteriores a la entrada en vigor del TBI no tienen la naturaleza ni las características exigidas por el derecho internacional para ser considerados como actos arbitrarios, discriminatorios, que hayan sido producto de mala fe o de abierta negligencia, o que de alguna manera puedan considerarse por debajo de los estándares exigidos por el derecho internacional.

251. Ecuador no desconoce los alcances del Artículo III del TBI sobre expropiación pero rechaza su aplicación a los hechos alegados por las Demandantes.

*

* *

³⁵ *Pope & Talbot Inc. v. the Government of Canada*, Laudo interino del 26 de junio de 2000, disponible en <<http://www.investmentclaims.com/decisions/Pope-Canada-InterimAward-26June2000.pdf>>, párra. 103.

³⁶ *Genin*, párra. 367.

³⁷ *Mondev*, párra. 125.

³⁸ *Azinian*, párra 99, citado en *Mondev*, párra. 126.

³⁹ *ELSI*, párra. 128; citado en *Mondev*, para. 127.

252. Sobre la base de las posiciones asumidas por las partes, el Tribunal toma nota de que éstas no discrepan sobre el contenido de las normas invocadas sino sobre sus alcances y efectos respecto a las situaciones y circunstancias objeto de las controversias planteadas. El Tribunal se referirá en primer lugar a cada una de las alegaciones de las partes sobre las cuestiones sobre las que tiene competencia. A continuación el Tribunal determinará, frente a cada planteamiento y en el contexto de sus circunstancias y particularidades, si existió o no violación del TBI.

4. LA ALEGACIÓN SOBRE LA FALTA DE BUENA FE DE ECUADOR RESPECTO A LOS ACTOS Y OMISIONES DE INECEL EN LA COMISIÓN DE LIQUIDACIÓN

253. Las Demandantes sostienen que tanto el Contrato Seacoast como la legislación ecuatoriana prevén la creación de una Comisión de Liquidación a fin de que las partes negocien de buena fe intentar resolver las diferencias emanadas de la ejecución del Contrato. Alegan que el tratamiento otorgado por Ecuador a Seacoast en la Comisión de Liquidación no fue un trato justo ni equitativo ni de buena fe. En consecuencia, Ecuador violó tanto normas del derecho internacional consuetudinario como del derecho ecuatoriano y del Contrato al no actuar de buena fe durante el proceso de liquidación.

254. La cláusula Décimo Séptima del Contrato establece que:

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO.17.01. Una vez concluido el plazo de duración de este Contrato o siempre que no haya sido posible continuar con las relaciones provenientes de este mismo instrumento, las partes, procederán a levantar una Acta de Liquidación, en la que constará de manera pormenorizada los aspectos técnicos y económico-contables del mismo, debiendo dejar constancia del volumen de potencia y energía suministrados en este lapso, los valores que por parte de INECEL haya pagado al Contratista, así como aquellos que tengan que entregársele, los que le daban ser deducidos o deba devolver, por cualquier concepto, aplicando los ajustes correspondientes. A este efecto, podrá procederse a las compensaciones a que hubiere lugar. Si no hubiere acuerdo para efectuar la liquidación del Contrato, se procederá en conformidad con los artículos ochenta y siete y ocho de la ley

de Contratación Pública, en todo cuanto fuere aplicable. Esta acta de liquidación se considerará como el acta de entrega recepción y deberá ser suscrita por el representante del Contratista y a nombre de INECEL, comparecerá una comisión designada por el Gerente General, la misma estará constituida por el Director operativo del SIN, el Director de Planificación y Tarifas y un técnico que no haya intervenido en el proceso de ejecución de este Contrato. El Administrador de este instrumento, intervendrá como observador, aportando la información que corresponda. De ser necesario INECEL designará otros delegados para que a su nombre comparezcan a la suscripción del acta de liquidación prevista en esta cláusula. Los miembros de la Comisión que a nombre de INECEL suscriban el acta referida en esta cláusula, serán administrativamente, civil y penalmente responsables de los datos e información que consignen en la misma.

255. Las Demandantes interpretan la Cláusula Décimo Séptima del Contrato como generadora de una obligación para las partes en el Contrato de negociar de buena fe con el objeto de solucionar toda controversia relativa a la aplicación y ejecución del Contrato.
256. Las Demandantes afirman que Seacoast aceptó el establecimiento de la Comisión de Liquidación el 12 de agosto de 1996, es decir, después de la fecha que consideraba como la de terminación del Contrato. Alega que INECEL no activó el proceso de la Comisión previsto en el Contrato sino recién a partir del 7 de abril de 1997 con una demora de casi siete meses.
257. Las Demandantes alegan que Ecuador violó su obligación contractual de negociar de buena fe en la Comisión de Liquidación. Alegan también que INECEL no le dio a Seacoast una explicación razonada de su posición, mostrando así una mayor intransigencia.
258. Alegan asimismo que desde diciembre de 1997 la Comisión se ha mantenido inactiva respecto a los reclamos formulados por Seacoast y que dejó de existir alrededor del 31 de marzo de 1999.
259. Las Demandantes sostienen que la Comisión de Liquidación se reunió alrededor de once veces. Si bien las Demandantes aseguran que en distintas reuniones

aceptaron algunas de las exigencias de INECEL, afirman que INECEL en ningún momento reconoció algún reclamo efectuado por Seacoast.

260. Las Demandantes sostienen que existió una promesa formulada por un delegado de INECEL en la Comisión de Liquidación que nunca fue cumplida. Dicha promesa se refería a una consulta dirigida al Procurador General sobre la validez del Contrato Aclaratorio en la que se permitiría a Seacoast conocer y comentar el contenido de la consulta antes de ser enviada.

261. Las Demandantes hacen expresa referencia a que la Comisión de Liquidación debía resolver diferencias relativas a la terminación del Contrato; a los reclamos de Seacoast relativos a facturas impagas y a las multas impuestas unilateralmente por INECEL a Seacoast.

262. En su Réplica, las Demandantes invocaron el reconocimiento por parte del Administrador del Contrato de las deudas por falta de pago del combustible.

*

* *

263. Por su parte Ecuador alega que la Comisión de Liquidación no es un mecanismo de solución de controversias sobre interpretación y aplicación del Contrato sino que su función es liquidar cuentas pendientes. Afirma Ecuador que INECEL convocó la primera reunión de la Comisión de Liquidación. Esta quedó integrada recién el 16 de agosto de 1996 con la designación de los representantes de Seacoast, con posterioridad a la fecha en que esta última entendía que el Contrato había terminado.

264. Ecuador alega que INECEL no había activado los mecanismos previstos en la Comisión de Liquidación en razón de que el 28 de agosto de 1996 le fuera notificada la demanda judicial presentada por Seacoast, entendiéndose por lo tanto que las discrepancias entre las partes acerca del Contrato quedaban convertidas formalmente en una controversia judicial.

265. A su vez, sostiene Ecuador que como la demanda judicial permaneció inactiva, impulsó nuevamente las actuaciones de la Comisión de Liquidación en abril de 1997.
266. Ecuador alega la falta de transparencia de Seacoast por haberse presentado a las reuniones de la Comisión de Liquidación como titular de los derechos para cobrar cuentas pendientes a su favor derivadas del Contrato a pesar que en diciembre de 1996 había vendido esas cuentas a terceros. Esa falta de transparencia es alegada por Ecuador como un indicio de mala fe.
267. Ecuador sostiene que Seacoast evidenció su intención de no aceptar una liquidación que no se basara en el reconocimiento de sus reclamos judiciales. Ecuador considera que las liquidaciones presentadas por ambas partes no constituyeron otra cosa que una reiteración de sus respectivas posiciones. Afirma que las negociaciones de la Comisión de Liquidación concluyeron por decisión de Seacoast.
268. Rechaza Ecuador la existencia de una obligación incumplida supuestamente asumida en las negociaciones de la Comisión de Liquidación relativa a una consulta que debía formular al Procurador General sobre los alcances del Contrato Aclaratorio.
269. Asimismo Ecuador rechaza lo alegado por las Demandantes respecto a que el Administrador del Contrato habría reconocido en la Comisión de Liquidación el incumplimiento reclamado por Seacoast de los pagos de combustible. Sostiene Ecuador que las Demandantes se refirieron a un proyecto de acta que nunca fuera consentido por INECEL.
270. Ecuador afirma que quienes intervienen en la liquidación no pueden asumir la función de solucionar controversias y ninguna de las partes estaba autorizada para imponer a la otra su punto de vista sobre la liquidación.

*

* *

271. El Tribunal toma nota de que en la primera reunión de la Comisión de Liquidación se acordaron los temas que debían considerarse para la liquidación del Contrato. Entre estos temas se incorporaron una serie de cuestiones relativas a diferencias surgidas con anterioridad a la entrada en vigor del TBI y relativos a la interpretación y aplicación del Contrato.
272. El Tribunal entiende que no se logró acuerdo respecto a las posiciones divergentes de cada una de las partes en cuanto a los efectos del Contrato Aclaratorio; la fecha para la iniciación del Contrato Seacoast y la fecha de su terminación; ni respecto a la característica del Contrato como generador de una obligación de “Take or Pay”.
273. El Tribunal entiende que a partir de la entrada en vigor del TBI en mayo de 1997, la falta de acuerdo respecto a cuestiones pendientes se manifestó en la negativa a firmar las minutas de alguna de las reuniones de la Comisión de Liquidación celebradas con posterioridad a esa fecha. En consecuencia, en diciembre de 1997, cada parte dio a conocer su propia propuesta de liquidación. Según Seacoast la suma total adeudada por INECEL al 30 de noviembre de 1997 ascendía a US\$19,753,874.00. Según la liquidación preparada por INECEL, Seacoast le adeudaba la suma de US\$1,104,486.00.
274. El Tribunal considera que las afirmaciones de las Demandantes relativas a que la liquidación definitiva del Contrato produce su terminación, al igual que las alegaciones de la Demandada relativa a que la liquidación es una etapa post-contractual, son irrelevantes a los efectos de determinar la violación del TBI frente a las alegaciones de la no observancia de un trato justo y equitativo y de un trato no discriminatorio por parte de Ecuador durante el proceso de negociación dentro de la Comisión de Liquidación con posterioridad a la entrada en vigor del TBI.
275. El Tribunal interpreta que la cláusula Décimo Séptima del Contrato establece un mecanismo para la liquidación del Contrato una vez concluido el plazo de su duración. La Comisión de Liquidación no tiene por objeto la implementación de

un mecanismo para la solución de las controversias. Las posiciones intransigentes de ambas partes durante las reuniones de la Comisión fueron el reflejo de las posiciones asumidas por éstas ante la justicia ecuatoriana. La misma cláusula Décimo Séptima del Contrato preveía, ante la falta de acuerdo para efectuar la liquidación, la posibilidad de activar los recursos a disposición de ambas partes.

276. El Tribunal encuentra que de las actuaciones de la Comisión de Liquidación no pudo probarse, ni siquiera inferirse, la mala fe en el comportamiento de INECEL por no aceptar los reclamos de Seacoast.
277. El Tribunal entiende que la frustración de acordar una liquidación del Contrato se debió a la existencia previa de una controversia no resuelta entre las partes. Las Demandantes no pueden fundar la mala fe de INECEL, y por ende de Ecuador, en el no reconocimiento de sus pretensiones en el seno de la Comisión de Liquidación.
278. Las expectativas del inversor respecto a la exigencia de un trato justo y equitativo y de buena fe, de conformidad con el TBI, debe tener un correlato de legitimidad objetivo. La legitimidad de las expectativas del trato debido por parte del inversor extranjero protegido por el TBI no dependen de la mera intencionalidad de las partes, sino de la certeza sobre el contenido de las obligaciones exigibles.⁴⁰
279. En consecuencia, las legítimas expectativas de Seacoast sobre el resultado de las negociaciones en la Comisión de Liquidación no pueden estar desasociadas de los alcances y efectos legales de la norma aplicable, es decir, la cláusula Décimo Séptima del Contrato. Esta cláusula no genera una obligación de solucionar las controversias existentes entre las partes sobre la interpretación y aplicación del

⁴⁰ *MTD Equity Snd. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile*—Procedimiento de Anulación (Caso CIADI No. ARB/01/7), Decisión sobre Anulación del Comité *ad-hoc* del 21 de marzo de 2007, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/MTD-Chile_Ad_Hoc_Committee_Decision.pdf>, párra. 67, “En principio, las obligaciones del Estado receptor hacia los inversionistas extranjeros derivan de los términos del tratado de inversión aplicable y no de algún conjunto de expectativas que los inversionistas puedan tener o reclamar. Un tribunal que busca deducir a partir de dichas expectativas un conjunto de derechos distintos de aquellos contenidos en, o que pueden hacerse cumplir bajo, el TBI bien podría extralimitar sus facultades y, si la diferencia fuese sustancial, podría excederlos manifiestamente.”

Contrato. El no haber logrado las partes una liquidación definitiva dentro de la Comisión de Liquidación no pudo generar un incumplimiento del trato justo y equitativo por parte de Ecuador sobre la base de una expectativa de Seacoast que no se legitima en una obligación exigible.

280. Asimismo, Ecuador no pudo fundamentar ni probar la mala fe de Seacoast en base a un presunto ocultamiento de información sobre la condición legal de ésta como representante y no como titular de los derechos contractuales sometidos a la Comisión de Liquidación.

5. LA REVOCACIÓN DEL PERMISO DE SEACOAST PARA OPERAR Y SUS EFECTOS

281. Las Demandantes alegan que la revocación del permiso de Seacoast para operar fue un acto contrario al trato justo y equitativo exigido por el TBI. A su vez invocan dicha revocación como una causal de expropiación de su inversión.

282. Como consecuencia de la revocación de ese permiso, las Demandantes afirman que Ecuador violó su obligación de actuar de buena fe, contenida en el trato justo y equitativo, respecto a las negociaciones tendientes a lograr un acuerdo de arbitraje para solucionar las diferencias existentes.

283. También como consecuencia de esa revocación sostienen las Demandantes que Ecuador pidió y logró la anulación del procedimiento judicial iniciado por Seacoast ante los tribunales ecuatorianos, incumpliendo las obligaciones frente al inversor extranjero protegido por el TBI.

284. El Tribunal entenderá a continuación de cada una de estas alegaciones, comenzando por la que se refiere a la revocación del permiso.

a. La revocación del permiso

285. Según las Demandantes, Seacoast había recibido el 8 de febrero de 1999 una nota de la Superintendencia de Compañías notificando la cancelación de su permiso en razón de que había dejado de realizar actividades relacionadas con el propósito corporativo por el que había sido incorporada.
286. Si bien las Demandantes reconocen que Seacoast tenía conocimiento de algunos problemas administrativos con el permiso para operar, ésta no calculó que esos inconvenientes tenían conexión con su capacidad para invocar sus derechos. Así es que, según las Demandantes, Seacoast solicitó el 8 de febrero de 1999 la extensión del permiso para operar hasta la culminación del proceso de negociación de un acuerdo arbitral en curso.
287. Para las Demandantes, de conformidad con la ley ecuatoriana, la cancelación del permiso para operar no debería tener ningún efecto sobre la liquidación de sus asuntos, incluyendo la posibilidad de reclamar por las cuentas pendientes de cobro.
288. En este sentido, las Demandantes aclaran en su Réplica que no impugnan la facultad de la Superintendencia de Compañías para cancelar el permiso de Seacoast, puesto que de acuerdo a la legislación ecuatoriana continuaban teniendo personalidad jurídica para liquidar sus asuntos. Afirman que la cancelación del permiso adquirió una nueva dimensión a partir de los efectos provocados sobre las negociaciones de un acuerdo arbitral y sobre el procedimiento judicial.
289. Las Demandantes alegan que el permiso para operar es una licencia para invertir. Afirman que esa licencia es en sí misma una inversión y por lo tanto su revocación constituye una expropiación.
290. Para las Demandantes, el permiso para operar de Seacoast encuadra dentro de la definición de inversión del Artículo I del TBI. Por lo tanto, las acciones de Ecuador vinculadas a la cancelación de ese permiso implican una expropiación de conformidad con los precedentes jurisprudenciales de tribunales y cortes internacionales. Citando lo resuelto en el caso *Sola Tiles*, según fuera

argumentado por el tribunal que intervino en *Pope & Talbot*, las Demandantes expresan que Ecuador interfirió en los derechos de Seacoast derivados de su permiso de operación. En consecuencia, afectó su derecho de propiedad al apoyarse ilegalmente en la revocación del permiso para denegar una solución arbitral y para rechazar la demanda judicial.

*

* *

291. Para Ecuador, el permiso de operación no puede considerarse una inversión pues en sí mismo no tiene contenido económico ni patrimonial. Sostiene que su revocación fue lícita y no afectó los derechos de Seacoast, ni los de las Demandantes. Sostiene Ecuador que Seacoast seguía siendo titular de todos sus derechos, entre los cuales no estaban ya las cuentas por cobrar que habían sido vendidas a las Demandantes. Lo que no podía Seacoast era actuar por medio de su representante legal en el Ecuador, puesto que su sucursal en el Ecuador había entrado en proceso de liquidación. Para Ecuador se trata, por consiguiente, de un problema de representación, no de titularidad de derechos.
292. Para Ecuador el permiso de operación es una simple certificación del trámite de domiciliación y es, por lo tanto, inseparable del establecimiento de una sucursal de la compañía extranjera en el Ecuador. El permiso de operación no tiene relación alguna con las licencias, permisos o concesiones a las que hacen referencia las Demandantes en su Réplica. Para la Demandada, la ley ecuatoriana exige para contratar con instituciones del sector público que la compañía extranjera esté previamente domiciliada en el Ecuador. Por lo tanto, no existe exigencia alguna relativa a la obtención de algún permiso o autorización. Así es que una compañía extranjera puede realizar negocios en el Ecuador por medio de un agente o un apoderado, sin necesidad de domiciliarse.
293. Aún en el caso de que tales derechos tuviesen la calidad de inversión, Ecuador alega que la revocación del permiso para operar no produjo un menoscabo permanente de los derechos del inversionista, requisito exigido para la configuración de una expropiación.

294. Ecuador sostiene que la cancelación del permiso de operación de Seacoast se fundamentó, de conformidad a la Ley de Compañías, en el hecho de que la empresa había informado a la Superintendencia de Compañías que no tenía activos desde el 12 de julio de 1996, y por lo tanto no se encontraba realizando operaciones de ningún tipo en Ecuador.
295. Afirma Ecuador que el otorgamiento de un permiso de operación implica el reconocimiento por parte de la Superintendencia de Compañías de que una compañía extranjera mantiene dentro del territorio del Ecuador una sucursal y que está en aptitud de realizar habitualmente negocios en Ecuador; no se trata de una concesión estatal ni de un permiso para explotar o aprovechar bienes productivos o recursos del Estado.
296. Ecuador alega que, al considerar Seacoast que la declaración de caducidad del permiso era ilegal o arbitraria, debió haber recurrido ante los tribunales en lo Contencioso Administrativo a efectos de solicitar su impugnación, cosa que no hizo.

*

* *

297. El Tribunal entiende que, de los fundamentos invocados en la Resolución de la Superintendencia de Compañías (Resolución 99.1.2.1.00374) por la que se revoca el permiso de Seacoast, no surge elemento alguno que justifique calificar esa medida como violatoria *per se* del trato justo y equitativo ni que constituya una expropiación de conformidad con el TBI.
298. El Tribunal toma nota de que la Resolución de la Superintendencia de Compañías expresa entre sus considerandos que de los informes elaborados por la Dirección de Control de Auditoría e Intervención surge que la compañía Seacoast Inc. no estaba realizando ninguna actividad relacionada con el objeto social para el cual se domicilió, por lo que la sucursal se encontraba inmersa en la causal de cancelación del permiso de operación establecido en la Ley 31

reformatoria de la Ley de Compañías.

299. Para el Tribunal el permiso para operar se relaciona básicamente con la necesidad de instalar, poner en funcionamiento y operar las plantas generadoras de electricidad. Seacoast, al momento de producirse la revocación de su permiso, había transferido sus derechos sobre las plantas por lo que no era la dueña ni operaba dichas plantas.
300. Dentro de los requisitos necesarios para que se configure una expropiación el Tribunal encuentra que, de conformidad con el Artículo III del TBI y con el derecho internacional general, debe necesariamente contemplarse la existencia de una interferencia sustancial por parte del Estado que afecte el uso y goce de la inversión protegida. En consecuencia, la falta de titularidad sobre la inversión relativa a la instalación y operación de las plantas restringe la posibilidad de alegar la revocación del permiso para operar como una expropiación.
301. Los hechos invocados en los considerandos de la Resolución de la Superintendencia de compañías corresponden con la información suministrada por Seacoast a las autoridades ecuatorianas. Seacoast fue informada oportunamente de la Resolución y si bien solicitó una extensión de sus efectos porque estaba negociando un compromiso arbitral, en ningún momento Seacoast cuestionó dicha Resolución.
302. Por otra parte el Tribunal entiende que Seacoast consintió la cancelación del permiso al no intentar un recurso de revisión de la medida administrativa que la afectaba. El hecho de alegar Seacoast que desconocía los efectos de la cancelación sobre la capacidad de su representante legal para actuar en juicios, no la inhibió para apelar la orden del juez del Juzgado Quinto en lo referente a los efectos de la cancelación del permiso respecto a la capacidad de litigar en defensa de sus alegados derechos o de sus representadas.
303. Dentro de las expectativas legítimas que Seacoast podría invocar como violatorias de un trato justo y equitativo y de buena fe, el Tribunal no puede considerar como relevante la mera invocación del desconocimiento de los

efectos legales de la revocatoria o de la existencia de un recurso para impugnarla.

304. Asimismo, el Tribunal toma nota de que las Demandantes reconocen la facultad de la Superintendencia de Compañías para efectuar la revocatoria del permiso. Lo que en definitiva las Demandantes cuestionan es el efecto que esa revocatoria provocó sobre las negociaciones de un acuerdo arbitral y sobre la nulidad del procedimiento judicial iniciado ante la justicia ecuatoriana. En este contexto, el Tribunal encuentra que la alegación de que la revocatoria del permiso constituyó una expropiación carece de fundamento.

305. En consecuencia, el Tribunal encuentra que el accionar de las autoridades ecuatorianas al revocar el permiso de Seacoast para operar en Ecuador no constituyó en sí mismo un acto reñido con el derecho interno ni con el TBI. Sin embargo, la licitud de dicha revocatoria no autoriza al Tribunal a prejuzgar sobre la licitud o ilicitud de sus efectos frente a las obligaciones asumidas por Ecuador por el TBI en relación a las consecuencias de la revocatoria respecto a las negociaciones sobre un acuerdo arbitral y sobre la nulidad del procedimiento judicial.

306. El Tribunal pasa a analizar en ese orden estas alegaciones de las Demandantes relativas a los efectos y alcances de la revocatoria del permiso de Seacoast.

b. La alegación de las Demandantes sobre la mala fe de Ecuador ante la frustración de acordar un esquema de arbitraje para la solución de las cuestiones planteadas

307. Ante el fracaso de la Comisión de Liquidación, las Demandantes sostienen que Ecuador renegó de su promesa de someter la controversia al arbitraje y luego obstruyó el proceso judicial presentado ante los tribunales de Ecuador, negando la posibilidad de solucionar la controversia en foro alguno.

308. Según las Demandantes, Seacoast había sugerido al Procurador General del

Ecuador recurrir al arbitraje privado bajo las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. Al respecto las Demandantes alegan que el Procurador General oficialmente opinó, por nota del 29 de enero de 1999, que el arbitraje era una manera preferible para resolver la controversia.

309. Según las Demandantes, desde abril de 1999 se realizaron negociaciones y se intercambiaron proyectos de esquemas de arbitraje sin que se llegara a celebrar un acuerdo arbitral.
310. Las Demandantes hacen referencia a un noveno proyecto de acuerdo arbitral que, habiendo sido aprobado por el Procurador General en el mes de junio de 1999, se encontraba a la espera de la firma del Presidente de la República. Continúan afirmando que en una reunión celebrada en Washington el 2 de agosto de 1999, los representantes de la Oficina del Procurador General informaron a los representantes de Seacoast sobre la imposibilidad de celebrar el antedicho acuerdo en razón de que el permiso de Seacoast para operar en Ecuador había sido revocado y por lo tanto no tenía personalidad jurídica.
311. Las Demandantes alegan que el 13 de agosto de 1999 el Procurador General Subrogante envió una nota a Seacoast confirmando que la firma del acuerdo de arbitraje no era posible con motivo de la cancelación de su permiso para operar.
312. Por otra parte, las Demandantes alegan que aunque Seacoast haya transferido los derechos sobre sus cuentas a cobrar continuaba siendo la responsable del cobro de esas cuentas y, por lo tanto, era la parte apropiada para la celebración del acuerdo arbitral.
313. En su Réplica las Demandantes sostienen que, contrario a lo que alegó la Demandada, no consideraban que tenían un derecho asegurado a recurrir a un arbitraje internacional. Lo que alegaban era la mala fe del Procurador General al rever su posición relativa a la celebración de un acuerdo arbitral.
314. Para las Demandantes, Seacoast realizó esfuerzos concertados para obtener apoyo público para lograr un acuerdo arbitral, pero dichos esfuerzos fueron en

vano frente a la oposición de Ecuador. En su lugar, afirman las Demandantes, Ecuador respondió procurando la anulación de la demanda judicial de Seacoast e iniciando varios procedimientos contra Seacoast y contra sus representantes.

315. Las Demandantes sostienen que Seacoast ante esta situación consideró, en primer lugar, recurrir al arbitraje del CIADI presentando una Solicitud de Arbitraje contra Ecuador el 25 de marzo de 1998. Seacoast luego retiró su reclamo sobre la base de un no pre-juzgamiento con fecha 17 de abril de 1998, para finalmente presentar una nueva reclamación.

*

* *

316. Por su parte Ecuador sostiene que la Procuraduría General del Estado consideró que la exigencia de la domiciliación de una empresa extranjera era un requisito necesario para la celebración de un acuerdo de arbitraje. Afirma Ecuador que Seacoast nunca había manifestado que era un agente de cobro de derechos de terceros. Si Seacoast, MCI y New Turbine hubiesen procedido con transparencia, la revocatoria del permiso de operación de Seacoast, considerada en este caso como un requisito formal para suscribir el acuerdo, no hubiese podido oponerse a MCI y a New Turbine, porque afectaba única y exclusivamente a Seacoast y solamente en su capacidad para, en ese momento, suscribir un convenio arbitral con el Estado. Asimismo, sostiene Ecuador que Seacoast ya no era titular de los derechos a las cuentas por cobrar a las que los proyectos de acuerdos arbitrales hacían referencia porque los había vendido, entre otros, a las Demandantes en diciembre de 1996.

317. Ecuador sostiene que el derecho internacional no reconoce un derecho al arbitraje en ausencia del consentimiento necesario de las partes involucradas en la controversia.

*

* *

318. El Tribunal encuentra que la única evidencia aportada por las Demandantes en

cuanto a una presunta promesa por parte de funcionarios ecuatorianos para lograr un acuerdo de arbitraje, se encuentra en la declaración del representante de Seacoast, Charles Moseley, y en correos electrónicos enviados por éste a otros miembros de Seacoast sobre la factibilidad, no la certeza, de la celebración de un acuerdo.

319. El Tribunal entiende que la nota del Procurador General de fecha 29 de enero de 1999, estaba dirigida a INECEL en respuesta a un pedido de opinión sobre la factibilidad de un arbitraje. Del contenido de esta nota no surge obligación alguna relativa a la celebración de un acuerdo arbitral sino a la posibilidad de acordarlo de conformidad a la legislación ecuatoriana vigente.
320. El Tribunal encuentra que en la nota de fecha 13 de agosto de 1999 el Procurador General acompañó una copia de la Resolución de la Superintendencia de Compañías No 99.1.2.1.00374, de fecha 8 de febrero de 1999, en la que constaba que se había cancelado el permiso de operación concedido a Seacoast. La nota expresaba que “En las actuales circunstancias no cabe proseguir con el arbitraje, debido a los efectos de la cancelación del permiso de operación de la sucursal de la compañía, que de haberlo conocido con suficiente anterioridad, no habría dado curso a sus peticiones”.⁴¹
321. Para el Tribunal, la presunta obligación de Ecuador de negociar un acuerdo arbitral, consistiría en una obligación de medio y no de resultado. Sí existió una intención, ésta tenía por objeto negociar la posibilidad de acordar un arbitraje, no llegar a un acuerdo de arbitraje. De las evidencias producidas ante el Tribunal no se logró probar la mala fe del Procurador General por su negativa a celebrar un acuerdo arbitral.
322. Las expectativas de Seacoast respecto a la celebración de un acuerdo arbitral no pudieron legitimarse en un derecho adquirido a lograr ese acuerdo como consecuencia de una obligación asumida por Ecuador. Las Demandantes no probaron la existencia de la obligación por parte de las autoridades ecuatorianas

⁴¹ Nota Oficio 06767 del 13 de agosto de 1999 dirigida a Seacoast Inc. por el Procurador General del Estado Subrogante, párra. 5.

de llegar a un acuerdo de arbitraje.

323. Para el derecho internacional general, toda obligación para someter una controversia que involucra a un Estado a una jurisdicción arbitral necesita inexorablemente de la existencia de un acuerdo. El acuerdo, que incluso puede ser verbal, necesita ser probado por la parte que lo alega.⁴²
324. Para el Tribunal, la frustración de las negociaciones para acordar un arbitraje no violó el estándar de trato justo y equitativo del TBI y, por lo tanto, no generó la responsabilidad de Ecuador frente a las eventuales expectativas de Seacoast para llegar a celebrar ese acuerdo.
325. Seacoast no podía ignorar que un acuerdo de arbitraje implicaba para Ecuador aceptar una excepción a la jurisdicción a favor de sus tribunales para solucionar la controversia planteada a esa fecha. Tampoco pueden las Demandantes alegar el desconocimiento de la autonomía de la voluntad del Estado para prestar o no su consentimiento en obligarse a través de un acuerdo de arbitraje. Todo lo que pudo probarse en el presente procedimiento arbitral fue una firme intención de Seacoast de lograr ese acuerdo y el reconocimiento del Procurador General sobre la factibilidad de su celebración de conformidad a la legislación interna ecuatoriana. Asimismo quedó probado que no existió obligación exigible a Ecuador para la celebración de un acuerdo arbitral sino para su negociación. Así lo reconocen las Demandantes al limitar sus reclamos a la mala fe del Procurador General en el transcurso de las negociaciones y no en el incumplimiento de una obligación de llegar a un acuerdo de arbitraje. La mera posibilidad o intención de lograr un acuerdo arbitral no generó en sí misma una obligación exigible a Ecuador, ni en ella puede basarse una legítima expectativa de Seacoast ante la inexistencia de una obligación incumplida de llegar inexorablemente a la celebración de un acuerdo de arbitraje.

⁴² *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan* (Caso CIADI No. ARB/02/13), Laudo del 31 de enero de 2006, disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SalinivJordanAward_IncludingAnnex.pdf>, párra 70, “Es un principio de derecho reconocido que la demandante debe probar los hechos en los que se basa su reclamo ‘*Actori incumbat probatio*’ ”(Traducción del Tribunal).

c. La anulación del procedimiento judicial

326. Para las Demandantes, la revocación del permiso de Seacoast fue el pretexto utilizado por Ecuador para negarle a Seacoast cualquier oportunidad de resolver su controversia. No sólo Ecuador utilizó este argumento para dejar de lado su promesa de firmar un acuerdo arbitral, sino que también buscó y obtuvo la nulidad del procedimiento judicial iniciado por Seacoast ante los tribunales ecuatorianos. Las Demandantes afirman que la demanda judicial que fuera iniciada varios años antes era la única opción que le quedaba a Seacoast para resolver sus controversias contractuales.
327. La demanda judicial fue presentada el 31 de julio de 1996 por Seacoast contra INECEL reclamando aproximadamente US\$25,000,000 en daños por incumplimiento del Contrato. Alegan las Demandantes que la demanda fue presentada a sugerencias del futuro Ministro de Economía del Ecuador para quién no podía llegarse a una solución de la controversia sin que Seacoast presentase un recurso judicial con anterioridad a que él tomara su cargo.
328. Según las Demandantes, después de que el 25 de septiembre de 1996 INECEL contestara la demanda, no hubo actuaciones de las partes por más de dos años en el procedimiento judicial. Las Demandantes sostienen que a Seacoast le interesaba fundamentalmente agotar los recursos en la Comisión de Liquidación y luego negociar un acuerdo arbitral bajo las Reglas de la CNUDMI.
329. Según las Demandantes, el 7 de agosto de 1999, el Procurador General formalizó una presentación ante el Juez del Juzgado Quinto en la que sostuvo que la cancelación del permiso de Seacoast implicaba la pérdida de la personalidad jurídica de Seacoast, a la vez que denunció que la demanda no había sido debidamente iniciada en razón de que faltaba una autorización firmada por el representante de Seacoast.
330. Las Demandantes afirman que el 1º de septiembre de 1999, el Señor Moseley notificó al tribunal su posición respecto a que la cancelación del permiso no implicaba la pérdida de la representación legal de Seacoast. Sostienen sin

embargo que, de acuerdo a asesoramiento legal recibido por Seacoast, la alternativa de nulidad de la demanda presentada por el Procurador General y relativa a la falta de firma era técnicamente válida.

331. En consecuencia, Seacoast, el 23 de septiembre de 1999, solicitó al Juez que determinara si la demanda había sido válidamente iniciada y si el Señor Moseley continuaba siendo el representante legal de Seacoast. El 15 de octubre Seacoast comunicó al Juez que aceptaba una declaración de nulidad basada solamente en la presentación no apropiada de la demanda por parte de los abogados de Seacoast, pero no reconocía que hubiera perdido su representación legal. Así es que el Señor Moseley en un escrito dirigido al Juez expresó que, ratificando lo solicitado en su escrito anterior, "... de manera expresa me allano a dicha declaratoria y de antemano a su dictamen, en tal virtud, sírvase declarar la nulidad del juicio a partir de la demanda".⁴³

332. El 21 de octubre de 1999 el Juez decidió la nulidad del procedimiento judicial desde el día de su presentación. Para las Demandantes la decisión no distingue entre la nulidad basada en fundamentos técnicos consentidos por Seacoast, de la nulidad basada en las objeciones del Procurador relativas a la subsistencia de la personalidad legal de la sucursal de Seacoast.

333. Las Demandantes alegan que el 10 de octubre de 2002, el representante del Procurador General apeló la decisión del Juez y que el 12 de diciembre de 2002, la Corte Superior de Justicia de Quito declinó ejercer su competencia en razón de que la Procuración no era la parte agraviada en la sentencia apelada y no había fundamentado su apelación.

334. En su Réplica las Demandantes alegan, a contrario de lo sostenido por Ecuador, que Seacoast no había consentido la nulidad de la demanda sobre la base de su falta de personalidad jurídica. Sin embargo reconocieron que consintieron la nulidad del procedimiento judicial sobre la base de la falta de la firma del representante legal en la demanda. No obstante consideran las Demandantes que

⁴³ Escrito presentado por el Ingeniero Charles Moseley Hall y la abogada Yolanda Vinueza, representante legal de Seacoast, ante el Juez Quinto de lo Civil de Pichincha, Mat. 1726-Quito, párra. 3.

la decisión del Juez anulando la acción judicial se basó en el reconocimiento de las dos objeciones presentadas y alegadas por el Procurador General.

335. Las Demandantes en su Réplica reconocen que no impugnan la decisión del Juez sobre la nulidad de la demanda con fundamento en una denegación de justicia sino con fundamento en la mala fe del Procurador General al presentar objeciones formales a la demanda de Seacoast.

*

* *

336. Por su parte, Ecuador sostiene que a la fecha de entrada en vigor del TBI las Demandantes habían consentido que su reclamo contra INECEL fuera radicado ante los tribunales locales del Ecuador para que éstos resolvieran acerca de sus derechos litigiosos y contingentes, de haberlos.

337. Para Ecuador los jueces ecuatorianos no emitieron pronunciamiento alguno sobre la pertinencia o no de la alegación de la Procuraduría respecto de la incidencia de la revocatoria del permiso de operación en la continuación del juicio. Sostiene Ecuador que el fundamento de la decisión del juez era exclusivamente el acuerdo de partes.

338. Para Ecuador entonces, la anulación del juicio no se produjo como consecuencia de la revocación del permiso en sí, sino como consecuencia del acuerdo entre las partes con fundamento en el allanamiento expreso de Seacoast a la petición de la parte Demandada. La anulación del procedimiento judicial no implica, según Ecuador, una denegación de justicia por arbitrariedad judicial.

339. Ecuador afirma que la revocatoria del permiso de operación, en el peor de los casos, pudo haber limitado temporalmente la capacidad de actuación del agente, pero no el derecho de las Demandantes, MCI y New Turbine, de actuar directamente, para lo cual no habrían requerido ni domiciliación, ni permisos. De la misma manera como han canalizado este reclamo, por sí mismas, podían reclamar ante los tribunales ecuatorianos competentes. Si podían hacerlo quería

decir que sus legítimas expectativas, las ajustadas a derecho, no se habían visto en modo alguno frustradas ni limitadas por la liquidación de la sucursal de Seacoast en Ecuador.

*

* *

340. De las alegaciones y documentación aportadas por las partes, el Tribunal constata que el 23 de marzo de 1999, como consecuencia de la liquidación de INECEL, la Oficina del Procurador General tomó la defensa en el proceso judicial iniciado por Seacoast.
341. Asimismo el Tribunal toma nota de que, en aplicación de resoluciones relativas a la administración de justicia, el Tribunal Administrativo que entendía en la causa de referencia, la transfirió el 12 de abril de 1999 al Juez del Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha.
342. El Tribunal encuentra que la demanda presentada por Seacoast se refería a la impugnación de un Oficio del Gerente General de INECEL por el que éste declaró que el Contrato celebrado entre Seacoast e INECEL, de fecha 7 de noviembre de 1995, terminó el 26 de mayo de 1996. Seacoast demandó asimismo por el pago del valor de la energía disponible, dentro de la modalidad del Contrato “Take or Pay”; el pago de los valores por combustible consumido que INECEL no hubiera satisfecho; la devolución de los valores indebidamente retenidos por multas impuestas por INECEL; el pago de intereses; y el pago de todos los daños y perjuicios ocasionados.⁴⁴
343. El Tribunal toma nota que en la contestación de la demanda presentada el 25 de septiembre de 1996 INECEL respondió las cuestiones planteadas e invocó la falta de representación legal de Seacoast y la falta de firma por parte del apoderado legal de Seacoast.

⁴⁴ Demanda presentada por Seacoast ante el Honorable Tribunal Distrital No. 1 en la Primera Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, 31 de julio de 1996.

344. El Tribunal entiende que la decisión del Juez del Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha se pronunció en los primeros considerandos de su Orden, sobre la ilegitimidad de la personería jurídica del Señor Charles Moseley en el proceso. A su vez el Juez, en los últimos considerandos de esa Orden, sostuvo “6) Que es relevante el último escrito...presentado por el Ing. Charles Moseley Hall, representante legal de SEACOAST INC y de SEACOAST INC, sucursal en Ecuador en el que de manera expresa se allana a la declaratoria de nulidad alegada por la Procuraduría General del Estado; y, 7) que esta situación jurídica anotada en estos considerandos conlleva el haberse omitido una de las solemnidades sustanciales que definitivamente influye en la decisión de la causa, razón por la cual con fundamento en la causal 3ª del Art. 355 del Código de Procedimiento Civil, se declara la nulidad de todo lo actuado, esto es a partir de la presentación de la demanda y sin lugar a reposición.”⁴⁵
345. En consecuencia, el Tribunal asume que el Juez del Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha se expidió a favor de las dos objeciones alegadas por el Procurador General en su escrito reclamando la nulidad de la demanda presentada por Seacoast.
346. El Tribunal encuentra cierta confusión en los fundamentos avanzados por el Juez sobre los efectos de la revocatoria en cuanto a la legitimación del representante legal de Seacoast para actuar en juicio. Así es que de la misma decisión del Juez del Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha surge que el Señor Moseley no tenía la representación legal de Seacoast, pero a su vez, en los apartados 6) y 7) de esa decisión, el juez tomó como válido el allanamiento del Señor Moseley respecto a la falta de firma de la demanda a efectos de determinar la nulidad del procedimiento. El Tribunal toma nota del hecho de que si el Señor Moseley no era más el representante legal de Seacoast, su allanamiento no podría haber provocado el desistimiento válido de la acción de Seacoast.
347. El Tribunal toma nota de la apelación de la Orden del Juez del Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha, por parte de la Oficina del Procurador General de fecha

⁴⁵ Considerandos 6 y 7 de la decisión de fecha 21 de octubre de 1999, Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha.

10 de octubre de 2002.

348. El Tribunal entiende que sobre dicha apelación la Corte Superior de Justicia de Quito estableció que quién puede interponer recurso de apelación de una providencia es la parte a la cual la providencia le causa gravamen irreparable. En este sentido, la Corte encontró que la providencia afectaba a Seacoast Inc. y que ésta no había interpuesto recurso alguno del auto de nulidad. En consecuencia, la Corte declaró que carecía de competencia para entender de la apelación sustanciada por el Procurador General.⁴⁶
349. El Tribunal sostiene que dentro de las alegadas legítimas expectativas de un inversor frente a los comportamientos exigibles a un Estado receptor no pueden incluirse las meras apreciaciones subjetivas sobre la imposibilidad de lograr una solución viable a través de los recursos judiciales internos del Estado cuando esos recursos ni siquiera fueron propiamente activados. Seacoast aceptó la nulidad de la acción judicial que contenía sus reclamos sobre los incumplimientos contractuales de INECEL y no apeló los fundamentos o parte de los fundamentos de la Orden de nulidad emitida por el Juez ecuatoriano con jurisdicción para dirimir las controversias planteadas. En definitiva, Seacoast consintió la declaración de nulidad de su acción judicial. Tampoco Seacoast demostró interés en constatar las posibilidades de presentar una nueva demanda en nombre de las titulares de los derechos transferidos por ella, es decir en nombre de las Demandantes en el presente caso.
350. Es evidente para el Tribunal que Seacoast a través de sus acciones y omisiones desistió de la acción judicial iniciada ante los tribunales ecuatorianos. Sin embargo ese comportamiento no prejuzga sobre la viabilidad de futuras acciones o recursos.
351. El Tribunal entiende que por el hecho de no haber sido cuestionada parcialmente la Orden de nulidad por la parte agraviada, o al no haberse intentado presentar una nueva demanda, las Demandantes no se encuentran inhibidas de recurrir

⁴⁶ Decisión de la Corte Superior de Justicia de Quito en el juicio civil No 194-2000 que sigue Seacoast en contra de INECEL de fecha 12 de diciembre de 2000.

ante la justicia ecuatoriana en la defensa de sus alegados derechos.

352. El Tribunal toma nota de que las afirmaciones de las partes contenidas en el procedimiento de arbitraje, expresan, en determinadas circunstancias, el reconocimiento de una obligación pre-existente o generan una nueva obligación exigible por la otra parte. Así es que en el caso *Joy Mining c. Egipto*, el tribunal decidió que la demandada estaba obligada por la declaración de su consejero, expresada durante la audiencia oral, a dar fiel cumplimiento al procedimiento CNUDMI acordado en el contrato y que el laudo sería la base sobre la que se dispondría o no la liberación de la garantía bancaria objeto de la disputa.⁴⁷ En igual sentido, el Comité *ad hoc* en el caso *CMS c. República Argentina* decidió la suspensión de la ejecución del laudo sobre la base de una declaración del agente de la demandada por la que se comprometía a dar fiel cumplimiento a lo resulto en la decisión sobre anulación.⁴⁸

353. En este contexto, lo expresado por la Demandada sobre los recursos judiciales disponibles en Ecuador⁴⁹ es interpretado por el Tribunal como el reconocimiento formal de la existencia de un derecho de las Demandantes a recurrir a los tribunales ecuatorianos. En consecuencia, las Demandantes podrán reclamar ante la justicia ecuatoriana respecto a todas aquellas divergencias sobre las que el Tribunal, en su Decisión sobre Competencia, resolvió que no tenía competencia.

6. HOSTIGAMIENTO DE ECUADOR SOBRE LOS REPRESENTANTES DE SEACOAST

354. Las Demandantes sostienen que la cancelación del permiso de operación fue parte de una campaña más amplia de Ecuador para contrarrestar los intentos de Seacoast de asegurar sus derechos. Afirman que en el plazo de unas pocas semanas desde que fue requerida la nulidad del proceso judicial, Ecuador

⁴⁷ *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt* (Caso CIADI No. ARB/03/11), Laudo sobre jurisdicción del 6 de agosto de 2004, disponible en < <http://www.worldbank.org/icsid/cases/joy-mining-award.pdf> >, párra. 95.

⁴⁸ *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8)-Procedimiento de Anulación, Decisión sobre la solicitud de la República Argentina de mantener la suspensión de ejecución del laudo (1 de septiembre de 2006), párra. 49.

⁴⁹ Dúplica de la Demandada, párra. 200.

amenazó a Seacoast con una auditoría impositiva, comenzó a investigar a su representante legal y la demandó judicialmente a través de un recurso presentado por la compañía petrolera de su propiedad.

355. Al respecto, alegan las Demandantes que el 22 de julio de 1999, días después de la publicación de su solicitada de reclamos en los diarios de Quito, el Ministerio de Trabajo le informó a Seacoast que los dividendos que corresponde pagar a los empleados, de conformidad con el Código Laboral, debían ser distribuidos antes del 31 de marzo de cada año y que el incumplimiento de esta obligación resultaría en la aplicación de penalidades.
356. Sostienen asimismo que un representante del Ministerio de Trabajo se presentó sin previo anuncio en las oficinas de Seacoast para inspeccionar documentación de dos empresas de viajes –representadas por el Señor Moseley y su Señora– con las que Seacoast compartía oficinas; y que el 8 de agosto de 1999 un representante de la Oficina de la Seguridad Social se presentó en la casa del Señor Moseley para investigar la relación laboral de su empleada doméstica. También alegan que el 16 de agosto de 1999 la compañía de petróleo de Ecuador, a pesar de que la controversia sobre los cargos sobre los combustibles se encontraba inactiva, inició un procedimiento para el cobro de penalidades, advirtiéndolo, días más tarde que podía llegar a embargar sus bienes.
357. Las Demandantes consideran como parte de ese acoso la amenaza de una auditoría impositiva a Seacoast.
358. Las Demandantes sostienen que estos eventos no son mera coincidencia sino parte de una política de discriminación a la que fue sometida Seacoast desde que realizó su primera inversión en Ecuador.
359. Resumen las Demandantes que en estas circunstancias, después de la anulación del proceso judicial el 21 de octubre de 1999, Seacoast decidió que nuevos esfuerzos para continuar con sus reclamos en Ecuador serían estériles. Afirman que, desde la constitución de la Comisión de Liquidación en agosto de 1996, Seacoast intentó resolver sus controversias contractuales con Ecuador en la

Comisión de Liquidación a través de la negociación de un acuerdo arbitral y en los tribunales internos sin obtener resultado alguno.

360. Las Demandantes concluyen que Seacoast creyó razonablemente que el gobierno a través de sus actitudes, entre fines de julio y principios de agosto de 1999, le envió el mensaje de que no era bienvenida en Ecuador y que no obtendría justicia en sus tribunales.

*

* *

361. Por su parte, Ecuador alega que el ejercicio de las atribuciones estatales previstas en la ley para la vigilancia de las obligaciones laborales y fiscales no constituye persecución ni hostigamiento en cuanto dichas medidas puedan ser en sí mismas objeto de revisión judicial.

362. En cuanto a la auditoría impositiva solicitada por la Superintendencia de Compañías en su Resolución declarando la caducidad del permiso de Seacoast, Ecuador manifiesta que constituye el fiel cumplimiento de un requisito exigido por la legislación vigente. Rechaza a su vez las alegaciones relativas a que la activación de recursos judiciales pueda ser considerada como un hostigamiento.

*

* *

363. Sobre el alegado hostigamiento por cuestiones laborales por parte de las autoridades ecuatorianas, el Tribunal entiende, de la simple lectura de la nota del 22 de julio de 1999, que esa nota expresa una simple citación de rutina del Ministerio de Trabajo a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en los Artículos 105, 626 y 627 del Código de Trabajo. El Artículo 105 se refiere al plazo para el pago de utilidades y prevé ante el incumplimiento del plazo la imposición de multas impuestas de conformidad con lo previsto por el Artículo 626 de ese Código.

364. El Tribunal, ante la alegación de las Demandantes sobre la presencia de un inspector en las oficinas compartidas de Seacoast con dos empresas de turismo y la presencia de otro inspector en la casa del Señor Moseley, entiende que no representan evidencias significativas de una conducta sistemática de discriminación en razón de que en el Memorial de Demanda se afirmó que días después de esos eventos, la Oficina de Seguridad Social expidió un certificado en el que hizo constar que Seacoast no tenía obligaciones pendientes.
365. Respecto a las amenazas de auditorías, el Tribunal encuentra que en la nota del 13 de agosto de 1999 el Procurador General se refirió a los reclamos de Seacoast concernientes a las deudas mantenidas por Seacoast con el Servicio de Rentas Internas (SRI). En dicha nota el Procurador expresó que “...la propia Resolución de la Superintendencia de Compañías, manda que sea notificado el Director General del SRI, para los fines de la auditoría de impuestos de la Sucursal de Seacoast Inc. en el Ecuador que el SRI practicará de inmediato por los ejercicios económicos de 1996, 1997 y 1998, incluyéndose la venta de las participaciones de Seacoast en Ecuapower, así como el traspaso de los activos celebrado entre ellas.”⁵⁰
366. El Tribunal toma nota de que las auditorías sobre las que se informa en la Resolución de la Superintendencia de Compañías de febrero de 1999 presuponen un trámite de rutina conexo a la revocatoria del permiso. De la información contenida en dicha Resolución no puede inferirse un trato injusto o inequitativo, arbitrario o discriminatorio que vulnere los estándares del derecho internacional general exigibles por el Artículo II(3)(a) del TBI. Aún más, de la documentación aportada por las partes no se prueba que dichas auditorías fueran realizadas o que habiendo sido realizadas provocaron la violación de aquellos estándares del derecho internacional.
367. Finalmente, el Tribunal encuentra que el reclamo de deudas consideradas como impagas por parte de la empresa estatal de petróleo no constituye un acto discriminatorio ni arbitrario. De la simple lectura de la nota por la que se

⁵⁰ Nota Oficio 06767 del 13 de agosto de 1999 dirigida a Seacoast Inc. por el Procurador General del Estado Subrogante.

reclaman dichos pagos el Tribunal entiende que ese requerimiento encuadra dentro de la actividad normal y rutinaria de la administración pública. Aún más, la mención de eventuales embargos ante el incumplimiento de las deudas vencidas surge de la propia normativa vigente. De la documentación aportada por las partes no surgen constancias de la ejecución de la deuda o de la constitución de embargos que pudieran haber afectado los derechos de las Demandantes a un tratamiento justo y equitativo protegido por el TBI.

368. Respecto a las afirmaciones de las Demandantes en cuanto a que Seacoast entendió que no encontraría justicia en las cortes ecuatorianas, el Tribunal entiende que esas apreciaciones subjetivas ponen de manifiesto un cierto grado de negligencia que afectó la toma de decisiones por parte de Seacoast en cuanto a la eventual solución de los conflictos planteados.

369. El Tribunal observa que el trato justo y equitativo obliga convencionalmente a los Estados parte del TBI a respetar los estándares de tratamiento requeridos por el derecho internacional. El derecho internacional mencionado por el Artículo II del TBI se refiere al derecho internacional consuetudinario, es decir a la práctica reiterada, general y constante de los Estados respetada por éstos con conciencia de su obligatoriedad. El trato justo y equitativo es entonces la expresión de una norma de derecho. Un trato injusto o inequitativo, al igual que un trato arbitrario, es aquel al que el Tribunal podrá razonablemente reconocer como un acto contrario a derecho.⁵¹

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

...Article 1105(1) did not give a NAFTA tribunal an unfettered discretion to decide for itself, on a subjective basis, what was 'fair' or 'equitable' in the circumstances of each particular case...the Tribunal is bound by the minimum standard as established in State practice and in the jurisprudence of arbitral

⁵¹ *Tecmed*, párra. 102.

*tribunals. It may not simply adopt its own idiosyncratic standard of what is 'fair' or 'equitable', without reference to established sources of law.*⁵²

371. El Tribunal concluye que las acciones alegadas por las Demandantes como un continuo hostigamiento de Ecuador contra Seacoast evidencian una actitud inamistosa que, evaluada individualmente o en su conjunto, no configuran un trato injusto o inequitativo, discriminatorio o arbitrario en violación de los parámetros establecidos por el derecho internacional receptados en el TBI.

IV. COSTAS

372. Conforme a un criterio de razonabilidad y prudencia, el Tribunal, no teniendo fundamento válido para apartarse de los precedentes y tendencias generalizadas sobre distribución de costas y gastos incurridos en el procedimiento de arbitraje, entiende que cada parte deberá sufragar sus propias costas y gastos de representación y que las partes deberán sufragar por mitades las costas y gastos incurridos por el Centro en relación al presente procedimiento de arbitraje referente tanto a la competencia como al fondo.

V. DECISION

373. Por todas las razones antes expuestas, el Tribunal decide:

- a. Acoger la excepción principal de la Demandada sobre la competencia del Tribunal relativa a la irretroactividad del TBI;
- b. Rechazar las demás excepciones a la competencia del Tribunal y en consecuencia establecer su competencia para entender de todas aquellas violaciones al TBI alegadas por las Demandantes como imputables a la Demandada por actos y omisiones posteriores a la entrada en vigor del TBI;
- c. Rechazar los reclamos de las Demandantes sobre los que el Tribunal previamente decidió que tenía competencia, por entender que no se probó la

⁵² *Mondev*, párra. 119.

violación de los estándares de trato justo y equitativo, incluyendo la obligación de actuar de buena fe, ni los estándares del trato no-discriminatorio o no-arbitrario exigidos por el TBI a Ecuador en su condición de Estado Parte.

- d. Rechazar el reclamo de las Demandantes relativo a la expropiación de sus derechos sobre la inversión como consecuencia de la revocación del permiso de Seacoast para operar en Ecuador.
- e. Tomar nota formalmente de las afirmaciones de los abogados de la Demandada relativas al derecho de las Demandantes de accionar judicialmente ante los tribunales ecuatorianos para dirimir las controversias existentes sobre los incumplimientos contractuales alegados por estas.
- f. Cada parte pagará por partes iguales las costas y gastos incurridos en el procedimiento de arbitraje incluyendo competencia y fondo.
- g. Cada parte se hará cargo de sus propias costas y gastos de representación incurridos en el procedimiento de arbitraje sobre competencia y fondo.

Hecho en Washington, D.C., en castellano e inglés, siendo ambas versiones igualmente auténticas.

[Firmado]

Juez Benjamín J. Greenberg, Q.C.

Arbitro

Fecha: 16 de julio de 2007

[Firmado]

Profesor Jaime Irrázabal C.

Arbitro

Fecha: 18 de julio de 2007

[Firmado]

Profesor Raúl E. Vinuesa

Presidente

Fecha: 26 de julio de 2007