

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

1818 H Street, N.W., Washington, D.C. 20433, EE.UU.
Teléfono: (202) 458-1534 Facsímiles: (202) 522-2615 / (202) 522-2027
Sitio Internet: <http://www.worldbank.org/icsid>

CERTIFICADO

Repsol YPF Ecuador, S.A.

c.

Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)

(Caso CIADI No. ARB/01/10)
(Procedimiento de Anulación)

Por la presente certifico que el documento adjunto es copia fiel de la Decisión sobre la solicitud de Anulación del Comité *ad hoc* de fecha 8 de enero de 2007, emitida en castellano.



Ana Palacio
Secretaria General

Washington, D.C., 8 de enero de 2007

**Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
(CIADI)**

Repsol YPF Ecuador, S.A.

c.

Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)

**(Caso CIADI No. ARB/01/10)
(Procedimiento de anulación)**

DECISIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE ANULACIÓN

Miembros del Comité *Ad Hoc*

Sr. Judd Kessler, Presidente
Sr. Piero Bernardini
Sr. Gonzalo Biggs

Secretaria del Comité *Ad Hoc*

Sra. Claudia Frutos-Peterson

Repsol YPF Ecuador, S.A.

Sr. Carlos J. Arnao Ramírez
Apoderado General
Av. Naciones Unidas 1044 y
República El Salvador
Edificio Citiplaza, 9no. Piso
Quito, Ecuador

Sr. Francisco Roldán,
Sr. Rodrigo Jijón
Sr. Juan Manuel Marchán
Pérez, Bustamante & Ponce
Av. República de El Salvador 1082
y Naciones Unidas
Edificio Mansión Blanca
Torre París, Penthouse
Quito, Ecuador

Empresa Estatal Petróleos del Ecuador
(Petroecuador)

Ing. Galo Chiriboga Zambrano
Presidente Ejecutivo de Petroecuador
Calle Alpallana No. E-8-86 y
Av. 6 de Diciembre
Quito, Ecuador

Sr. Emilio Clemente Huerta
Sr. Julio César Trujillo
Sr. José Nikinga
Huerta Ortega y Asociados
Calle Baquerizo Moreno 1112
y Av. 9 de Octubre
Oficina 301
Guayaquil, Ecuador
P.O. Box 438

Indice

INDICE	2
I. INTRODUCCIÓN	3
1. LA ACCIÓN DE NULIDAD	3
2. LA RESPUESTA DE REPSOL	5
3. EL PROCEDIMIENTO	7
4. ESCRITOS DE LAS PARTES	9
5. PROCEDIMIENTO POSTERIOR	13
II. ANÁLISIS DE LA CAUSAL DE NULIDAD INVOCADA	18
1. INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL	19
a) La Decisión del Tribunal	19
b) Análisis del Comité	22
2. FUENTE DE LA CONTROVERSIA; COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA	25
A) <i>Naturaleza Jurídica de la Controversia</i>	26
a) La Decisión del Tribunal	26
b) Análisis del Comité	27
B) <i>Fallo de la DNH como cosa juzgada administrativa</i>	31
a) La Decisión del Tribunal	31
b) Análisis del Comité	34
3. LEGITIMACIÓN DE REPSOL	40
a) La Decisión del Tribunal	41
b) Análisis del Comité	41
4. OTROS ALEGATOS PRESENTADOS POR PETROECUADOR	43
a) Análisis del Comité	43
III. DECISIÓN	46

I. INTRODUCCIÓN

1. La Acción de Nulidad

1. El 7 de junio de 2004 la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (“PETROECUADOR”), solicitó en relación con el caso CIADI N° ARB/01/10, de REPSOL YPF Ecuador S.A. (“REPSOL” o la “CONTRATISTA”) vs. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (“PETROECUADOR”), lo siguiente:

- i) De conformidad con el Artículo 52(1) del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante “el Convenio”), la nulidad del proceso y del laudo arbitral emitido el 20 de febrero de 2004 (en adelante el “Laudo”), adoptado en el caso “porque el tribunal (en adelante “Tribunal”) injurídicamente (*sic*) y de manera manifiesta se extralimitó en sus facultades;” y
- ii) La suspensión de la ejecución del Laudo que condenó a PETROECUADOR a pagar dentro de 60 días la suma de US\$13.684.279.23;

2. La solicitud de anulación con fecha 7 de junio 2004, se fundamentó, entre otras cosas, en las siguientes consideraciones:

- i) El Tribunal del CIADI no habría tenido competencia para conocer y resolver una controversia que, de acuerdo con el Artículo 56 de la Ley de Hidrocarburos, ya fue resuelta por la Dirección Nacional de Hidrocarburos (la “DNH”), y cuya decisión tendría la fuerza de cosa juzgada administrativa (considerando 2);

- ii) Que la supuesta obligación pendiente de pago habría nacido del Contrato de Prestación de Servicios¹ y no – como lo resolvió el Tribunal – de la cláusula 26.1, del Contrato de Participación o Modificatorio² y su Anexo XI³ (considerandos 3-8);
- iii) Que REPSOL carecía de facultades para demandar, por cuanto - como miembro del Consorcio de empresas petroleras- no obtuvo la autorización previa del Comité de Operación (considerando 13).

3. El 15 de julio de 2004, conforme a la Regla 50(2)(b) de las Reglas de Arbitraje del Centro, la solicitud de anulación fue registrada en el Secretariado del CIADI, quien con esa misma fecha, acogió la petición de suspensión de PETROECUADOR, y resolvió, de acuerdo con la Regla 54(2) de esas Reglas, suspender provisionalmente la ejecución del Laudo.

4. El 14 de septiembre de 2004, conforme al Artículo 52(3) del Convenio, quedó constituido el Comité *ad hoc* (el “Comité”) encargado de resolver la anulación total o parcial del Laudo. Dicho Comité quedó integrado por las siguientes personas:

- Judd Kessler, de nacionalidad estadounidense (Presidente);
- Piero Bernardini, de nacionalidad italiana;
- Gonzalo Biggs, de nacionalidad chilena.

¹ Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana de 27 de enero de 1986 (“Contrato de Prestación de Servicios”).

² Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo Crudo) en el Bloque 16, de 27 de diciembre de 1996 (“Contrato de Participación” o “Contrato Modificatorio”).

³ El texto completo del Título del Anexo XI, es “Anexo XI. Bloque 16. Estado de los Montos Adeudados y no Cancelados por PETROECUADOR a la Contratista bajo el Contrato de Prestación de Servicios”.

Secretaria del Comité:

Claudia Frutos-Peterson, Consejera Jurídica del CIADI.

5. El 4 de octubre de 2004, PETROECUADOR agregó las siguientes razones a su solicitud de anulación: i) que no se puede pagar una cifra que no ha sido parte de la *litis*; y ii) que las leyes del Ecuador obligan a las instituciones del Estado a agotar las instancias permitidas para impedir que un fallo, de la naturaleza que sea, “se ejecutoríe y ejecute”.

2. La Respuesta de REPSOL

6. El 15 de octubre de 2004, REPSOL solicitó el rechazo de la solicitud de anulación y que se dejara sin efecto la suspensión del Laudo. Sus razones principales fueron:

i) Que los argumentos principales de PETROECUADOR respecto a que: (i) la controversia se regía por el Contrato de Prestación de Servicios y no por el Contrato Modificatorio; (ii) la controversia había sido resuelta por la DNH y tenía la fuerza de cosa juzgada; y que (iii) REPSOL no tenía la autorización del Consorcio para demandar a PETROECUADOR, ya habían sido invocados y resueltos por la Decisión sobre Competencia en los considerandos números 28, 34 y en los considerandos del Laudo, 112, 149, 151, 177⁴;

ii) Que, en lo referente al contrato aplicable, la Decisión sobre Competencia, en su considerando 28, resolvió que “la controversia se refiere a la cláusula 26.1 del Contrato Modificatorio” y que “[e]n igual sentido se manifestó la Procuraduría General del

⁴ En adelante toda referencia a los considerandos del Laudo se indicarán en la siguiente forma (Laudo, [número de considerando]); similarmente, toda referencia a los considerandos de la Decisión sobre Competencia se indicarán en la siguiente forma: (Comp., [número de considerando]).

Estado...” y que la demanda reclamó, igualmente, el cumplimiento de este último y no del Contrato de Prestación de Servicios⁵;

iii) Que la naturaleza contractual de la controversia fue ratificada por el Tribunal⁶ y por las Partes y la Procuraduría General del Estado, cuando se sometieron a un proceso de consultoría vinculante que produjo el Informe del Doctor Marcelo Merlo, y que impugnar una decisión administrativa de la DNH habría implicado desconocer tácitamente la competencia del Tribunal del CIADI⁷.

iv) Que el Tribunal resolvió que “la decisión de la DNH no ha generado para este procedimiento los efectos de cosa juzgada”⁸;

v) Que, en lo referente a las facultades para demandar a PETROECUADOR, el Tribunal resolvió, “que REPSOL estaba y está facultada para actuar en nombre de las demás compañías que constituyen el Consorcio”⁹;

vi) Que no tendría validez el argumento de PETROECUADOR respecto a que “no se puede pagar una cifra que no ha sido parte de la litis” por cuanto la demanda y los documentos probatorios mencionaron, explícitamente, la suma de “US\$13.700.000 más los intereses desde la fecha en que debió efectuarse el pago hasta el momento en que efectivamente sea realizado”¹⁰.

⁵ Carta de REPSOL del 15 de octubre de 2006, p. 3.

⁶ Decisión sobre Competencia, 34 y Laudo, 151.

⁷ Carta de REPSOL del 15 de octubre de 2004 (en adelante “REPSOL 15/10/2004”).

⁸ Laudo, 149.

⁹ Laudo, 112.

¹⁰ REPSOL 15/10/2004, págs. 6-7.

vii) Que la aseveración de PETROECUADOR de que su legislación la obliga a agotar todas las instancias para impedir que un fallo de la naturaleza que fuere se “ejecutorie y se ejecute”, debe encuadrarse dentro del principio de legalidad de su Constitución Política, y lo permitido por su legislación y los Tratados internacionales¹¹.

viii) Que PETROECUADOR confunde la acción de nulidad con una apelación y la jurisprudencia uniforme del CIADI no permite que, en una acción de nulidad, su Comité analice asuntos de fondo ya resueltos en el Laudo¹².

3. El Procedimiento

7. El Comité fijó la primera audiencia para el 9 de noviembre de 2004 pero ésta no pudo ser realizada dado que PETROECUADOR no pagó los gastos acordados del procedimiento. Por esta razón, el 24 de marzo de 2005, se acordó la suspensión del procedimiento, el cual sólo fue restablecido cuando el pago fue realizado el 16 de noviembre de 2005.

8. El 22 de diciembre de 2005, el Comité adoptó la Resolución Procesal N° 1 mediante la cual acordó: i) Mantener la suspensión de la ejecución del Laudo sujeta a la condición de que PETROECUADOR entregara, antes del 15 de enero de 2006, una caución incondicional e irrevocable por el total del Laudo más intereses; y ii) Convocar a las Partes a una audiencia en Quito el día 31 de enero de 2006.

9. El 30 de diciembre de 2005, PETROECUADOR solicitó la reconsideración de la Resolución Procesal N° 1 en cuanto al otorgamiento de la caución. Dicha solicitud presentada por PETROECUADOR fue rechazada por el Comité en la Resolución Procesal N° 2 , del 9 de

¹¹ *Ibid.*, págs. 7-8.

¹² *Ibid.*, págs. 8-9.

enero de 2006. En esa misma fecha el Comité decidió extender el plazo para proporcionar una caución satisfactoria a más tardar el 25 de enero de 2006. Posteriormente, mediante la Resolución Procesal N° 3, del 27 de enero de 2006, el Comité decidió extender una vez más el plazo de entrega de la caución satisfactoria hasta el 1 de febrero de 2006, manteniendo los demás términos establecidos en la Resolución Procesal N° 1.

10. El 31 de enero de 2006 tuvo lugar en la Universidad San Francisco de Quito, la primera sesión del Comité con la participación de los tres miembros del Comité, de las representantes del Secretariado del CIADI, Gabriela Álvarez Ávila, Consejero Jurídico Principal vía teleconferencia, y Natalí Sequeira Navarro, Consejero Jurídico. Asimismo en representación de REPSOL asistieron el Ing. Carlos Arnao, Apoderado General de REPSOL en el Ecuador, el Sr. Fernando Montenegro, Gerente de Asuntos Jurídicos de REPSOL en el Ecuador, el Sr. Francisco Roldán, el Sr. Rodrigo Jijón y el Sr. Juan Manuel Marchán, de la firma de abogado Pérez, Bustamante & Ponce. En representación de PETROECUADOR asistieron el Sr. Emilio Clemente Huerta, el Sr. Juan Velasco, el Sr. Gonzalo Castro Espinoza, el Sr. José Nikinga, la Econ. Fabiola Estrella, el Sr. Julio César Trujillo, el Sr. Rubén Darío Espinoza, y el Abg. José Miguel Ledesma.

11. En la primera sesión del 31 de enero de 2006, se trataron los siguientes asuntos: constitución del Comité y declaraciones de sus miembros; honorarios y gastos de los miembros del Comité; representación de las Partes; reglas de arbitraje aplicables; prorrato de las costas del procedimiento y pagos anticipados; lugar e idioma del procedimiento; actas de las audiencias; medios de comunicación y copias de los instrumentos; quórum; decisiones por correspondencia o conferencia telefónica; delegación de la facultad para fijar plazos; audiencia preliminar, etapa

escrita y oral del procedimiento; actuaciones escritas: número, secuencia y plazos; declaraciones de testigos y peritos; prueba documental, método para la presentación de documentos y solicitudes; fechas de las sesiones siguientes; plazo del Comité para decidir; y publicación de cualquier decisión sobre el caso.

12. El 22 de febrero de 2006, el Comité adoptó la Resolución Procesal N° 4 que, después de analizar los hechos y jurisprudencia relevante, y dejar constancia de que PETROECUADOR no proporcionó dentro de los plazos acordados la caución ordenada por las Resoluciones Procesales N° 2 y N° 3, dejó sin efecto la suspensión de la ejecución del Laudo.

4. Escritos de las Partes

13. En Memorial del 2 de marzo de 2006, PETROECUADOR reiteró, entre otros, los siguientes argumentos: i) que la controversia versó sobre cuál contrato debía aplicarse y que el Laudo debió aplicar el Contrato de Prestación de Servicios y no el Modificatorio; ii) que el Tribunal no tenía competencia para resolver una materia ya resuelta por la DNH y que, al hacerlo, falló en contra de ley expresa, los Artículos 11, 52 y 56 de la Ley de Hidrocarburos; iii) que, en el supuesto que fuera aplicable el Contrato Modificatorio, el Tribunal se extralimitó al ordenar el pago de una deuda inexistente, no liquidada por las Partes “por la falta de los parámetros definitivos conforme al Anexo XI del Contrato Modificatorio”¹³; iv) que al no haber autorizado la demanda el Consorcio del cual forma parte REPSOL, el procedimiento arbitral estuvo viciado; y v) que, como fue resuelto en el caso *Klöckner c. Camerún*¹⁴, el tribunal se

¹³ Memorial de PETROECUADOR del 2 de marzo de 2006, p. 8.

¹⁴ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República del Camerún y la Société Camerounaise des Engrais* (Caso CIADI No. ARB/81/2), Decisión sobre Anulación del 3 de mayo de 1985, ICSID Reports, Vol. 2, 1994, pp. 95 y siguientes.

excedió en sus atribuciones e infringió el Artículo 42(1) del Convenio al no aplicar la ley ecuatoriana.

14. El 31 de marzo de 2006, REPSOL en su Memorial de Contestación sostuvo que: i) el fondo de la controversia no consistía en qué contrato debía aplicarse sino en “el incumplimiento en el pago de una suma determinada, pago al que se obligó PETROECUADOR en virtud de la cláusula 26.1 del Contrato Modificatorio”¹⁵; ii) la alegación de incompetencia fue resuelta en el considerando 28 del la Decisión sobre Competencia; iii) no procedía reclamar la decisión de la DNH o sus auditorias por cuanto la controversia - como lo reconoció la Procuraduría General del Estado, el Ministro de Energía y Minas, la Decisión sobre Competencia y el Laudo¹⁶, era contractual y no administrativa: es decir, derivaba del incumplimiento de PETROECUADOR del Contrato Modificatorio; iii) tenía facultades para representar al Consorcio, como lo reconoció el Laudo en su considerando 112; iv) la demanda especificó el valor de la *litis* y no correspondía al Comité analizar liquidaciones que fueron materia de fondo de una controversia ya resuelta¹⁷; v) según la jurisprudencia reiterada del CIADI y la opinión de tratadistas, la anulación es un recurso limitado que se refiere a la legitimidad del Laudo y por ende sus causales deben interpretarse restrictivamente; además, la anulación por extralimitación de funciones debe ser notoria y evidente, de lo contrario se convierte en una apelación ordinaria; vi) en el supuesto de que el Tribunal hubiera aplicado indebidamente una ley ecuatoriana – lo cual no ocurrió – ello no anularía el Laudo, según lo resuelto en el caso *Wena Hotels c. Egipto* (pág. 18)¹⁸.

¹⁵ Memorial de Contestación de REPSOL del 31 de marzo de 2006, p. 3.

¹⁶ Decisión sobre Competencia, 34 y Laudo 149, 151 y 177.

¹⁷ Memorial de Contestación de REPSOL del 31 de marzo de 2006, p. 11.

¹⁸ *Wena Hotels Ltd. c. la República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/98/4), Decisión sobre Anulación del Laudo, 5 de febrero de 2002, 41 I. L. M. 933 (2002).

15. En su Réplica del 15 de abril de 2006, PETROECUADOR afirmó que: i) el argumento de REPSOL de que la controversia estaba regida por la cláusula 26.1 del Contrato Modificatorio era insostenible por cuanto este Contrato proviene del Contrato de Prestación de Servicios que fue, junto con la liquidación de los montos supuestamente adeudados, objeto de una resolución administrativa inimpugnable “es decir cosa juzgada administrativa”¹⁹; ii) el Laudo se excedió en sus atribuciones al ignorar que, bajo la reglamentación aplicable, entre otros, el Reglamento de Contabilidad, las liquidaciones de las inversiones de REPSOL y los reembolsos correspondientes de PETROECUADOR, sólo podían ser definitivas después de que la DNH hubiera realizado las auditorias correspondientes²⁰; iii) según las auditorias que citó, bajo el Contrato de Prestación de Servicios PETROECUADOR sólo podía pagar liquidaciones definitivas y no provisionales; iv) conforme a la legislación que citó, la notificación en 1999²¹, de la DNH a REPSOL, de los resultados de las inversiones y reembolsos de 1994, 1995 y 1996, transformó la supuesta controversia contractual en administrativa y su impugnación se rigió por el Estatuto Administrativo. Por lo tanto, al no impugnar REPSOL la decisión de la DNH, ésta adquirió la fuerza de cosa juzgada administrativa²².

16. En su Dúplica del 2 de mayo de 2006, REPSOL afirmó que: i) el argumento de que el Tribunal no aplicó la ley ecuatoriana confunde el proceso de anulación con el de apelación e ignora que ningún Comité ha establecido que una incorrecta interpretación de la ley constituye una extralimitación de las facultades de un Tribunal, lo cual tampoco habría ocurrido en este caso en que el Laudo interpretó y aplicó correctamente la ley ecuatoriana tal como estaba previsto en el Contrato Modificatorio (Nº s 3 y 4); ii) las opiniones de los tratadistas Broches y

¹⁹ Réplica de PETROECUADOR del 15 de abril de 2006, p. 2.

²⁰ Réplica de PETROECUADOR del 15 de abril de 2006, p. 3, 4 y 5.

²¹ Oficio Nº 90002 del 6 de enero 1999.

²² Réplica de PETROECUADOR del 15 de abril de 2006, pp. 7 – 12.

Schreuer y la doctrina del caso *Wena Hotels c. Egipto* apoyan sus anteriores conclusiones respecto de las facultades de un Comité en un recurso de nulidad (Nº s 5 y 6); iii) la modificación del Contrato de Prestación de Servicios se hizo después de cumplir la totalidad de las condiciones establecidas en la Ley de Hidrocarburos y en su ley Reformatoria (Nº s 8.2 y 8.3); iv) las referencias de PETROECUADOR al procedimiento de liquidaciones y auditorías de la DNH, para aprobar reembolsos bajo el Contrato de Prestación de Servicios no serían aplicables al Contrato Modificadorio (Nº 8.5; v) el argumento de que la cláusula 26.1 del Contrato Modificadorio fue nula, porque las Partes estaban legalmente impedidas de realizar liquidaciones definitivas, vulnera el principio de buena fe y el Artículo 1699 del Código Civil, que impide que quien firma un contrato nulo pueda alegar la nulidad a su favor (Nº 8.6); vi) REPSOL no impugnó por la vía administrativa las liquidaciones de la DNH por cuanto la controversia era contractual y se originó en la cláusula 26.1 del Contrato Modificadorio como lo reconocieron el Ministro de Energía y Minas y el Procurador General del Estado (Nº 8.7); vii) como fue resuelto por un tribunal arbitral de Colombia, la jurisdicción en lo contencioso-administrativo no es exclusiva y no puede excluir la jurisdicción de árbitros que en virtud de un pacto arbitral, quedan investidos de la función pública de administrar justicia en asuntos ordinariamente del conocimiento del juez administrativo (Nº 8.8); viii) las conclusiones anteriores respecto de la competencia de los tribunales del CIADI fueron reconocidas en el caso *Aguas del Aconquija, S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*²³ y están confirmadas por el Artículo 26 del Convenio que establece:

²³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3), Decisión sobre Anulación del Laudo, 3 de julio del 2002. Disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards>.

“Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso...”.

5. Procedimiento Posterior

17. El 18 de mayo de 2006, el Comité reiteró una anterior solicitud a PETROECUADOR para que, en conformidad al Artículo 14(3)(a)(i) e inciso (e) del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, depositara la suma de US\$100.000 para financiar los gastos del procedimiento durante los próximos tres a seis meses y la audiencia sobre el fondo a celebrarse en julio de 2006.

18. El 27 de junio de 2006, el Comité dictó la Resolución Procesal N° 5, mediante la cual y sobre la base de las consideraciones que allí se indican: i) sin perjuicio de reconocer la libertad de PETROECUADOR de presentar copias fieles de documentos, rechazó reproducir de los autos del arbitraje todo cuanto le fuera favorable; ii) rechazó certificar diversas actuaciones relacionadas con el dictamen de la DNH; iii) se reservó el derecho a decidir acerca de la supuesta falta de independencia de algunos testigos; y iv) confirmó que la próxima audiencia tendría lugar en Quito el 10 de julio de 2006.

19. El 10 de julio de 2006 tuvo lugar en Quito la primera audiencia del Comité a la que asistieron los representantes de las Partes y sus abogados y se escucharon los alegatos orales y las pruebas de las Partes. Una copia electrónica con la transcripción completa de esta audiencia fue posteriormente distribuida por el Secretariado²⁴.

²⁴ En adelante, las referencias a la Transcripción de la Audiencia se indicarán de la siguiente forma “Tran., [N° de pág.]”.

20. El día de la audiencia REPSOL presentó un escrito final con sus argumentos en contra de la solicitud de anulación e insistió que PETROECUADOR se habría limitado a “repetir los mismos argumentos esgrimidos en el proceso arbitral que fueron analizados, debatidos y resueltos por el Tribunal” y habría confundido su solicitud de anulación con un recurso de apelación. Agregó, además, entre otros argumentos, que las Partes acordaron expresamente que la controversia se sometería al arbitraje del CIADI y citó jurisprudencia aplicable al caso. Reiteró el cumplimiento de la cláusula 26.1 del Contrato Modificatorio, el cual habría sido “una transacción en virtud de la cual se liquidaron las obligaciones mutuas originadas en el anterior contrato de prestación de servicios”. La cláusula mencionada dispone:

“VIGÉSIMO SEXTA: DISPOSICIÓN TRANSITORIA:

VEINTISÉIS UNO (26.1).- PETROECUADOR pagará a la Contratista las cantidades descritas en el Anexo XI, que constituyen los montos adeudados y no cancelados por PETROECUADOR a la Contratista bajo el Contrato de Prestación de Servicios, según se establece en dicho Anexo.”

21. REPSOL analizó y rebatió, citando los documentos pertinentes y la jurisprudencia del CIADI, las alegaciones de PETROECUADOR referentes a: (i) la incompetencia o extralimitación de las facultades del Tribunal; (ii) el hecho de que el Tribunal no podía pronunciarse sobre la decisión de la DNH; (iii) el hecho de que la actora no tendría facultades para representar a las empresas del Consorcio; (iv) el hecho de que no podría pagar una cifra que no fue objeto de la *litis*; y (v) el hecho de que la legislación ecuatoriana obliga a sus empresas a agotar todas las instancias para impedir que un fallo se ejecutorie y ejecute.

22. El 22 de julio de 2006, PETROECUADOR presentó un escrito que transcribe la intervención del Dr. Julio César Trujillo en la audiencia del 10 de julio de 2006 y copias de las diapositivas utilizadas por el Dr. José Nikinga en esa misma audiencia. La intervención del Dr. Trujillo señaló, en síntesis: i) que la cláusula 26.1 del Contrato de Participación es transitoria y no establece suma alguna que se deba a REPSOL, pero se remite al Anexo XI, que señala cifras estimadas, sujetas a reliquidación, y que deben ser aprobadas por la Presidencia Ejecutiva de PETROECUADOR; ii) que de conformidad con el referido Anexo XI, la Presidencia de PETROECUADOR aprobó las distintas reliquidaciones, que fueron impugnadas por REPSOL, pero que la DNH ratificó mediante oficio 004-DNH-EH-AH-1 del 21 de enero del 2000; iii) que de conformidad con el Artículo 56 de la Ley de Hidrocarburos, la anterior resolución de la DNH produjo cosa juzgada administrativa; iv) que REPSOL no interpuso oportunamente los recursos conferidos por la Constitución y las leyes ecuatorianas por lo que la resolución de la DNH que ratificó las reliquidaciones de la Presidencia de PETROECUADOR quedó ejecutoriada; v) que en sus consideraciones N° s 146 a 151, el Laudo se refirió de manera contradictoria e inexacta a la resolución de la DNH y que el Comité deberá resolver si acaso el Tribunal tenía competencia para "...juzgar una cuestión que ya fue resuelta por la DNH mediante resolución que había causado estado o cosa juzgada administrativa"²⁵; vi) que el Laudo implícitamente desconoció la validez de la resolución de la DNH, lo cual constituye otra causal para pedir su anulación, por cuanto el Convenio del CIADI solo vino a formar parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano el 19 de abril de 2001²⁶, eso es, varios meses después de que la Decisión de la DNH causara cosa juzgada administrativa; vii) que el Laudo no precisa que las cuentas pendientes son del contrato de prestación de servicios - y no del contrato de participación - y tampoco analiza las

²⁵ Transcripción presentada por PETROECUADOR de la intervención del Dr. Julio César Trujillo realizada en la audiencia del 10 de julio de 2006, sección 5.2.1, quinto párrafo.

²⁶ Fecha de su publicación en el Diario Oficial.

consecuencias del Anexo XI que, si lo hubiera hecho, habría concluido que estaban sujetas a reliquidación, debían ser aprobadas por la Presidencia de PETROECUADOR y sujetas al control de la DNH; viii) que el argumento del N° 149 del Laudo, que la decisión de la DNH no produjo cosa juzgada porque lo que se discute es el alcance y efecto de la cláusula contractual 26.1, no sería válido por cuanto esta cláusula no fijó suma alguna sino que se remitió al Anexo XI cuyos montos no fueron definitivos; ix) que el N° 150 del Laudo afirma erradamente que: i) las facultades de la DNH para controlar a PETROECUADOR provendrían del contrato en circunstancias de que éstas provienen de la ley; y ii) la DNH no podría modificar las cifras fijadas en el contrato de participación, en circunstancias que este contrato no fijó cifra alguna sino que, como se indicara, se remitió al Anexo XI.

23. En su documento el Doctor Nikinga: i) describe el objetivo y fundamentos de la demanda original de REPSOL y de las cantidades adeudadas bajo el marco legal aplicable: el Contrato de Prestación de Servicios, el Artículo 25 del Reglamento de Contabilidad y el Reglamento para la aplicación de la Ley N° 101 modificatoria de la Ley de Hidrocarburos; ii) señala a la DNH como la entidad con la competencia legal para fijar de manera definitiva la liquidación de los costos, gastos e inversiones pertinentes; iii) menciona la cláusula XXVI y Anexo XI del Contrato de Participación y de que el dictamen de la DNH no habría declarado como definitiva la liquidación del Anexo XI; iv) designa como las excepciones esenciales de PETROECUADOR: a) la falta de competencia del CIADI para conocer y resolver el reclamo de REPSOL; b) que, conforme al Artículo 56 de la Ley de Hidrocarburos, la demanda de REPSOL fue resuelta por la DNH tres meses antes de que el asunto fuera puesto a la decisión del consultor y dos años antes de la demanda ante el CIADI; c) que se habría producido cosa juzgada administrativa y REPSOL no habría ejercido los recursos administrativos y judiciales contemplados en la legislación

ecuatoriana; d) que los valores del Anexo XI del Contrato Modificatorio y la cláusula 26.1 del Contrato son valores propios del contrato de prestación de servicios y no del de participación vigente a partir del 1 de enero de 1997; e) que cualquier liquidación o reliquidación pendiente del contrato de prestación de servicios debe regirse por este mismo contrato y las leyes y reglamentos aplicables al mismo; f) que el fondo de la controversia es jurídica y consiste en si debe aplicarse- como afirma REPSOL- la cláusula 26 del Contrato Modificatorio o - como lo afirma PETROECUADOR - el contrato de Prestación de Servicios; g) que el Tribunal incurrió en exceso manifiesto al señalar que la controversia se refiere a la cláusula 26.1 del Contrato Modificatorio y supuesto incumplimiento de PETROECUADOR de una obligación originada en el mismo (considerandos 28 y 31); y v) el Comité estaría moralmente obligado a evitar un enriquecimiento ilegal e injusto.

24. Debido a la falta de pago por parte de PETROECUADOR, el 24 de julio de 2006, el Secretariado del CIADI informó haber recibido de REPSOL un depósito por US\$100.000 a fin de solventar los gastos del procedimiento.

25. El 27 de julio de 2006, PETROECUADOR presentó una síntesis de la intervención en la audiencia del 10 de julio de 2006, de la Economista Fabiola Estrella que señaló que: i) el marco legal aplicable es el contrato de prestación de servicios, el Reglamento de Contabilidad, el Reglamento para la Aplicación de la Ley N° 101, modificatoria de la Ley de Hidrocarburos (Artículos 38 y 40); ii) que la liquidación y los reembolsos son procedimientos reglados y que solo la DNH, mediante las auditorías anuales tiene la competencia para darle carácter de firme o definitiva a las liquidaciones de reembolso de costos y gastos; iii) que la demanda de REPSOL fue resuelta por la DNH tres meses antes pedirse la opinión del Consultor Merlo; iv) que la

resolución de la DNH tiene fuerza de cosa juzgada administrativa; v) que si la controversia es de derecho, el Tribunal debió primero declarar el derecho de la actora y, después, en base a los ajustes realizados por la auditoría de la DNH, ordenar una liquidación y pago de la obligación derivada de ese derecho supuestamente conculcado, y vi) que el Comité está legalmente obligado a declarar la nulidad del Laudo y “moralmente (...) obligado a evitar un enriquecimiento ilegal injusto”.

II. ANÁLISIS DE LA CAUSAL DE NULIDAD INVOCADA

26. PETROECUADOR solicitó la anulación del Laudo conforme al Artículo 52(1)(b) del Convenio, alegando que el Tribunal de manera manifiesta y antijurídica se extralimitó en sus facultades. Como fundamento, PETROECUADOR alegó que el Tribunal se excedió en sus facultades violando el Artículo 52(1)(b) del Convenio al no aplicar la ley ecuatoriana y: i) pronunciándose competente para resolver la controversia de acuerdo con el Contrato Modificatorio y no con fundamento en el Contrato de Prestación de Servicios, como debió haberlo hecho; ii) ignorando y no dando fuerza de cosa juzgada a la decisión administrativa de la DNH; y iii) admitiendo la demanda de REPSOL a pesar de que ésta carecía de la autorización previa del Comité de Operación conforme al Acuerdo de Participación Conjunta (“Joint Operating Agreement”) firmado el 7 de febrero de 1996 y las Reglas 1 y 2(1) de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI (Reglas de Iniciación)²⁷.

Posteriormente, PETROECUADOR agregó a las causales de anulación mencionadas que: iv) el Tribunal no debió haber ordenado el pago de una suma que no era parte de la controversia; y v) las leyes de Ecuador obligan al Estado y a sus instituciones a agotar todas las instancias

²⁷ Solicitud de anulación, 7 de junio de 2004, consideración N° 14.

permitidas para impedir la ejecución de un fallo en su contra. Durante el transcurso del proceso de anulación, PETROECUADOR agregó que la decisión del Tribunal respecto del poder de representación de REPSOL constituye un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento conforme al Artículo 52(1)(d) del Convenio.

1. Incompetencia del Tribunal

27. A continuación se analizan las causales anteriormente mencionadas en la solicitud de anulación presentada por PETROECUADOR.

a) La Decisión del Tribunal

28. En su Decisión sobre Competencia del 23 de enero de 2003 el Tribunal, después de haber examinado las alegaciones de las Partes y las pruebas rendidas, se manifiesta respecto a la excepción de PETROECUADOR a la jurisdicción del CIADI y a su competencia. El Tribunal considera primeramente que la controversia se refiere a la cláusula 26.1 del Contrato Modificadorio (Comp., 28) y repite más adelante que *“la controversia surgió en relación con el segundo contrato llamado el Contrato Modificadorio”*²⁸.

29. Afirma el Tribunal que *“En igual sentido se manifestó la Procuraduría General del Estado en sus oficios números 08085 del 14 de octubre de 1999 y 10994 del 3 de marzo del 2000 al referirse al Contrato Modificadorio como la fuente del conflicto. En el primer oficio citado se discutió el tema de la consultoría mencionada en la cláusula 20.1 del Contrato Modificadorio y la Procuraduría afirmó: “...es legalmente procedente, puesto que constituye un medio alternativo para la solución de controversias surgidas entre las partes y por cuanto así se pactó en el contrato modificadorio de la referencia y en el oficio 156-PRO-A-99-1812 suscrito por la Presidencia de PETROECUADOR y el Apoderado General de YPF Ecuador Inc. En tal virtud,*

²⁸ Comp., 29.

los contratistas están obligados a dar cumplimiento de la opinión de 7 de julio de 1999 del consultor designado de mutuo acuerdo”(…). En el segundo oficio, se trató el mismo asunto y la Procuraduría expresó lo siguiente: “Al estipular el contrato que la opinión del consultor tendrá efecto final y obligatorio para las Partes, ha modificado las Bases de Contratación, al darle a dicha opinión el alcance de final y obligatoria, cuando su efecto es el de informe simplemente. Por ello, el numeral 44.2 de las Bases establece que el dictamen del consultor será referencial, en cambio que el laudo arbitral será obligatorio para las partes, lo que quiere decir que el dictamen del consultor no es obligatorio y menos que tenga efecto final”. En ambos textos se analizó el Contrato Modificatorio y la controversia que surgió entre las partes en cuanto al efecto del proceso de consultoría que fue acordado en ese contrato”²⁹.

30. El Tribunal añade que “considera que la diferencia entre las Partes es, definitivamente, de naturaleza jurídica por referirse al supuesto incumplimiento por parte de PETROECUADOR de una obligación originada en el Contrato Modificatorio”³⁰.

31. Sostiene además el Tribunal que PETROECUADOR ha expresado su consentimiento irrevocable de consentir a someterse a un arbitraje CIADI tanto bajo la cláusula 20.3 del Contrato Modificatorio como en el oficio No. 380-PRO-P-2001 de 9 de julio del 2001 en el cual manifestó a REPSOL lo siguiente: “Doy respuesta a su comunicación DR-PE-013/2001 de 19 de junio de este año, en la que manifiesta que, una vez que el Estado Ecuatoriano, a través de sus órganos, ha ratificado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, procede someterse a la competencia de CIADI para resolver cualquier controversia. Al respecto, le manifiesto mi conformidad con tal procedimiento y, en consecuencia, las divergencias relacionadas con las liquidaciones

²⁹ Comp., 28.

³⁰ Comp., 31.

definitivas del Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16 podrán tramitarse ante el CIADI, en los términos de la cláusula 20.3 del Contrato Modificatorio...³¹.

32. La cláusula 20.3 del Contrato Modificatorio dice que desde la fecha en que el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados “*sea aprobado por el Congreso Ecuatoriano, las Partes se obligan a someter las controversias o divergencias que tengan relación o surjan de la ejecución de este Contrato, a la Jurisdicción y competencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el “CIADI”) para que sean arregladas y resueltas de conformidad con lo dispuesto en dicho Convenio.*”

33. Añade ulteriormente el Tribunal que “*la alegación de PETROECUADOR sobre la existencia de cosa juzgada administrativa no incide sobre la competencia del Tribunal. En otras palabras, que el dictamen de la Dirección Nacional de Hidrocarburos citado por PETROECUADOR haya puesto fin o no en forma definitiva a la materia controvertida, es un asunto que no afecta ni puede afectar la competencia del Tribunal y, en cambio, sí tiene gran influencia sobre el fondo del tema controvertido*”³². El Tribunal concluye que: “*Estas consideraciones tienen que ver exclusivamente con los aspectos de la excepción de cosa juzgada que inciden en la materia de previo pronunciamiento, es decir, en lo referente a la competencia del Tribunal. En consecuencia, al emitir su fallo el Tribunal deberá examinar si el asunto objeto de la controversia ha sido ya resuelto, en todo o en parte, por las autoridades nacionales competentes y resolver sobre las consecuencias jurídicas de tal supuesta decisión*”³³.

34. Por último, el Tribunal afirma que el Convenio del CIADI, aprobado por el Congreso del Ecuador por medio de la resolución legislativa N° R-22-053 del 7 de febrero del 2001, prevalece

³¹ Comp., 41.

³² Comp., 46.

³³ Comp., 47.

sobre las normas internas de la República del Ecuador, conforme al Artículo 163 de la Constitución³⁴, razón por la cual “la normativa aplicable a este asunto son el Convenio del CIADI y, por no haber acuerdo en contrario de las Partes, “Las Reglas de Arbitraje”³⁵.

35. Lo que precede “lleva el Tribunal de Arbitraje a la conclusión ineluctable de que el presente asunto está sujeto a la jurisdicción de CIADI y que el Tribunal de Arbitraje tiene competencia para dirimir la controversia surgida entre las Partes”³⁶.

b) Análisis del Comité

36. Como se menciona anteriormente (*supra*, 38), PETROECUADOR sostiene que el Tribunal se excedió en sus facultades de modo manifiesto al decidir que la controversia corresponde a la jurisdicción de CIADI y a su competencia. El Comité observa que, en primer lugar, para que el exceso en las facultades de un tribunal de arbitraje constituya una causal válida para la anulación de un laudo conforme al Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI, debe ser “manifiesto”. Comúnmente se entiende que un exceso en las facultades es “manifiesto” cuando es “evidente por sí solo” de la sola lectura del Laudo, es decir, aún antes de examinar en detalle el contenido del mismo (ver al respecto *Wena Hotels Limited c. la República Árabe de Egipto*)³⁷.

Según manifiesta el Profesor Schreuer, “la palabra se relaciona no tanto con la seriedad del exceso o la naturaleza fundamental de la norma que se ha violado, sino más bien con el proceso cognitivo que la hace aparente. Un exceso en las facultades es manifiesto cuando puede discernirse con poco esfuerzo y sin necesidad de un análisis profundo”³⁸.

37. En una primera lectura, la Decisión sobre Competencia emitida por el Tribunal en enero de 2003, es clara, convincente, bien razonada y libre de contradicciones. Además, el Comité

³⁴ Comp., 53.

³⁵ Comp., 55.

³⁶ Comp., 57.

³⁷ *Wena Hotels Ltd. c. la República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/98/4), Decisión sobre Anulación del Laudo, 5 de febrero de 2002, 41 I. L. M. 933 (2002), párrafo 25.

³⁸ Schreuer, C. *The ICSID Convention: A Commentary*, 2001, pág. 933. (Traducción del Comité).

observa que las normas del sistema legal ecuatoriano fueron tomadas en cuenta y aplicadas por árbitros de autoridad y experiencia, dos de los cuales de nacionalidad ecuatoriana.

38. Incluso asumiendo que el Tribunal hubiera aplicado erróneamente las leyes de Ecuador, debe recordarse que, en el sistema de anulación del CIADI, los errores cometidos en la aplicación de una ley, en contraste con su incumplimiento (o de las normas de derecho acordadas por las partes), no constituyen, de conformidad al Artículo 42 del Convenio, una causal de anulación de un laudo. Los precedentes al respecto confirman la relevancia de esta distinción en el contexto de una solicitud de anulación, aclarando también que este último no debe confundirse con un recurso de apelación, el cual no está disponible conforme al Artículo 53 del Convenio.

39. En el caso *Klöckner c. Camerún*, el Comité, luego de referirse (en el párrafo 60) a “*la sutil distinción entre la ‘no aplicación’ de la ley aplicable y la aplicación errónea de dicha ley*”, manifestó (en el párrafo 61): “*Es claro que el “error in judicando” no puede en sí mismo ser aceptado como causal de anulación sin reintroducir indirectamente una apelación en contra del laudo arbitral, y el Comité ad hoc, conforme al Artículo 52 del Convenio, no tiene, más allá que la Corte Permanente de Arbitraje en el caso Orinoco, el “deber ...de manifestar si el caso ha sido bien o mal juzgado, sino si el laudo debe ser anulado”*”³⁹.

40. La decisión del Comité de Anulación en el caso *Amco c. Indonesia* fue igualmente categórica:

“23. La ley que el Tribunal aplicó será examinada por el Comité, no con el fin de investigar si el Tribunal cometió errores en la interpretación de los requerimientos de la ley aplicable o en la determinación o evaluación de los hechos relevantes a los que se ha

³⁹ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República del Camerún y la Société Camerounaise des Engrais* (Caso CIADI No. ARB/81/2), Decisión sobre Anulación del 3 de mayo de 1985, ICSID Reports, Vol. 2, 1994, pp. 95 y siguientes; p. 119. (Traducción del Comité).

aplicado dicha ley. Dicho escrutinio es un deber propio de un Tribunal de Apelaciones, y el Comité no lo es. El Comité se limitará a determinar si el Tribunal de hecho aplicó la ley que debía aplicar a la controversia. El incumplimiento en la aplicación de dicha ley, a diferencia de una mala interpretación de la ley, constituye un exceso manifiesto en las facultades por parte del Tribunal y una causal de nulidad conforme al Artículo 52(1)(b) del Convenio. El Comité ha considerado esta tarea con cautela, estableciendo la diferencia entre el incumplimiento en la aplicación de la ley correspondiente como causal de anulación y la mala interpretación de la ley aplicable como causal de apelación”⁴⁰.

41. Esta opinión fue compartida por el Comité en el caso *MINE c. Guinea*. Luego de explicar la causa por la que la no aplicación de la ley correspondiente constituye una forma de exceso en las facultades, el Comité agregó:

“5.05 Debe distinguirse la no consideración de las normas de derecho aplicables de la aplicación errónea de dichas normas que, aun si fuera manifiestamente injustificada, no proporciona una causal para la anulación (ver la historia del Convenio, Vol. II, págs. 340 y 854)”⁴¹.

42. Por lo expuesto, PETROECUADOR ha cometido un error al sostener en la audiencia que el Tribunal *“Excediéndose de sus atribuciones les ha dado interpretación extensiva a estas normas ecuatorianas, normas legales ecuatorianas que son parte del derecho público”⁴².*

43. Además se considera que, cualquiera que sea el contrato aplicable (es decir, el Contrato de Prestación de Servicios o el Contrato Modificatorio), las Partes acordaron someter todas las

⁴⁰ *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia* (Caso CIADI No. ARB/81/1), Sentencia de Anulación, 16 de mayo de 1986, ICSID Reports, Vol. 1, 1193, pp. 515-16. (Traducción del Comité).

⁴¹ *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* (Caso CIADI No. ARB/84/4), Decisión de Anulación Parcial del 22 de diciembre de 1989, 5 ICSID Review - FILJ 95 (1990). (Traducción del Comité).

⁴² Tran., p. 168, líneas 4-7.

controversias a la consideración del arbitraje del CIADI. En virtud de este acuerdo entre las Partes, la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal del CIADI no deben ser cuestionadas si se reúnen las demás condiciones establecidas en el Artículo 25 del Convenio del CIADI, como sucede en este caso. Por lo expuesto, la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal no serán descartadas por una objeción respecto a que el objeto de la controversia se relaciona con un acto administrativo con efectos de cosa juzgada o *res judicata* ⁴³.

44. Inclusive si se analizan los excesos de poder bajo una perspectiva más general, el Laudo también resiste cualquier crítica por este concepto. En el hecho, el Tribunal no ha decidido sobre asuntos que no hayan sido sometidos a su consideración (al respecto, ver párrafo 84, *infra*), ni ha omitido referirse a los asuntos que le fueran sometidos por la Partes, o dejado de cumplir la ley aplicable.

45. Por lo expuesto, el Comité concluye que las causales de anulación presentadas por PETROECUADOR con respecto a la decisión del Tribunal sobre la jurisdicción del CIADI y sobre su propia competencia no pueden prevalecer. Por lo tanto, se rechaza la solicitud de anulación por esta causal.

2. Fuente de la Controversia; Cosa Juzgada Administrativa

46. Durante la audiencia, PETROECUADOR planteó dos asuntos importantes respecto de la competencia. PETROECUADOR alegó que el Tribunal se excedió en sus facultades de modo manifiesto al establecer en el Laudo: i) que las obligaciones legales de PETROECUADOR no surgieron del Contrato de Prestación de Servicios, sino del Contrato Modificatorio y su Anexo XI; y ii) al no reconocer legalmente una decisión de la DNH (que no había sido impugnada y

⁴³ Véase al respecto *Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. c. El Reino de Marruecos* (Caso CIADI No. ARB/00/4), Decisión sobre Competencia, 23 de julio de 2001, 42 I. L. M. 609 (2003), párrafo 27.

que, por lo tanto, había quedado firme) como cosa juzgada administrativa⁴⁴. Se analizan a continuación cada uno de estos alegatos.

A) Naturaleza Jurídica de la Controversia

a) La Decisión del Tribunal

47. Además de las conclusiones del Tribunal en su Decisión sobre Competencia, resumidos en N° s 28-35, *supra*, el Tribunal llegó a las siguientes conclusiones:

a) Que el Contrato Modificatorio fue el resultado de la iniciativa de PETROECUADOR, que en agosto de 1996 le manifestó a REPSOL su intención de transformar el Contrato de Prestación de Servicios en un Contrato de Participación Conjunta para la exploración y explotación de hidrocarburos. La Contratista en principio accedió a la modificación propuesta⁴⁵.

b) La transformación propuesta de este acuerdo contractual fue aprobada por: el Consejo Administrativo de PETROECUADOR; El Ministro de Energía y Minas; el Procurador General del Estado; y el Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas⁴⁶. Luego de haber recibido las aprobaciones, las Partes negociaron en detalle el Contrato Modificatorio y le dieron fuerza de ley para las Partes.

c) La firma del Contrato Modificatorio puso fin al Contrato de Prestación de Servicios. En el Contrato Modificatorio se incluyó específicamente la cláusula transitoria 26.1, no con el fin de extender el período de vigencia del contrato anterior, sino con el

⁴⁴ El Tribunal aclaró que su Decisión sobre Competencia no incluía un fallo en los méritos de la causa. (Comp., 46 y 47; Laudo, 177). El Tribunal sí dictaminó que la controversia surgió de las obligaciones derivadas de un contrato, y por lo tanto la misma debe considerarse como eminentemente jurídica. (Comp., 33-34).

⁴⁵ Laudo, 115.

⁴⁶ Laudo, 116.

propósito de ponerle fin al mismo, estableciendo el deber de PETROECUADOR de efectuar ciertos pagos como resultado del cierre de cuentas relacionado con la terminación del Contrato de Prestación de Servicios⁴⁷.

b) Análisis del Comité

48. Como fue mencionado anteriormente, PETROECUADOR sostiene que el Tribunal se ha excedido en sus facultades de modo manifiesto al decidir que la controversia tuvo origen en el Contrato Modificatorio, cuando debió haber decidido que la controversia se originó en el Contrato de Prestación de Servicios, fechado el 1 de enero de 1997. Como se indica en párrafo 36, *supra*, las condiciones para la anulación de un laudo conforme al Artículo 52(1)(b), respecto a que “el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades” están bien definidas. Este Comité no ha encontrado en la decisión del Tribunal la trasgresión a la que se hace referencia, respecto del origen contractual de la controversia. De hecho, en algunos aspectos, las pruebas sobre estos hechos son claras e indiscutibles.

49. Existen abundantes pruebas que respaldan la conclusión del Tribunal⁴⁸; por ejemplo, que el cambio del acuerdo contractual fue solicitado por PETROECUADOR en el Oficio #254-PEP-96 fechado el 20 de agosto de 1996, en el que da aviso oficialmente a la Contratista sobre su decisión de modificar el Contrato de Prestación de Servicios para reemplazarlo por un Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos⁴⁹. Las negociaciones que condujeron al nuevo Contrato Modificatorio fueron detalladas y extensivas, involucrando representantes legales y técnicos de alto nivel por ambas Partes. Las Partes también solicitaron y obtuvieron informes favorables sobre los nuevos acuerdos propuestos por instituciones

⁴⁷ Laudo, 122.

⁴⁸ Laudo, 115.

⁴⁹ Laudo, 53.

competentes en Ecuador, entre ellas el Ministro de Energía y Minería, el Procurador General del Estado, el Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y el Comité Especial de Licitación⁵⁰.

50. También queda claro que, durante las negociaciones, ambas Partes efectuaron compromisos respecto de las demandas y hechos controvertidos pendientes referentes al Contrato de Prestación de Servicios precedente. Como resultado, la cláusula 26.1 del Contrato Modificatorio indica:

“PETROECUADOR pagará a la Contratista las cantidades descritas en el Anexo XI, que constituyen los montos adeudados y no cancelados por PETROECUADOR a la Contratista bajo el Contrato de Prestación de Servicios, según se establece en dicho Anexo.”

51. La cláusula 26.1 hace referencia al Anexo XI en el que las Partes, luego de exhaustivas negociaciones, acordaron cifras provisionales para ciertas categorías de pago. Estas fueron sujetas a modificaciones o ajustes posteriores luego de que ciertas cifras y otras variables definidas fueron finalizadas. Sin embargo, las cifras finales exigían la aprobación de la Presidencia de PETROECUADOR⁵¹.

52. A pesar de las disputas entre las Partes sobre la naturaleza de la obligación asumida en la cláusula 26.1 y el Anexo XI asociado, este Comité considera que estas estipulaciones fueron

⁵⁰ Laudo, 58-61.

⁵¹ “Los valores pendientes de aprobar por PETROECUADOR son estimados, por lo que para proceder al pago se deberá contar con las Resoluciones de la Presidencia Ejecutiva de PETROECUADOR.” (Anexo XI).

entendidas por ambas Partes como un finiquito⁵² de las obligaciones correspondientes al Contrato de Prestación de Servicios finalizado. Según el Diccionario de la Real Academia, la palabra “finiquito” significa: “remate de las cuentas, o certificación que se da para constancia de que están ajustadas y satisfecho el alcance que resulta de ellas”.

53. Si bien es indiscutible que algunos elementos de la controversia entre las Partes “tuvieron su origen” en ciertos costos y reclamos que surgieron durante el cumplimiento del Contrato de Prestación de Servicios, también está claro, y con una mayor validez legal, que, a instancia de PETROECUADOR, el Contrato de Prestación de Servicios original fue finalizado por las Partes en un proceso que consistió de dos partes: i) la negociación del “finiquito” de montos por reclamos anteriores⁵³, y ii) la negociación de las estipulaciones restantes del Contrato Modificatorio para cubrir los acuerdos a futuro. Como se indica en el párrafo 49, *supra*, es cierto que la cláusula 26.1 y particularmente el Anexo XI no especificaron claramente los montos precisos a ser pagados por PETROECUADOR, pero también está claro que las categorías de costos y los principios conforme a los cuales se calcularían los montos finales fueron negociados en forma detallada. Más aún, aparentemente no se hizo mención en las negociaciones del papel de la DNH respecto de este aspecto del contrato y mucho menos una sugerencia de que las cifras que la DNH determinara serían finales y vinculantes.

54. PETROECUADOR ha enfatizado que incluso el lenguaje del Anexo XI del Contrato Modificatorio hace referencia a montos adeudados y no cancelados a la Contratista por PETROECUADOR “conforme al Contrato de Prestación de Servicios...”, y por lo tanto alega que los términos del Contrato de Prestación de Servicios, incluida la aplicación a dicho contrato

⁵² Ver Tran., pág. 17, líneas 16-19; Véase también la transcripción presentada por PETROECUADOR de la intervención del Dr. Julio César Trujillo en la audiencia del 10 de julio de 2006, Sección 5.2.4.

⁵³ Laudo, 123.

de una variedad de leyes y procedimientos administrativos ecuatorianos, son cruciales para el correcto análisis legal de esta controversia.

55. Sin embargo, como se indica anteriormente, el Contrato Modificadorio (incluidos la cláusula 26.1 y el Anexo XI), fue debidamente firmado por ambas Partes luego de haber recibido amplia aprobación previa de instituciones de alto nivel del gobierno del Ecuador. Tal como se indica en los Artículos 1480 y 1588 del Código Civil de Ecuador, al momento de firmar el Contrato Modificadorio, éste reemplazó al Contrato de Prestación de Servicios y se convirtió en “la ley de las partes”. Por lo expuesto, el Tribunal no encontró motivo alguno para basarse en las disposiciones de algún contrato anterior al Contrato Modificadorio. Aún si esta conclusión significara una aplicación errónea de la ley⁵⁴ (lo cual para el Comité no es cierto), no constituye causal de anulación del Laudo.

56. Con fundamento en la historia de las negociaciones y en el lenguaje del Contrato Modificadorio, este Comité opina que el Tribunal tenía fundamentos suficientes para endosar el Informe del consultor Dr. Merlo, respecto a que las cifras que contiene el Anexo XI “[...] admiten solamente el reajuste de las variables que, según lo indica la Dirección Nacional de Hidrocarburos en su Informe de la Auditoría de 1996, son producción fiscalizada, porcentajes de aporte a mercado interno, precios, costos de transporte y costos de comercialización”⁵⁵. No hay lugar a dudas de que, cuando después surgió una controversia entre las Partes acerca de los principios adecuados para calcular las cifras finales, hubo acuerdo en que lo correcto fue que se utilizaran los procedimientos establecidos en el Contrato Modificadorio, a saber, la Consultoría (Sección 20.1) y su posterior arbitraje (Sección 20.2). Por lo expuesto, este Comité es de la

⁵⁴ Ver N° 38, *supra*.

⁵⁵ Laudo, 96.

opinión que los antecedentes analizados no respaldan la causal de anulación basada en que el Tribunal se excedió de modo manifiesto en sus facultades al determinar que la esencia de la controversia se refería a la interpretación del Contrato Modificatorio. Por lo expuesto, se rechaza la solicitud de anulación del Laudo del Tribunal por esta causal.

B) Fallo de la DNH como cosa juzgada administrativa

57. El fundamento siguiente de la solicitud de anulación del Laudo presentado por PETROECUADOR, también expuesto durante la discusión sobre la competencia, se refiere a que el Tribunal se excedió en sus facultades de modo manifiesto al entender y decidir en una controversia que, según el Artículo 56 de la Ley de Hidrocarburos, ya había sido resuelto por la DNH sin que fuera impugnado por la Contratista, y que, por lo tanto, tenía fuerza de cosa juzgada administrativa.

a) La Decisión del Tribunal

58. Al analizar los argumentos presentados en relación con la auditoría de la DNH, el Tribunal halló que el 25 de marzo de 1997, PETROECUADOR había notificado a REPSOL su decisión de revisar las liquidaciones que habían sido preparadas para el período de 1994 a 1996. Posteriormente, por medio de las Resoluciones 97131-33, la Presidencia Ejecutiva de PETROECUADOR aprobó las reliquidaciones hechas por los representantes de PETROECUADOR después que éstos y los representantes de REPSOL no llegaron a un acuerdo sobre las cifras finales. Sin embargo, el 15 de julio de 1997, previo a la emisión de estas Resoluciones (Oficio GA-180/97), REPSOL notificó a PETROECUADOR que no estaba de acuerdo con las liquidaciones revisadas ni con los procedimientos modificados que

PETROECUADOR había utilizado para calcularlas⁵⁶. Luego de extensas deliberaciones y de un intercambio de correspondencia entre las Partes, la Presidencia de PETROECUADOR notificó a la Contratista lo siguiente:

“[...] de persistir la Compañía YPF en su infundado desacuerdo, a pesar de que participó en la elaboración y además suscribió las nuevas reliquidaciones, corresponde a la Dirección Nacional de Hidrocarburos, conforme al artículo 11 de la Ley de Hidrocarburos, realizar las Auditorias respectivas a fin de establecer las cifras definitivas sin limitación de ninguna naturaleza, ya que conforme al artículo 56 tiene facultad para revisar retroactivamente las liquidaciones y reliquidaciones efectuadas”⁵⁷. (Oficio PEP-97, 26 de septiembre de 1997.)

59. Según el Tribunal, esta situación se complicó cuando la DNH, como parte de sus esfuerzos, cuestionó la metodología utilizada por las Partes para fijar las cifras incluidas en el Anexo XI⁵⁸. En el Laudo, el Tribunal también analizó la relación entre el Artículo 56⁵⁹ y otros principios legales indicados en los párrafos 120-123 del Laudo, incluyendo las normas contenidas en la Constitución Política de la República del Ecuador, y los Artículos 1588, 1589 y 1603-1607 del Código Civil.

60. El Tribunal dictaminó entonces que la decisión de la DNH no había generado, para los propósitos del procedimiento de arbitraje, una cosa juzgada administrativa, porque la esencia de

⁵⁶ Laudo, 144.

⁵⁷ Laudo, 80.

⁵⁸ Laudo, 146.

⁵⁹ El citado Artículo 56 dice lo siguiente: “Los contratistas o asociados deberán dar las facilidades necesarias para los controles y fiscalizaciones por parte del Ministerio del Ramo, el que podrá proceder a la revisión retroactiva de los datos y registros, según los requerimientos del caso. Las auditorias realizadas por la Dirección Nacional de Hidrocarburos, ya sea directamente o mediante la contratación de auditores independientes de probada competencia, previamente calificados por la Dirección Nacional de Hidrocarburos, serán actos administrativos vinculantes y se considerarán firmes, a menos que se ejerza el derecho de impugnación de conformidad con la ley”.

esta controversia no estaba relacionada con las normas consideradas en la Ley de Hidrocarburos, sino con un acuerdo contractual que contenía un acuerdo final de cuentas⁶⁰. Si bien la DNH definitivamente estaba autorizada por ley para fiscalizar las cuentas relacionadas con la operación del Contrato de Prestación de Servicios, el Tribunal determinó que la ley no autoriza a la DNH a modificar los términos del subsiguiente contrato aprobado por las Partes, del cual la DNH no formaba parte, y el cual incluía principios y valores provisionales para completar dichos valores. Permitir semejante intervención por parte de la DNH sería una violación del principio de seguridad jurídica estipulado en el Artículo 23 inciso 26 de la Constitución Política del Ecuador. Además, el Artículo 244 de la Constitución compromete al Estado, y por ende a los organismos de gobierno, a garantizar el desarrollo de la actividad económica a través del orden legal y el otorgamiento del mismo trato legal a todas las Partes⁶¹. Las conclusiones de la auditoría de la DNH podrían tener implicaciones legales para funcionarios de gobierno si éstos hubieren actuado con negligencia, ó en contra de ciertos individuos particulares o si dichos funcionarios se hubieren involucrado en un fraude, pero la auditoría de la DNH no puede resultar en la modificación unilateral del acuerdo negociado ni cambiar la naturaleza de contractual de la controversia (y por lo tanto sujeta a un acuerdo y/o arbitraje) por una controversia que es principalmente una cuestión administrativa, es decir en un acto extraño a la órbita contractual⁶².

61. En las Secciones 153-161, el Tribunal revisa los antecedentes de la decisión de presentar la controversia al Consultor Dr. Merlo y declara que, antes de acordar presentar la controversia al Dr. Merlo, PETROECUADOR había solicitado la opinión del Ministro de Energía y Minas, un funcionario administrativo superior. El Ministro, luego de estudiar el tema, recomendó a las

⁶⁰ Laudo, 149.

⁶¹ Laudo, 150.

⁶² Laudo, 151.

Partes que usaran el mecanismo de resolución de controversias establecido en el Contrato, que era el del CIADI. Por lo tanto, el Tribunal concluyó que PETROECUADOR no podría ignorar la autorización del Ministro ni la decisión del Dr. Merlo y sostener, en cambio, que era el Director de la DNH, un funcionario de menor jerarquía que el Ministro, quién debía ser la parte legalmente autorizada a resolver la controversia⁶³.

El Tribunal también notó que PETROECUADOR no había tomado ninguna medida bajo la ley ecuatoriana para apelar la decisión del Consultor. En cambio, luego de esperar varios meses, decidió no reconocer ni honrar el Informe del Consultor. Cuando REPSOL pidió entonces el arbitraje del CIADI, PETROECUADOR accedió⁶⁴.

b) Análisis del Comité

62. En el cumplimiento de sus responsabilidades, el Comité considera con la mayor seriedad su obligación de respetar las leyes de la República del Ecuador y presta suma atención cuando se sostiene que un tribunal se extralimitó en sus facultades al no respetar debidamente dichas leyes. El Comité, en la preparación de su decisión con respecto al alcance de la Ley de Hidrocarburos (y otras disposiciones relacionadas, como la Ley 101 y el Reglamento de Contabilidad Aplicable a los Contratos de Prestación de Servicios), ha estudiado tanto los documentos legales de Ecuador citados por las Partes así como otras referencias a la jurisprudencia y los comentarios en relación con ciertas controversias que no se consideran “arbitrables”, dado que se refieren a

⁶³ Laudo, 161.

⁶⁴ Comp., 41.

cuestiones que pertenecen exclusivamente a la jurisdicción de los tribunales nacionales o por otras razones de política pública⁶⁵.

63. Los padrones legales necesarios para aceptar la anulación de un laudo ya fueron descritos anteriormente (ver 38, *supra*). Al leer las partes del Laudo que se refieren a este asunto, el Comité toma nota que las disposiciones de la Ley de Hidrocarburos y otras disposiciones legales del Ecuador han sido ampliamente consideradas por el Tribunal. Además, este Comité nota que dos de los tres miembros del Tribunal son abogados experimentados y respetados de nacionalidad ecuatoriana. Asimismo *prima facie* la decisión unánime del Tribunal no sugiere, en ningún aspecto, que no se haya considerado la ley ecuatoriana. También, como se señala en el párrafo 38 del presente, el Comité no puede anular el Laudo sobre la base de un mero error en la aplicación de la ley, sino sólo cuando no se ha aplicado la ley correspondiente.

64. El Comité ya ha resumido los antecedentes de negociación del Contrato Modificatorio tal y como se observa en el Laudo, incluyendo el abierto desacuerdo que surgió entre las partes en julio de 1997, con respecto a los cálculos finales a realizarse conforme al Anexo XI.

65. El Tribunal también resolvió que las Partes continuaron deliberando sobre las presuntas facultades de la DNH y el alcance apropiado de la supuesta revisión de la DNH. Pero al mismo tiempo, comenzaron a considerar la asignación de un Consultor para resolver la controversia, conforme a la Sección 20.1 del Contrato Modificatorio. La Sección 20.1 establece que: “Los desacuerdos sobre asuntos de carácter técnico que involucren aspectos de carácter económico y viceversa, excepto los asuntos técnicos que por este Contrato o por la Ley deben ser decididos

⁶⁵ Para un resumen de este tema véase *Redfern and Hunter, Law and Practice of International Arbitration* (2004), págs. 138-135. Véase también la Convención de Nueva York, Art. II.1 y Art. V.2(a); CNUDMI Ley Modelo Art. 34(2)(b)(i) y Art. 36 (1)(b)(i), o las deliberaciones entre las Partes sobre los ajustes a realizarse en las cifras provisionales conforme al Anexo XI.

por autoridad competente, surgidos de la aplicación de este Contrato, se someterán a los representantes legales de las Partes para su resolución. Si dentro del plazo de diez (10) días de haberse remitido el desacuerdo, éste no hubiere sido resuelto, las Partes someterán los desacuerdos sobre los asuntos expresamente indicados en este Contrato, así como aquellos que ellas mutuamente convinieren, a un consultor” (*énfasis agregado*).

66. No se ha presentado evidencia alguna que indique que, en algún momento durante las deliberaciones entre las Partes, se sugiriese que esta controversia estuviera contemplada por la excepción anterior, es decir, que PETROECUADOR hubiese alegado en algún momento que la controversia, según la ley ecuatoriana, debía ser determinada por la DNH y que, por lo tanto, no estaba sujeta a determinación del Consultor.

67. Por el contrario, el Tribunal encontró que a principios de 1999, por medio del Oficio 129-PRO-A-99 (sin fecha), el nuevo Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR consultó al Ministro de Energía y Minas con respecto a la procedencia de presentar la controversia al Consultor, especialmente por el hecho de que la DNH ya había emitido su opinión sobre las cifras objeto de la controversia⁶⁶. El 20 de mayo de 1999, el Ministro respondió aprobando la presentación de la controversia al Consultor y rechazando explícitamente la presentación del asunto a terceros ajenos al contrato⁶⁷ (refiriéndose supuestamente a la DNH).

68. Adicionalmente, en la Sección 20.1.1 del Contrato Modificatorio, el subpárrafo (g) señala lo siguiente: “el fallo del Consultor será firme y vinculante para las Partes, salvo mutuo acuerdo en contrario y con anterioridad a la presentación de la controversia al Consultor” (*énfasis agregado*). Por lo tanto, en ese momento, PETROECUADOR pudo haber alegado, si lo hubiese

⁶⁶ Laudo, 90.

⁶⁷ Laudo, 91.

deseado, que la opinión del Consultor no debía ser considerada firme, y argumentar que la decisión, según la ley ecuatoriana, estaba sujeta al control y auditoria de la DNH. Sin embargo PETROECUADOR no presentó este argumento. La controversia se presentó por acuerdo expreso mutuo de las Partes al Dr. Merlo, el 27 de mayo de 1999, y su Informe – que hizo referencia específica a su efecto vinculante conforme al Artículo 20.1 del Contrato Modificatorio – fue emitido el 7 de julio de 1999⁶⁸.

69. Posteriormente, el 13 de septiembre de 1999, la Presidencia de PETROECUADOR pidió al Procurador General de Ecuador su opinión respecto a si la opinión del Consultor era final y vinculante, y debía cumplirse. El 14 de octubre de 1999, el Procurador General confirmó que la opinión del Consultor era firme y vinculante, y que los contratantes estaban obligados a darle cumplimiento.

70. Sin embargo, el 17 de febrero de 2000, por motivos que no se explican, el Contralor General del Estado Subrogante en ejercicio pidió otra opinión al Procurador General⁶⁹ con respecto al mismo tema. El 3 de marzo de 2000, el Procurador General Subrogante respondió, en resumidas cuentas, que “la opinión del consultor es referencial y no obligatoria para las partes” ya que, según esta opinión, entre otras disposiciones legales, el Artículo 19 de la Ley de Hidrocarburos prevalecía sobre los términos del Contrato Modificatorio⁷⁰. Más aún, el 5 de mayo de 2000, el Procurador General Subrogante, dejó en claro su intención de invalidar retroactivamente la opinión original del Procurador General fechada el 14 de octubre de 1999, que establecía que la opinión del Consultor era final y vinculante. El dictamen del Procurador

⁶⁸ Laudo, 95.

⁶⁹ Aparentemente, el Procurador General que había firmado la opinión original había renunciado o perdido su cargo.

⁷⁰ Laudo, 99.

General en ejercicio, fechado el 5 de mayo de 2000, no se dio a conocer al Tribunal, por motivos desconocidos, hasta julio de 2003⁷¹.

71. Por último, el Tribunal estableció que luego las Partes continuaron discusiones respecto a cómo resolver la controversia para determinar si la opinión del Dr. Merlo debía considerarse firme o no. Esta cuestión se resolvió con una carta (Oficio 380-PRO-P-2001) fechada el 9 de julio de 2001, de la Presidencia de PETROECUADOR a la Contratista, en que se acordó presentar la controversia al CIADI para su decisión, una vez que el Congreso del Ecuador hubiere finalizado con la ratificación del Convenio del CIADI. El Convenio fue ratificado por el Congreso del Ecuador el 7 de febrero de 2001, lo que le otorgó preponderancia sobre todas las otras normas legales internas de la República del Ecuador conforme al Artículo 163 de la Constitución⁷².

72. Habiendo estudiado los alegatos de PETROECUADOR, el Comité no encuentra ningún fundamento para determinar que el Tribunal se haya extramilitado manifiestamente en sus facultades con respecto a la decisión de la DNH como cosa juzgada administrativa. Por el contrario, del expediente surge un patrón de conducta por parte de PETROECUADOR que simplemente no es consistente con la existencia de una cosa juzgada administrativa y que, en cambio, apoya ampliamente las conclusiones del Tribunal.

73. Como parte del nuevo contrato (Contrato Modificatorio), las Partes se obligaron a saldar y liquidar todas las cuentas que surgieran del Contrato de Prestación de Servicios. Existen abundantes pruebas, incluido el reconocimiento de PETROECUADOR de que este acuerdo se

⁷¹ Laudo, 100.

⁷² Comp., 41. El Artículo 163 de la Constitución Política dispone: "Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgadas en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía."

planteó como un finiquito⁷³. Cuando surgió entre las partes una disputa respecto a los cálculos de las cifras finales ajustadas conforme al finiquito, PETROECUADOR amenazó con que si la Contratista no aceptaba las cifras de PETROECUADOR, éste delegaría el asunto a la DNH, que según muestra el expediente, nunca antes había estado involucrada de manera alguna en la negociación de la cláusula 26.1 o el Anexo XI del Contrato Modificatorio. Si, según sostiene ahora PETROECUADOR, la competencia de la DNH para determinar en forma definitiva las cifras conforme al Anexo XI era obligatoria bajo la ley ecuatoriana, entonces i) PETROECUADOR no habría tenido autoridad legal para transigir los reclamos de la Contratista bajo el Contrato de Prestación de Servicios, y ii) el papel de determinar las cifras finales no podría haber sido llevado a cabo por ninguna otra parte que no fuera la DNH. No obstante, PETROECUADOR intentó primero calcular las cifras por cuenta propia (sin hacer referencia a la DNH) y luego, cuando REPSOL objetó, PETROECUADOR acordó presentar la controversia al Consultor, Dr. Merlo, conforme a las disposiciones del Artículo 20.1. En el proceso de presentación del asunto al Consultor, PETROECUADOR nuevamente tuvo la oportunidad, si la ley ecuatoriana así lo hubiese requerido, de intentar excluir de la consideración del Consultor ciertos elementos de la controversia, sobre la base de estar reservados a la exclusiva determinación de la DNH⁷⁴, pero PETROECUADOR no lo hizo. Cuando el Dr. Merlo emitió su opinión, y el Procurador General ordenó que PETROECUADOR acatará la opinión del Consultor como firme y vinculante, PETROECUADOR no lo hizo, aparentemente con fundamento en la subsiguiente opinión contradictoria del Procurador General Subrogante⁷⁵.

⁷³ N° 52, págs. 28-29, *supra*.

⁷⁴ Nota al pie N° 9, pág. 10, *supra*.

⁷⁵ Como se indica anteriormente en los párrafos 69-70, *supra*.

74. Por último, incluso asumiendo que el fallo de la DNH realmente deba ser considerado como firme y vinculante y, por ende, no sujeto a revisión por la otra Parte, sería lógico que PETROECUADOR se hubiera negado entonces a presentar el asunto al CIADI para su decisión, ya que de seguirse la lógica del argumento hasta su conclusión, el asunto no habría tenido que ser arbitrable porque, en virtud de los argumentos de PETROECUADOR, ninguna otra parte tenía el derecho de modificar el fallo de la DNH. Sin embargo, PETROECUADOR no lo hizo y, en cambio acordó presentar la controversia al CIADI conforme a la Sección 20.2 del Contrato Modificatorio⁷⁶ y, no obstante ello, cuestionó posteriormente la competencia del Tribunal. Cuando el Tribunal decidió el asunto de la competencia en contra de los argumentos de PETROECUADOR, éste procedió a participar en la audiencia sobre los méritos presentando precisamente el mismo argumento de cosa juzgada administrativa. Estos mismos argumentos han sido reiterados en este procedimiento de anulación.

75. En virtud del Convenio del CIADI (Artículo 52(1)), el Comité solo tiene autorización para anular los laudos que contienen errores manifiestos de una gravedad tal que podrían poner en duda la legitimidad de los procedimientos. Este Comité no encuentra ningún error, mucho menos un error grave y obvio, en relación con el argumento de que el fallo de la DNH debe ser considerado como vinculante o como “cosa juzgada administrativa”. Por ende, la solicitud de anulación de PETROECUADOR por este motivo es denegada.

3. Legitimación de REPSOL

76. PETROECUADOR ha alegado que el Tribunal se ha extralimitado en sus facultades porque, al contrario de lo expresado en el Laudo, REPSOL no tenía facultad de representar a

⁷⁶ El Comité señala que la Sección 20.2 establece explícitamente que la resolución de las controversias mediante la presentación al arbitraje es “de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del Artículo diez (10) reformado de la Ley de Hidrocarburos, y según las reglas y procedimientos establecidos en esta Cláusula”.

todas las empresas que forman parte del Consorcio. Durante el procedimiento de anulación, PETROECUADOR también argumentó que la decisión del Tribunal con respecto a las facultades de representación de REPSOL constituyen un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento conforme al Artículo 52(1)(d) del Convenio.

a) **La Decisión del Tribunal**

77. En su Decisión sobre la Competencia, el Tribunal decidió que este asunto “*deberá resolverse por ser típicamente de fondo en el Laudo que decida esta controversia*”⁷⁷. El Laudo del 20 de febrero de 2004 dio preponderancia a la falta de evidencia respecto a que PETROECUADOR hubiera argumentado que REPSOL carecía del poder para representar a las otras compañías que formaban el Consorcio. Además, el Tribunal consideró que todas esas compañías ratificaron las actuaciones de REPSOL por medio de cartas firmadas por sus representantes legales y adjuntas al memorial de REPSOL del 12 de marzo del 2003.

78. Por tanto, el Tribunal decidió “*que REPSOL estaba y está facultada para actuar en nombre de las demás compañías que constituyen el Consorcio*”⁷⁸.

b) **Análisis del Comité**

79. Una vez más conviene mencionar que en el sistema del CIADI el proceso de anulación no tiene nada que ver con un proceso de apelación. El papel del Comité, por lo tanto, no es examinar nuevamente el caso, sino solamente evaluar si se violaron las causales de anulación en las que se basa PETROECUADOR.

80. Quedó demostrado en el proceso arbitral que REPSOL tenía facultad de representar a las demás empresas que constituyen el Consorcio conforme a las comunicaciones de dichas

⁷⁷ Comp., 38.

⁷⁸ Laudo, 112.

empresas mediante las cuales ratifican la actuación de REPSOL a nombre de todas ellas en el proceso arbitral. En vista de la clara evidencia sobre esta cuestión presentada en el Laudo, no existen motivos para considerar siquiera que el Tribunal se extralimitó en sus facultades, más aún, dado que toda extralimitación debe ser manifiesta, este requisito claramente no se cumple en el presente caso. Por consiguiente, la solicitud de anulación por esta causal es denegada.

81. La causal de anulación conforme al Artículo 52(1)(d) asume que “*el incumplimiento de la norma debe ser grave, y la norma debe ser fundamental*”⁷⁹. En el texto en español del Artículo 52(1)(d) del Convenio, se omite la palabra “*fundamental*” (antes de las palabras “norma de procedimiento”), pero esta palabra forma parte de los otros dos textos igualmente auténticos del Convenio, el inglés y el francés. Como guía, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 22 de mayo de 1969, y de la cual es signataria la República del Ecuador, estipula que en caso de existir diferencias de significado entre textos igualmente auténticos de un tratado “*se adaptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del Tratado*” (Artículo 33(4)).

El propósito de las causales de anulación conforme al Artículo 52 del Convenio es permitir una excepción limitada a la finalidad de los laudos del CIADI, la cual es enfatizada por el Artículo 53⁸⁰. Una desviación de una regla de procedimiento justifica, entonces, la anulación de un laudo del CIADI, sólo si la violación “llevó al Tribunal a obtener un resultado sustancialmente distinto del que habría otorgado de haberse respetado dicha ley”⁸¹.

82. Habiendo revisado el Laudo del 20 de febrero de 2004, y luego de la debida consideración de los argumentos de las Partes, este Comité concluye que en el presente caso no

⁷⁹ Schreuer, *op. cit.*, pág. 970. (Traducción del Comité).

⁸⁰ Schreuer, *op. cit.*, pág. 889.

⁸¹ *Wena Hotels Ltd. c. la República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/98/4), Decisión sobre Anulación del Laudo, 5 de febrero de 2002, 41 I. L. M. 933 (2002), párrafo 58. (Traducción del Comité).

existen indicios de una desviación y, mucho menos, grave, de una norma de procedimiento, ya sea fundamental o no. Por lo tanto, la solicitud de anulación de PETROECUADOR por esta causal adicional es denegada.

4. Otros alegatos presentados por PETROECUADOR

83. PETROECUADOR, en su escrito del 4 de octubre 2004, agregó las siguientes razones a su solicitud de anulación:

- a) de orden moral, porque no se puede pagar una cifra que no ha sido parte de la *litis* y conmina al Comité a analizar ciertas resoluciones de PETROECUADOR; y
- b) de orden público, porque las leyes nacionales de la República del Ecuador, tales como la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y la Ley Orgánica del Ministerio Público, obligan a las instituciones del Estado a agotar todas las instancias que las leyes permiten para impedir que un fallo de la naturaleza que fuere se ejecutorie y se ejecute.

a) Análisis del Comité

84. En consideración de estos alegatos adicionales, el Comité en principio señala que no fueron presentados por PETROECUADOR como causales de anulación, sino como alegatos adicionales en respaldo de las causales alegadas. En cuanto al alegato de PETROECUADOR (de base moral más que legal) de que no le es posible pagar una cifra que no fue parte de la controversia, el mismo no fue planteado durante el procedimiento de arbitraje. En todo caso, el análisis que se llevó a cabo con respecto a la segunda causal de anulación⁸² de PETROECUADOR permite al Comité concluir que dicho alegato no tiene valor. De hecho, la

⁸² Págs. 26-31, *supra*.

evaluación de esa causal de anulación demostró claramente que, a partir de la solicitud de arbitraje y durante el transcurso de los procedimientos, REPSOL solicitó una cantidad específica de dinero, que el Tribunal finalmente otorgó luego de ajustar la cifra relevante sobre la base de la evidencia disponible.

85. En cuanto al alegato de que una entidad pública como PETROECUADOR tiene el deber de utilizar todos los recursos con los que cuenta “*para impedir que un fallo de la naturaleza que fuere se ejecutorie y se ejecute*”, el Comité señala que ésta posición no es objetable en principio. Sin embargo, es inherente al deber al que PETROECUADOR hace referencia, que se estudien las posibilidades de éxito de cualquier recurso disponible en vistas del valor legal de la postura que se adoptará y los costos que generará mantener dicha postura hasta su conclusión. Pero en todo caso, el Comité considera que este alegato no tiene relevancia a la hora de demostrar que el Tribunal, de cualquier modo, se extralimitó manifiestamente en sus facultades.

86. Al considerar la asignación de costos entre las partes, el Comité toma nota de que las causales para la posible anulación del laudo de un tribunal del CIADI se establecen claramente en el Artículo 52 del Convenio. Las partes son conscientes de que los procedimientos de anulación están diseñados para otorgar una reparación de daños y perjuicios sólo a causa de violaciones graves de algunos principios básicos⁸³. Tales procedimientos no deben confundirse con los de un Tribunal de Apelación y, por consiguiente, sólo deben adoptarse en situaciones especiales. Los procedimientos de anulación, por lo tanto, no deben aplicarse de manera rutinaria o como un medio para retrasar la finalidad y el cumplimiento de un laudo.

⁸³ Schreuer, *op. cit.*, pág. 894.

87. Con respecto al presente procedimiento de anulación, el Comité ha determinado que los argumentos para la anulación no plantearon cuestiones nuevas o complejas y que ninguno de los argumentos planteados se consideraron valederos en términos de declarar que el Tribunal se extralimitó en sus facultades o que hubo un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento por parte del Tribunal.

88. El Comité también toma nota del retraso excepcional que resultó de la demora por parte de PETROECUADOR de efectuar el primer pago anticipado solicitado por el Centro, de conformidad con el Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, el 22 de septiembre de 2004 y su continua negativa a pagar los subsiguientes anticipos que se le solicitaron en relación con el procedimiento de anulación. Antes estas circunstancias, el Comité considera apropiado que PETROECUADOR asuma todos los gastos incurridos por el Centro en relación con este procedimiento, incluidos los honorarios y gastos de los miembros del Comité, los cuales ascienden a la cantidad de US\$307.677,15 (trescientos siete mil seiscientos setenta y siete mil dólares de los Estados Unidos de América con quince centavos). En vista a que PETROECUADOR efectuó un único pago por la cantidad US\$100.000 (cien mil dólares de los Estados Unidos de América) PETROECUADOR deberá pagar a REPSOL la suma de US\$207.677,15 (doscientos siete mil seiscientos setenta y siete dólares de los Estados Unidos de América con quince centavos). Asimismo, el Comité considera apropiado que PETROECUADOR pague también la mitad de los honorarios profesionales y costos relacionados contraídos por REPSOL en la defensa de este procedimiento de anulación; dicha mitad asciende a la cantidad de US\$20.500 (veinte mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América) de conformidad con la comunicación de REPSOL del 19 de octubre de 2006.

III. DECISIÓN

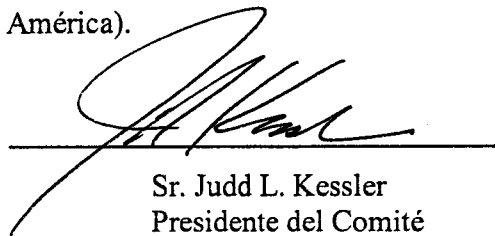
89. Por todo lo expuesto, el Comité DECIDE:

(a) Rechazar en su totalidad la Solicitud de Anulación del Laudo presentada por PETROECUADOR el 20 de septiembre de 2004, por cuanto el Tribunal no cometió ningún error anulable y por lo tanto, se confirma en su totalidad el Laudo Arbitral emitido el 20 de febrero de 2004.

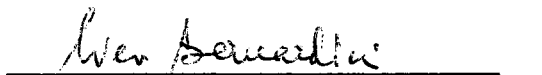
(b) En virtud de la autoridad conferida al Comité por el Artículo 61(2) del Convenio del CIADI, PETROECUADOR deberá pagar a REPSOL,

(i) la totalidad de los gastos incurridos por el Centro en relación con este procedimiento, incluidos los honorarios y gastos de los miembros del Comité, los cuales ascienden a la cantidad de US\$307.677,15 (trescientos siete mil seiscientos setenta y siete dólares de los Estados Unidos de América con quince centavos), de los cuales deberán deducirse US\$100.000 (cien mil dólares de los Estados Unidos de América) correspondientes al único pago anticipado efectuado por PETROECUADOR, es decir, US\$207.677,15 (doscientos siete mil seiscientos setenta y siete dólares de los Estados Unidos de América con quince centavos).

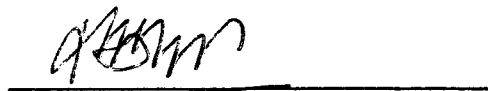
(ii) la mitad de los honorarios profesionales relacionados con este procedimiento y razonablemente incurridos por REPSOL en la defensa de este procedimiento de anulación, en la suma de US\$20.500 (veinte mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América).



Sr. Judd L. Kessler
Presidente del Comité
Fecha: 4 de enero de 2007



Sr. Piero Bernardini
Miembro
Fecha: 21 de diciembre de 2005



Sr. Gonzalo Biggs
Miembro
Fecha: Enero, 2, 2007