

OCCIDENTAL vs. ECUADOR

I INTRODUCCION

1. A mediados del año 2004, el Procurador General del Estado (PGE), “*alborotó el gallinero*” cuando hizo público el incumplimiento. por parte de Occidental Petroleum Company (Oxy) de nacionalidad estadounidense, a varias cláusulas del Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 15 (Contrato), suscrito con Petroecuador en mayo 21 de 1.999.¹ La historia se remonta a 30 años atrás cuando empezó el “*festín del petróleo*”² en que, *contrario sensus*, los aires privatizadores en América Latina iniciaron una etapa verdaderamente negra (como el petróleo) para los intereses de los pueblos latinoamericanos. Recordemos que pocos años antes la Texaco y la Gulf devolvían a CEPE (hoy Petroecuador) el control sobre los campos petroleros, que venían explotando en la Amazonía y en la Península de Santa Elena.
2. La última dictadura militar con el Decreto Supremo 2967, promulgó la codificación a la Ley de Hidrocarburos (LdH) en el Registro Oficial 711 de 15 de Noviembre de 1978; posteriormente, ya en plena “*democracia*”, esta ley sufrió una serie de reformas dispuestas por el Congreso de la República pero dejó incólumes la mayor parte de las normas contenidas en ella; así, por ejemplo, reformó entre otros, los numerales 3 y 4 del art. 74 y sustituyó, igualmente entre otros, el art. 77 con la Ley No. 45, publicada en el Registro Oficial 283 del 26 de Septiembre de 1989.
3. Las referencias indicadas son extremadamente importantes de citarlas por la siguiente razón: al haber el Congreso Nacional revisado la LdH e introducido varias reformas al articulado, y dejado sin cambio a otros, operó sobre este cuerpo legal los mecanismos de formulación de las leyes contempladas en la Constitución, esto es, por ejemplo informes de la respectiva comisión, los debates, la aprobación del Congreso y la sanción por el Presidente de la República y por supuesto su publicación en el registro oficial, en consecuencia, ese cuerpo legal dejó de ser, *ipso facto*, una ley dictatorial. La importancia de la cita radica en que, por allí hay algunos que objetan la legitimidad de las normas de los artículos 74, 75 y 79 al atribuirles un origen ilegítimo por haber sido emitidas por la dictadura militar. En resumen, el Congreso Nacional, al reformar la LdH, mediante varios actos legislativos (varias reformas), legitimó la existencia de

¹ Este contrato modifica al otorgado el 25 de enero de 1985 y otros complementarios, la modificación obedece a un pedido de la Oxy.

² Frase histórica del escritor Jaime Galarza, recogida en el título de su libro sobre el tema petrolero.

este cuerpo legal y, por lo tanto tiene fuerza y vigor de ley especial conforme a la Constitución; por lo que, la legitimidad de la LdH está fuera de toda duda.

4. La declaratoria de caducidad del Contrato con la Oxy, engendró las más descaminadas discusiones en el debate nacional, desde las extremadas posturas “nacionalistas” hasta las conspicuas “mercantilistas”. Dichas posturas pudimos apreciar en el Congreso Nacional en abril del 2006 en los debates sobre el porcentaje de participación estatal en los precios elevados del petróleo, que finalmente fue aprobado con el 50% de participación estatal, con la oposición del Partido Social Cristiano por supuesto, cuyos principales voceros rasgándose las vestiduras intercedían por los intereses de la Oxy, señalando que, *“Al Ecuador, por cierto, tampoco le conviene que se vaya la Occidental por un acto unilateral de nuestras autoridades. El Estado debería indemnizar a la OXY”*.³
5. La Oxy había demandado al Estado ecuatoriano la devolución del IVA pagado a proveedores locales por las compras locales y por importaciones realizadas, argumentando que en la exportación del crudo opera el mismo mecanismo que en la exportación de cualquier otro producto (discrimen) y, al no causar IVA esas ventas, el saldo acumulado de dicho impuesto es un crédito fiscal exigible y por tanto, el Estado debe proceder a su devolución, el tema estuvo ventilándose en el Tribunal Fiscal de Pichincha y, antes de ser resuelto por dicho Tribunal, la Oxy demandó al Estado Ecuatoriano ante un tribunal arbitral internacional.
6. El laudo arbitral fue contrario a Ecuador y se le condenó al pago de 75 millones de dólares. Sin embargo, en la misma materia, y bajo las mismas circunstancias *“En Londres, el tribunal arbitral Ad-hoc, conformado para resolver la demanda planteada contra el Estado ecuatoriano por la empresa canadiense EnCana para obtener la devolución del IVA petrolero por un monto inicial de 75 millones de dólares más el IVA que se pagaría durante la ejecución del contrato, notificó hoy al Ecuador con el contenido del laudo que expidió en torno a este proceso, por el que se niegan las pretensiones de esa empresa, es decir, que las argumentaciones que en derecho esgrimió el Estado ecuatoriano, por medio del Procurador General del Estado fueron acogidas positivamente.”*⁴ El laudo a favor de la Oxy, impugnado por nulo por el PGE ante una Corte inglesa, se encuentra en etapa de resolución.

³ <http://www.luisfernandotorres.com/discurso07.htm>

⁴ <http://www.pge.gov.ec/delegarItem.do?itemid=194>

II

LAS PRETENSIONES DE LA OXY

7. El 17 de mayo del 2006, esto es dos días después de que el Ministerio de Energía y Minas declarara la caducidad ⁵ del Contrato, la Oxy acude ante el Secretario del CIADI, ⁶ invocando el *Tratado sobre Promoción y Protección Reciproca de Inversiones entre Ecuador y los Estados Unidos* ⁷ (Tratado), y solicita inscribir (calificar) una demanda en contra del Estado Ecuatoriano reclamando una indemnización de más de 1 billón de dólares por la confiscación de sus inversiones y, no conforme con el pedido de indemnización, también solicita, entre otras cosas, la ejecución de medidas cautelares pidiendo que el Tribunal urgentemente disponga que i) el demandado cese inmediatamente la ocupación del Bloque 15 y sus instalaciones y ii) disponga que el demandado tome todas las medidas necesarias para que Oxy reasuma las operaciones del Bloque 15, para iii) evitar que el demandado se apropie de la parte del petróleo que le corresponde a la Oxy y iv) evitar que el demandado otorgue otro contrato sobre ese Bloque ⁸.

LOS HECHOS

8. Los argumentos que exhibe la Oxy para que el Tribunal disponga tan disparatadas medidas son que, a) es ampliamente conocido que Petroecuador no tiene ni los recursos económicos ni técnicos para la operación del Bloque b) será más dificultoso para el tribunal hacer que se devuelvan a la Oxy sus derechos si de por medio es concedido otro contrato c) es ampliamente conocido que el demandado carece de los recursos para pagar lo dispuesto en el laudo del IVA petrolero, peor aún para pagar la indemnización de 1 billón de dólares requerida. En consecuencia es necesario que se mantenga el *statu quo ante*. ⁹

⁵ La caducidad tiene el efecto de declarar terminado el contrato (caducó) y conforme al Contrato, a su término, todos los activos de la Oxy pasan a

propiedad del Estado, sin costo alguno.

⁶ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Una Oficina del Banco Mundial, con sede en Washington.

⁷ Ver el Tratado en <http://200.6.8.19/sitrac/Consultas/Consulta.aspx?tipo=A>

⁸ Párrafo 77, b) *The measures the recommendation of which is requested*. Claimants respectfully request that, until it has rendered an award on the merits, the Tribunal: (i) order Respondents immediately to cease their occupation of Block 15 and OEPC's facilities; (ii) order Respondents

immediately to take all necessary measures to enable OEPC to resume its operations in Block 15; (iii) enjoin Respondents from taking OEPC's share in the production from Block 15; and (iv) enjoin Respondents from entering into a contract with another party to carry out exploration and exploitation activities on Block 15.

⁹ Párrafo 77, c) It is widely recognized that Petroecuador does not have the resources or technical ability to operate Block 15, and any attempt by it to do so would certainly diminish the productivity of the block and damage the block's wells irreparably. It would be more difficult for the Tribunal to restore OEPC's contract rights once another oil company has been granted a contract to carry out exploration and exploitation activities on Block 15. It is also widely recognized that Ecuador, which has failed to pay the VAT Award, would not have the resources to pay a monetary award in the

9. En los hechos, la Oxy funda su acción, en que Ecuador en venganza por haber perdido el laudo del IVA petrolero, inició el proceso de confiscación de sus inversiones y lejos de pagar lo dispuesto en esa sentencia, se procedió a la expropiación de sus activos sin ninguna indemnización.¹⁰ Justifica la conducta ecuatoriana, además, por la presión social y política de los izquierditas y la amenaza del PGE de ponerle en la cárcel a varios funcionarios públicos si no se declara la caducidad.¹¹
10. Argumenta también la Oxy que el principal fundamento de Ecuador para declarar la caducidad es el acuerdo (Farmout Agreement) que Oxy y Encana suscribieron en octubre del 2000, en el que Oxy cede a la segunda el 40% de sus intereses económicos en el Bloque 15 por el pago anual de una cantidad de dinero para realizar las inversiones requeridas y por igual porcentaje de pago para cubrir los costos de operación del Bloque.¹²
11. El principal argumento que exhibe la Oxy es a) que transfirió el 40% sólo de los *intereses económicos* b) que esa transferencia no incluyó ninguna asignación de derecho u obligaciones del Contrato a los que llama *interés legal nominal*. Para ello transcribe partes entrecortadas del contrato de transferencia firmado con EnCana señalando que claramente se observa en la sección 2.01 del artículo II del Farmout Agreement que Oxy transfiere el 40% *del interés económico* y en este no se incluye ningún *interés legal nominal* al interés en el Bloque 15 o a un *interés como socio* en el Contrato del Bloque 15 y que Oxy continuará siendo la propietaria del 100% del título legal sobre el Bloque 15.¹³

instant arbitration in order to make Claimants whole, since damages will be in excess of US\$1 billion. Because the Tribunal would be unable to restore the *status quo ante* once it was disrupted, it must preserve the *status quo ante* through provisional measures pending the outcome of this arbitration.

¹⁰ Párrafo 3. Rather than comply with the award in that arbitration, rendered in July 2004, Ecuador began almost immediately procedures to terminate OEPIC's contracts, by declaring *caducidad*, and thereby confiscate Claimants' investments in Ecuador. Ecuador used as pretexts a transaction from *four years earlier, of which Respondents were always fully aware*, and minor technical violations regularly dealt with through

ordinary regulatory means.

¹¹ Párrafo 3 Throughout the process, the Attorney general of Ecuador repeatedly threatened other government officials with criminal penalties if they did not declare *caducidad*. Recently, other political pressures grew, as leftist political groups and others demanded Claimants' expropriation. These political pressures also led to the passage in April 2006 of an amendment to Ecuador's Hydrocarbons Law that, without compensation, eliminated approximately half or more of the value of the future discounted cash flows of OEPIC and other foreign oil companies operating in Ecuador.

¹² Párrafo 26 In a first phase, OEPIC granted to AEC a 40% economic interest in the share of the production from Block 15 that accrued to OEPIC under the Participation Contract and the Operating Agreements. In exchange for this share in oil produced from Block 15, AEC agreed to pay to OEPIC both (i) a series of certain annual amounts over a four-year period to contribute towards capital investments in Block 15 and (ii) 40% of the operating costs incurred by OEPIC.

¹³ Párrafo 27 This transfer of a 40% economic interest did *not* include any assignment of rights or obligations under the Participation Contract or the Operating Agreements. Section 2.01 of Article II of the AEC Farmout Agreement clearly states that: OEPIC agrees to . . . farm out and transfer to AEC . . . a 40% *economic interest* (the "Farmout Interest") in the Farmout Property . . . The Farmout Interest to be transferred to AEC . . . does not include nominal *legal title* to an interest in Block 15 or an interest as a party to the [Block 15] Agreements. *OEPIC shall continue to own 100% of the legal title to the [Block 15] Agreements and to the interest in Block 15 granted or provided for in the [Block 15] Agreements.*

12. Otro de los argumentos de la Oxy es que claramente se establece en los acuerdos con EnCana que, no es sino en la segunda etapa del acuerdo que emitirá un título legal a favor de EnCana y solo cuando EnCana haya realizado todos los pagos al final del cuarto año y que, aun no se ha realizado esa segunda etapa, y que en el acuerdo consta que la Oxy obtendrá la aprobación gubernamental correspondiente para realizar la transacción.¹⁴
13. La Oxy sostiene que desde octubre 24 del año 2.000 los demandados estaban en pleno conocimiento de esta transacción que el Ministro Terán y el representante de la Oxy se cursaron varias comunicaciones sobre el tema y sobre esa base la Oxy se embarcó en ambiciosos programas de inversión como el del OCP ¹⁵ en el que indirectamente la Oxy tiene el 14.5% *interés*, una inversión por 700 millones de dólares para la construcción de ese oleoducto, que el financiamiento total de ese proyecto fue de 900 millones de dólares que se financiaron con un contrato de transporte del petróleo de la Oxy para lo cual tuvo que duplicar la producción a 70 mil barriles diarios para lo cual invirtió 250 millones de dólares en excavaciones en el Bloque 15, construyó oleoductos secundarios y en total realizó nuevas inversiones por más de 900 millones de dólares. ¹⁶
14. Por último, manifiesta que todo el problema se origina en el IVA petrolero, en las presiones políticas de izquierdistas y diputados, que gran parte de la opinión nacional estaba en contra de la declaratoria de la nulidad, que pasaron dos Presidentes de Petroecuador, dos Ministros de Energía, se tumbó a toda la Corte Suprema de Justicia y se amenazó incluso con cambiar al Presidente de la República si es que no se declaraba la caducidad del Contrato. Que se violó la ley internacional y particularmente la misma Constitución y LdH. Que la prensa nacional e incluso otros Ministros del Gobierno se opusieron a la caducidad por ser un acto ilegal y confiscatorio, etc., etc., etc.

EL DERECHO

¹⁴ **Párrafo 29** The AEC Agreements clearly provide that it would not be until the second, as yet unconsummated, step of the transaction – only after AEC would have made all required payments at the end of the four-year period, and subject to OEPC then obtaining the necessary government approvals – that OEPC would assign legal title to AEC.

¹⁵ Oleoducto de CRudos Pesados

¹⁶ **Párrafos del 34 al 38** de la demanda

15. Dice la petrolera que los demandados han roto el Contrato de Participación, el Acuerdo de Operación y los Principios Generales de la ley Ecuatoriana ¹⁷ dado que el acuerdo con EnCana no es motivo de la caducidad, se violó la LdH, concretamente los numerales 11, 12, y 13 del art. 74, ya que dicho acuerdo no cede los derechos del Contrato. Las reiteradas faltas técnicas tampoco son motivo para declarar la caducidad, pues no llegan a ser de la naturaleza suficiente para hacer aquello. Además ni la transferencia ni las reiteradas faltas técnicas le ocasionaron daños económicos al Estado Ecuatoriano, ¹⁸ y que, en el caso de que las alegaciones hechas por el demandados fueran bien fundadas, que no lo son, violan los principios constitucionales y administrativos de proporcionalidad, trato equitativo, buena fe y legítima defensa. ¹⁹
16. El Ecuador no solo que violó el Contrato y sus propias leyes sino también el Tratado y las leyes internacionales, ²⁰ incumplió con las obligaciones del artículo II(3)(c) del Tratado, ²¹ además, al privarle de los frutos de las inversiones realizadas por varios años y haberlas expropiado, al alegar las reiteradas faltas técnicas, los demandados han dado un trato desfavorable a la Oxy con relación a otras compañías que no son de estadounidenses, dando un trato discriminatorio a la Oxy en contra del principio establecido en el artículo II(3), con lo cual ha violado el artículo III(1) del Tratado, ²² otras compañías no estadounidense han hecho transferencias efectivas de los derechos de contrato y jamás han sido sancionadas declarando caducidad alguna a su contratos dando de esta manera un trato menos favorable a las inversiones de Oxy, violando el artículo II(1) del Tratado, Violó también el artículo II(3)(a) y (b) al actuar arbitraria y discriminatoriamente contra la Oxy por no darle un justo y equitativo trato que en iguales circunstancias concedió voluntariamente o por omisión a otras compañías. Por último las reformas a al Ley de Hidrocarburos confiscan los ingresos y por lo tanto viola los artículos II(1), II(2)(b), II(3)(a), II(3)(a), II(b), II(c) y III en consecuencia no ha cumplido con las obligaciones constantes en el artículo III(1) del Tratado. ²³

¹⁷ Párrafos 51 al 60 **Respondents Have Breached the Participation Contract, the Operating Agreements, and General Principles of Ecuadorian law.**

¹⁸ Párrafo 58 As with the transfer of a 40% economic interest, the Ecuadorian State has suffered no economic or other harm, and no damage has been done to the Block 15 oil fields or their productive capacity, as a result of these alleged technical infractions.

¹⁹ Párrafo 59 In any event, even if any of the above allegations were well-founded, which they are not, terminating the Participation Contract and the Operating Agreements in reliance on them would violate Ecuadorian constitutional and administrative law principles, including principles of proportionality, equality of treatment, good faith, and legitimate expectations.

²⁰ Párrafo 61 Ecuador Has Breached the Treaty and International Law.

²¹ Ecuador has breached its obligations under Article II(3)(c) of the Treaty.

²² Ecuador has therefore acted in breach of its obligations under Article III(1) of the Treaty.

²³ The Hydrocarbons Law Amendment, which effectively confiscated at least half of OEPC's investment in Ecuador, constitutes an independent breach by Respondents of their obligations under the Participation Contract, including Clauses 8.6 and 11.11 thereof, and the Treaty, including Articles II(1), II(2)(b), II(3)(a), II(3)(b), II(3)(c), and III. Therefore, any relief granted to Claimants should account for and compensate those breaches as well. Ecuador has therefore acted in breach of its obligations under Article III(1) of the Treaty.

17. La disputa empieza en septiembre 24 del 2004 por lo que el supuesto del artículo VI(2) y (3) se ha cumplido ya que se están disputando inversiones realizadas por la Oxy en Ecuador, ²⁴ la basta jurisprudencia, que sobre el tema existe en el Centro, nos dan la razón, dice la Oxy, sin mayor esfuerzo y cita una serie de laudos.
18. Termina la demanda pidiendo: 1) que se declare que los demandados han violado el Contrato, el Tratado, las leyes ecuatorianas y las internacionales, 2) que se declare nula la resolución de caducidad del Contrato reintegrándole todos los derechos que en el se contemplan, 3) que los demandados indemnicen a la Oxy por todos los daños causados, incluyendo los costos de este procedimiento, y que sobrepasan el 1 billón de dólares, más 4) los intereses que se devenguen hasta la fecha del fallo.

III

LA DEFENSA

19. Con miras a las pretensiones de la Oxy, debemos resolver si el CIADI, 1) tiene la jurisdicción para conocer el reclamo, 2) si el Tribunal Arbitral es competente y 3) por último, si los fundamentos legales exhibidos por la Oxy apoyan su pretensión, para ello haremos las siguientes consideraciones:

LA JURISDICCIÓN y COMPETENCIA

20. Veamos que dice la doctrina: Joaquín Escriche define a la jurisdicción como: *“El poder o autoridad que tiene alguno para gobernar y poner ejecución a las leyes; y, especialmente, la potestad de que se hallan investidos los jueces para administrar justicia, o sea para conocer de los asuntos civiles o criminales o así de unos como de otros, y decidirlos o sentenciarlos con arreglo a las leyes”* ²⁵ de la misma fuente en la página 27 se lee: El Dr. Andrés F. Córdova, al respecto señala, *“en tanto que la jurisdicción es una facultad en potencia de administrar justicia, la competencia es esa misma facultad en ejercicio, en acción, dentro del límite y las atribuciones señaladas por la ley, con relación, al territorio, a las personas, a la materia a juzgarse y a los grados”*, por último y siempre de la Guía en la página 28 se dice *“Jurisdicción: Poder de administrar justicia y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados y jueces establecidos por ley.”*

²⁴ Párrafo 69 y 70 The Dispute Arises Directly From An Investment.

²⁵ Guía Didáctica Abril – Agosto 2006, Código de Procedimiento Penal I, pag. 25. UTPL,

21. La Constitución de la República, vigente desde agosto 10 de 1998, en el artículo 14 dispone:

“Los contratos celebrados por las instituciones del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras, llevarán implícita la renuncia a toda reclamación diplomática. Si tales contratos fueren celebrados en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña, salvo el caso de convenios internacionales”

22. Con miras a resolver sobre si el CIADI tiene el poder o la facultad de administrar justicia, esto es la capacidad jurídica para resolver el requerimiento formulado por la Oxy, es necesario conocer si el Ecuador tiene suscrito el CONVENIO (el Convenio) SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS ²⁶ y, efectivamente encontramos que, el Ecuador suscribió dicho instrumento el 15 de enero de 1986 y entró en vigor para el país 30 días después, esto es el 14 de febrero de 1986, ²⁷ en consecuencia, el Ecuador se sujetó “a una jurisdicción extraña”.

23. Ahora nos toca revisar el Convenio, encontrando que la regla 25 determina que la jurisdicción del Centro se extiende a “...las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión...” y continua diciendo “...que las partes hayan consentido por escrito” para terminar señalando que el consentimiento no podrá ser unilateralmente retirado. ²⁸ Para que la jurisdicción del Centro sea válida se requieren dos condiciones, la primera, que la disputa sea sobre inversiones y, la segunda, que exista consentimiento expreso de las partes para que la jurisdicción sea válida. La primera condición es obvio que se cumple; siendo necesario analizar si la segunda se ajusta a la condición del Convenio.

EL CONSENTIMIENTO ESCRITO

24. La Oxy ha invocado el Tratado como fuente de su derecho a reclamar sus pretensiones bajo la jurisdicción del CIADI; más aún, fija como fecha del *consentimiento escrito dado por el Ecuador*, la de presentación de la demandan ante el Secretario del CIADI; en verdad, el Tratado fue firmado el 27 de agosto de 1993 y ratificado por el Congreso

²⁶ <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>

²⁷ <http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-sp.htm>

²⁸ Ibidem ,26

Nacional, presidido por Heinz Moeller (PSC) entrando en vigencia el 11 de mayo de 1997. El Ecuador expresamente consiente, en el artículo VI numeral 4 literal a),²⁹ de ese instrumento, a someterse al procedimiento de Arbitraje en el CIADI, con *el solo consentimiento del inversionista estadounidense* que cree haber sido lesionado por alguna acción del Gobierno Ecuatoriano. Por último, recordemos, que Raúl Goldstein, cuando habla sobre la competencia dice, es el “*Derecho que tiene un juez o tribunal para conocer de una causa.*”³⁰ y Castro define a la competencia como “*la medida o el alcance de la jurisdicción, o sea los límites que la ley establece para el ejercicio de la jurisdicción a cada uno de los distintos*”³¹

25. Por último, en el Contrato se establece la jurisdicción y competencia del CIADI cuando dice: “*VEINTE PUNTO TRES: “...las Partes se obligan a someter las controversias o divergencias que tengan relación o surjan de la ejecución de este Contrato de Participación a la jurisdicción y competencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (el CIADI)...”* y la cláusula 20.3.3 textualmente señala “*El arbitraje será instalado y realizado en la ciudad de Quito,...*”³²

En consecuencia, hasta este punto, se han cumplido las condiciones necesarias, según el Convenio, para que la jurisdicción en que debe ser resuelta la disputa entre la Oxy y Ecuador, recaiga en el CIADI y por lo tanto la competencia, en un Tribunal Arbitral.

LA OXY RENUNCIA A LA JURISDICCION DEL CENTRO, POR ESCRITO

26. Ante todo, **es de importancia suprema considerar que**, de los párrafos 51 al 69 de la demanda, la Oxy pone especial énfasis en que Ecuador **rompió o violó el Contrato**, en consecuencia la disputa de fondo radica precisamente en aquello, **lo cual comporta la imperiosa necesidad de considerar la voluntad de las partes manifestada en el Contrato y no solamente el Convenio y el Tratado**,³³ pero sobre todo al expreso

²⁹ 4. Cada una de las *Partes consiente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio* para su solución, de conformidad con la opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, según el párrafo 3. Ese consentimiento, junto con el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, cuando se da conforme al párrafo 3, cumplirá el requisito de: a) Un "consentimiento por escrito" de las partes en la diferencia a efectos del Capítulo II de la Convención del CIADI (Jurisdicción del Centro) y a efectos de las normas del Mecanismo Complementario, y b) Un "acuerdo por escrito" a efectos del Artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 ("Convención de Nueva York").

³⁰ Ibidem, 26

³¹ Ibidem, 26

³² EL contrato puede verse en <http://www4.petroecuador.com.ec/lotaip/pdfs/acp/contrato15.pdf>

³³ Laudo arbitral SGS c. Filipinas, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/camuzzi-decision.pdf>, párrafo 62

pedido que hace la demandante de que el Tribunal declare que Ecuador rompió el Contrato y las propias leyes nacionales.

27. De las pretensiones de la Oxy se desprende que, la estrategia de la demanda apunta fundamentalmente a pedir la nulidad del acto administrativo, por el cual el Ministerio de Energía en uso de las facultades que la da la LdH declaró, mediante resolución, - y *no mediante decreto “Decree”* - la caducidad del Contrato, y para ello pretende que EL ORGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE para hacerlo es el CIADI. Mas, la Oxy jamás interpuso el recurso de apelación ante el Tribunal de lo Contencioso y Administrativo correspondiente; al no hacerlo dentro del plazo previsto, dicha resolución quedó en firme, y la ley entiende que la Oxy se allanó y por tanto renunció a un derecho que le fue concedido en el mismo Contrato y en la Ley. Es obvio que la presentación del requerimiento de la Oxy al CIADI dos días después de emitida la resolución no puede ser aceptada como apelación, en virtud a que en la cláusula 22.2 se acuerda que “..las controversias se sustanciarán conforme lo establece la cláusula 22.1.2 y 22.1.3 de este Contrato..” y, la cláusula 22.1.2 a la letra determina que: “.. la Contratista tendrá derecho a acudir directamente ante el Tribunal Distrital Número Uno de lo Contencioso Administrativo, ORGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE, para conocer las reclamaciones directas o para resolver las apelaciones de las decisiones del Ministro del Ramo....”. La Oxy, no ejerció ese derecho, en consecuencia **RENUNCIO** a que el **ORGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE**, resuelva la controversia. Por último, por efectos de dichas cláusulas contractuales, la Oxy **RENUNCIO**, a la jurisdicción del CIADI porque aceptó que el Tribunal Distrital es el ORGANO COMPETENTE para conocer las resoluciones ministeriales y ningún otro.

28. El contrato es ley para las partes ³⁴ conforme a nuestro ordenamiento legal y, también de acuerdo al ordenamiento internacional, si se alega que el Contrato cae en el ámbito privado; ³⁵ pero como de por medio está el Estado, cae dentro del ámbito de los contratos administrativos, de allí la sanción de caducidad. De todas maneras la voluntad de las partes se encuentra en todo el contenido del Contrato; el Contrato no puede contener acuerdos contrarios a la Ley por ser de orden público, si ello ocurriera,

³⁴ Art. 1561.- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Código Civil

³⁵ Artículo 166. Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos, salvo las limitaciones establecidas en este Código. CODIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (CODIGO DE BUSTAMANTE)

estaríamos frente a un acto nulo por ilícito, situación diferente a la controversia. En la cláusula 21.4 la Oxy RENUNCIA también a la jurisdicción del CIADI cuando acuerda que: “*La terminación de este Contrato de Participación **por cualquier causa distinta a aquellas que producen caducidad** podrá ser demandada por cualquiera de las partes con sujeción a los procedimientos convenidos en la cláusula Visésima <vigésima>, a falta de acuerdo entre ellas*” La cláusula vigésima dice “**CONSULTORIA Y ARBITRAJE**” esta cláusula contiene el procedimiento para someter las controversias que surjan del Contrato, a eso, al procedimiento dirimir los problemas técnicos mediante Consultores y los jurídicos mediante Arbitros. Hablamos ya de consentimiento requerido para que la jurisdicción del CIADI sea válida. La Oxy al aceptar el contenido de la cláusula 21.4, de su libre y entera voluntad, por escrito, **RENUNCIO** expresamente a someterse a una jurisdicción de solución por la vía del arbitraje contemplada en el Contrato mismo, la ley ecuatoriana y en los convenios internacionales cuando la disputa obedece **a aquellas que producen caducidad**. En consecuencia, el CIADI no tiene ni la jurisdicción ni la competencia para conocer la razonabilidad de los hechos a los que se refiere el artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos, por **RENUNCIA EXPRESA** de la contratista. Por otro lado, de esa misma cláusula.

29. El artículo II(2) del Tratado impone que: “*El nacional o **sociedad de una Parte que sostenga que su inversión le ha sido expropiada total o parcialmente tendrá derecho a que las autoridades judiciales o administrativas competentes** de la otra Parte examinen su caso con prontitud para determinar si la expropiación ha ocurrido y, en caso afirmativo, si dicha expropiación y la indemnización correspondiente se ajustan a los principios del derecho internacional.* La Oxy **RENUNCIO a ese derecho** que expresamente le concedió el Estado Ecuatoriano en el Contrato y se allanó a la resolución ministerial al no apelar.³⁶

OTRAS CONSIDERACIONES

30. Menoscabar significa: *Disminuir algo, quitándole una parte, acortarlo, reducirlo. Deteriorar y deslustrar algo, quitándole parte de la estimación o lucimiento que antes tenía.*³⁷ El Contrato fue suscrito, como dijimos, el 21 de mayo de 1999, esto es mucho después en que entró en vigor el Tratado (1997), en consecuencia, la Ley de

³⁶ ver párrafo 26

³⁷ Diccionario de la Real Academia de la Lengua

Hidrocarburos, vigente desde 1978, y en especial los numerales 11, 12, y 13 del artículo 74 no pueden ser “*menoscabados*” por disposición expresa del artículo VIII(a)³⁸ del Tratado y tampoco la resolución ministerial, esta última, sobre todo porque por el allanamiento expreso de la Oxy al no haber recurrido de ella ante el ORGANO COMPETENTE, causó ejecutoria.

IV CONCLUSION

La materia de fondo, esto es la anulación de la resolución ministerial jamás podrá ser conocido por un Tribunal Arbitral, por falta de competencia, en virtud a que el CIADI, carece de la jurisdicción para legitimar una decisión Arbitral; porque, la Oxy, renunció expresamente a la solución arbitral en materia de caducidad; porque la Oxy, renunció voluntariamente al derecho que le concedió el Estado Ecuatoriano y el artículo II(2) del Tratado a impugnar la resolución ministerial ante el Órgano Competente y por último porque sobre la base del Tratado, se estaría menoscabando un fallo administrativo.

Lamentablemente para el país, el procedimiento en el CIADI debe continuar, nombrarse árbitros y sesionar en Quito y, si el PGE alega la falta de jurisdicción del Centro, los árbitros tendrán que decidir primero sobre la jurisdicción y competencia, antes de tratar el fondo de la demanda.

Lamentablemente, por último, Estados Unidos considera este tema como un problema de Estado, y así es como ha considerado todos los temas en que existen intereses petroleros conocidos por el mundo entero y, lamentamos también la pusilanimidad del servicio exterior ecuatoriano que, no ha aprendido a ganar en la mesa de negociaciones lo que se ha ganado en el campo de batalla.

³⁸ El presente Tratado **no menoscabará**: a) Las leyes, los reglamentos, las prácticas y los procedimientos administrativos y los fallos administrativos y judiciales de cualquiera de las Partes;