

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

WASHINGTON, D.C.

EN EL PROCEDIMIENTO ENTRE
EMPRESA ELÉCTRICA DEL ECUADOR, INC.
(Demandante)

y
REPÚBLICA DEL ECUADOR
(Demandada)

Caso No. ARB/05/9

LAUDO

Miembros del Tribunal

Juez Bernardo Sepúlveda, Presidente
Sr. John Rooney, Árbitro
Profesor Michael Reisman, Árbitro

Secretario del Tribunal

Sr. Tomás Solís

En representación de la Demandante :

Sr. Mark Sparks
Provost Umphrey, LLP
490 Park Street
Beaumont, Texas 77701

Sr. Henry Saint Dahl
545 Ivy Farm Drive
Charlottesville, VA 22901

En representación de la Demandada :

Dr. Galo García Carrión
Dr. Alvaro Galindo
Procuraduría General del Estado
Robles 731 y Amazonas
Quito, Ecuador

Sres. Alberto Wray, Ernesto Albán,
Cabezas y Wray Abogados
Av. Shyris 1240 y Portugal
Edificio Albatros, oficina 802
Quito, Ecuador

Sr. Robert Volterra
Latham & Watkins
99 Bishopsgate
Londres EC2M 3XF
Reino Unido

Fecha de envío: 2 de junio de 2009

Indice

I.	HISTORIA PROCESAL.....	4
II.	ELEMENTOS JURIDICOS PARA LA PREPARACIÓN DEL LAUDO.....	11
III.	JURISDICCIÓN	22
IV.	EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN DEL CIADI Y A LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.	26
V.	LA RELACIÓN DE HECHOS DESCRITA EN LAS EXCEPCIONES DE LA DEMANDA.....	30
VI.	EL PRIMER FIDEICOMISO: THE PROGRESO RECAPITALIZATION TRUST (PRT I)	32
VII.	LA ESCRITURA DE TERMINACIÓN, RECIBO Y LIBERACIÓN	33
VIII.	EL SEGUNDO FIDEICOMISO: THE PROGRESO DEPOSITORS TRUST (PDT). 36	
IX.	EL TERCER FIDEICOMISO: THE PROGESO REPATRIATION TRUST (PRT II).	41
X.	DECISIÓN	51
XI.	COSTAS	52

Abreviaturas Utilizadas

AGD Agencia de Garantía de Depósitos

CATEG Consejo Nacional de Electricidad

CENACE Corporación Centro Nacional de Control de Energía

CIADI Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

CONELEC Consejo Nacional de Electricidad

EMELEC Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc.

NEPEC North Eastern Power Energy Co.

PDT Progreso Depositors Trust

PRT I Progreso Recapitalization Trust

PRT II Progreso Repratriation Trust

TBI Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América Sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de agosto de 1993

I. HISTORIA PROCESAL

1. El día 13 de diciembre de 2004, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o el Centro) recibió de Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc., (la Demandante o EMELEC), una compañía incorporada en los Estados Unidos de América, una solicitud de arbitraje (la solicitud) en contra de la República del Ecuador (la Demandada).

2. La Demandante es una compañía incorporada en el estado de Maine, Estados Unidos de América (los Estados Unidos).¹ De conformidad con la solicitud de arbitraje, para los propósitos del presente procedimiento, la dirección de la Demandante es 490 Park Street Beaumont, Texas. Las acciones de la Demandante son todas propiedad de North Eastern Power & Energy Corporation (NEPEC), una compañía incorporada en las Bahamas. La Demandada es la República del Ecuador.

3. La solicitud de arbitraje se presentó al Centro en base a lo dispuesto en la cláusula de resolución de controversias, Artículo VI.4.a., del Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América Sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de agosto de 1993 (TBI o el Tratado). Tanto los Estados Unidos como la República del Ecuador son parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el Convenio). En el caso de los Estados Unidos, el Convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966; para la República del Ecuador, el Convenio entró en vigor el 14 de febrero de 1986.

4. A requerimiento del Centro, a la luz de lo dispuesto en el Artículo 25 del Convenio, y en el TBI, la Demandante proporcionó información adicional a su solicitud por medio de cartas de fecha 1, 15 y 21 de marzo, así como de 5, 13 de abril y 13 de mayo, todas del 2005.

5. Por su parte, mediante carta de fecha 18 de abril de 2005, la República del Ecuador, por conducto del Procurador General del Estado, solicitó al Secretario General del Centro la denegación del registro de la solicitud. En su carta, la República del Ecuador requirió

¹ Ver Certificado del Departamento del Secretario de Estado del estado de Maine. Anexo 2 a la solicitud de arbitraje.

esa denegación alegando una omisión de los requisitos previstos en las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación) y del Artículo 25 del Convenio. Per medio de carta de fecha 29 de abril de 2005, la Demandante presentó sus observaciones a la solicitud de denegación de la Demandada.

6. El 26 de mayo de 2005, el Secretario General del CIADI registró la solicitud. De conformidad con lo dispuesto en la Regla de Iniciación 7(d), en la Notificación del Acto de Registro el Secretario General invitó a las Partes a proceder, en cuanto fuere posible, a constituir el Tribunal de Arbitraje.

7. Por medio de carta de fecha 15 de junio de 2005, la Demandante propuso al señor John Rooney, nacional de los Estados Unidos, como árbitro único. Alternativamente, en caso de que la Demandada no aceptara dicha propuesta, la Demandante indicó que nombraba al señor Rooney como Árbitro de Parte.

8. Por medio de carta de fecha 4 de julio de 2005, la Demandada no aceptó la propuesta de la Demandante.

9. El 12 de septiembre de 2005, la Demandante presentó al Centro un escrito, de fecha 9 de septiembre de 2005, que lleva por título Enmienda a la Solicitud con el fin de incluir nueva demanda por expropiación para ser considerada por el Tribunal a ser constituido (traducción libre del Tribunal) (“Amendment of Claim to Include New Expropriation Request for Tribunal to be Constituted”). En este mismo escrito, la Demandante solicitó al Presidente del Consejo Administrativo del CIADI que procediese a designar a los árbitros que no hubiesen sido nombrados, reiterando en su caso el nombramiento del señor Rooney como Árbitro.

10. En carta de fecha 19 de septiembre de 2005, el Centro hizo notar a la Demandante que, de conformidad con lo dispuesto en la Reglas de Arbitraje del Centro, antes de formular una petición al Presidente del Consejo Administrativo del CIADI para que este efectúe un nombramiento, es preciso que se haya establecido previamente el número de árbitros que compondrán el Tribunal y el método para su nombramiento.

11. De conformidad con los términos planteados por el Centro, mediante carta de fecha 26 de septiembre de 2005, la Demandante invocó la fórmula para la constitución del Tribunal contenida en el Artículo 37(2)(b) del Convenio, la cual estipula que, si las Partes no se pusieron de acuerdo sobre el número de árbitros y el modo para nombrarlos, el Tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada Parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo.

12. A través de una carta de la Demandada, de fecha 6 de octubre de 2005, las Partes informaron al Centro que habían alcanzado un acuerdo sobre el número de árbitros y el método para su nombramiento. Conforme a los términos de ese acuerdo, cada Parte nombraría un árbitro y el tercero, que sería el Presidente del Tribunal, habría de ser nombrado por acuerdo entre las Partes. Las Partes acordaron también que, en caso que hubiesen transcurrido 60 días sin que las Partes alcanzaren acuerdo sobre la designación del Presidente del Tribunal de Arbitraje, el nombramiento sería hecho por el Secretario General del CIADI.

13. Con base en el acuerdo de las Partes, en una carta del 24 de octubre de 2005, la Demandante reiteró su nombramiento del señor John Rooney como Árbitro. Mediante comunicación del 5 de diciembre de 2005, la Demandada nombró al Profesor Michael Reisman, nacional de los Estados Unidos, como Árbitro.

14. En una carta formulada de manera conjunta, de fecha 15 de diciembre de 2005, las Partes solicitaron al Presidente de Consejo Administrativo del CIADI nombrar al Presidente del Tribunal de Arbitraje.

15. Con el acuerdo de las Partes, el Presidente del Consejo Administrativo nombró al Juez Bernardo Sepúlveda-Amor, nacional de los Estados Unidos Mexicanos, como Presidente del Tribunal de Arbitraje.

16. El Tribunal quedó constituido el 28 de febrero de 2006 de la siguiente forma: Juez Bernardo Sepúlveda-Amor, Presidente; Sr. John Rooney, Árbitro; Profesor Michael Reisman, Árbitro.

17. El 5 de junio de 2006, el Tribunal celebró su primera sesión utilizando la vía de una conferencia telefónica con las Partes. Durante la primera sesión, las Partes confirmaron que el Tribunal se había constituido debidamente y acordaron, entre otros asuntos procesales, el número de actuaciones escritas, su secuencia, y los plazos para su presentación.

18. De conformidad con el calendario procesal acordado por las Partes, la Demandante presentaría su Memorial dentro de un plazo de 150 días contados a partir de la celebración de la primera sesión. Las Partes acordaron que, en caso que la Demandada presentara objeciones a la jurisdicción, el procedimiento sobre el fondo sería suspendido; el Tribunal propondría un calendario para las actuaciones en materia de jurisdicción, así como una fecha para la audiencia de jurisdicción, luego de la cual el Tribunal decidiría sobre las objeciones a la jurisdicción como una cuestión preliminar.²

19. El 3 de noviembre de 2006, el Centro distribuyó al Tribunal y a la Demandada las copias impresas del Memorial de la Demandante. Por medio de carta de fecha 4 de diciembre de 2006, el Tribunal solicitó a la Demandante enviar en original y copia una versión de su Memorial con párrafos numerados, junto con una lista identificando los anexos al Memorial debidamente numerados.

20. El día 18 de diciembre de 2006, el Centro distribuyó al Tribunal y a la Demandada copia del Memorial Revisado de la Demandante.³

21. Mediante carta de fecha de 2 de abril de 2007, la Demandada interpuso formalmente excepciones a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal. De conformidad con el Convenio, las Reglas del Centro, y el acuerdo de las Partes alcanzado durante la primera sesión, la Demandada solicitó en ese escrito la suspensión del procedimiento sobre el fondo de la diferencia.

22. El día 23 de abril de 2007, el Tribunal dictó su Orden Procesal No. 1. En dicha Orden Procesal, el Tribunal invitó a las Partes a llegar a un acuerdo sobre el calendario para la presentación de actuaciones escritas sobre las excepciones a la jurisdicción.

² Acta Resumida de la Primera Sesión, punto 15.2.

³ Al hacer referencias al Memorial, el Tribunal se refiere al Memorial Revisado.

23. Por medio de carta de fecha 10 de mayo de 2007, las Partes informaron al Tribunal sobre su acuerdo en torno al calendario de presentaciones escritas en materia de jurisdicción.

24. El día 2 de julio de 2007, la Demandada presentó su Memorial sustentando sus excepciones a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del Tribunal. Un desacuerdo surgió entre las Partes concerniente a la presentación por parte de la Demandada de su Memorial, que fue resuelto por el Tribunal mediante su Orden Procesal No. 2 de 12 de julio de 2007. En su Orden Procesal No. 2, el Tribunal aceptó la manifestación de la Demandada indicando que por problemas técnicos con su servidor, no presentó todos los anexos a su Memorial en forma electrónica, y concluyó que esto no constituía una causal bajo el Convenio y las Reglas de CIADI para excluir dichos anexos del procedimiento, tal y como lo solicitaba la Demandante.

25. El día 28 de agosto de 2007, la Demandante presentó su escrito de contestación al Memorial en materia de excepciones formulado por la Demandada.

26. El día 28 de septiembre de 2007, la Demandada presentó su Réplica sustentando sus excepciones a la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal.

27. El día 1 de noviembre de 2007, la Demandante presentó su Dúplica a la Réplica de la Demandada sustentando sus excepciones a la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal.

28. Una vez agotado el calendario de presentaciones escritas, la audiencia sobre jurisdicción tuvo lugar en la sede del Centro en las Oficinas del Banco Mundial en Washington D.C., el día 29 de febrero de 2008. La audiencia estuvo presidida por los integrantes del Tribunal: Presidente Bernardo Sepúlveda; John Rooney, Árbitro; Michael Reisman, Árbitro. Durante la audiencia, las Partes formularon sus alegatos orales en apoyo a sus argumentos de hecho y de derecho. Presentes en la audiencia estuvieron, en representación de la Demandante los señores: Mark Sparks y Kyle Maciel de Provost Umphrey LLP, el señor Henry Dahl y la señora Tamera Boudreau. Por parte de la Demandada estuvieron presentes: su Excelencia el Señor Procurador Don Xavier Garaicoa,

Procurador General del Estado de la República del Ecuador de la época, señores Carlos Venegas, Diego Romero, Francisco Paredes, y las señoras Claudia Salgado y Bárbara Dotti de la Procuraduría General del Estado; señores Alberto Wray, Ernesto Albán Ricaurte, Eduardo Carmigniani, y señoras Verónica Arroyo y Paola Delgado, de Cabezas & Wray; y el señor Robert Volterra de Latham & Watkins. Los señores Michael Quinlan y Augusto Ramírez Arboleda comparecieron a la audiencia en calidad de testigos propuestos por la Demandante.

29. Durante la audiencia sobre jurisdicción, el Tribunal hizo saber a las Partes que existía la posibilidad de requerirles información adicional, la cual podrían presentar al Tribunal en forma de escritos post - audiencia.

30. El 12 de marzo de 2008, el Tribunal solicitó a las Partes la presentación de escritos post - audiencia, tendientes a cubrir ciertos vacíos de información especificados por el Tribunal en dicha carta, así como cualquier otro asunto que las Partes pudiesen estimar relevante. El Tribunal asimismo indicó a las Partes los requisitos formales exigidos para la presentación de los escritos post - audiencia.

31. Por medio de cartas de fechas 1 y 9 de abril de 2008, la Demandante solicitó autorización del Tribunal para presentar una nueva documentación que, según la Demandante, había sido de su conocimiento solamente después de celebrada la audiencia sobre jurisdicción y que, por lo tanto, circunstancias especiales permitían su inclusión tardía al procedimiento.

32. En su carta del 4 de abril de 2008, la Demandada pidió al Tribunal la denegación de la solicitud de la Demandante.

33. En su carta de 9 de abril de 2008, la Demandante solicitó al Tribunal que ordenara a la Demandada autorizar que una tercera parte, ajena al presente arbitraje, que entregara a la Demandante cierta documentación. Según alegaba la misma Demandante, dicha documentación era de su propiedad y que, para autorizar la entrega de dicha documentación, la tercera parte en posesión de dicha documentación exigía la autorización de la Demandada como condición para entregarla a la Demandante.

34. Por medio de carta de 9 de abril de 2009, la Demandada manifestó no estar en posición de autorizar a una tercera parte a entregar a la Demandante documentos propiedad de esta última.

35. Por medio de carta de fecha 16 de abril de 2008, después de haber analizado las posiciones de las Partes, el Tribunal resolvió rechazar la solicitud de la Demandante de introducir, en esa etapa tardía del procedimiento, nueva documentación. El Tribunal consideró que no existían circunstancias especiales que justificaran su introducción. En esta misma decisión, el Tribunal ordenó a la Demandada la presentación completa de ciertos documentos que habían sido previamente introducidos al procedimiento sólo en forma parcial: el Dictamen Fiscal y el Pronunciamiento del Juez. ⁴

36. Los días 14 y 15 de abril de 2008, la Demandante y la Demandada, respectivamente, presentaron sus escritos post - audiencia. El escrito de la Demandada cumplió con el límite de páginas indicado por el Tribunal, pero no cumplió con el requisito de utilizar un formato a doble espacio, habiendo utilizado un formato a espacio simple. En vista de lo anterior, la Demandante solicitó al Tribunal no aceptar el escrito post-audiencia de la Demandada o, alternativamente, que se le autorizara a presentar un escrito post-audiencia suplementario que le permitiera entregar un escrito de la misma extensión que el presentado por la Demandada.

37. Por medio de carta del 21 de abril de 2008, la Demandada presentó sus observaciones a la solicitud de la Demandante.

38. Por medio de carta de fecha de 6 de mayo de 2006, el Tribunal autorizó a la Demandante a presentar un escrito post - audiencia suplementario, el cual, de acuerdo con las instrucciones del Tribunal, la Demandante presentó el 29 de mayo de 2008.

39. Una vez agotado el calendario procesal acordado para la etapa de jurisdicción, el Tribunal sostuvo una reunión entre sus Miembros con el propósito de deliberar y efectuar un intercambio de opiniones, en torno a los distintos aspectos del caso sometido al conocimiento del Tribunal. La reunión se celebró el día 15 de julio de 2008, en La Haya,

Países Bajos. A partir de esa fecha, el Tribunal ha continuado con el proceso de deliberaciones mediante extensas conferencias telefónicas el cual, a juicio del Tribunal, ha resultado indispensable para dilucidar asuntos relacionados con los hechos involucrados en el litigio y con cuestiones jurídicas que han ameritado un examen detallado.

II. ELEMENTOS JURIDICOS PARA LA PREPARACIÓN DEL LAUDO

40. Como se apuntó anteriormente, la Demandante en este procedimiento es la Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. (EMELEC), una corporación constituida en 1925 en el Estado de Maine, Estados Unidos de América. La Demandante, desde su constitución, ha mantenido su calidad de persona jurídica como sociedad constituida bajo las leyes de dicha jurisdicción, y todas sus acciones son propiedad de NEPEC.

41. EMELEC argumenta como base de su demanda la expropiación que habría realizado el Gobierno del Ecuador de sus instalaciones, cuentas bancarias y otras propiedades ubicadas en territorio ecuatoriano. Indica la Demandante que desde 1925 EMELEC era titular de una concesión para el suministro de energía eléctrica en la ciudad de Guayaquil, Ecuador. Agrega que el 21 de mayo de 2000 las oficinas de EMELEC fueron ocupadas por un contingente militar y policíaco. De conformidad con lo señalado por la Demandante, el 23 de marzo de 2000 los bienes de la empresa fueron expropiados *de jure* mediante la Resolución 0034/00⁵ expedida por el Consejo Nacional de Electricidad (CONELEC), órgano del Gobierno del Ecuador. A petición de CONELEC, a través de carta con fecha de 18 de mayo de 2000⁶, el Superintendente de Bancos transfirió, al ámbito de administración de ese Consejo, depósitos y cuentas bancarias registrados a nombre de EMELEC en instituciones financieras del Ecuador y en otras instituciones conexas en el extranjero.

42. La Resolución 0034/00 anota que la Resolución 0030/00 fue “emitida para solucionar las consecuencias de la ilegalidad e ilegitimidad de las operaciones que realizaba la Empresa Eléctrica del Ecuador Inc., contraviniendo disposiciones de la Ley del Régimen del Sector Eléctrico, esto es, fuera del plazo fijado por dicha Ley para formalizar el

4 Ver párrafo 65 infra.

5 Documento de la Demandante C-19.

acuerdo de concesión, con riesgo de la regularidad para la prestación del servicio público de energía eléctrica para la ciudad de Guayaquil”.

43. Mediante el Decreto Ejecutivo 712 del 8 de agosto de 2003, firmado por el Presidente de la República del Ecuador, se estableció la Corporación para la Administración Temporal Eléctrica de Guayaquil (CATEG).⁷ Conforme al Decreto, CATEG “se encargará de administrar el servicio de distribución y comercialización de energía eléctrica para el área de concesión de Guayaquil y las actividades de generación... para lo cual habrá de usar los bienes, instalaciones y demás recursos afectados al servicio público y que sean necesarios para cumplir con su objetivo, sin perjuicio de la obligación de reconocer a favor de los propietarios, aquellos pagos a los que tengan derecho por el uso que se haga de sus propiedades”.⁸

44. En su Memorial, la Demandante indica que el Decreto Ejecutivo aspira a crear una imagen de legalidad al invocar la “obligación de reconocer” el pago “por el uso de sus propiedades”, en violación a los términos precisos de compensación en caso de expropiación que establece el Artículo III. 1 del Tratado para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBI), celebrado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América. Agrega EMELEC que nunca se cumplió la anunciada obligación de reconocer el pago por uso de bienes, al no haberse efectuado la compensación correspondiente.

45. El 10 de enero de 2005 una entidad gubernamental del Ecuador, denominada Corporación Centro Nacional de Control de Energía (CENACE), formuló una demanda judicial en contra de EMELEC por un monto de US \$ 71.877.480.84.⁹ En la demanda, CENACE reclama a EMELEC el pago de una deuda acumulada correspondiente a la venta de energía eléctrica durante el período del 1 de abril de 1999 al 30 de septiembre de 2003.

46. Conforme a lo señalado por EMELEC en una de las secciones de su Memorial, el endeudamiento acumulado de la empresa con CENACE en el período del 1 de abril de

6 Documento de la Demandante C-20.

7 Documento de la Demandante C-24.

8 Id. Artículo 2.

1999 al 23 de mayo de 2000 ascendía a un total de US \$ 47.087.367.08, y no la cantidad reclamada por CENACE en su demanda. En otra sección de su propio Memorial, EMELEC argumenta que, por el contrario, la deuda en su favor a cargo del Gobierno del Ecuador alcanzaba el monto, para el 23 de mayo de 2000, de US \$ 243.79.638.45.¹⁰

47. El Tribunal hace notar que en el Memorial de EMELEC se han presentado cifras en materia de endeudamiento que son divergentes y que no están debidamente reconciliadas. Como ya se señaló, EMELEC indica en su Memorial que su deuda con CENACE era de US \$ 47.087.367.08 al 23 de mayo de 2000 y que el adeudo del Ecuador a favor de la empresa era, al 23 de mayo del 2000, por la cantidad de US \$ 243.792.638.45.¹¹ Sin embargo, en el propio Memorial, en unos cuantos párrafos posteriores a este señalamiento, se encuentra la siguiente anotación contable que conviene citar textualmente:

Una contabilidad exacta hasta el 22 de mayo de 2000, en dólares estadounidenses, es como sigue:

Adeudo de la demandante al demandado	143.245.496.71
Adeudo del demandante a la demandada	469.823.678.89 comillas
Balance a favor de la demandada	326.578.182.18. ¹²

En la documentación exhibida por EMELEC, el Tribunal no encontró una explicación que permitiese entender el motivo por el cual se incluyen en el Memorial cifras no conciliadas en materia de endeudamiento.

48. Argumenta la Demandante que la acción judicial emprendida por CENACE pretendía hacer responsable a EMELEC, conforme a los términos de esa demanda, de una deuda acumulada durante el lapso de 23 de mayo de 2000 al mes de septiembre de 2003, lapso en el cual la empresa había quedado privada de sus bienes y del control sobre ella.

9 Documento de la Demandante C-29.

10 Memorial de la Demandante, página 20.

11 Id.

12 Memorial de la Demandante, página 37.

49. EMELEC también argumenta que, en la acción judicial emprendida por CENACE en contra de la empresa, el Procurador General de Justicia del Ecuador impidió la acreditación del representante legal de EMELEC en dicho juicio, a pesar de habersele expedido el necesario poder para actuar en dicho juicio. Conforme a este alegato, el Procurador habría solicitado al Superintendente de Compañías, autoridad que debe registrar los poderes que acreditan la representación legal de una empresa, que se abstuviese de registrar a quien EMELEC pretendía que tuviese personalidad jurídica para representarle en el juicio. La Superintendencia de Compañías, en efecto, se abstuvo de registrar los poderes de quien la demandante deseaba acreditar como representante legal, reconociendo en cambio al señor Glenn Martin Goldhagen como representante legal de EMELEC en el Ecuador. EMELEC indica que esa decisión condujo a que se encontrarse en estado de indefensión en el juicio y que un abogado, distinto al que la empresa había propuesto, y que no representaba sus intereses, hubiese asumido la defensa de EMELEC al ser debidamente reconocida su capacidad legal para actuar en el juicio por las autoridades correspondientes.

50. En la documentación exhibida por la Demandante, se incluye una carta fechada el 28 de junio de 2005¹³, mediante la cual el señor Michael J. Quinlan, en su calidad de Secretario (Clerk) de EMELEC en Maine, Estados Unidos, lugar de incorporación de la empresa, se dirige al Superintendente de Compañías del Ecuador y al Intendente de Compañías del Ecuador manifestando que, en una carta previa, del 14 de junio de 2005, había comunicado al Superintendente un extrañamiento por el hecho de que se hubiese aprobado por la Superintendencia un Poder Especial expedido a favor del señor Glenn Goldhagen quien, según indica el señor Quinlan, no tiene ni ha tenido una posición oficial en la empresa. Agrega el señor Quinlan que, de acuerdo con los registros de la empresa, su directiva otorgó un Poder al Sr. John Duque Carrales, el cual fue certificado por el Consulado ecuatoriano. Concluye el señor Quinlan señalando que, en documento anexo a su carta, proporciona datos sobre el número de accionistas de EMELEC, el número de Directores y quienes son los titulares de las acciones.

51. En otro documento también fechado el 28 de junio de 2005, el señor Quinlan manifiesta ante notario lo siguiente:

13 Documento de la Demandante C-38.

Los registros corporativos de EMELEC indican que EMELEC tiene un único accionista, que es North Eastern Power Energy Co. (NEPEC).

Los registros corporativos de EMELEC también indican que EMELEC tiene un sólo Director, Sr. Ramiro Ponce Cerda.

Los registros corporativos de EMELEC incluyen documentos que indican que el señor Miguel Lluco Tixe es fideicomisario del Progreso Repatriation Trust; que el Progreso Recapitalization Trust fue terminado el 15 de febrero de 2000; y que el Progreso Depositors Trust no surte efectos ni tiene sustento por no haber sido creado bajo las instrucciones de los Otorgantes del Progreso Repatriation Trust.

Los documentos que se incluyen en los registros contables de EMELEC adicionalmente indican que las acciones de NEPEC han sido aportadas como propiedad del Progreso Repatriation Trust¹⁴. (traducción del Tribunal)

52. En la audiencia que el Tribunal celebró con las Partes el 29 de febrero de 2008, el señor Quinlan participó como testigo propuesto por la Demandante. El abogado de la Demandada le planteó la siguiente pregunta: “¿Es correcto decir que usted, que su opinión legal como abogado de Maine es que EMELEC es controlada por NEPEC y NEPEC es controlada por el fideicomiso (PRT II) y el fideicomiso es controlado por el señor Lluco?”. La respuesta del señor Quinlan es ésta: “Me siento cómodo al dar una opinión legal diciendo que EMELEC es controlada por NEPEC. Pero yo, como abogado de Maine, creo que no estoy calificado para opinar sobre el hecho de que NEPEC pueda estar controlada por el fideicomiso, y el fideicomiso controlado por el señor Lluco.”¹⁵ En esencia, el señor Quinlan, en su comparecencia, se limitó a señalar que los registros corporativos de EMELEC contienen documentos que reflejan declaraciones juradas, copias de fideicomisos y otros elementos que están sujetos a las leyes de las Bahamas, en torno a lo cual el señor Quinlan considera que no debe proporcionar una opinión legal.

53. Las autoridades ecuatorianas, en la acción judicial emprendida por CENACE en contra de EMELEC, no aceptaron como válidos ni los argumentos ni las evidencias formuladas por el señor Quinlan y decidieron desechar sus alegatos que pretendían acreditar una representación legal que, de acuerdo con esas autoridades, no estaba debidamente sustentada. El reconocimiento del sujeto acreditado como representante legal

14 Documento adjunto como Exhibit B al escrito de la Demandante de fecha 9 de septiembre de 2005 (“Amendment of Claim to Include New Expropriation Request for Tribunal to be constituted”).

15 Página 67 de la transcripción de la audiencia sobre jurisdicción.

de EMELEC por las autoridades competentes de la República del Ecuador, queda formulado en los siguientes términos:

Es demandada es la Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc., legalmente representada por el abogado de la sucursal en Ecuador, Abogado Enry Basurto Quinde, como se justifica con el poder especial otorgado por el señor Glenn Martín Goldhagen, por los derechos que representa de la Empresa Eléctrica del Ecuador Inc., el 28 de febrero de 2004 inscrito en el Registro Mercantil de la ciudad de Guayaquil, el 26 de abril de 2004, documento que se anexa.¹⁶

54. Un elemento central en esta controversia es la existencia y validez de un conjunto de fideicomisos que fueron creados para satisfacer los reclamos de depositantes afectados por la insolvencia del Banco del Progreso, propiedad del señor Fernando Aspiazu Seminario. El primero de ellos fue el fideicomiso llamado el Progreso Recapitalization Trust. El segundo fideicomiso se denominó el Progreso Depositors Trust y el tercero quedó bajo el nombre del Progreso Repatriation Trust. De la determinación que se adopte sobre la existencia y validez de cada uno de ellos depende el reconocimiento de la personalidad jurídica del representante legal de la empresa y de su capacidad para actuar ante tribunales judiciales o arbitrales.

55. A reserva de resolver en su oportunidad los cuestionamientos de las Partes sobre la existencia y validez de los fideicomisos mencionados en el párrafo anterior, conviene recordar que la República del Ecuador ha planteado una serie de excepciones a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal. En su argumentación en materia de excepciones, el Ecuador manifiesta que EMELEC, siendo una persona jurídica, no se encuentra acreditada ante el CIADI dado que quienes han actuado a su nombre no han demostrado de manera fehaciente su capacidad legal; que el señor Llucó no puede intervenir a nombre de EMELEC, pues ni es su representante legal, ni ha sido debidamente autorizado para incoar esta acción; que no consta en el procedimiento que quienes comparecen a nombre de la Demandante tengan la capacidad para representarla; que las supuestas autorizaciones invocadas por el señor Llucó no se respaldan con documentos societarios ni la Demandante acompaña documentos societarios que demuestren la capacidad de quienes supuestamente autorizan las acciones de la Demandante; que un procedimiento de arbitraje no puede sustentarse sobre la única base de simples

16 Documento de la Demandante C-29.

declaraciones unilaterales de las Partes interesadas sin documentos societarios que justifiquen la debida personería de la Demandante.

56. El Tribunal habrá de examinar con mayor detalle, en una etapa ulterior de este Laudo, la cuestión de la personalidad jurídica de la representación legal de EMELEC en este juicio arbitral. Es evidente que la controversia entre EMELEC y la República del Ecuador en torno a la acreditación de la representación legal de la empresa, tiene su primer episodio en el juicio emprendido por CENACE en contra de EMELEC, en donde las autoridades competentes del Ecuador se negaron a reconocer la personalidad jurídica de quien EMELEC pretendía que actuara en su defensa. (ver *supra*, párrafos 45 a 53.) Por ahora, baste señalar que la República del Ecuador, en su calidad de Parte Demandada en este arbitraje, ha formulado objeciones a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del Tribunal argumentando, entre otras excepciones, que la Demandante en el juicio arbitral, esto es, EMELEC, siendo una persona jurídica, no se encuentra debidamente acreditada ante el CIADI, ya que quienes pretenden actuar en su nombre y representación carecen de la debida personería.

57. La concesión para el suministro de energía eléctrica otorgada por la República del Ecuador a EMELEC en 1925 tenía una duración de sesenta años que habría de expirar en 1985. En su Memorial, EMELEC indica que, después de 1985, la concesión fue extendida de manera indefinida, aunque sin presentar documentos que acrediten esa afirmación.¹⁷ También señala que el suministro de electricidad en el área concesionada se mantuvo de manera ininterrumpida.

58. El Consejo de CONELEC, el 6 de enero de 1999, expidió un Certificado de Concesión¹⁸ a EMELEC otorgándole, de manera exclusiva, la posibilidad de negociar un Contrato de Concesión para la distribución de energía eléctrica, de conformidad con las bases, condiciones y términos que habrían de ser decididos por el propio Consejo. De no suscribirse el Contrato de Concesión en un plazo de 40 días establecido en el propio Certificado, CONELEC habría de iniciar un proceso de licitación. El Certificado de Concesión estipulaba que la suscripción del Contrato de Concesión estaría sujeto al

¹⁷ Memorial de la Demandante, página 32.

¹⁸ Documento de la Demandada R – 054.

cumplimiento de ciertos requisitos, siendo uno de ellos que “EMELEC justifique que ha cumplido con todas sus obligaciones relacionados con la concesión anterior y no existan asuntos pendientes con el Gobierno nacional y sus instituciones relativos con dicha concesión” (*ibid.*). Conviene recordar que en enero de 2005 CENACE inició una procedimiento judicial en contra de EMELEC reclamando el pago de un adeudo importante (ver *supra*, párrafos 45-53).

59. El plazo establecido de cuarenta días no se cumplió, ya que CONELEC entregó un proyecto de contrato una vez transcurrido un período de ciento veinte días, esto es, el 26 de abril de 1999. El 27 de abril de 1999 EMELEC envió una comunicación a CONELEC expresando su consentimiento con relación al texto del proyecto de contrato elaborado por CONELEC, aunque formuló un conjunto de objeciones y cuestionamientos al contenido del proyecto de contrato de concesión que le había entregado CONELEC. Una de las enmiendas que EMELEC pretendía introducir al proyecto de contrato se refería al procedimiento para la resolución de controversias, en donde EMELEC establecía que había lugar al arbitraje internacional una vez que se hubiese agotado la vía de la conciliación ante una Comisión creada para esos propósitos. Una lectura atenta del conjunto de esas objeciones y cuestionamientos conducen necesariamente a concluir que la aceptación de EMELEC estaba sujeta a reservas fundamentales que vulneraban la sustancia del proyecto de contrato. A pesar de ello, EMELEC alega que existió un contrato de concesión válido a partir del 27 de abril de 1999.¹⁹

60. Conforme a lo expuesto en el Memorial de EMELEC, durante cerca de un año la empresa continuó suministrando energía eléctrica en el área de Guayaquil, esto es, hasta el 21 de marzo de 2000, fecha en que sus instalaciones fueron ocupadas por las autoridades ecuatorianas.²⁰

61. La Demandada señala que, además de las discrepancias esenciales en cuanto el texto del proyecto, tal como se reflejan en las objeciones y cuestionamientos formulados por EMELEC, el proyecto de contrato no llegó a suscribirse porque el CONELEC hizo depender la asignación del contrato de concesión al cumplimiento de ciertas condiciones,

¹⁹ Memorial de la Demandante, página 34.

²⁰ Id.

expresamente exigidas en la Ley, y consignadas en el Certificado de Concesión. En este sentido, señala la Demandada que, por disposición de la Ley, los contratos de concesión deben celebrarse por escritura pública, por ser un contrato solemne que sólo se perfecciona mediante el cumplimiento de ciertas formalidades, cuya omisión acarrea la nulidad. EMELEC en ninguna circunstancia argumentó que se hubiese cumplido con esa formalidad o que existiese una escritura pública que consagrara notarialmente los términos del proyecto de contrato. En el Memorial de la República del Ecuador sustentando sus excepciones a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del Tribunal, se señala, como argumento adicional, que una de las cláusulas respecto de las cuales no hubo acuerdo, porque EMELEC no aceptó su contenido, fue la relativa a la solución de controversias; EMELEC postulaba que sólo habría lugar al arbitraje internacional luego de haberse agotado el procedimiento ante la Comisión de Conciliación.²¹

62. La República del Ecuador concluye que no existió un contrato de concesión válido, al no haberse perfeccionado el proyecto en escritura pública, formalidad exigida legalmente en el caso de contratos de concesión, y a la luz de las obligaciones y cuestionamientos expuestos por EMELEC. Por ello, no se puede invocar convenio alguno en el cual se ponga en evidencia que la Demandada ha prestado su consentimiento por escrito para someter a la jurisdicción del CIADI las diferencias surgidas con EMELEC, de acuerdo con la República del Ecuador. También señala la Demandada que es inexacto que el contrato se haya ejecutado en la práctica. Indica que si EMELEC prestó servicios en la ciudad de Guayaquil, ello fue en base a lo dispuesto en la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, en cuya virtud EMELEC continuaría operando sujeta al régimen de permisos provisionales que habría estado aplicándose desde que feneció, en el año de 1985, el plazo de la concesión establecida en el contrato de 1925.²²

63. En su Memorial, EMELEC indica que la Demandada retuvo, como consecuencia de la ocupación de sus instalaciones, la posesión ilícita de las computadoras de la empresa. Acusa la Demandante que los registros electrónicos de sus computadoras fueron eliminadas en el período que corre de 1995 al 2003, agregando que la destrucción intencionada de evidencias probatorias es un acto ilegal en cualquiera de los sistemas

21 Memorial de Jurisdicción de la Demandada, párrafos 164 y 165.

22 Id. Párrafos 167 y 168. Memorial de Réplica de la Demandada, párrafo 94.

legales vinculados al caso.²³ En su Memorial de contestación a las objeciones a la jurisdicción de la Demandada, EMELEC lanza una acusación contra el señor Goldhagen, alegando que ordenó la destrucción de los registros de computación de la Demandante y que recibió pagos provenientes de la entidad que defraudó los fondos de la Demandada, una entidad denominada The Latin American Finance Group Limited.²⁴

64. Al comentar el Dictamen Fiscal y el Pronunciamiento del Juez, documentos presentados por la República del Ecuador para desvirtuar las acusaciones de EMELEC y para aclarar procedimientos judiciales por defraudación y estafa emprendidos en el Ecuador, la Demandante argumenta que la Demandada obstruyó la investigación criminal, que el Dictamen corrobora la destrucción de documentos de EMELEC y que el Pronunciamiento atribuye responsabilidades a determinadas personas por estafa.

65. En el documento fechado de 29 de mayo de 2008 y denominado Comentarios de la Demandante al Dictamen Fiscal (“Dictamen”) y al Pronunciamiento del Juez (“Pronunciamiento”) presentados al Tribunal por la Demandada (Comentarios de la Demandante), EMELEC reconoce los siguientes hechos:

El Dictamen y el Pronunciamiento enjuician a los señores Heberling y Van Diepen por el delito de estafa de los fondos de la Demandante. El Dictamen elimina los cargos por estafa en contra del señor Goldhagen y el Pronunciamiento absuelve al señor Goldhagen de ese mismo delito” (Comentarios de la Demandante, pag. 12, traducción del Tribunal).

Sin embargo, en sus Comentarios, EMELEC también formula reservas al valor jurídico del Dictamen y del Pronunciamiento al señalar lo siguiente:

El hecho de que el Dictamen y el Pronunciamiento no hayan acusado ni hayan enjuiciado a nadie por la destrucción de documentos o por obstruir una investigación penal no debe ser considerado por este Tribunal como que esos delitos no se cometieron (Comentarios de la Demandante, pag. 18, traducción del Tribunal).

23 Memorial de la Demandante, página 38.

24 Memorial de contestación a las objeciones a la jurisdicción de la Demandada, párrafos 90 y siguientes. Véase asimismo Memorial de Dúplica de la Demandante nota al pie No.13 (Documento de la Demandante C-73)

El Tribunal observa que no le es posible desconocer el contenido de documentos como el Dictamen y el Pronunciamiento, que tienen un valor probatorio y cuya calidad no ha sido desvirtuada. Sería preciso exhibir las evidencias necesarias como requisito indispensable para demostrar lo contrario.

66. En respuesta a las acusaciones de la Demandante, la República del Ecuador indica, en su Alegato Final, que en este caso “la Parte Demandante presentó una parte de un informe pericial elaborado durante la primera etapa de la investigación pre-procesal, es decir, dentro de la indagación previa, motivo por el cual tuvo inicialmente, como todos los demás documentos de esta fase, el carácter de reservado”.²⁵ Ese documento es, por tanto, uno de los elementos reunidos en una investigación destinada a determinar si se había cometido un delito, de acuerdo con el Ecuador. Conforme a la legislación ecuatoriana, si el fiscal considera que existen elementos suficientes para imputar a una persona la participación de un hecho delictivo, dará inicio a la etapa de instrucción fiscal. La Demandada indica que “la instrucción fiscal en este caso concluyó con una acusación en contra de los señores Heberling y van Diepen por el delito de estafa, acusación fiscal que dio origen a que un juez emita un llamamiento a juicio en contra de esas dos personas. El juzgamiento no se ha realizado porque cuando el acusado está prófugo, el juicio se suspende”.²⁶

67. La República del Ecuador señala que es importante explicar las razones que condujeron a EMELEC a entregar al Tribunal sólo una mínima parte del Informe Pericial. Conforme a los argumentos del Ecuador, la primera razón sería que el Informe Pericial completo no sostiene la tesis de la Parte Demandante. En efecto, la Demandada objeta en su Alegato Final la tesis de EMELEC según la cual “el informe pericial demostraba que el señor Goldhagen había ordenado la destrucción de documentos de EMELEC, por lo que los abogados del señor Lluco no podían probar las actividades de EMELEC en Estados Unidos”.²⁷ De acuerdo con el argumento del Ecuador, la falsedad de esta afirmación se demuestra al advertir que “la fiscalía emitió un dictamen acusatorio solamente en contra de

²⁵ Escrito post-audiencia de la Demandada, párrafo 71.

²⁶ Id.

²⁷ Id. Párrafo 76.

los señores Van Diepen y Heberling, no en contra de Goldhagen y por el delito de estafa, no por destrucción de documentos contables”.²⁸

68. También señala la Demandada, como segunda razón, que el Informe concluye “que no se destruyó documentación contable sino que se alteraron algunos registros electrónicos que demostraban que EMELEC efectuó pagos a la compañía Latin American Finance Group por USD 1.400.000 y USD 425.000 dólares, sin que haya una justificación por haberlos hechos (sic). No es, entonces, cierto que no existe contabilidad. Precisamente, los soportes físicos de los registros electrónicos le permitieron al perito establecer cuáles de estos registros se habían borrado. Gracias a eso el fiscal puede sustentar su acusación de estafa. La prueba de la estafa habría sido imposible sin la contabilidad”.²⁹ Agrega la Demandada, como tercera razón, que si la Demandante hubiese presentado el Informe Pericial completo, se habría “visto en la obligación de presentar también el expediente completo de la investigación realizada por la fiscalía, y esto no le convenía a la parte Demandante porque el señor Lluco no sólo conocía de la existencia de ese proceso, sino que personalmente participó en esa investigación. Más aún, aparece del expediente que había presentado tres denuncias adicionales en contra del Sr. Goldhagen, denuncias que fueron archivadas por la fiscalía luego del respectivo proceso de investigación”.³⁰

III. JURISDICCIÓN

69. Para fundamentar la jurisdicción del CIADI en este procedimiento arbitral, EMELEC invoca los términos del TBI y, específicamente, el artículo VI, que estipula lo siguiente:

1. A efectos del presente Artículo una diferencia en materia de inversión es una diferencia entre una Parte y un nacional o una sociedad de la otra Parte, que se deba o sea pertinente a: a) un acuerdo de inversión concertado entre esa Parte y dicho nacional o sociedad; b) una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en materia de inversiones extranjeras de una Parte a dicho nacional o sociedad, o c) una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión.

28 Id. Párrafo 77.

29 Id. Párrafo 79.

30 Id. 80.

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

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

[...]

 - b) Una vez que la sociedad o el nacional interesado de su consentimiento, cualquiera de las Partes podrá iniciar el arbitraje según la opción especificada en el consentimiento.

4. Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo Cada una de las Partes consiente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio para su solución, de conformidad con la opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o de la sociedad, según el párrafo 3. Ese consentimiento, junto con el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, cuando se da conforme 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 II de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de [junio] de 1958 (“Convención de Nueva York”)

[...]

6. Cuando surja una diferencia en materia de inversión, las Partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías, para Todo laudo arbitral dictado en virtud de este Artículo será definitivo y obligatorio para las Partes en la diferencia. Cada Parte se compromete a aplicar sin demora las disposiciones de dicho laudo y a garantizar su ejecución en su territorio.³¹

70. EMELEC indica que, aún en el caso de que el Tratado no resultase aplicable, la Demandante tendría el derecho de invocar la jurisdicción del CIADI en función de la cláusula de arbitraje incluida en el Proyecto de Contrato de Concesión formulado por CONELEC y aceptado por EMELEC. Con el propósito de resolver en forma oportuna argumentos que ameritan una respuesta inmediata, el Tribunal se pronuncia en el sentido de que el Proyecto de Contrato de Concesión no puede ser aducido como fundamento para atribuir jurisdicción al CIADI en este arbitraje. El Proyecto de Contrato de concesión no existe, en términos legales, ya que el documento fue un simple borrador-proyecto que habría de servir de base para alcanzar un acuerdo, lo cual requería la expresión fehaciente de un consentimiento recíproco de lo que habrían de ser los derechos y las obligaciones estipulados en una versión definitiva y mutuamente convenida del contrato de concesión. Ello excluye la formulación de cuestionamientos, reservas u objeciones no aceptados clara y manifiestamente por la otra parte en el contrato. Además, dicho contrato nunca llegó a perfeccionarse de conformidad con las formalidades que exige la legislación ecuatoriana.³²

31 Versión en español del TBI disponible en: http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch___779.aspx.

32 La Demandada hace la siguiente observación en su Memorial de Jurisdicción al referirse al proyecto de contrato “[...] ese documento no pasó de ser un proyecto [...] el contrato nunca llegó a firmarse, entre otras razones, por que la misma EMELEC no estuvo de acuerdo con el texto del borrador aprobado por el CONELEC. Esto se demuestra de la misma documentación que acompaña la Demandante.” Del documento identificado como C-14 y como R-053, que es una carta firmada por el señor Fernando Aspiazu Seminario en donde EMELEC hace observaciones a 20 cláusulas del proyecto del contrato, queda claro que las partes nunca llegaron a un acuerdo final sobre dicho proyecto, a pesar de que la Demandante identifica dicho documento como “el consentimiento de la

Puesto que un contrato de concesión tiene la calidad de un contrato de naturaleza solemne, es requisito indispensable que el contrato quede consagrado en una escritura pública para que pueda tener validez legal. Por las razones anteriores, es evidente que la invocación del Proyecto de Contrato de Concesión como fuente de derechos jurisdiccionales es inviable.

71. La Demandante invoca bases adicionales para fundamentar una posible jurisdicción del CIADI. Aduce que la Demandada reconoció la jurisdicción del CIADI porque en la primera sesión del Tribunal, celebrada el 5 de junio de 2006, el Ecuador manifestó que existía una reserva en el Tratado, contenida en el artículo I(2) del TBI, que denegaría los beneficios del arbitraje a EMELEC, con lo cual está aceptando que existe jurisdicción del CIADI.³³ Aduce también que existe una jurisdicción por el hecho mismo de que la Demandante, desde 1925, siempre ha sido tratada como una empresa estadounidense. El Tribunal estima inadmisibles estas invocaciones de jurisdicción por considerarlas vacías de sustancia legal. Es inexacto que el Ecuador haya introducido una reserva a los términos del Tratado en el sentido que lo determina la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y como se define en ese instrumento el concepto jurídico de reserva, argumento erróneamente aducido por EMELEC. Lo que el Ecuador hizo fue ejercer un atributo consignado en el Tratado, mediante el cual tanto Estados Unidos como el Ecuador se reservan “el derecho a denegar a cualquier sociedad los beneficios” del Tratado “si dicha sociedad está controlada por nacionales de un tercer país y, en el caso de una sociedad de la otra Parte, si dicha sociedad no tiene actividades comerciales importantes en el territorio de la otra Parte o está controlada por nacionales de un tercer país con el cual la Parte denegante no mantiene relaciones económicas normales” (Artículo I (2) del TBI). Por ser EMELEC una “sociedad de la otra Parte”, el Ecuador está facultado a denegarle los beneficios del TBI si la empresa no tiene actividades comerciales importantes en Estados Unidos. El Tribunal estima que el Ecuador anunció la denegación de los beneficios a

Demandante”. Asimismo, es de hacer notar que la solicitud de arbitraje se presentó, y fue así registrada por parte del CIADI, únicamente con fundamento en el consentimiento alegado por la Demandante en base al TBI. Lo anterior no sólo queda evidenciado de una simple lectura de la solicitud de arbitraje, si no que es confirmado por una carta que la Demandante envió al CIADI de fecha 13 de mayo de 2005 en la que la Demandante aclara al CIADI que “[e]l presente reclamo esta basado en el TBI entre Estados Unidos y la Demandada.” (traducción del Tribunal)

33 TBI Art. I(2). Cada Parte se reserva el derecho de denegar a cualquier sociedad los beneficios del presente Tratado si dicha sociedad está controlada por nacionales de un tercer país y, en el caso de una sociedad de la otra Parte, si dicha sociedad no tiene actividades comerciales importantes en el territorio de la otra Parte o está controlada por nacionales de un tercer país con el cual la parte denegante no mantiene relaciones económicas normales.

EMELEC en la etapa procesal oportuna, esto es, al formular sus excepciones en materia de competencia. Si el Tribunal llegare a conocer los méritos del presente caso, sólo entonces habría de examinar los requisitos sustantivos de la denegación de beneficios, esto es, la determinación sobre si EMELEC tiene actividades comerciales importantes en el territorio de Estados Unidos.

IV. EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN DEL CIADI Y A LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.

72. De conformidad con lo establecido en la primera sesión que celebró el Tribunal con las Partes, el 5 de junio de 2006, la República del Ecuador formuló, el 2 de abril de 2007, excepciones a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del Tribunal de Arbitraje.³⁴

73. La República del Ecuador plantea las siguientes excepciones a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del Tribunal:

a) EMELEC, siendo una persona jurídica, no se encuentra acreditada ante el Centro ya que las personas que han actuado a su nombre, carecen de la debida personería;

b) En la hipótesis de que EMELEC estuviese debidamente representada en este procedimiento, como está conformada en última instancia sólo por capitales ecuatorianos, la diferencia que pretende someter a la resolución del Tribunal cae fuera del alcance del Convenio CIADI;

c) En la hipótesis de que el requisito de nacionalidad *rationae personae* se considerase cumplido, EMELEC no puede invocar en su favor el TBI, porque sus beneficios le fueron denegados, en aplicación del artículo 1.2 de dicho Tratado; y,

³⁴ Punto 15.2 del Acta Resumida de la Primera Sesión del Tribunal: "El abogado de la parte demandada observó que Ecuador niega los beneficios del Tratado Bilateral sobre Inversiones a la parte demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 1(2) del Tratado Bilateral sobre Inversiones y podrá formular objeciones a la jurisdicción sobre la base de tal denegación. El abogado de la demandante se opuso a la denegación hecha por la parte demandada. El Presidente del Tribunal indicó haber tomado nota de las declaraciones formuladas por las partes y observó que de acuerdo con las Reglas de Arbitraje del Centro, la parte demandada tiene el derecho de presentar cualquier objeción a la jurisdicción a más tardar antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación. Las partes acordaron que en el supuesto de que la Demandada formulara objeciones a la jurisdicción, el procedimiento sobre el fondo será suspendido; el Tribunal propondrá un calendario para las actuaciones de las partes en materia de jurisdicción, así como una fecha para la audiencia sobre jurisdicción, luego de la cual el Tribunal decidirá sobre las objeciones a la jurisdicción como un asunto preliminar."

d) En cualquier caso, Ecuador no ha prestado su consentimiento para que sus diferencias con el señor Lluco o con EMELEC puedan someterse a la jurisdicción del CIADI.”³⁵

74. El Tribunal considera que si determina que la primera de las cuatro excepciones a la jurisdicción del CIADI planteadas por la República del Ecuador tiene un sustento legal definitivo, las otras tres excepciones ya no habrán de ser materia de examen por parte del Tribunal, obedeciendo esta decisión a razones de economía procesal y a la conclusión lógica de que, al existir la evidencia de una incapacidad jurídica para representar válidamente a EMELEC, ello acarreará por necesidad un impedimento para dar continuidad a este juicio arbitral. Ello significa que, aún en el caso de que EMELEC llegase a establecer que es una empresa domiciliada en Estados Unidos de América; que aún si comprobase que es una empresa que mantiene en Estados Unidos de América una actividad económica sustantiva, como lo exige el Artículo I(2) del Tratado para la Protección y la Promoción Recíproca de Inversiones; que aún si EMELEC demostrase que existe una jurisdicción del CIADI basada en el Proyecto de Contrato de Concesión, aún así, el Tribunal quedaría privado de un fundamento jurisdiccional para conocer del caso, al no haber proporcionado el señor Miguel Lluco Tixe las evidencias requeridas que le acrediten como representante legal de EMELEC. Por estos motivos, el Tribunal habrá de considerar, en una primera instancia, los títulos jurídicos del señor Lluco para actuar ante este juicio con la representación de la empresa.

75. La primera excepción está, de hecho, compuesta de dos Partes. Un primer aspecto se relaciona con la cuestión de precisar si la Demandante ha logrado demostrar que el fideicomiso denominado Progreso Repatriation Trust (PRT II), del cual el señor Lluco es el único fiduciario, es el legítimo sustituto y sucesor, en términos legales, del fideicomiso previamente establecido por el señor y la señora Aspiazu, fideicomiso que fue denominado el Progreso Recapitalization Trust (PRT I) y que, por lo tanto, el PRT II es titular de los bienes de EMELEC y representa a la empresa. Pero aún si ello quedase debidamente demostrado, la Demandante adicionalmente deberá probar que los términos estipulados en el acta constitutiva del fideicomiso PRT II comprenden la capacidad legal para formular una acción arbitral ante el CIADI.

³⁵ Memorial de objeciones a la jurisdicción de la Demandada, párrafo 5.

76. Si la Demandante fuese incapaz de probar que, conforme a derecho, el fideicomiso PRT II es el sustituto legítimo del fideicomiso previo, esto es, del PRT I, dejando de esta suerte sin acreditar la capacidad legal del señor Lluco para representar a EMELEC, en ese caso ya no procedería el examen por el Tribunal del segundo aspecto de la primera objeción. No obstante, si la Demandante tuviese éxito en demostrar que el PRT II sustituye legalmente y, por ende, es el sucesor reconocido del fideicomiso anterior y que, en consecuencia, el señor Lluco es competente para representar a EMELEC, en ese caso la objeción formulada por Ecuador a la jurisdicción del CIADI aún podría prosperar si se pusiese en evidencia que los términos del PRT II no incluyen un poder general para incoar y proseguir un juicio arbitral ante el CIADI.

77. En la relación de evidencias sometidas al conocimiento del Tribunal se encuentra una carta del 9 de abril de 2007, suministrada al CIADI por el Secretario (Clerk) de EMELEC, Inc.,³⁶ el señor Quinlan, a petición del señor Dahl, abogado en este juicio de la Demandante. En esa carta, el señor Quinlan señala, entre otras cosas, que :

- a) EMELEC tiene un único accionista, que es North Eastern Power and Energy Corporation (NEPEC);
- b) las acciones de NEPEC habrían sido aportadas al PRT II por el señor y la señora Aspiazu;
- c) el señor Lluco es el fiduciario de PRT II;
- d) el señor Lluco, como único accionista de PRT II, había autorizado que se incoara esta acción arbitral ante el CIADI;
- e) de conformidad con la legislación del Estado de Maine, EMELEC tiene un solo accionista, que es NEPEC, y que las acciones de NEPEC son propiedad de PRT II;
- f) el Progreso Recapitalization Trust (PRT I) se liquidó el 15 de febrero de 2000; los términos y condiciones del Progreso Depositors Trust (PDT) no surten efectos legales porque el fideicomiso no fue constituido conforme a las instrucciones de los Otorgantes del Progreso Repatriation Trust (PRT II).

³⁶ Documento de la Demandante C-65.

78. Sin embargo, en el transcurso de la Audiencia que celebró el Tribunal con las Partes el 29 de febrero de 2008, el señor Quinlan reconoció que no estaba expresando una opinión sobre la validez del documento que consagra la constitución del fideicomiso PRT II.³⁷ Durante el interrogatorio que se produjo durante la Audiencia, se puso en evidencia que la regularización, ante las autoridades correspondientes de Maine, de la funcionalidad corporativa de EMELEC obedece a la iniciativa del señor Dahl, uno de los abogados de la Parte Demandante en el presente caso, y que los documentos confirmando la validez del fideicomiso y la autorización para incoar este juicio arbitral, fueron todos ellos suministrados por el señor Lluco, el señor Dahl y, en una etapa posterior, por el señor Maynard, quien es representante legal de NEPEC en las Bahamas.³⁸

79. De acuerdo con el testimonio del señor Quinlan en la Audiencia celebrada en Washington el 29 de febrero de 2008, en el verano del 2004 el señor Dahl, abogado en esta juicio arbitral de EMELEC, le solicitó que le ayudase a poner en orden la situación de la empresa, mediante la presentación en Maine de las declaraciones anuales de la corporación. En el transcurso de la Audiencia, el señor Quinlan, al ser interrogado por el abogado de la Demandada, manifestó que el secretario previo de la empresa, el señor Champoux, no quiso continuar con esa función porque el señor Champoux “sugirió que estaba ocupado en otros asuntos y que estaba un tanto cuanto frustrado por el hecho de que no estaba recibiendo la información o el pago, el pago me parece, para poder llevar a cabo su función como secretario”. Ante esa circunstancia, el señor Quinlan asumió las tareas de secretario, designado por el señor Lluco, fiduciario único del fideicomiso PRT II constituido en las Bahamas, bajo el supuesto de que el señor Lluco sería el dueño de las acciones de North Eastern Power Energy Company (NEPEC), compañía constituida en las Bahamas, la cual controlaría por vía accionaria a EMELEC. Por cierto, el señor Quinlan señaló en la Audiencia que sus declaraciones orales o escritas no reflejaban su opinión legal; reflejaban tan sólo lo que los registros corporativos contienen, sin pasar juicio de valor sobre el fundamento legal de esos documentos.³⁹

80. El Tribunal considera que las evidencias que podrían otorgar validez a la representación legal del señor Lluco como apoderado de EMELEC, difícilmente se pueden

³⁷ Transcripción al español de la audiencia sobre jurisdicción, página 54.

³⁸ Id. Páginas 57-69.

basar en el testimonio proporcionado por el señor Quinlan, a la luz de las salvedades que el propio señor Quinlan ha manifestado, consistentes con su función de Clerk de EMELEC. Esa calidad de apoderado tendrá que ser determinada por el Tribunal examinando en su conjunto la compleja historia de los distintos fideicomisos que han administrado el capital social de EMELEC. El Tribunal procederá en consecuencia a recapitular esa historia.

V. LA RELACIÓN DE HECHOS DESCRITA EN LAS EXCEPCIONES DE LA DEMANDA⁴⁰

81. EMELEC, empresa constituida en Maine, Estados Unidos en 1925, abrió ese mismo año una sucursal en el Ecuador, suscribiendo un contrato de concesión para la producción, transmisión y distribución de electricidad en Guayaquil. La duración del contrato fue fijada en 60 años; en 1985 feneció el plazo y terminó la concesión, aunque en los años siguientes EMELEC continuó prestando sus servicios de electricidad con base en permisos provisionales.

82. En enero de 1993, el señor Fernando Aspiazu Seminario, ciudadano ecuatoriano, notificó al Presidente del Ecuador que había adquirido el control accionario y la propiedad de EMELEC, indicando en su carta su interés de iniciar a la brevedad “las negociaciones que conduzcan a renovar la concesión de servicio eléctrico para la ciudad de Guayaquil”.⁴¹ El control accionario del señor Aspiazu sobre EMELEC se ejercía por medio de NEPEC, una corporación constituida y domiciliada en las Bahamas. El señor Aspiazu era también propietario de un banco ecuatoriano denominado Banco del Progreso S.A.

83. En su Memorial sustentando sus excepciones a la jurisdicción del CIADI, la Demandada indica que en 1999 “el Banco del Progreso fue intervenido y entró en etapa de saneamiento, pasando a control de la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD), una agencia del Estado que por disposición de ley debía devolver el 100% de los depósitos a los clientes de dicho banco.”⁴²

39 Id.

40 Memorial de objeciones a la jurisdicción de la Demandada, párrafos 7 y siguientes.

41 Documento de la Demandada R-009.

42 Memorial de objeciones a la jurisdicción de la Demandada, párrafo 15.

84. La Demandada señala que, debido a su vinculación con el Banco del Progreso, el señor Aspiazu fue detenido al dictarse una orden de prisión preventiva, y fue sometido a procesos penales y civiles emprendidos tanto por la AGD como por los depositantes del Banco. Recibió ocho sentencias condenatorias con reclusión penitenciaria por el delito de peculado, su detención ocurrió el 12 de julio de 1999, fue condenado el 25 de marzo de 2002 y terminó de cumplir su condena el 21 de diciembre de 2006.⁴³

85. Para cubrir el adeudo correspondiente a los depositantes del Banco del Progreso y a la AGD – la cifra de la deuda mencionada en el Memorial de Excepciones del Ecuador es de USD 892.997.554.09 – el señor Aspiazu creó un fideicomiso en las Bahamas, regido por la ley de las Bahamas, denominado Progreso Repatriation Trust (PRTI), al cual transfirió todos sus intereses en NEPEC y, consiguientemente, en EMELEC. Este es el primero de una serie de tres fideicomisos a los cuales se les asignaron, en distintas etapas y con características diferentes, los mismos bienes: las acciones de NEPEC, compañía constituida en las Bahamas, y las de EMELEC, empresa incorporada en Maine pero con control accionario de un ciudadano ecuatoriano, el señor Aspiazu. Para un mejor entendimiento del caso, el Tribunal procederá a examinar los rasgos distintivos de estos fideicomisos.

86. Antes de iniciar el análisis de los tres fideicomisos involucrados en éste juicio arbitral, es preciso aclarar que el Tribunal entiende que el concepto jurídico de fideicomiso, en la forma en que es utilizado por las dos Partes en este litigio, se identifica legalmente con el concepto de trust, tal como se define en el sistema del common law. Así, para los propósitos del presente caso, un fideicomiso es un contrato mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad sobre una determinada parte de sus bienes a un fiduciario, para que con esos bienes el fiduciario lleve a cabo un fin lícito, el cual deberá estar expresamente consignado en el contrato por la persona que constituye el fideicomiso. El fideicomisario será aquél que reciba el beneficio del fideicomiso.

43 Id., párrafo 16.

VI. EL PRIMER FIDEICOMISO: THE PROGRESO RECAPITALIZATION TRUST (PRT I)

87. El 1 de mayo de 1999, unos meses antes de ser aprehendido, el señor Aspiazu, junto con su esposa, constituyó el Progreso Recapitalization Trust (PRT I, Como fue designado por las Partes, denominación que el Tribunal adoptará) sujeto a la legislación de las Bahamas. A ese primer fideicomiso los cónyuges Aspiazu asignaron los siguientes bienes:

El capital social de los Otorgantes y otros intereses en la North Eastern Power and Energy Corporation, una corporación de las Bahamas (“North Eastern”), los cuales están representados por dos (2) acciones del capital accionario, con un valor de USD 1 cada una, la cual directamente controla todas las acciones de Electroecuador Inc., una corporación de las Bahamas (Electroecuador), y que en forma indirecta controla todo el capital accionario de Empresa Eléctrica del Ecuador, una corporación de Maine que presta servicios eléctricos en el Ecuador. (traducción del Tribunal)⁴⁴

88. El primer fiduciario del PRT I fue el señor Hernán Pérez Loose, designado por el señor Aspiazu al constituir el fideicomiso. Si bien es cierto que mediante la creación del fideicomiso se transfirió el capital accionario de NEPEC y el control de EMELEC a PRT I, mediante una estipulación precisa, los Otorgantes en el fideicomiso, los cónyuges Aspiazu, conservaron el derecho, conforme a los términos del Artículo I de la Escritura, de expedir instrucciones al fiduciario con respecto a las transacciones que estaba autorizado a emprender. Adicionalmente, los Otorgantes se reservaron la facultad de revocar el fideicomiso, de acuerdo con el Artículo IX, en cuyo caso los bienes que lo integran devolverían a favor de los Otorgantes.

89. Una primera consecuencia que se deriva de la constitución del PRT I es que los bienes que hasta entonces pertenecían a los cónyuges Aspiazu, fueron transferidos, de lo que originalmente era su propiedad, a favor de una entidad legalmente distinta, esto es, un fideicomiso creado y regido conforme al derecho de las Bahamas, pero sin privar a los cónyuges Aspiazu de su facultad de controlar la administración de los bienes o del derecho de revocar el fideicomiso y recuperar la plena propiedad de todo aquello que en principio habían asignado al fideicomiso. Conviene destacar que el Artículo I (c) (11) del PRT I incluye, como parte de las facultades generales del fiduciario, el derecho de “someter a

44 Documento de la Demandante C-12; Documento de la Demandada R-018.

arbitraje obligaciones o reclamaciones, incluyendo reclamaciones con relación a impuestos, en favor o en contra del fideicomiso.” (traducción del Tribunal)

VII. LA ESCRITURA DE TERMINACIÓN, RECIBO Y LIBERACIÓN

90. El fideicomiso PRT I fue liquidado legalmente mediante un documento firmado en Guayaquil. En la copia de la escritura entregada al Tribunal, aparece una leyenda indicando que es el Anexo 5; en todas las páginas del documento aparece el sello del Dr. Carlos Quiñones Velázquez, Notario Público Primero, Guayaquil, Ecuador. El documento está redactado en inglés bajo el nombre de Deed of Termination, Receipt and Release, y en el título de la primera página aparece una leyenda que indica “Commonwealth of the Bahamas. New Providence”. El documento se denomina, traducido al español, Escritura de Terminación, Recibo y Liberación (Escritura de Terminación), tiene fecha de febrero de 2000 y fue celebrado entre Peter Heberling como fiduciario por un lado, y Fernando Aspiazu y Anabelle Nebel de Aspiazu por el otro, como Otorgantes.⁴⁵

91. El día preciso de la celebración de la Escritura de Terminación se desconoce, ya que en ella no aparece consignado el día en que el documento se concluyó en el mes de febrero de 2000. Cabe observar que ni la Demandante ni la Demandada han puesto en tela de juicio la autenticidad o la validez de la Escritura. A pesar de esta laguna, existe evidencia extrínseca que conduce a suponer que la Escritura se celebró en alguna fecha previa al 17 de febrero de 2000 y, probablemente, con anterioridad al 15 de febrero de 2000. Esta hipótesis se funda en que el señor Pérez Loose, el fiduciario del fideicomiso PRT I, mediante un documento con fecha 15 de febrero de 2000, transfirió los bienes asignados originalmente al fideicomiso PRT I, a un nuevo fideicomiso, el Progreso Depositors Trust, en el cual el señor Peter Heberling fue designado fiduciario único, previa renuncia del señor Pérez Loose.⁴⁶

92. De acuerdo con el Artículo V del PRT I, la renuncia del señor Pérez Loose como fiduciario de PRT I sólo se haría efectiva mediante la designación previa de un sucesor que

45 Documento de la Demandada R-019.

46 Documento de la Demandada R-023.

aceptase fungir como fiduciario. Esa calidad de fiduciario sucesor recayó en el señor Peter Heberling. En el Preámbulo de la Escritura de Terminación, en el párrafo (B) se deja constancia de que en una Escritura de Renuncia y Designación, el fiduciario original había renunciado y había designado a un sucesor para cumplir esas funciones. Textualmente, ese párrafo dice en inglés lo siguiente: “(B) By a Deed of Resignation and Appointment the Original Trustee resigned as Trustee of the Trust and appointed the Trustee to be the Successor Trustee thereof.” El Tribunal no tuvo a su disposición este documento que en español se denominaría Escritura de Renuncia y Designación, pero es legítimo suponer que el señor Pérez Loose no podría haber transferido los bienes asignados al fideicomiso el 17 de febrero de 2000, haciendo referencia al nuevo fideicomiso Progreso Depositors Trust (PDT), a menos que la Escritura de Renuncia y Designación, primero, y, posteriormente, la Escritura de Terminación ya hubiesen sido concluidas y el señor Pérez Loose hubiese tenido conocimiento de ellas. Cabe destacar que el instrumento mediante el cual se constituyó el PDT tiene fecha del 15 de febrero de 2000.

93. La Escritura de Terminación no tiene como propósito constituir el nuevo fideicomiso denominado Progreso Depositors Trust (PDT). Su objetivo es anunciar la intención de dar por terminado el fideicomiso PRT I y, de hecho, liquidarlo mediante ese instrumento.

94. En la parte sustantiva de la Escritura de Terminación, destacan los siguientes elementos:

- a) el señor Pérez Loose (el fiduciario original) declara que le resulta imposible poner en práctica o completar las transacciones previstas en PRT I;
- b) tomando en consideración los acontecimientos ocurridos (no se determina cuáles son esos acontecimientos), el fiduciario Pérez Loose declara que el PRT I ha sido liquidado;
- c) los Otorgantes, esto es, los cónyuges Aspiazu, dejan constancia de que han sido informados por el fiduciario de su intención de dar por terminado el PRT I y confirman que le han dado instrucciones al fiduciario para conferir los bienes y deudas de PRT I al nuevo fiduciario (el fiduciario sucesor), tal como quedan

descritos en el propio instrumento notariado, para que el nuevo fiduciario, el señor Heberling establezca un nuevo fideicomiso, con los mismos bienes fideicomitados;

- d) el nuevo fiduciario acusa recibo de los bienes descritos en el instrumento notariado;
- e) el nuevo fiduciario libera a su antecesor de toda responsabilidad con relación a PRT I; lo mismo hacen los Otorgantes.
- f) El patrimonio del fideicomiso, con sus bienes y deudas, está descrito en la Escritura de Terminación e incluye diez acciones de NEPEC que representan el 100% de las acciones existentes.

95. La Escritura de Terminación se encuentra suscrita, de puño y letra, por el señor Peter Heberling, por el señor Fernando Aspiazu y por la señora Anabelle Hebel de Aspiazu. Incluye la firma de un testigo pero la misma es ilegible. En todas las hojas de la Escritura queda plasmado el sello del Dr. Carlos Quiñones Velásquez, Notario Público Primero, Guayaquil, Ecuador.

96. Resulta de todo ello evidente que, como consecuencia de la Escritura de Terminación, el señor Heberling ya era el fiduciario sucesor en el PRT I desde febrero del 2000 y ello se pone en claro de la lectura de un documento adicional, sin fecha, pero que contiene sellos notariales y que se encuentra suscrito por el señor y la señora Aspiazu, con firma de su puño y letra. Este documento es una carta. La Carta (así se referirá al Tribunal a este documento), dirigida al señor Heberling, contiene los siguientes términos:

Por la presente, tomamos nota de que tiene usted el propósito de liquidar The Progress Recapitalization Trust. Como los Otorgantes en ese fideicomiso, por este medio le instruimos que transfiera todos los bienes del fideicomiso que se encuentren asignados al fideicomiso a un nuevo fideicomiso a ser establecido por usted con usted como nuevo fiduciario, con el objetivo de administrar ese fideicomiso y también efectuar ciertas transacciones de venta para el beneficio de los depositantes del Banco del Progreso Ltd., una compañía de las Islas Caimán y, en segundo lugar, de los depositantes del Banco del Progreso, S.A., una compañía ecuatoriana y, por último, nosotros mismos, en defecto de todos los depositantes mencionados.

Para eliminar toda duda, es nuestra intención que usted habrá de transferir los bienes del fideicomiso en forma directa a usted, como fiduciario del nuevo fideicomiso y, en el caso de cualquier incertidumbre, usted habrá de guiarse por las disposiciones de ese nuevo fideicomiso. Usted habrá de hacer los arreglos para la elaboración de cualquier documento formal que usted quisiese que nosotros firmásemos para formalizar nuestras instrucciones expresadas en este documento.⁴⁷

Es con base a las instrucciones estipulados en la Carta que el señor Heberling procedio a liquidar el PRTI y a constituir un nuevo fideicomiso al cual se transfirieron todos los bienes previamente asignados al PRT I.

VIII. EL SEGUNDO FIDEICOMISO: THE PROGRESO DEPOSITORS TRUST (PDT).

97. En la Escritura denominada The Progreso Depositors Trust (PDT A)⁴⁸, fechada del 15 de febrero de 2000, el señor Peter Heberling constituyó el nuevo fideicomiso PDT, designándose a sí mismo como fiduciario, tal como había quedado previsto en la Escritura de Terminación y en la Carta que contiene las instrucciones de los señores Aspiazu.

98. Como ocurre con el extinguido fideicomiso PRT I, el derecho de las Bahamas es el derecho aplicable al PDT A y se otorga jurisdicción exclusiva a los tribunales de las Bahamas para la “interpretación de toda acción o reclamo que surja a partir de ahora”. En el capítulo de Definiciones incluido en el documento, se designa a los beneficiarios del fideicomiso, que son:

“Beneficiarios Primarios” significa los depositantes del Banco del Progreso, S.A., una institución financiera organizada bajos leyes del Ecuador; y los depositantes del Banco del Progreso Ltd., una institución financiera organizada bajo las leyes de las Islas Caimán... quienes ... tenían depósitos que representaban obligaciones del Banco del Progreso, S.A., o del Banco del Progreso Ltd., según sea el caso, que no excedían de USD 4.000 en total.

“Beneficiarios Secundarios” significa los depositantes del Banco del Progreso, S.A. y los depositantes del Banco del Progreso Ltd., ... quienes... tenían

47 Documento de la Demandada R-020.

48 Documento de la Demandada R-023; Documento de la Demandante C-15. El Tribunal ha identificado este PDT como A, debido a que existen en el expediente dos versiones de PDT. La otra versión de PDT, documento de la Demandante C-16, será identificado en adelante como PDT B.

depósitos que representaban obligaciones del Banco del Progreso, S.A. o del Banco del Progreso Ltd., según el caso, que excedían de USD 4.000 en total.” (traducción del Tribunal)

99. Es de hacerse notar que en el PDT A ninguno de los dos señores Aspiazu es designado beneficiario, así fuese en forma residual o terciaria. También debe advertirse que el PDT A es irrevocable durante un lapso de seis años, en contraste con el PRT I, que era revocable. Conforme al PDT A, el fiduciario puede ser removido por un Consejo de Protectores (*Board of Protectors*), el cual está integrado por los señores William A. Van Diepen y Glenn M. Goldhagen. El PDT A está suscrito por el señor Heberling y aparece la firma de un testigo, que es el señor van Diepen. El PDT tuvo una vigencia de seis años, concluyendo el 14 de febrero de 2006, después de haberse iniciado el presente arbitraje.

100. El fiduciario, conforme al documento constitutivo de PDT A, queda obligado a negociar “la venta en todo o en parte del capital accionario y los bienes de North Eastern, EMELEC y Electroecuador, de forma tal que esas negociaciones, a juicio del fiduciario, sirvan de la mejor manera para atender principalmente los intereses de los Beneficiarios Primarios y, subsidiariamente, los de los Beneficiarios Secundarios”

101. Existe una segunda versión del PDT, el PDT B, también fechada el 15 de febrero de 2000, la cual no cuenta con una página como portada y que incluye en todas sus páginas, salvo una, un sello que indica “Copia Conelec”. El documento está firmado por el señor Heberling y aparece una firma ilegible. Esa firma ilegible parecería ser idéntica a la firma del testigo que suscribe la Escritura notariada de Terminación, Recepción y Liberación que liquidó el PRT I.

102. La segunda versión del PDT, que se denominará PDT B, difiere en ciertos aspectos del PDT A, como se examinará a continuación. En las dos versiones del fideicomiso el señor Heberling aparece constituyéndolos, en principio cumpliendo las instrucciones de la Escritura de Terminación y la Carta de los señores Aspiazu. Los dos PDT son fideicomisos irrevocables durante un periodo de seis años. Las dos versiones son idénticas en sus primeros dos artículos y en el primer párrafo del Artículo III. Pero en el PDT B se agregan, con algunas excepciones, las facultades generales que habían sido concedidas al fiduciario en el PRT I. Una excepción es que el PDT B no contiene el Artículo I (c)

subsecciones (4), (12) y (16). Otra excepción es que el PDT A establece que la compensación al fiduciario será acordada entre el fiduciario y el Consejo de Protectores (*Board of Protectors*), en tanto que el PDT B fija un pago inicial y una asignación mensual. Adicionalmente, en el PDT A existe un Consejo de Protectores, cosa que no sucede en el PDT B. En el PDT A, de existir un remanente tras el pago a los depositantes, éste se destinará a “organizaciones caritativas”; en cambio el PDT B lo asigna a los señores Aspiazu.

103. El Tribunal advierte que, conforme a los términos del PDT A y del PDT B, en ambos casos la legislación de las Bahamas resulta aplicable y son los tribunales de ese país los que podrían asumir jurisdicción en caso de controversia. Llama la atención que la Demandante no haya acudido a esos tribunales para dirimir la cuestión de la validez del PDT A y del PDT B, a pesar de las objeciones sistemáticas que ha efectuado en torno a ese asunto. Como habrá de examinarse con mayor detalle posteriormente, las acciones societarias de NEPEC, que controlan a EMELEC, se mantienen bajo el poder del PDT, cuyo fiduciario no ha reconocido las reclamaciones de PRT II sobre esas acciones y, con toda certeza, no ha autorizado este procedimiento arbitral en contra de la República de Ecuador. Sin esas acciones, el señor Lluco no ejerce control sobre EMELEC. Puesto que en los documentos constitutivos de los varios fideicomisos existen estipulaciones expresas sobre el derecho aplicable, que es la legislación de las Bahamas, y el foro competente, que son los tribunales de las Bahamas, en todo caso habría de corresponder a ese ámbito jurisdiccional determinar los derechos de las Partes en litigio y, si acaso prosperase el recurso judicial en las Bahamas, establecer las facultades asignadas en el PRT II para ejercer control sobre EMELEC y, de ser favorable el fallo, recuperar los certificados accionarios correspondientes.

104. El Tribunal ha calificado las versiones alternativas de PDT A y PDT B como documentos con “diferencias” o “discrepancias”. No las ha calificado como contradictorias, ya que no existe un conflicto entre las estipulaciones de estos dos textos. No existe en ningún caso una cancelación recíproca de contenidos sustantivos. Adicionalmente, los datos a la disposición del Tribunal indican que no se han presentado reclamos ni se han formulado cuestionamientos ante las autoridades competentes sobre la validez o la operación del PDT desde su creación en 2000 hasta 2003. Es importante

destacar que, conforme a la evidencia proporcionada en la carta del abogado Loumiet – documento que se examinará más adelante -, el señor Aspiazu actuó de una manera tal que su propia conducta lleva a confirmar la validez del PDT.

105. No es indispensable que el Tribunal escoja entre las dos versiones del PDT ya que, como se señaló previamente, las diferencias entre los dos textos no son de un relieve tal que afecten los temas centrales que surgen en la fase jurisdiccional de este caso.

106. Al margen de las diferencias entre el PDT A y el PDT B, la situación jurídica que existía el 15 de febrero de 2000 era que los Otorgantes en el primer fideicomiso, el PRT I, los señores Aspiazu, habían ejercido, mediante estipulaciones precisas incluidas en la escritura con sellos notariales del PDT A, el poder revocatorio consagrado expresamente en el PRT I y habían autorizado al señor Heberling, en su calidad de fiduciario sucesor del PRT I y como fiduciario del nuevo fideicomiso, a constituir ese nuevo fideicomiso. Los bienes del PRT I, esto es, el certificado accionario número 8, representando las diez acciones de NEPEC, el propietario único de EMELEC, habían sido transferidos al nuevo fideicomiso denominado PDT, de suerte tal que el PDT era un fideicomiso en operación. En términos legales, son esas las cuestiones sustantivas que obligan a otorgarle al PDT A un fundamento jurídico suficiente, con las necesarias consecuencias y efectos que el Tribunal habrá de atribuirle.

107. Aunque existe cierta controversia sobre la cuestión, aún en el caso extremo de que el señor Aspiazu se encontrase en ese entonces (15 de febrero de 2000) detenido y sujeto a una orden de prisión preventiva, todo haría suponer que la revocación del PRT I y la autorización para constituir el PDT, de acuerdo con el derecho ecuatoriano, habrían de ser actos jurídicos válidos como consecuencia de la capacidad legal de la señora Aspiazu para disponer de las propiedades matrimoniales, una hipótesis jurídica que, como se analizará a continuación, fue asumida tanto por el señor Aspiazu como por la señora Aspiazu en 2003. Debe aclararse que el señor Aspiazu fue condenado por el delito de peculado el 25 de marzo de 2002, más de un mes después de la constitución del PDT, por lo que no se encontraba privado de su capacidad para disponer de su patrimonio, conforme a las leyes del Ecuador.

108. Para un mejor entendimiento de los hechos que componen este caso, conviene describir algunos datos que afectan al PDT, aunque el Tribunal considera que esas actividades no son relevantes para efectos de determinar la jurisdicción del propio Tribunal en esta etapa del arbitraje. El 23 de abril de 2003, el Consejo o Junta de Protectores removió al señor Heberling como fiduciario de PDT y ese mismo día designó al señor Richard D. Burns como fiduciario. Este a su vez renunció el 9 de julio de 2003 y su sucesor fue el señor Glenn Goldhagen. El 14 de julio de 2003 el señor Goldhagen, en su calidad de fiduciario del PDT, removió a todos los directores de NEPEC y se nombró director único de NEPEC. En esa misma fecha el señor Goldhagen, como accionista único de EMELEC, removió a todos los directores de esa empresa y se nombró como director único.

109. El Tribunal ha examinado un documento que contiene una manifestación del señor Aspiazu, cuya importancia radica en la expresión de un consentimiento y aceptación de hechos que en una etapa posterior al señor Aspiazu habría de controvertir. Aunque la Declaración de Voluntad del señor Fernando Aspiazu, emitida ante notario el 1 de agosto de 2002 pueda ser objeto de un cuestionamiento legal en cuanto a sus efectos patrimoniales, por encontrarse el señor Aspiazu sometido a una sentencia condenatoria por el delito de peculado y, por ende, con una sustantiva limitación en su capacidad jurídica, tampoco es de ignorarse la existencia de esa Declaración como expresión de un acto de voluntad, en donde el señor Aspiazu indica que:

[...]constituyó un fideicomiso internacional al que transfirió la totalidad de sus bienes representados por títulos y acciones de empresas extranjeras con la única finalidad de que estos bienes sirvan para garantizar y pagar cualquier deficiencia que pudiese darse en el cumplimiento de las obligaciones del Banco del Progreso Sociedad Anónima y Banco del Progreso Ltd., para con sus clientes, depositantes, inversionistas y el Estado Ecuatoriano por las obligaciones en cuyo pago se hubiere subrogado o se le adeude [...] ⁴⁹

Dada la condición del señor Aspiazu en ese tiempo, la legislación del Ecuador le privaba de la capacidad de disponer a su arbitrio de los bienes del fideicomiso, pero esa legislación no le impedía manifestar un punto de vista o expresar una opinión reafirmando hechos ya sucedidos y que se encontraban vigentes.

49 Documento de la Demandada R-021.

110. Esa primera Declaración de Voluntad del 1 de agosto de 2002 se efectuó ante un Notario radicado en Quito. La segunda Declaración de Voluntad, hecha ante un Notario en Guayaquil, es del 25 de octubre de 2002⁵⁰, y en ella el señor Aspiazu señala que es su voluntad instruir que el señor Heberling, “Fiduciario del Fideicomiso Progreso Depositors Trust (PDT) cumpla con la finalidad del fideicomiso”. También indica el señor Aspiazu que “en mi calidad de constituyente del fideicomiso aquí referido, dispongo de manera expresa que el fideicomisario Peter Heberling ceda, transfiera y se subroge a un fideicomiso nacional constituido en el Ecuador, los derechos y obligaciones del Progreso Depositors Trust (PDT)”. Aunque el Tribunal no tiene a su disposición evidencia alguna en torno a la constitución de un fideicomiso en el Ecuador, tal como se menciona en la Declaración, lo que resulta relevante es el reconocimiento del señor Aspiazu, en las dos Declaraciones de Voluntad, ambas notariadas, de la existencia del PDT y la aceptación de que fue creado por él mismo.

IX. EL TERCER FIDEICOMISO: THE PROGRESO REPATRIATION TRUST (PRT II).

111. El 30 de mayo de 2003 el señor y la señora Aspiazu constituyeron un nuevo fideicomiso, el Progreso Repatriation Trust (PRT II), mediante una Escritura de Declaración e Instrucción, mismo documento que no se encuentra notariado; tres firmas suscriben el documento como testigos.⁵¹

112. Puesto que el documento que contiene la Escritura Constitutiva del PRT II guarda una particular importancia con relación a la determinación de la capacidad legal de la Demandante en este juicio arbitral, así como con relación a los alcances de la primera excepción en materia de jurisdicción formulada por la Demandada, el Tribunal habrá de examinar su contenido con minuciosidad.

113. El primer objeto de examen debe ser el Preámbulo del PRT II. El capítulo preambular del nuevo fideicomiso está compuesto por cinco párrafos. El primero de ellos indica que con fecha 15 de febrero de 2000, “uno de los Otorgantes que suscribe liquidó el Progreso Recapitalization Trust” (PRT I). Llama la atención que se especifique que sólo “uno de los

⁵⁰ Documento de la Demandada R-022.

⁵¹ Documento de la Demandante C-22.

Otorgantes liquidó el PRT I”, siendo que tanto el señor Aspiazu como la señora Aspiazu firmaron la Escritura de Terminación y la Carta en febrero de 2000. Como se recordará, la Escritura da por concluido el PRT I y la Carta instruye al señor Heberling a que proceda a constituir el PDT.

114. Los términos de ese primer párrafo preambular del PRT II parecen aceptar que el señor Aspiazu pudo haber estado sujeto a interdicción, dada su situación judicial, lo cual supone, conforme a la legislación ecuatoriana, una incapacidad civil para realizar actos de disposición patrimonial. De ahí que la especificación contenida en el primer párrafo preambular haga pensar que, si ese fuese el caso, la señora Aspiazu estaba facultada y tenía la capacidad legal para disponer de la propiedad conyugal. Este supuesto jurídico es básico para determinar la validez de la liquidación del PRT I y para precisar los fundamentos legales para la constitución del PRT II. Ese supuesto también tiene consecuencias ineludibles en torno a la validez del PDT A y/o el PDT B, como se apreciará a continuación.

115. En función del supuesto legal anunciado en el primer párrafo preambular del PRT II, el contenido del tercer párrafo preambular del PRT II es incorrecto cuando señala que:

el pretendido fideicomiso denominado el Progreso Depositors Trust no fue creado con base en las instrucciones de los Otorgantes y sus términos y condiciones no surten efectos ni tienen sustento.

Como se recordará (ver párrafos 87 a 93), la Escritura de Terminación y la Carta no sólo dieron por liquidado el PRT I, sino que también autorizaron la constitución del PDT. Ello significa, de manera obvia y evidente, que el PDT fue establecido “con base en las instrucciones de los Otorgantes”. Debe destacarse otro asunto fundamental. Si los cónyuges Aspiazu reconocen, en la Escritura de Terminación, la validez de la liquidación del PRT I (así fuese tan sólo mediante los actos de la señora Aspiazu, conforme al supuesto legal que se ha planteado en el párrafo 107), resulta de una dificultad insuperable aceptar que los señores Aspiazu puedan declarar que “los términos y condiciones del PDT no surten efectos ni tienen sustento” siendo que, en la propia Escritura de Terminación, aprobaron la constitución del PDT.

116. Los contenidos del primer párrafo preambular y del tercer párrafo preambular del PRT II tienen una inconsistencia lógica con el segundo párrafo preambular. Este segundo párrafo señala que, de conformidad con las disposiciones del disuelto PRT I, en donde se regula la eventualidad del incumplimiento de los objetivos del PRT I, los bienes que aún quedaban asignados al fiduciario Peter Heberling al momento de la disolución del fideicomiso, se habrían depositado en un fideicomiso pasivo a favor de los Otorgantes, esto es, los señores Aspiazu. El problema es que no existen cláusulas en el PRT I que regulen el destino de los bienes en caso de incumplimiento de los objetivos del fideicomiso. Una posible interpretación de lo que pretende indicar este segundo párrafo preambular es que el señor Heberling estaría autorizado a liquidar el PRT I, aunque no quedaría facultado para constituir el PDT. Sin embargo, como ya se ha anotado previamente en este mismo Laudo, la Carta le instruye al señor Heberling a constituir “un nuevo fideicomiso” y, lo que es más, designa como beneficiarios en el nuevo fideicomiso a “los depositantes del Banco del Progreso Ltd.” en primer lugar; en segundo lugar a los depositantes del Banco del Progreso S.A. y, en último lugar, a los propios señores Aspiazu “en defecto de todos los depositantes mencionados”.

117. El cuarto párrafo preambular del PRT II anuncia que los Otorgantes tienen el propósito de crear un nuevo fideicomiso, que habrá de denominarse el Progreso Repatriation Trust, esto es, el PRT II, cuyo único objetivo habrá de ser “administrar y efectuar ciertas ventas de ciertos bienes para beneficiar a los Depositantes del Banco del Progreso Ltd., y a los Depositantes del Banco del Progreso S.A. y Fernando Aspiazu y Anabelle Nebel de Aspiazu en defecto de todos los Depositantes mencionados”. Esta parte entrecomillada que aparece en el Preámbulo del documento, y que define el único objetivo del nuevo fideicomiso, aparece también entrecomillado, por alguna razón que no se especifica, en el texto de su parte sustantiva del documento constitutivo del PRT II.

118. El quinto y último párrafo preambular del PRT II establece que los Otorgantes designan como fiduciario al señor Miguel Ángel Lluco Tixe e instruyen a los señores Peter Heberling, William Van Diepen, Glenn Goldhagen, “quienes tienen asignado el patrimonio del fideicomiso”, para que transfieran dicho patrimonio al señor Lluco. De los términos del Preámbulo del PRT II, queda claro que se reconoce que ha existido otro fideicomiso que tiene asignado un patrimonio, y que se identifica por nombre a un conjunto de individuos

que han sido fiduciarios de PRT I y del PDT o integrantes del Consejo de Protectores del PDT. En forma semejante al PRT I, el PRT II es revocable de conformidad con lo establecido en el Artículo 4 (1), en cuyo caso los bienes del fiduciario habrían de transferirse a los señores Aspiazu. En contraste, el PDT es un fideicomiso irrevocable al menos durante un lapso de seis años. Ya se anotó el hecho de que el texto del PRT II no se encuentra debidamente notariado; cuenta tan sólo con la firma de tres testigos y está suscrito por los cónyuges Aspiazu como Otorgantes y por el señor Lluco como fiduciario.

119. La evidencia de la que dispone el Tribunal indica que quienes aparecen como Otorgantes en el PRT II, los señores Aspiazu, no tenían en su poder los certificados accionarios de NEPEC que acreditaban el título correspondiente a EMELEC, entre otros bienes asignados al fideicomiso. Esos certificados accionarios se habían conferido a los fiduciarios del PDT. Ello queda reconocido en forma implícita en el texto mismo del Preámbulo del PRT II. En efecto, como ya se señaló, el quinto párrafo preambular pretende impartir instrucciones a los fiduciarios del PDT para que transfiera los certificados accionarios al señor Lluco. Pero todo hace suponer que ello no sucedió y no existen pruebas que demuestren que ello haya sucedido.

120. La Escritura de Declaración e Instrucción, como se denominó al documento que tiene como objetivo crear el PRT II, tiene fecha del 30 de mayo de 2003. Cabe suponer que, como consecuencia de un hecho obvio, esto es, no contar con los certificados accionarios ya mencionados, siete días después, el 6 de junio de 2003, la abogada Stephanie Wells, como representante legal de los señores Aspiazu, escribió una carta dirigida a los señores Goldhagen y Burns comunicándoles los términos siguientes⁵²:

- a) los cónyuges Aspiazu ya no desean que ustedes continúen actuando en su calidad de fiduciarios;
- b) existe información indicando que ustedes, actuando conjuntamente con el señor Heberling y otras personas, han utilizado ilegalmente fondos asignados a ustedes en fideicomiso por los señores Aspiazu; sustrayendo recursos considerables mediante

52 Documento de la Demandada R-040.

transferencias bancarias no autorizadas, mediante abusivas compensaciones, incumpliendo además los objetivos que perseguía el Fideicomiso;

- c) adjunto encontrará usted una Escritura de fideicomiso debidamente otorgada entre los señores Aspiazu y el nuevo fiduciario, el señor Lluco;
- d) urge que transfieran el patrimonio del fideicomiso al nuevo fiduciario; de no proceder a transferir este patrimonio, se iniciará una acción legal.

121. El 26 de junio de 2003 el abogado Carlos Loumiet, quien se identificó como integrante de un bufete de abogados que representa a The Progreso Depositors Trust (PDT) y su fiduciario, el señor Richard Burns, contestó la carta de la abogado Wells en los siguientes términos:⁵³

- a) el PDT es un fideicomiso irrevocable, constituido a través de una Escritura de fideicomiso fechada el 15 de febrero de 2000, por el señor Heberling, en ese entonces fiduciario del PRT I;
- b) en esa misma fecha, los señores Aspiazu suscribieron la Escritura de Terminación, liquidando el PRT I y depositando los bienes del PRT I en el nuevo PDT. Los términos del PDT no permiten a los señores Aspiazu liquidar ese fideicomiso o cambiar de opinión sobre el patrimonio del fideicomiso;
- c) todo ello se efectuó con la participación de al menos dos importantes bufetes de abogados estadounidenses y un prominente despacho de las Bahamas;
- d) el señor Aspiazu firmó documentos notariados – el 1° de agosto de 2002 y el 25 de octubre de 2002 – cancelando el PDT y autorizando la posible transferencia de sus bienes a la Agencia de Garantía de Depósitos en el Ecuador, o a un fideicomiso en el Ecuador para cumplir el objetivo asignado al fiduciario bajo el PDT;

53 Documento de la Demandada R-041.

- e) transcurridos tres años desde que el PDT fue creado, y sin tomar en cuenta los antecedentes mencionados, los señores Aspiazu pretenden cuestionar la validez del PDT y pretenden constituir un nuevo fideicomiso con los bienes ya asignados al PDT;
- f) en un serio contraste con el PDT, el nuevo fideicomiso sería revocable, con lo cual, si este proyecto tuviese éxito, los señores Aspiazu podrían, a su conveniencia, liquidar el nuevo fideicomiso y reasignarse los bienes del fideicomiso a ellos mismos en cualquier oportunidad y a su entero arbitrio;
- g) como lo reconoce usted en sus cartas, los bienes del fideicomiso ya se encuentran conferidos al fiduciario del PDT, quien tiene el propósito de cumplir con la responsabilidad que le ha sido confiada bajo el PDT.

122. La abogada Wells dio respuesta a esta carta el 1 de julio de 2003, en donde señala lo siguiente:⁵⁴

- a) después de la terminación del PRT I, el señor Heberling nunca recibió instrucciones de asignar los bienes del fideicomiso en el PDT;
- b) hemos sido informados que el señor Heberling ha cometido abusos importantes con respecto al patrimonio del fideicomiso, incluyendo la transferencia de cantidades sustantivas de dinero a la cuenta de su esposa;
- c) durante los últimos tres años desde la terminación del PRT I, los bienes del fideicomiso conferidos al fiduciario Heberling no han sido distribuidos de conformidad con las instrucciones de los señores Aspiazu, en el sentido de pagar a los acreedores del Banco del Progreso Ltd. y del Banco del Progreso S.A.;

⁵⁴ Documento de la Demandada R-042.

- d) estamos a la espera de instrucciones para iniciar acción legal en contra de quienes hayan hecho mal uso del patrimonio del fideicomiso con el fin de recuperar esos bienes y asegurar su transferencia al PRT II y al fiduciario, el señor Lluco.

123. La correspondencia a la disposición del Tribunal concluye con una carta que el abogado Loumiet le dirige a la abogada Wells, fechada el 10 de julio de 2003, en los siguientes términos:⁵⁵

- a) la abogada Wells no proporciona una respuesta adecuada en torno a lo planteado en los dos documentos notariales, firmados por el señor Aspiazu en 2002, en donde éste reconoce la validez del PDT y autoriza la transferencia de los bienes asignados a ese fideicomiso a la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD) ecuatoriana y a un fideicomiso ecuatoriano que se establecería para llevar a cabo las funciones del PDT;
- b) se ha omitido, por parte de la abogada Wells, una referencia a la situación en ese entonces del señor Aspiazu, condenado a prisión por el delito de peculado. Al estar en esa condición jurídica, el señor Aspiazu está incapacitado legalmente para disponer de cualquier tipo de propiedad, sea a través de la creación de un fideicomiso o por cualquier otro medio. Todo acto de disposición patrimonial que se pretende efectuar de esos bienes es nulo absolutamente, de acuerdo con el derecho vigente;
- c) un fideicomiso no puede ser invalidado simplemente con un anuncio hecho por el aportante de los bienes. La legislación de las Bahamas estipula un procedimiento jurídico para invalidar un fideicomiso, mismo que en todo caso debió seguirse para invalidar el PDT;
- d) durante los tres años previos, los responsables del PDT han tratado con toda diligencia de vender los bienes del fideicomiso para retribuir a los depositantes del Banco del Progreso. Por circunstancias adversas, esas ventas no se han materializado. Pero la Agencia de Garantía de Depósitos ha cubierto el pago del

90% de los adeudos del Banco del Progreso a los depositantes. El PDT está en negociaciones para vender su patrimonio a la AGD o a un fideicomiso ecuatoriano, con el fin de saldar adeudos a depositantes y rembolsar a AGD por los pagos a depositantes que ya ha efectuado;

- e) el fideicomiso que en forma inválida se ha creado es un fideicomiso revocable. De no ser porque el fideicomiso está afectado de nulidad y de no ser porque el patrimonio afectado se encuentra asignado bajo la titularidad del PDT, al señor Aspiazu le resultaría muy sencillo liquidar el nuevo fideicomiso y recuperar para sí el patrimonio fideicomitado;
- f) el PDT es un fideicomiso irrevocable que no puede ser disuelto al arbitrio del señor Aspiazu;
- g) con relación a una posible acción legal, en virtud de que el señor Aspiazu es un delincuente condenado a prisión, conforme el derecho ecuatoriano no tiene derecho a ejercer ese tipo de acciones, y no lo tendrá hasta que haya transcurrido la totalidad de los nueve años que corresponden a su sentencia, al margen de que sea liberado antes de que se cumplan esos nueve años;
- h) se tiene conocimiento que el señor Lluco, con el auxilio de la abogada Wells, sustrajo los documentos corporativos relacionados con NEPEC, utilizando para ello una carta que de manera intencional generaba equívocos. Esos documentos se encontraban depositados en Higgs and Johnson. Esa sustracción no afecta el título legal sobre NEPEC, ya que se pueden duplicar los documentos corporativos y su posesión no es sinónimo de propiedad. Esos documentos corporativos deben ser regresados de inmediato a Higgs and Johnson; caso contrario se presentará una demanda por sustraer ilegalmente bienes que pertenecen al PDT.

124. A pesar de que la abogada Wells amenazó con emprender una acción judicial para recuperar los certificados accionarios que se encontraban resguardados por PDT, no existe evidencia presentada ante el Tribunal de que esa demanda se haya incoado.

125. Aún bajo el supuesto de que se pudiese argumentar que (i) las disposiciones contenidas en el PRT II incluyen el otorgamiento de la facultad de iniciar y proseguir este arbitraje; (ii) EMELEC es una empresa de nacionalidad estadounidense; y (iii) EMELEC tiene una actividad económica sustantiva en Estados Unidos, el Tribunal determina que los abogados del señor Lluco en este juicio arbitral, el aparente fiduciario del PRT II, no han satisfecho de manera suficiente la carga que les corresponde de probar que se ha conferido a PRT II el título, el control y el derecho de representación de la empresa EMELEC. Los abogados del señor Lluco no han demostrado que los términos y condiciones estipuladas en el PDT “no surten efectos ni tienen sustento”, para reproducir textualmente lo que señala en su Preámbulo el PRT II. Si se reconoce que los señores Aspiazu tenían la competencia legal para dar por terminado el PRT I entonces, si se recurre a un principio de lógica elemental, con base en esa misma competencia legal consagrada en la Escritura de Terminación existirá una capacidad jurídica para que los cónyuges Aspiazu, o la señora Aspiazu, puedan autorizar la constitución del PDT, un fideicomiso que, de acuerdo con sus propias estipulaciones, es irrevocable.

126. El Tribunal ha determinado que, conforme a la evidencia que las Partes han sometido a su consideración, los cónyuges Aspiazu, o la señora Aspiazu, eran titulares de una capacidad jurídica incuestionable para autorizar la constitución del fideicomiso denominado The Progreso Depositors Trust (PDT). De conformidad con las estipulaciones de su propia Escritura, el fideicomiso tiene el carácter de irrevocable.

127. Sin embargo, la representación legal del señor Lluco argumenta que el señor Lluco comparece con títulos válidos para emprender una acción legal en defensa de los intereses de EMELEC. Esos títulos descansarían en el hecho de que el señor Lluco aparece como fiduciario del llamado The Progreso Repatriation Trust (PRT II), el cual sería, según el alegato de la Demandante, el único propietario de la totalidad de las acciones de North Eastern Power Energy Co. (NEPEC), una compañía de las Bahamas, lo cual es a su vez la dueña de la totalidad de las acciones de EMELEC.

128. El instrumento constitutivo del PRT II habría de ser el fundamento jurídico que le atribuye al señor Lluco, en su calidad de único accionista de NEPEC y, por consecuencia, de EMELEC, la personería para emprender acciones legales un favor de la empresa. No

obstante, el Tribunal ha dejado claramente establecida la existencia y la validez de un fideicomiso previo, el Progreso Depositors Trust (PDT), cuya naturaleza irrevocable no puede ser eliminada mediante el intento de constituir otro fideicomiso posterior, cuya calidad jurídica ha quedado debidamente desvirtuada de manera concluyente por las evidencias a disposición del Tribunal.

129. El Tribunal ha concluido que no existió un transpaso real y efectivo en favor del señor Lluco, a favor de NEPEC o a favor de PRT II, de las acciones con derecho a voto en EMELEC. La razón de ello es que dichos acciones habían sido previamente depositadas en otro fideicomiso, el PDT, cuya vigencia legal ha quedado debidamente comprobada. Esos títulos accionarios se encuentran bajo custodia. En efecto, existe constancia de que el fideicomiso del PDT entregó en custodia el título de acción número 8 a la firma Hunton and Williams, radicada en la ciudad de Miami, Estados Unidos de America. Esa firma ha expedido un certificado acreditando que mantiene dicho documento en su poder y así ha quedado registrado mediante un Acta de Inspección presentada como evidencia por la Demandada, Acta suscrita por personas debidamente reconocidas y autorizadas.⁵⁶

130. El Tribunal, con base en las circunstancias expuestas, los argumentos planteados y los fundamentos jurídicos formulados, ha concluido que la Demandante no ha demostrado, a satisfacción del Tribunal, que se encuentra acreditada ante el Centro ya que, como alega la Demandada, las personas que han actuado a nombre de EMELEC no cuentan con la debida personería.

131. Al carecer el PRT II de una base de sustentación jurídica que le permita existir como un fideicomiso legalmente constituido, el señor Lluco no puede acreditar la calidad de fiduciario del PRT II. Ante la imposibilidad de demostrar la existencia legal de ese fideicomiso, los abogados de EMELEC no pueden atribuirle al PRT II la calidad de dueño de la totalidad de las acciones de NEPEC y, como consecuencia de ello, pretender que sea el propietario de la totalidad de las acciones de EMELEC.

132. Al estar privado de personalidad legal para representar a NEPEC, el señor Lluco no estaba capacitado para designar al señor Quinlan como oficial administrativo (clerk) de

EMELEC. Por idénticas razones, el señor Quinlan quedaba impedido para acreditar al señor Lluco como único accionista de EMELEC o para certificar que el señor Lluco era el único accionista de NEPEC. Las circunstancias que hacen jurídicamente inviable la acreditación del señor Lluco como representante de EMELEC conducen al Tribunal a concluir que el señor Lluco no posee la debida personalidad legal para incoar este juicio arbitral.

X. DECISIÓN

133. La representación legal del señor Lluco en este juicio arbitral no ha demostrado, a satisfacción del Tribunal, evidencia que invalide o que contradiga las instrucciones expedidas por los señores Aspiazu en la Escritura de Terminación o en la Carta al señor Heberling.⁵⁷ Adicionalmente, esa representación legal no ha aportado elementos suficientes que pudiesen servir como fundamento, en el foro adecuado, para reclamar la anulación del PDT.

134. La representación legal del señor Lluco tampoco ha suministrado evidencias que demuestren una objeción, una protesta o una actitud de insatisfacción por la operación del PDT, durante los tres años que comprenden la creación del PDT en 2000 y el intento de constitución del PRT II en 2003. Por el contrario, existen pruebas convincentes - y la Carta descrita en este Laudo es sólo un ejemplo de ello - de que los señores Aspiazu reconocen y confirman la validez del PDT.

135. A manera de conclusión, el Tribunal determina que la representación legal del señor Lluco no ha satisfecho el requisito de probar que el señor Lluco tiene títulos válidos para representar a EMELEC.

136. El Tribunal decide que la primera excepción a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del Tribunal formulada por la Demandada se encuentra debidamente sustentada, por lo cual las otras excepciones no requieren un examen o una decisión por

⁵⁶ Documento de la Demandada R-026

⁵⁷ Ver párrafos 82 a 88 supra.

parte del Tribunal. Por todo ello, el Tribunal determina que no tiene competencia para conocer el caso.

XI. COSTAS

137. De conformidad con el Artículo 61(2) del Convenio y la Regla 28 de las Reglas del Arbitraje, el Tribunal determina que, en vista de las circunstancias particulares del presente caso, cada Parte pagará en igual proporción las costas y gastos incurridos en este procedimiento de arbitraje relacionado con la competencia del Tribunal. Asimismo, cada Parte asumirá sus propios costos y gastos de representación en este procedimiento arbitral.

[*firmado*]

Juez Bernardo Sepúlveda

Presidente

Fecha: [22 de mayo de 2009]

[*firmado*]

Sr. John Rooney

Arbitro

Fecha: [1 June 2009]

[*firmado*]

Profesor Michael Reisman

Arbitro

Fecha: [22 May 2009]