

**EN EL CASO DE UN ARBITRAJE ANTE UN TRIBUNAL CONSTITUIDO
DE ACUERDO CON EL TRATADO ENTRE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y
LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA SOBRE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN
RECÍPROCA DE INVERSIONES FIRMADO EL 27 DE AGOSTO DE 1993 (EL
“TBI”)**

- y -

EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CNUDMI DE 1976

- entre -

ULYSSEAS, INC.

“Demandante”

Y

LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

“Demandada”, y conjuntamente con la Demandante, las “Partes”

LAUDO DEFINITIVO

Tribunal:

Prof. Piero Bernardini, Árbitro Presidente

Prof. Michael Pryles

Prof. Brigitte Stern

Secretaría:

Corte Permanente de Arbitraje

Secretario del Tribunal:

Martín Doe

REPRESENTANTES DE LAS PARTES

ULYSSEAS, INC.

- D. Mario Restrepo
- D. Jan Veldwijk
(Prime Natural Resources, Inc./Ulysseas, Inc.)
- D. James L. Loftis
- D. Tim Tyler
- D. Mark Beeley
- Dña. Sarah Stockley
- D. David Rains
(Vinson & Elkins LLP)

ECUADOR

- Dr. Diego García Carrión
(Procurador General del Estado)
- Dr. Francisco Grijalva
(Director de Asuntos Internacionales y Arbitraje) (hasta febrero de 2012)
- Dra. Christel Gaibor
(Directora Adjunta de Asuntos Internacionales y Arbitraje) (desde febrero de 2012)
- D. Jay L. Alexander
- D. Alejandro A. Escobar
- Dña. Dorine Farah
(Baker Botts LLP)

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIACIONES	5
CAPÍTULO I – ANTECEDENTES PROCESALES.....	7
A. FASE JURISDICCIONAL	7
1. Comienzo del Procedimiento Arbitral y Constitución del Tribunal Arbitral.....	7
2. Audiencia Inicial.....	8
3. Fase Escrita del Procedimiento.....	9
4. Audiencia sobre Jurisdicción	14
5. Laudo Interino.....	15
B. FASE DE FONDO	16
1. Establecimiento del Calendario	16
2. Fase Escrita.....	17
3. Audiencia sobre el Fondo	19
CAPÍTULO II – ANTECEDENTES FÁCTICOS Y JURÍDICOS	22
CAPÍTULO III – EL FONDO DEL CASO.....	34
A. DERECHO APLICABLE	35
B. ATRIBUCIÓN A LA DEMANDADA DE LAS MEDIDAS TOMADAS POR CIERTAS ENTIDADES	35
1. Argumentos de la Demandante.....	35
2. Argumentos de la Demandada.....	38
3. Análisis y conclusión del Tribunal	40
C. LA SUPUESTA EXPROPIACIÓN DE LA INVERSIÓN DE LA DEMANDANTE POR PARTE DE LA DEMANDADA.....	45
1. Las posiciones de las Partes.....	45
(i) <i>Expropiación temporaria</i>	45
a. Argumentos de la Demandante	45
b. Argumentos de la Demandada	46
(ii) <i>Expropiación indirecta</i>	48
a. Argumentos de la Demandante	48
b. Argumentos de la Demandada	51
2. Análisis y conclusión del Tribunal	54
(i) <i>Expropiación temporaria</i>	54
(ii) <i>Expropiación indirecta</i>	57
D. LA SUPUESTA VIOLACIÓN DEL ESTÁNDAR DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO	64
1. Las posiciones de las Partes.....	64
(i) <i>El nivel de protección en virtud del TBI</i>	64
a. Argumentos de la Demandante	64
b. Argumentos de la Demandada	65
(ii) <i>Fecha de la inversión en Ecuador</i>	67
a. Argumentos de la Demandante	67
b. Argumentos de la Demandada	68
(iii) <i>La violación de las expectativas legítimas de la Demandante</i>	69
a. Argumentos de la Demandante	69

b. Argumentos de la Demandada	71
(iv) <i>El efecto del artículo 24 del Contrato de Permiso</i>	75
a. Argumentos de la Demandante	76
b. Argumentos de la Demandada	77
2. Análisis y conclusión del Tribunal	78
(i) <i>El nivel de protección en virtud del TBI</i>	78
(ii) <i>La fecha de la inversión en Ecuador</i>	81
(iii) <i>La violación de las expectativas legítimas de la Demandante</i>	83
(iv) <i>El efecto del artículo 24 del Contrato de Permiso</i>	84
E. LA SUPUESTA VIOLACIÓN A LA OBLIGACIÓN DE PROVEER PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS POR PARTE DE LA DEMANDADA	85
1. Las posiciones de las Partes	85
(i) <i>Argumentos de la Demandante</i>	85
(ii) <i>Argumentos de la Demandada</i>	86
2. Análisis y conclusión del Tribunal	88
F. LAS MEDIDAS SUPUESTAMENTE DISCRIMINATORIAS TOMADAS POR LA DEMANDADA	89
1. Las posiciones de las Partes	89
(i) <i>Argumentos de la Demandante</i>	89
(ii) <i>Argumentos de la Demandada</i>	91
2. Análisis y conclusión del Tribunal	94
G. EL SUPUESTO TRATO ARBITRARIO POR PARTE DE LA DEMANDADA	97
1. Las posiciones de las Partes	97
(i) <i>Argumentos de la Demandante</i>	97
(ii) <i>Argumentos de la Demandada</i>	99
2. Análisis y conclusión del Tribunal	103
H. VENCIMIENTO DEL CONTRATO DE FLETAMENTO	105
1. Las posiciones de las Partes	105
(i) <i>Argumentos de la Demandante</i>	105
(ii) <i>Argumentos de la Demandada</i>	107
2. La conclusión del Tribunal	109
I. COMPENSACIONES ADEUDADAS POR VIOLACIONES AL TBI	110
1. Las posiciones de las Partes	110
(i) <i>Argumentos de la Demandante</i>	110
(ii) <i>Argumentos de la Demandada</i>	112
2. Conclusiones del Tribunal	115
CAPÍTULO IV – LAS COSTAS DEL ARBITRAJE	115
1. Las posiciones de las Partes	115
(i) <i>Argumentos de la Demandante</i>	115
(ii) <i>Argumentos de la Demandada</i>	116
2. Análisis y conclusión del Tribunal	118
CAPÍTULO V – PETITORIO	120
CAPÍTULO VI – PARTE DISPOSITIVA DE LA DECISIÓN	122

LISTADO DE ABREVIACIONES

Artículos de la CDI	Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en 2001, Documento CLA30
CLA	Autoridad Legal de la Demandante
Contestación	Contestación de la Demandada de 23 de noviembre de 2009
Contramemorial	Contramemorial de la Demandante sobre las Objeciones de la Demandada a la Jurisdicción de 19 de abril de 2010
CPHS	Escrito Posterior a la Audiencia presentado por la Demandante de 31 de enero de 2012
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969
CWS-JURI-	Declaración de Testigo de la Demandante (presentada durante la Fase Jurisdiccional)
CWS-	Declaración de Testigo de la Demandante (presentada durante la Fase de Fondo)
Declaración Contestataria	Declaración Contestataria de la Demandante de 15 de agosto de 2011
Documento C	Anexo de la Demandante N°
Documento C-JURI-	Anexo de la Demandante N° (presentado durante la Fase Jurisdiccional)
Documento R	Anexo de la Demandada N°
Dúplica (Jurisdicción)	Dúplica de la Demandante sobre Objeciones a la Jurisdicción de 31 de mayo de 2010
Escrito de la Contrarréplica	Escrito de la Contrarréplica de la Demandada de 3 de octubre de 2011

Escrito de la Defensa	Escrito de la Defensa de la Demandada de 1 de julio de 2011
Laudo Interino	Laudo Interino sobre Jurisdicción de 28 de septiembre de 2010
Manifestación del Reclamo	Manifestación del Reclamo de la Demandante de 1 de marzo de 2011
Memorial	Memorial de la Demandada sobre Objeciones Preliminares a la Jurisdicción de 19 de marzo de 2010
Notificación de Arbitraje	Notificación de Arbitraje de la Demandante de 8 de mayo de 2009
Réplica (Jurisdicción)	Réplica de la Demandada sobre Objeciones a la Jurisdicción de 10 de mayo de 2010
RLA	Autoridad Legal de la Demandada N°
RPHS	Escrito Posterior a la Audiencia presentado por la Demandada de 31 de enero de 2012
RWS-	Declaración de Testigo de la Demandada (presentada durante la Fase de Fondo)
TBI	Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmado el 27 de agosto de 1993 y en vigor a partir del 11 de mayo de 1997
TCE	Tratado sobre la Carta de la Energía de 17 de diciembre de 1994
Transcripción	Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo celebrada en La Haya, 5-9 de diciembre de 2011
Transcripción (Audiencia sobre Jurisdicción)	Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción celebrada en La Haya, 17-18 de junio de 2010

CAPÍTULO I – ANTECEDENTES PROCESALES

A. FASE JURISDICCIONAL

1. Comienzo del Procedimiento Arbitral y Constitución del Tribunal Arbitral

1. El 8 de mayo de 2009, la Demandante entregó una Notificación de Arbitraje a la Demandada alegando incumplimientos del Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (el “TBI”).
2. Mediante carta de 31 de julio de 2009, y de conformidad con el artículo 7 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (el “Reglamento CNUDMI”), la Demandante informó a la Demandada de su nombramiento del Profesor Michael Pryles como Árbitro.
3. Mediante carta de 1 de octubre de 2009 y de conformidad con el artículo 7 del Reglamento CNUDMI, la Demandada nombró a la Profesora Brigitte Stern como Árbitro.
4. El 30 de octubre de 2009, los coárbitros acordaron la elección del Profesor Piero Bernardini como Árbitro Presidente.
5. Mediante carta de 3 de noviembre de 2009, el Árbitro Presidente informó a las Partes de que el Tribunal había sido debidamente constituido e invitó a la Demandada a que remitiera su Contestación a la Notificación de Arbitraje de la Demandante antes del 23 de noviembre de 2009.
6. El 23 de noviembre de 2009, la Demandada presentó su Contestación a la Notificación de Arbitraje de la Demandante de conformidad con las instrucciones del Tribunal.
7. Mediante carta de 25 de noviembre de 2009, el Tribunal tomó nota del acuerdo de las Partes de contar con la Corte Permanente de Arbitraje (la “CPA”) como administrador del procedimiento y se mostró conforme con este acuerdo.
8. Mediante carta de 27 de noviembre de 2009, el Tribunal remitió a las Partes borradores de un Acta de Designación y de Normas Procesales para que éstas los revisaran y comentaran antes del 18 de diciembre de 2009, e invitó a las Partes a que acordaran un calendario para el procedimiento antes de la misma fecha.

9. Mediante carta de 9 de diciembre de 2009, el Tribunal confirmó que la audiencia inicial se celebraría en el Palacio de la Paz, en La Haya, el 15 de enero de 2010, según lo acordado por la Demandada y la Demandante en sus cartas de 4 y 7 de diciembre de 2009, respectivamente. El Tribunal también informó a las Partes de que la CPA había nombrado a D. Paul-Jean Le Cannu como secretario administrativo para el asunto e invitó a las Partes a que confirmaran que estaban de acuerdo con este nombramiento antes del 18 de diciembre de 2009.
10. Mediante cartas independientes de 18 de diciembre de 2009, la Demandante y la Demandada informaron sucesivamente al Tribunal de que las Partes no habían sido capaces de acordar un calendario procesal, e indicaron su respectiva posición respecto de dicho calendario y también presentaron sus comentarios sobre los borradores del Acta de Designación y de las Normas Procesales circulados por el Tribunal. La Demandada también confirmó en su carta su aceptación de los términos conforme a los que D. Paul-Jean Le Cannu serviría como secretario administrativo del Tribunal. La Demandante lo hizo en una carta posterior de 21 de diciembre de 2009.
11. Mediante carta de 23 de diciembre de 2009, siguiendo instrucciones del Tribunal, la CPA circuló borradores actualizados del Acta de Designación y las Normas Procesales en anticipación de la audiencia inicial.
12. Mediante carta de 12 de enero de 2010, siguiendo instrucciones del Tribunal, la CPA informó a las Partes de que debido a condiciones meteorológicas adversas en Europa y a compromisos profesionales adicionales, el Sr. Pryles no podría asistir en persona a la audiencia inicial en persona el 15 de enero de 2010, pero que participaría por videoconferencia.
13. Mediante carta de 13 de enero de 2010, siguiendo instrucciones del Tribunal, la CPA circuló los borradores actualizados del Acta de Designación y de las Normas Procesales en anticipación de la audiencia inicial.

2. Audiencia Inicial

14. El 15 de enero de 2010, se celebró una audiencia inicial en el Palacio de la Paz, La Haya, Países Bajos. Estuvieron presentes en la audiencia inicial:

Tribunal:

Prof. Piero Bernardini, Árbitro Presidente
Prof. Michael Pryles (por videoconferencia)
Prof. Brigitte Stern

De parte de la Demandante:

D. James Loftis
D. Mark Beeley
D. Justin Marlles

De parte de la Demandada:

Dr. Álvaro Galindo
D. Alejandro Escobar
Dña. Dorine Farah

Corte Permanente de Arbitraje:

D. Paul-Jean Le Cannu

15. En la audiencia inicial se acordó el Acta de Designación y se firmó por las Partes y el Tribunal. El Profesor Pryles había autorizado que se utilizara su firma electrónica. El Árbitro Presidente firmó las Normas Procesales en nombre del Tribunal. Se entregaron ejemplares originales de cada documento a cada Parte y miembro del Tribunal. Habiendo escuchado los argumentos de las Partes respecto del caso, el Tribunal decidió bifurcar el procedimiento y estableció el calendario procesal.

3. Fase Escrita del Procedimiento

16. Mediante carta de 20 de enero de 2010, siguiendo instrucciones del Tribunal, la CPA circuló un acta resumen de la audiencia inicial que tuvo lugar el 15 de enero de 2010 junto con un CD de audio que contenía una grabación de la audiencia inicial. La CPA invitó a las Partes a enviar sus comentarios sobre este acta resumen antes del 27 de enero de 2010. La CPA también circuló en nombre del Tribunal la Orden Procesal N° 1 de 20 de enero de 2010, que exponía el calendario procesal establecido durante la audiencia inicial.
17. Mediante carta de 20 de enero de 2010, la Demandante observó una discrepancia entre la Orden Procesal N° 1 y el acta resumen de la audiencia inicial con relación a en qué fecha

debía realizarse la primera ronda de producción de documentos y solicitó al Tribunal una clarificación. Mediante carta de la misma fecha, siguiendo instrucciones del Tribunal, la CPA informó a las Partes de que la fecha correcta era el 29 de enero de 2010, no el 27 de enero de 2010, y circuló la Orden Procesal N° 1 debidamente corregida.

18. Mediante carta de 22 de enero de 2010 y de conformidad con la Orden Procesal N° 1, la Demandante presentó su Primera Solicitud de Producción de Documentos.
19. Mediante carta de 22 de enero de 2010 y de conformidad con la Orden Procesal N° 1, la Demandada presentó su Solicitud de Producción de Documentos siguiendo una Lista Redfern.
20. Mediante carta de 25 de enero de 2010, la Demandante presentó una Lista Redfern en relación con las solicitudes de documentos de la Demandante.
21. Mediante carta de 29 de enero de 2010, la Demandante presentó sus contestaciones y objeciones a la Solicitud de la Demandada de Producción de Documentos de 22 de enero de 2010 siguiendo una Lista Redfern, junto con un documento titulado Contestaciones y Objeciones.
22. Mediante carta de 29 de enero de 2010, la Demandada presentó, siguiendo la Lista Redfern, sus contestaciones a la Primera Solicitud de la Demandante de Producción de Documentos de 22 de enero de 2010, junto con un índice de los documentos que produjo.
23. Mediante carta de 4 de febrero de 2010, la Demandante envió al Tribunal sus Réplicas a las Contestaciones de la Demandada a la Solicitud de la Demandante de Producción de Documentos.
24. Mediante carta de 5 de febrero de 2010, la Demandada presentó su Lista Redfern actualizada y sus Réplicas a las Objeciones de la Demandante respecto de la Solicitud de la Demandada de Producción de Documentos.
25. Mediante carta de 5 de febrero de 2010, la Demandante presentó un organigrama confidencial identificando la estructura abreviada de propiedad de Ulysseas.
26. Mediante carta de 8 de febrero de 2010, la Demandada informó al Tribunal de que no podía limitar ni abandonar su solicitud de producción de documentos, tal y como había

esperado la Demandante a la vista de su presentación de un organigrama identificando su estructura abreviada de propiedad.

27. Mediante carta de 10 de febrero de 2010, siguiendo instrucciones del Tribunal y de conformidad con el calendario establecido en la Orden Procesal N° 1, la CPA circuló la Orden Procesal N° 2 que recogía la decisión del Tribunal respecto de las Solicitudes de Producción de Documentos de las Partes. La Orden Procesal N° 2 establecía, inter alia, que la Demandante tenía que producir ciertos documentos en respuesta a la Solicitud N° 4 de la Demandada, siempre y cuando las Partes suscribiesen un acuerdo de confidencialidad respecto de estos documentos.
28. Mediante carta de 19 de febrero de 2010, la Demandada llamó la atención del Tribunal sobre el hecho de que la Demandante rehusaba aceptar ciertas cláusulas del acuerdo de confidencialidad formalizado por la Demandada, y sobre esa base se negaba producir los documentos relativos a la Solicitud N° 4 de la Demandada hasta que se alcanzara un acuerdo de confidencialidad. La Demandada solicitó al Tribunal que instruyera a las Partes lo siguiente:
 - A. que confirme que la negativa de la Demandante a aceptar los términos del acuerdo de confidencialidad ya formalizado por la Demandada, no es razonable;
 - B. que confirme que la Demandada ha formalizado y entregado un acuerdo de confidencialidad que es suficiente para que la Demandante produzca los documentos relativos a la solicitud de la Demandada N° 4, según se exige por la Orden Procesal N° 2;
 - C. que requiera a la Demandante que produzca dichos documentos inmediatamente y en las siguientes 24 horas desde que el Tribunal así se lo indique;
 - D. que modifique el calendario procesal para tener en cuenta el retraso de la Demandante al producir los documentos de acuerdo con las Órdenes Procesales N°s 1 y 2, para que el periodo para presentar el Memorial de la Demandada sobre Jurisdicción se extienda a un mes desde la fecha en que la Demandante produzca la documentación solicitada; y
 - E. que haga las oportunas inferencias de la negativa de la Demandante a aceptar el acuerdo de confidencialidad formalizado por la Demandada.
29. Tras ulterior correspondencia entre las Partes sobre este asunto, la CPA, por carta de 23 de febrero de 2010 y siguiendo instrucciones del Tribunal, informó a las Partes de que el Tribunal había considerado el intercambio de correspondencia entre las Partes relativo al Acuerdo de Confidencialidad e invitaba a las Partes a reconciliar sus posiciones sin demora para no alterar el calendario acordado para el procedimiento.

30. A continuación de un ulterior intercambio de correspondencia entre las Partes relativo a la producción de documentos por la Demandante, y de una carta de la Demandante de 24 de febrero de 2010 informando al Tribunal de que el asunto relativo a la formalización del acuerdo de confidencialidad debería resolverse sin necesidad de la intervención del Tribunal, las Partes firmaron un Acuerdo de Confidencialidad el 26 de febrero de 2010¹.
31. En posterior correspondencia intercambiada entre las Partes los días 5, 9 y 16 de marzo de 2010, las Partes discutieron más a fondo la producción de documentos por parte de la Demandante y el cumplimiento de la Orden Procesal N° 2.
32. Mediante carta de 19 de marzo de 2010, la Demandada presentó su Memorial sobre Objeciones Preliminares a la Jurisdicción junto con Documentos Fácticos y Autoridades Legales de conformidad con la Orden Procesal N° 1.
33. Mediante carta de 19 de abril de 2010, la Demandante presentó su Contramemorial sobre las Objeciones a la Jurisdicción junto con Declaraciones de Testigos, Documentos Fácticos y Autoridades Legales de apoyo, de conformidad con la Orden Procesal N° 1.
34. Mediante carta de 10 de mayo de 2010, la Demandada presentó su Réplica junto con Autoridades Legales de conformidad con la Orden Procesal N° 1.
35. Mediante carta de 12 de mayo de 2010 y tras la confirmación por la Demandada de su disponibilidad, siguiendo instrucciones del Tribunal, la CPA confirmó que la audiencia sobre jurisdicción se celebraría los días 17-18 de junio de 2010 en La Haya en el Palacio de la Paz e invitó a las Partes a que acordaran la agenda de la audiencia antes del 7 de junio de 2010.
36. Mediante carta de 20 de mayo de 2010, la Demandante informó a la Demandada de que “Elliott Associates, L.P. estaba dispuesta a proporcionar documentos que apoyan aún más la afirmación del Sr. Veldwijk sobre el control de Paul Singer sobre los otros dos socios colectivos (general partners) de Elliott Associates, L.P.” con la condición de que “los términos del Acuerdo de Confidencialidad entre Ulyseas y la República del Ecuador de 25 de febrero de 2010, se extiendan para incluir a Elliott y cualquier documento producido por Elliott, y que cualquiera de estos documentos se traten como ‘Material Confidencial’

¹ Carta de la Demandante a la Demandada de 9 de marzo de 2010, pág. 5.

conforme a los términos del Acuerdo de Confidencialidad”. La Demandada también adjuntó una carta de Elliott Associates, L.P a estos efectos.

37. Mediante carta de 25 de mayo de 2010, la Demandada contestó a la carta de la Demandante de 20 de mayo de 2010 afirmando que la Demandante no había cumplido con la Orden Procesal N° 2 en plazo y “no puede hacerlo a estas alturas.”
38. Mediante carta de 31 de mayo de 2010, la Demandante presentó su Dúplica junto con Autoridades Legales de conformidad con la Orden Procesal N° 1.
39. Mediante carta de 7 de junio de 2010, siguiendo instrucciones del Tribunal, la CPA informó a las Partes de las siguientes directrices del Tribunal:
 1. De acuerdo con la Sección 3.3 de las Normas Procesales de 15 de enero de 2010, la Demandante producirá los documentos indicados en su carta de 20 de mayo de 2010 en relación con el control de D. Paul Singer sobre los otros dos socios colectivos (general partners) de Elliott Associates L.P. Esta documentación, que es directamente relevante para la cuestión de jurisdicción que debe ser decidida por el Tribunal, no está cubierta por la Orden Procesal N° 2.
 2. La solicitud de la Demandante de que los términos del Acuerdo de Confidencialidad con la Demandada de 25 de febrero de 2010 se extiendan para cubrir los documentos que así se produzcan está justificada a la vista de la carta del abogado de Elliott Associates de 20 de mayo de 2010. Por lo tanto se invita a la Demandada a que se muestre de acuerdo con tal extensión.
 3. Estos documentos adicionales deberán producirse no más tarde del 14 de junio de 2010. La Demandada tendrá la oportunidad de comentar los documentos bien por escrito cuanto antes a partir de entonces o durante su presentación oral durante la audiencia.
 4. En relación con otro asunto, se invita a la Demandante a que tenga disponibles durante la audiencia un texto del Acuerdo de Joint Venture (JVA) de 18 de enero de 2002 (C-JURI-42) y del JVA Modificado de 29 de junio de 2007 (C-JURI-44) en los que no se haya tachado ningún párrafo, para el caso de que el Tribunal decida examinarlos.
40. Habiendo concedido el Tribunal una prórroga de un día a las Partes, a solicitud de éstas, para la presentación de la agenda de la audiencia, la Demandante, en nombre de las Partes, comunicó al Tribunal la agenda acordada mediante carta de 8 de junio de 2010. La agenda indicaba, inter alia, que D. Zacharia Korn, uno de los testigos de la Demandante, testificaría ante el Tribunal.
41. Mediante carta de 10 de junio de 2010, siguiendo instrucciones del Tribunal, la CPA informó a las Partes de que el Tribunal estaba de acuerdo con la agenda de la audiencia propuesta por las Partes.

42. Mediante correo electrónico de 15 de junio de 2010, la Demandante presentó copias electrónicas de los documentos que se le había solicitado que remitiese conforme al primer párrafo de la carta de la CPA de 7 de junio de 2010 e informó a la CPA de que se le habían entregado con anterioridad copias en papel de los documentos a la Demandada con sujeción al Acuerdo de Confidencialidad entre las Partes. Mediante carta de la misma fecha, la CPA, siguiendo instrucciones del Tribunal y de conformidad con el tercer párrafo de la carta de la CPA de 7 de junio de 2010, informó a las Partes de que se invitaba a la Demandada a presentar sus comentarios sobre los anteriormente mencionados documentos durante la próxima audiencia sobre jurisdicción.
43. Mediante carta de 15 de junio de 2010, la Demandada remitió traducciones al inglés de algunos Documentos Fácticos y Autoridades Legales.

4. Audiencia sobre Jurisdicción

44. Los días 17 y 18 de junio de 2010, se celebró la audiencia sobre jurisdicción en el Palacio de la Paz, La Haya, Países Bajos. Estuvieron presentes durante la audiencia:

Tribunal:

Prof. Piero Bernardini, Árbitro Presidente

Prof. Michael Pryles

Prof. Brigitte Stern

De parte de la Demandante:

D. James Loftis

D. Mark Beeley

D. Justin Marlles

D. Mario Restrepo

De parte de la Demandada:

Dr. Álvaro Galindo

D. Jay Alexander

D. Alejandro Escobar

Dña. Dorine Farah

Corte Permanente de Arbitraje:

D. Paul-Jean Le Cannu

Estenógrafo:

D. Trevor McGowan

45. Durante la audiencia, la Demandante presentó un organigrama confidencial adicional diseñado para mostrar que D. Paul Singer posee y controla Elliott, L.P.², que, a su vez, controla indirectamente Ulysseas³. La Demandante circuló copias de versiones sin párrafos tachados del Joint Venture Agreement entre Elliott Associates, L.P., Elliott International, L.P., y Veredas Power, Inc. de 18 de enero de 2002 (el “JVA”), y la Amendment to the Joint Venture Agreement entre las mismas partes de 29 de junio de 2007 (la “Modificación del JVA”)⁴.
46. Mediante carta de 28 de junio de 2010, la Demandante presentó copias de las diapositivas utilizadas en apoyo de sus Alegatos de Introducción y Réplica durante la audiencia sobre jurisdicción. Mediante carta de 1 de julio de 2010, la CPA transmitió copias de estas diapositivas a la Demandada, a solicitud de ésta.

5. Laudo Interino

47. Mediante carta de 30 de septiembre de 2010, en nombre del Tribunal, la CPA transmitió a las Partes copias firmadas del Laudo Interino del Tribunal en idiomas inglés y español. Por los motivos expuestos en el laudo, el Tribunal decidió lo siguiente:
- a) que las dos objeciones planteadas por la Demandada no privan a este Tribunal de su jurisdicción respecto de todas las reclamaciones derivadas del tratado;
 - b) dictar la orden necesaria para la continuación del procedimiento;

² Transcripción (Audiencia sobre Jurisdicción), Día 1, págs. 112:22-113:19.

³ Transcripción (Audiencia sobre Jurisdicción), Día 1, pág. 111:10-18.

⁴ Transcripción (Audiencia sobre Jurisdicción), Día 2, pág. 18:10-11. Se le había autorizado a la Demandada a ver una copia sin párrafos eliminados del JVA y de la Modificación del JVA el primer día de la audiencia, tras la sesión. (Transcripción (Audiencia sobre Jurisdicción), Día 2, pág. 19:5-9). El JVA tal y como fue modificado por la Modificación del JVA será referido en adelante como “JVA Modificado.”

- c) reservar todas las cuestiones relativas a las costas del arbitraje, según se definen en el artículo 38 del Reglamento CNUDMI, para su posterior determinación;
- d) rechazar cualquier otra pretensión solicitada por cualquiera de las Partes en relación con la fase jurisdiccional del arbitraje⁵.

B. FASE DE FONDO

1. Establecimiento del Calendario

- 48. Mediante carta de 1 de octubre de 2010, el Tribunal invitó a las Partes a que acordaran un calendario procesal para la continuación del procedimiento antes del 18 de octubre de 2010 o, en el supuesto de que no lograran llegar a un acuerdo, a que cada una de las Partes presentara su propuesta de calendario.
- 49. Mediante carta de 14 de octubre de 2010, D. Martin Doe informó a las Partes de que reemplazaría a D. Paul-Jean LeCannu como secretario administrativo en nombre y representación de la CPA.
- 50. Luego de una prórroga hasta el 22 de octubre de 2010 del plazo para que las Partes acordaran un calendario procesal y diversos intercambios con respecto a la disponibilidad de las Partes y del Tribunal para una audiencia a celebrarse en La Haya, mediante correo electrónico de 22 de octubre de 2010, las Partes informaron al Tribunal de que habían acordado un calendario procesal, según el cual la Demandante debería presentar su Manifestación del Reclamo antes del 1 de marzo de 2011; la Demandada debería presentar su Escrito de la Defensa antes de 1 de julio de 2011; la Demandante debería presentar su Declaración Contestataria antes de 15 de agosto de 2011; y la Demandada debería presentar su Escrito de la Contrarréplica antes de 3 de octubre de 2011. A partir del 1 de noviembre de 2011, en una fecha que el Tribunal habría de establecer, tendría lugar una conferencia telefónica con el Tribunal a fin de establecer el orden del día durante la audiencia. Se acordó que la audiencia sobre el fondo se celebraría entre los días 5 y 9 de diciembre de 2011 en el Palacio de la Paz en La Haya.

⁵ Laudo Interino, párr. 193.

51. Mediante carta de 27 de octubre de 2010, siguiendo instrucciones del Tribunal, la CPA informó a las Partes de que el Tribunal aprobaba el calendario procesal acordado por las Partes.

2. Fase Escrita

52. Mediante carta de 1 de marzo de 2011, la Demandante presentó su Manifestación del Reclamo, junto con Declaraciones de Testigos, Informes Periciales, Documentos Fácticos y Autoridades Legales de apoyo.
53. Mediante carta de 1 de julio de 2011, la Demandada presentó su Escrito de la Defensa, junto con Declaraciones de Testigos, Informes Periciales, Documentos Fácticos y Autoridades Legales de apoyo.
54. Mediante carta de 15 de agosto de 2011, la Demandante presentó su Declaración Contestataria, junto con Documentos, Declaraciones de Testigos e Informes Periciales de apoyo.
55. Mediante carta de 17 de agosto de 2011, la Demandada solicitó pruebas adicionales en sustento de la Tercera Declaración de Testigo de D. Zacharia Korn y la Tercera Declaración de Testigo de D. Jan Veldwijk, que, según ella, no gozaban del sustento de prueba documental alguna que acompañara la Declaración Contestataria. En particular, la Demandada solicitó que la Demandante suministrara: (i) los documentos a través de los cuales D. Korn descubrió que el Bareboat Charter Party PBII nunca fue modificado ni prorrogado; (ii) los documentos, incluidos estados contables y calendarios de pago, que consignaran las fechas de pagos reales y futuros realizados por Proteus Power, Inc. o adeudados por ella de conformidad con el Bareboat Charter Party PBII; y (iii) los documentos a través de los cuales Ulysseas, Inc. y Proteus Power, Inc. se liberaron mutuamente de toda obligación adicional en virtud del Bareboat Charter Party PBII o que dieran cuenta de la fecha en que ello se produjo.
56. Mediante carta de 19 de agosto de 2011, la Demandante respondió a la solicitud de pruebas adicionales de la Demandada. En cuanto a la primera solicitud, la Demandante destacó que, puesto que el Contrato de Fletamento no había sido modificado ni prorrogado, no existía documento alguno que lo ampliara o prorrogara. En cuanto a las

solicitudes segunda y tercera, la Demandante anunció que prepararía un calendario certificado que diera cuenta de los pagos que Proteus Power había efectivamente realizado a la Demandante y remitió a la Demandada a los términos del Contrato de Fletamento con respecto a las demás cuestiones.

57. Mediante carta de 23 de agosto de 2011, la Demandada destacó que la Demandante había rehusado suministrar los estados contables solicitados y expresó que, en su opinión, el documento que supuestamente sustentaba la afirmación de D. Veldwijk – “un calendario que deja constancia de los pagos” [Traducción libre] – la perjudicaba y, por lo tanto, no debería remitirse al Tribunal.
58. Mediante carta de 24 de agosto de 2011, la Demandante destacó que el documento era un fragmento de los registros financieros solicitados y afirmó que las pruebas nuevas eran suministradas en respuesta a la solicitud de la Demandada. En la misma fecha, la Demandante presentó una copia del Documento en formato electrónico.
59. Mediante carta de 3 de octubre de 2011, la Demandada presentó su Escrito de la Contrarréplica, con Documentos Fácticos, Autoridades Legales, Declaraciones de Testigos e Informes Periciales de apoyo.
60. El 31 de octubre de 2011, la CPA mantuvo una conferencia telefónica con las Partes a fin de debatir acerca de las cuestiones administrativas y logísticas relativas a la audiencia.
61. Mediante carta de 4 de noviembre de 2011, las Partes presentaron una lista de cuestiones procesales acordadas relativas a la audiencia (“Acuerdo Procesal de las Partes.
62. El 7 de noviembre de 2011, el Tribunal participó en una conferencia telefónica con las Partes a fin de debatir acerca del orden del día y de otras cuestiones procesales relativas a la audiencia.
63. Mediante carta de 21 de noviembre de 2011, la Demandante presentó pruebas complementarias de conformidad con el Acuerdo Procesal de las Partes.
64. Mediante correo electrónico de 22 de noviembre de 2011, la Demandada presentó pruebas complementarias de conformidad con el Acuerdo Procesal de las Partes.

65. Mediante carta de 22 de noviembre de 2011, la Demandada resaltó que el Acuerdo Procesal de las Partes permitía exclusivamente la presentación de una actualización “toda vez que hiciera referencia a sucesos ocurridos luego de la última presentación de cada una de las partes” [Traducción libre] e invitó a la Demandante a retirar su presentación de las bitácoras de motores (C-270, presentado junto con sus pruebas complementarias), que hacían referencia a hechos que ocurrieron “mucho antes del último escrito de las partes e incluso antes de la Manifestación del Reclamo de la Demandante” [Traducción libre].
66. Mediante carta de 24 de noviembre de 2011, la Demandante destacó que ella “sólo había exhibido la bitácora de motores completa [C-270] a la luz del ataque específico dirigido contra sus pruebas” [Traducción libre] y solicitó determinadas traducciones y explicaciones con relación a las pruebas complementarias de la Demandada.
67. Mediante carta de 28 de noviembre de 2011, la Demandante presentó 4 documentos probatorios que pretendía invocar durante sus presentaciones de apertura.
68. Tras ulterior correspondencia entre las Partes sobre este asunto, la Demandada declaró que estaba preparada para aceptar la introducción del Documento C-270 en el expediente y, asimismo, presentó el Documento R-317, que contenía la información del Centro Nacional de Control de la Energía (“CENACE”) correspondiente a las fechas comprendidas por la bitácora de motores contenida en el Documento C-270, dado que “[era] necesario presentar esta información puesto que es la única fuente que sirve para corroborar o corregir las anotaciones de la bitácora de motores” [Traducción libre]. La Demandante no manifestó objeción alguna respecto de la presentación del Documento R-317.

3. Audiencia sobre el Fondo

69. Los días 5-9 de diciembre de 2011, se celebró la audiencia sobre el fondo en el Palacio de la Paz, La Haya, Países Bajos. Estuvieron presentes durante la audiencia:

Tribunal:

Prof. Piero Bernardini, Árbitro Presidente

Prof. Michael Pryles

Prof. Brigitte Stern

De parte de la Demandante:

D. Mario Restrepo
D. Jan Veldwijk
D. James Loftis
D. Mark Beeley
D. Tim Tyler
Dña. Sarah Stockley
D. David Rains
D. William Teten
D. Javier Robalino
Dña. Carolyn Witthoft

Testigos de la Demandante

D. Robert Bordei
D. Zacharia Korn
D. Robert Wells
D. David Waller
D. Rory Walck

De parte de la Demandada:

D. Diego García Carrión
D. Francisco Grijalva
Dña. Christel Gaibor
D. Francisco Larrea
Dña. Diana Moya
D. Alejandro A. Escobar
D. Jay Alexander
Dña. Dorine Farah
D. Leonardo Carpentieri
Dña. Alexandra Glebova

Testigos de la Demandada

D. Fernando Izquierdo
D. Javier Lasluiza

D. Juan Carlos López
D. Juan E. López-Santini
D. Manuel Salazar
D. Francisco Vergara
D. Jorge Vergara

Corte Permanente de Arbitraje:

Martín Doe
Alberto Torró Molés

Estenógrafos:

Dña. Diana Burden
D. Dante Rinaldi

70. Mediante correos electrónicos de 9 de diciembre de 2011, la Demandada presentó copias de determinados documentos en formato electrónico, un certificado del Ministerio de Industria y Productividad del Ecuador y un certificado del Banco Central del Ecuador.
71. Mediante carta de 12 de diciembre de 2011, la Demandante presentó un poder de representación relacionado con sus representantes.
72. Mediante carta de 14 de diciembre de 2011, siguiendo instrucciones del Tribunal, la CPA circuló la Orden Procesal N° 3, que establecía un calendario para las correcciones que debían incorporarse a las transcripciones, la presentación de los Escritos Posteriores a la Audiencia y la presentación de Escritos sobre costas.
73. Tras ulterior correspondencia entre las Partes con respecto a las correcciones que debían incorporarse a las transcripciones, las Partes acordaron una versión definitiva de la versión en español de la transcripción el 14 de enero de 2012 al igual que una versión definitiva de la versión en inglés de la transcripción el 25 de enero de 2012.
74. Mediante cartas de 31 de enero de 2012, la Demandante y la Demandada presentaron sus respectivos Escritos Posteriores a la Audiencia.
75. Mediante cartas de 29 de febrero de 2012, la Demandante y la Demandada presentaron sus respectivas Escritos sobre costas junto con documentación de apoyo.

CAPÍTULO II – ANTECEDENTES FÁCTICOS Y JURÍDICOS

76. En el Capítulo II del Laudo Interino ya se ha proporcionado una descripción resumida de los hechos pertinentes respecto de las objeciones preliminares a la jurisdicción. El presente Capítulo tratará los hechos del caso en la medida en que sean pertinentes para la fase del fondo del procedimiento. Las repeticiones limitadas de lo que ya se ha mencionado en el Laudo Interino están justificadas por la necesidad de garantizar la secuencia lógica del presente resumen.
77. A principios de la década de 1990, la productividad del sector eléctrico en Ecuador comenzó a deteriorarse. A partir de 1993, la Demandada, en el contexto de un programa más amplio de privatización de los servicios públicos, abrió este sector a la inversión privada en aras de satisfacer la demanda creciente con celeridad. En ese momento, Ecuador había experimentado, en efecto, una disminución considerable de su capacidad de generación eléctrica disponible, debido a las crisis de 1992 y 1993-1996, lo que se tradujo en una disparidad cada vez mayor entre la oferta y la demanda en el sector⁶.
78. El programa de privatización comenzó formalmente en el sector eléctrico con la promulgación por parte del Parlamento ecuatoriano de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico de 10 de octubre de 1996 (“Ley de Régimen del Sector Eléctrico”)⁷. Esta Ley estableció un nuevo marco jurídico, al disponer una serie de mecanismos en aras de crear un mercado eléctrico competitivo que promoviera la eficiencia y la participación privada en el sector. Además de separar las actividades de generación, transmisión y distribución de electricidad en diferentes sociedades, la nueva Ley promovió un mayor desarrollo de la capacidad eléctrica, al autorizar a las empresas privadas a entrar al mercado a través de contratos de concesión⁸.
79. Cuando la Demandante concluyó el Contrato PBII, el 12 de septiembre de 2006, el marco jurídico y reglamentario establecido por la Ley de Régimen del Sector Eléctrico se componía básicamente de las siguientes leyes y reglamentaciones:

⁶ Véase, Escrito de la Defensa, párrs. 39-41; Manifestación del Reclamo, párr. 18.

⁷ Ley de Régimen del Sector Eléctrico de 1996, 10 de octubre de 1996, Documento CLA10, R86.

⁸ *Ibid.* Véase también, Manifestación del Reclamo, párr. 18.

- la Constitución de 1998⁹;
- la Ley de Régimen del Sector Eléctrico;
- las reglamentaciones de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico de 1997¹⁰;
- el Reglamento de Concesiones¹¹;
- el Reglamento del SNI de 1999¹²;
- el Reglamento del MEM de 2003, que establece el Mercado Eléctrico Mayorista, que consiste de generadores, distribuidores y grandes consumidores integrados en el Sistema Nacional Interconectado¹³;
- el Acuerdo Interinstitucional para Ejecutar una Política Nacional del Sector Eléctrico, introducido en 2003 para reformar de manera substancial al sector y hacerlo más transparente, a fin de promover las inversiones y finalmente reducir las tarifas para el usuario final¹⁴;
- el Plan Nacional de Electrificación 2002-2011 y el Plan Nacional de Electrificación 2004-2013 del CONELEC, que contiene incentivos detallados para la inversión¹⁵.

80. En virtud del artículo 13 del Reglamento del MEM de 2003, el precio de la electricidad en el mercado al contado se determinó conforme al costo económico de la producción de electricidad. El precio debía ser uniforme y calcularse para gratificar a los generadores eléctricos más eficientes (es decir, más económicos) en términos del costo de producción variable¹⁶.

81. De conformidad con el Reglamento del SNI de 1999, los generadores debían declarar al CENACE su costo variable de producción de la electricidad, “*en forma veraz y oportuna*”

⁹ Constitución de Ecuador, de 11 de agosto de 1998, Documento CLA19.

¹⁰ Decreto Presidencial N° 754, de 28 de octubre de 1997, Documento CLA12.

¹¹ Reglamento de Concesiones, de 31 de marzo de 1998, Documento R87.

¹² Reglamento del Sistema Nacional Interconectado, de 23 de febrero de 1999, Documento R95.

¹³ Decreto Presidencial N° 923, de 16 de octubre de 2003, Documento CLA42.

¹⁴ Acuerdo Interinstitucional para Ejecutar una Política Nacional del Sector Eléctrico, de 21 de julio de 2003, Documento C34.

¹⁵ Plan Nacional de Electrificación 2002-2011, Documento C24 y Plan Nacional de Electrificación 2004-2013, Documento C44.

¹⁶ Artículo 13 del Reglamento del MEM, nota 13 *supra* (“La energía se valorará con el costo económico marginal, instantáneo obtenido del despacho real de generación al final de cada hora. El costo marginal instantáneo de energía, en la Barra de Mercado, estará dado por el último recurso de generación que, en condiciones de despacho económico, permite atender la demanda del sistema [...]”).

cada mes¹⁷. El costo variable era principalmente una función del costo del combustible multiplicado por la eficiencia de la generación de electricidad a partir de ese combustible¹⁸.

82. Al recibir esta información, el CENACE determinaba el precio de la electricidad en el mercado al contado a cada hora. Para ello, calculaba la oferta y la demanda de electricidad sobre la base de la información pertinente suministrada por los generadores¹⁹. El CENACE establecía el costo variable uniforme al costo variable del generador menos eficiente para el que había demanda²⁰. Luego, el CENACE instaba a los generadores al despacho de la electricidad hasta que se satisficiera la demanda, en orden ascendente según el costo variable declarado por cada generador. En consecuencia, un generador que declarara un costo variable bajo podía vender toda la electricidad que podría poner a disposición. Los generadores menos eficientes (es decir, aquellos con los costos variables más altos) tenían una menor prioridad en el orden de despacho, y no podrían despachar la electricidad generada sin la demanda correspondiente²¹.
83. A diferencia de las ventas en el mercado al contado, los contratos a futuro, también denominados contratos de compra de energía (“PPA”), eran aquellos que negociaban libremente los generadores y los distribuidores, los generadores y los grandes consumidores, y los distribuidores y los grandes usuarios. Por ende, las partes del PPA acordaban un precio que se aplicaba durante la vigencia del contrato. De todos modos, los generadores que vendían electricidad en virtud de un PPA debían declarar sus costos

¹⁷ Artículo 14 del Reglamento del SNI, nota 11 *supra* (“Los generadores sincronizados al Sistema Eléctrico tienen la obligación de proporcionar al CENACE, en forma veraz y oportuna, la información que éste le solicite para efectuar la planificación operativa, el despacho central y la operación integrada del Sistema Eléctrico, como lo establezcan los Procedimientos de Despacho y Operación”).

¹⁸ Véase el artículo 5 del Reglamento N° 003/03 de CONELEC, de 13 de agosto de 2003, Documento CLA40.

¹⁹ Artículo 8(b) del Reglamento del SNI de 1999, nota 11 *supra* (“El CENACE [...], calculará el despacho económico horario de los recursos de generación sujetos a despacho central y las transferencias de energía por interconexiones internacionales, de tal forma que se atienda la demanda horaria y se minimicen los costos de operación, considerando [...] Los Costos Variables de las Unidades de Generación[...]).

²⁰ Artículo 13 del Reglamento del MEM, nota 13 *supra* (“El costo marginal instantáneo de energía, en la Barra de Mercado, [que], en condiciones de despacho económico, permite atender la demanda del sistema [...]).

²¹ Escrito de la Defensa, párr. 47.

variables al CENACE, que determinaría su prioridad en el orden de despacho sobre la base de su eficiencia, conforme a los mismos principios aplicables a las ventas al contado²².

84. Cuando se firmó el Contrato PBI (párr. 94, *infra*), la estructura básica para el pago de la electricidad era la que se detalla a continuación:
- (a) Los usuarios finales pagaban la electricidad a las empresas de distribución, que las empresas de distribución compraban a los generadores, sea en el mercado al contado o conforme a los PPA de más largo plazo.
 - (b) Históricamente, las empresas distribuidoras no habían cumplido con los pagos a las empresas generadoras, y habían intentado hacer que las empresas generadoras cargaran con el riesgo de falta de pago de los consumidores o de tarifas bajas (que se regulaban de forma central). Anteriormente, la Demandada había reconocido que las tarifas para los consumidores finales no estaban fijadas a un nivel suficientemente alto como para cubrir los costos de generación y de transmisión, y previamente había hecho un pago de ‘Déficit Tarifario’ en el período de 1999/2001 para compensar la disminución de la producción.
 - (c) En un intento de mejorar la situación, en julio de 1999 se estableció un sistema de fideicomisos. Los fideicomisos debían proporcionar un manejo seguro, fiable y transparente de los pagos y los cobros dentro del MEM. Conforme este sistema, cada empresa de distribución creaba un fideicomiso, que recibía los pagos de los consumidores finales y que luego pagaba a los generadores (y otros gastos de las empresas de distribución).
 - (d) El orden de prioridades establecido en los fideicomisos ubicaba a los generadores privados (como la Demandante) en segundo lugar, inmediatamente después de la empresa distribuidora, que tenía derecho a percibir ciertos costos de distribución regulados por el Estado o el valor agregado de distribución (“VAD”). El VAD se establecía sobre la base de un cálculo que estaba diseñado para llegar al costo promedio de una empresa de transmisión, en teoría, eficiente.
 - (e) El orden de prioridad es importante porque la tarifa final cobrada al usuario final está limitada con un tope a un nivel en el que hay fondos insuficientes para cubrir todos los gastos incurridos por las empresas de distribución y pagar en su totalidad a cada

²² Escrito de la Defensa, párr. 49. Véase también el artículo 29 del Reglamento del MEM de 2003, nota 13 *supra*.

empresa generadora. En consecuencia, si las generadoras tienen una prioridad alta dentro de la lista, recibirán un pago completo y temprano de los fideicomisos; si tienen una prioridad baja, sólo recibirán un pago parcial, o ningún pago en absoluto²³.

85. Las prioridades se modificaron en julio de 2003 a través del Acuerdo Interinstitucional para Ejecutar una Política Nacional del Sector Eléctrico, que estableció un anexo que debía incorporarse en los Contratos de Fideicomiso. El Anexo establecía el siguiente orden de prelación:

- (a) **PRELACIÓN 0:** Devolución de recaudación por tasas FERUM, Bomberos, Recolección de Basura y otras que existan en las Distribuidoras.
- (b) **PRIORIDAD 1**
 - i. **PRIORIDAD 1-A:** Pago del 100% de la energía importada.
 - ii. **PRIORIDAD 1-B:** Pago del 100% de la energía entregada por empresas de capital accionario privado (**es decir, la Demandante**).
 - iii. **PRIORIDAD 1-C:** Pago del valor facturado por PETROCOMERCIAL, por el suministro de fuel oil y diesel a empresas de generación estatales, en las que se incluye a las empresas de distribución que tienen generación térmica.
 - iv. **PRIORIDAD 1-D:** Pago realizado proporcionalmente, con el saldo, a las empresas de generación termoeléctrica e hidroeléctrica estatales y a las empresas de distribución que tienen plantas hidráulicas y térmicas no escindidas.
- (c) **PRIORIDAD 2:** Cubrir los pagos a TRANSELECTRIC.
- (d) **PRIORIDAD 3:** Cubrir los pagos a las empresas distribuidoras por concepto del valor del VAD.
- (e) **PRIORIDAD 4:** Cubrir los pagos a las empresas de generación y transmisión con saldos pendientes en la facturación del mes inmediatamente anterior.
- (f) **PRIORIDAD 5:** Cubrir los pagos a las empresas de generación y transmisión que tienen cuentas por cobrar a las distribuidoras²⁴.

²³ Manifestación del Reclamo, párr. 26.

²⁴ Anexo por incorporarse a los contratos de fideicomiso sobre la base del Acuerdo Interinstitucional para Ejecutar una Política Nacional del Sector Eléctrico, véase nota 14 *supra*, Documento C34.

86. En el mes de diciembre de 2004, se introdujo una nueva revisión con el siguiente orden de prelación:

- 1^{ro} *Fondo de Electrificación Rural (FERUM)*, bomberos e impuestos por cobros por recolección de residuos;
- 2^{do} Pagos del VAD;
- 3^{ro} Transelectric;
- 4^{to} Compañías generadoras con base fuera de Ecuador, es decir, Colombia;
- 5^{to} Generación privada (**es decir, la Demandante**);
- 6^{to} Compañía generadora de propiedad del Estado²⁵.

87. Los Fideicomisos de Pago fueron nuevamente modificados en el mes de mayo de 2005 por el Decreto Presidencial N° 105/2005, el cual alteró el orden de prioridad de pago y estableció “el siguiente orden:

1. Saldos pendientes a empresas de generación hidroeléctrica que se encuentren ejecutando proyectos de inversión en generación hidroeléctrica y que enfrenten problemas de liquidez en la ejecución de dichos proyectos, de acuerdo al correspondiente cronograma y las instrucciones del Fondo de Solidaridad y el CENACE.
2. Saldos pendientes a las generadoras térmicas del Fondo de Solidaridad y CATEG-Generación, para financiar el Plan de mantenimiento anual del año 2005 de las unidades de las empresas de propiedad del Fondo de Solidaridad y CATEG-Generación aprobado por el CENACE y la compra de combustible de acuerdo a las instrucciones del CENACE en todos los casos.
3. Saldos pendientes a generadoras de capital privado.
4. Saldos pendientes a otras empresas hidroeléctricas de generación.
5. Saldos pendientes para el resto de generación.
6. Restitución a empresas de distribución de los recursos destinados al pago de generación de energía.
7. Saldos pendientes por compra de combustibles PETROECUADOR²⁶.

²⁵ Manifestación del Reclamo, párr. 35; Escrito de la Defensa, párr. 58.

²⁶ Artículo 2 del Decreto Presidencial N° 105, de 20 de mayo de 2005, Documento CLA86.

88. En el año 2005, mediante el Decreto Presidencial N° 436/2005, La Demandada formalizó el programa que se conoció como “Combustible por Energía”²⁷. Esta constituyó una medida de emergencia introducida como un intento de incentivo a las compañías de generación privada para generar energía a pesar de las dificultades en el cobro. Esencialmente, el programa permitía a las generadoras privadas adquirir combustible de la empresa estatal PETROECUADOR a crédito, el cual sería posteriormente compensado en concepto de ventas de electricidad a empresas estatales de transmisión de electricidad y usuarios finales. Dicho programa constituyó una medida particularmente atractiva ya que los costos del combustible (que, en general, son soportados al inicio) usualmente representan aproximadamente el 60-70% de los costos operativos de una generadora privada²⁸. El programa *Combustible por Energía* finalizó en octubre de 2007²⁹.
89. En el mes de agosto de 2006, el orden prioritario de pago fue nuevamente modificado de la siguiente manera:
1. VAD (Impuesto al Valor Agregado).
 2. Transelectric.
 - 3A. Importación de energía.
 - 3B. Generación privada con contrato.
 - 3C. Generadores privados para el mercado de contado.
 - 3D. Generadoras hidroeléctricas del Fondo de Solidaridad.
 - 3E. Generadoras privadas para el mercado de contado que compran combustible a Petroecuador
 4. Remanente de generación y transmisión.

²⁷ Decreto Presidencial N° 436, de 24 de agosto de 2005, Documento CLA59.

²⁸ Manifestación del Reclamo, párr. 43.

²⁹ La Demandante afirma que el programa “*Combustible por Energía*” se abolió por medio del Decreto Presidencial N° 683, de 31 de octubre de 2007, Documento CLA69, mientras que la Demandada ha argumentado que el programa no fue abolido, sino que “expiró en virtud de sus propios términos” (Escrito de la Defensa, párr. 138). Asimismo, la Demandada afirma que medidas análogas se encontraban vigentes luego de la extinción del programa “Combustible por Energía” (RPHS, párr. 11).

- 4A. Hydropaute, Termoesmeraldas, Electroguayas, Termopichincha, generación, distribución, Termoelectric.
- 4B. Petrocomercial.
- 5. Distribuidora, generación y transmisión³⁰.

90. El 18 de abril de 2007, la Comisión de Ejecución de la Política del Sector Eléctrico (que para esta época estaba a cargo de asesorar a CONELEC sobre cuestiones de política y asegurar su implementación) revisó el orden de prioridad de pagos y aprobó el siguiente orden:

<i>CONCEPTO</i>	<i>PORCENTAJE</i>
<i>1. Transmisor</i>	<i>67%</i>
<i>2. Importación de energía</i>	<i>100%</i>
<i>3. Pagos de potencia puesta a disposición</i>	<i>100%</i>
<i>4. Generadoras privadas hidroeléctricas: venta de energía por</i>	<i>100%</i>
<i>5. Generadoras privadas termoeléctricas: venta de energía por</i>	<i>100%</i>
<i>6. Costos variables térmicas privadas</i>	<i>100%</i>
<i>7. Generación privada no convencional</i>	<i>100%</i>
<i>8. Costos variables térmicas del Estado</i>	<i>100%</i>
<i>9. Generación térmica privada en el spot (hasta 75%)</i>	<i>53%</i>
<i>10. Resto de costos de generación térmica del Estado</i>	<i>25%</i>
<i>11. Generación térmica privada en el spot (25% restante)</i>	<i>0%³¹</i>

La Demandante ha afirmado que sus pagos se enmarcaban dentro de las prelacións 3, 5, 9 y 11³².

91. El 23 de julio de 2008 se promulgó el Mandato Constituyente N° 15³³. Dicho mandato fue implementado subsiguientemente mediante los Reglamentos de CONELEC N° 006/08 y

³⁰ Dictamen Pericial de D. Francisco Muñoz, de 28 de febrero de 2011, presentado por la Demandante (“Informe Muñoz”), págs. 41-42.

³¹ Carta del Ministerio de Energía y Minas a las Compañías de Generación Eléctrica (CATEG, Termoguayas Generation, Intervis Trade S.A., Machala Power y Fondo de Solidaridad), de 18 de abril de 2007, Documento C233; Manifestación del Reclamo, párr. 44.

³² Manifestación del Reclamo, párr. 44.

³³ Mandato Constituyente N° 15, de 23 de julio de 2008, Documento CLA73.

Nº 013/08³⁴. Tales medidas convirtieron los PPA en un modelo comercial más viable sin por ello eliminar las perspectivas de cobro relativo a ventas en el mercado al contado³⁵.

92. La Demandante importó e instaló PBI y PBII en Ecuador a finales de marzo/principios de abril de 2003 y el 16 de abril de 2005, respectivamente, supuestamente para aprovechar las condiciones más liberales de mercado introducidas por la Demandada³⁶.
93. Finalmente, la PBII fue instalada en Las Esclusas. Antes de llegar a Las Esclusas, la Demandante intentó ubicar dicha barcaza en varios otros puntos de amarre dentro de Ecuador, incluido Puerto Hondo, supuestamente con la inversión de una importante cantidad de tiempo y de fondos en dragado y construcción de instalaciones portuarias³⁷.
94. El contrato de concesión de la PBI fue suscripto por la Demandante y CONELEC el 15 de agosto de 2005 (“Contrato PBI”)³⁸ y, el contrato correspondiente a la PBII, el 12 de septiembre de 2006 (“Contrato PBII”, a veces también mencionado como el “Contrato de Permiso”)³⁹. Este Contrato fue modificado el 6 de junio de 2007 para registrar la nueva ubicación de la PBII en Las Esclusas, y dicha modificación confirmó todas las demás disposiciones del Contrato PBII⁴⁰. En virtud del Contrato PBII, la concesionaria debía generar electricidad por un período de quince (15) años a partir de la fecha de la firma⁴¹.

³⁴ Reglamento del CONELEC 013/08, de 27 de noviembre de 2008, Documento CLA75.

³⁵ Las Partes disienten respecto del efecto exacto del Mandato sobre el mercado eléctrico. Según la Demandada, el Mandato N° 15 mejoró el mercado al mejorar la tasa de cobro de las generadoras y permitió a las generadoras continuar las ventas en el mercado al contado (RPHS, párrs. 14-15). La Demandante sostiene que luego de la entrada en vigor del Mandato N° 15, las PPA representaron el único modelo comercial potencialmente viable, debido a que conducir negocios dentro del mercado al contado ya no era posible (CPHS, párr. 11).

³⁶ Manifestación del Reclamo, párrs. 23 y 37.

³⁷ Manifestación del Reclamo, párrs. 40-41.

³⁸ Contrato de Permiso Para Generación de Energía entre la Demandante y el CONELEC en relación con la PBI, de 15 de agosto de 2005, Documento C9.

³⁹ Contrato de Permiso Para Generación de Energía entre la Demandante y el CONELEC en relación con la PBII, de 12 de septiembre de 2006, Documento C10 (“Contrato PBII”).

⁴⁰ Modificación del Contrato de Permiso de la PBII, de 6 de junio de 2007, Documento R31.

⁴¹ Artículo 7 del Contrato PBII, véase nota 39 *supra* (“**SÉPTIMA: PLAZO Y VIGENCIA DEL PERMISO.** *El plazo de duración de este contrato es de quince (15) años, contados a partir de la fecha de suscripción de este instrumento, momento a partir del cual, entrará en vigencia el presente Permiso. Durante este plazo EL TITULAR DEL PERMISO tendrá todos los derechos que la ley ecuatoriana le concede, en particular la seguridad jurídica señalada en los Artículos veintitrés, numeral veintiséis y doscientos cuarenta y nueve, de la Constitución Política. Con anterioridad al término de la vigencia del Contrato, si el TITULAR DEL PERMISO manifiesta su interés de continuar operando, el OTORGANTE tomará conocimiento del mismo, calificará el servicio prestado durante la vigencia del Contrato y verificará las condiciones de los bienes, que le permitan autorizar una eventual extensión del PERMISO. El CONELEC*

95. La Demandante nunca inició las operaciones de generación de energía en la PBII, ni siquiera luego de la prórroga introducida por la modificación de 6 de junio 2007 de la fecha límite para el inicio de la generación. Conforme a la Demandante, la situación decadente del sector eléctrico, sin una perspectiva de operaciones rentables, no permitió más alternativa que intentar celebrar un PPA antes de iniciar la generación de energía⁴².
96. Luego de las reuniones mantenidas los días 5 y 12 de diciembre de 2007 y el 31 de enero de 2008 con el Ministro de Electricidad Mosquera, la Demandante intentó a principios de 2008 celebrar un PPA con CATEG (empresa distribuidora completamente controlada por CONELEC) y con otras entidades, a un precio que permitiría a PBII no sólo cubrir sus costos, sino también generar una ganancia sobre su inversión. Las negociaciones fueron infructuosas ya que estas compañías sólo estaban dispuestas a celebrar PPAs más baratos que los que la Demandante podía aceptar.
97. Al considerar que la ejecución del Contrato PBII se había tornado imposible en vista del ambiente comercial degradado del sector eléctrico, el 21 de diciembre de 2007, la Demandante notificó la existencia de un supuesto de fuerza mayor en virtud del artículo 25 del Contrato PBII⁴³.

Mediante carta de 17 de julio de 2008, CONELEC rechazó los fundamentos de la Demandante y afirmó que no estaba obligado a asegurar que la Demandante recibiera una remuneración comercialmente viable en contraprestación por la generación⁴⁴.

98. Según la Demandante, la perspectiva de ventas en el mercado al contado que condujeran a pagos cobrables era inexistente; por ende, el 23 de abril de 2008, solicitó que CONELEC aceptara la extinción del Contrato PBII⁴⁵. Tal solicitud fue denegada el 12 de septiembre de 2008 junto la exigencia de inicio de generación eléctrica⁴⁶.

de conformidad con el artículo cincuenta y seis del Reglamento de Concesiones, podrá prorrogar el plazo señalado. La prórroga del Permiso no podrá durar más allá de un período de tiempo igual al que la motivó”).

⁴² Manifestación del Reclamo, párr. 47.

⁴³ Carta de la Demandante al CONELEC, de 21 de diciembre de 2007, Documento C92.

⁴⁴ Carta del CONELEC a la Demandante, de 17 de julio de 2008, Documento C111.

⁴⁵ Carta de la Demandante al CONELEC, de 23 de abril de 2008, Documento C107.

⁴⁶ Carta del CONELEC a la Demandante, de 12 de septiembre de 2008, Documento C116 (“Consecuentemente, y con base en las conclusiones expuestas en dicho informe, insisto a usted para que la Barcaza PB II inicie las pruebas

99. Poco tiempo después, CONELEC impuso una multa de USD 63.647,51 a la Demandante por no haber iniciado la generación de energía hasta tal fecha⁴⁷.
100. También falló el intento subsiguiente de vender la PBII a una entidad estatal, Termoesmeraldas. La Demandada afirma que las negociaciones llegaron a un punto muerto debido a las condiciones que la Demandante deseaba imponer, en particular, aquellas relativas a las pruebas operacionales⁴⁸. No obstante, Termoesmeraldas también confesó, luego de siete meses de negociaciones, que no contaba con el dinero para completar la compra⁴⁹.
101. En el mes de abril de 2009, el Ministerio alentó la recepción de propuestas de PPAs de las generadoras privadas, incluida la Demandante, y preparó los términos de referencia para la negociación de los PPAs regulados con las compañías distribuidoras (“Términos de Referencia”). En virtud de los Términos de Referencia, las compañías de generación privada debían presentar propuestas basadas en dos modelos de los PPA. Se recibieron propuestas, pero no por parte de la Demandante, quien alegó estar preocupada por el mecanismo de “Fideicomiso de Pagos” como garantía de pago en virtud de un PPA⁵⁰.
102. Mediante una carta de 24 de septiembre de 2009, CONELEC informó a la Demandante que debido a “no haber entrado en operación comercial [...] CONELEC designa[r] un administrador temporal para que asuma la actividad de generación de la barcaza Power Barge II de acuerdo con el Contrato de Permiso”⁵¹. El 7 de octubre de 2009, una carta ulterior de CONELEC fue enviada a la Demandante a fin de informar que “conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de [la Resolución N° 89/09], CONELEC asume temporalmente, a través de un delegado, las actividades de generación que se derivan del Contrato de Permiso de la barcaza Power Barge II”⁵². Asimismo, dicha carta establecía que

operacionales correspondientes, previo a su operación comercial, hasta el día lunes 22 de septiembre 2008; en caso contrario, el CONELEC se reserva el derecho de aplicar lo estipulado en la Ley de Régimen del Sector Eléctrico [...]”)

⁴⁷ Carta del CONELEC a la Demandante, de 17 de octubre de 2008, Documento C118.

⁴⁸ Escrito de la Defensa, párr. 125.

⁴⁹ Manifestación del Reclamo, párr. 50.

⁵⁰ Escrito de la Contrarréplica, párrs 37-39.

⁵¹ Carta del CONELEC a la Demandante, de 24 de septiembre de 2009, Documento C130.

⁵² Carta del CONELEC a la Demandante, de 7 de octubre de 2009, Documento C132.

“CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR S.A., CELEC, ha[bía] sido designada como Administrador Temporal”⁵³.

103. El 8 de octubre de 2009, CONELEC procedió a tomar el control efectivo de la PBII desalojando físicamente a la tripulación de la Demandante del buque⁵⁴.
104. El 19 de marzo de 2010, CONELEC indicó que estaba listo para devolver la PBII exigiendo que “un representante de [la Demandante] tome recepción de la barcaza Power Barge II y suscriba al Acta de Entrega-Recepción correspondiente, misma que se suscribirá en la fecha antes indicada”⁵⁵. Según la Demandante, mediante la firma del recibo no sólo se reconocería la devolución del buque, sino que también se confirmaría que no había habido nada incorrecto en los actos de CONELEC y que no se había causado daño alguno al buque⁵⁶. Luego de 6 meses, se obtuvo un acuerdo para la liberación del buque sin tales condiciones⁵⁷.

De acuerdo con la Demandante, una nueva multa le fue impuesta durante ese período por no generar energía⁵⁸.

105. El 27 de septiembre de 2010, la Demandante recuperó el acceso a la PBII y supuestamente descubrió que graves daños habían sido causados a los motores⁵⁹. En particular, la Demandante acusa a la Demandada, *inter alia*, de no ejecutar adecuadamente un programa de entrada en calor, a pesar de conocer los riesgos involucrados⁶⁰. También sostiene que los motores fueron operados a temperaturas de combustible pesado de bajo costo, lo que se tradujo en un mayor daño de tales motores⁶¹. Además, la Demandante se refiere a los

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ Manifestación del Reclamo, párr. 56.

⁵⁵ Carta del CONELEC a la Demandante, de 19 de marzo de 2010, Documento C143.

⁵⁶ Manifestación del Reclamo, párr. 61.

⁵⁷ Carta de la Demandante al CONELEC, de 8 de septiembre de 2010, Documento C167 (“*Ulysseas tomará posesión de la Power Barge II ("PBII") el 27 de septiembre de 2010. En ese momento, los representantes de Ulysseas registrarán el estado y condiciones de la PBII y sus equipos. Con relación a ello, un experto independiente llevara a cabo una inspección sobre la seguridad y la operación de la PBII y sus equipos. Tan pronto como pueda hacerlo, Ulysseas informará hora de dicha inspección*”).

⁵⁸ Manifestación del Reclamo, párr. 61.

⁵⁹ *Ibíd.*, párr. 62.

⁶⁰ *Ibíd.*, párrs 33-36.

⁶¹ *Ibíd.*, párrs 37-40

registros de la bitácora correspondientes al 11 y 12 de marzo de 2010, los cuales indican que el Motor N° 3 alcanzó niveles de temperatura inseguros de 577° y 610°.

106. El 17 de marzo de 2011, CONELEC terminó el Contrato PBII, permitiendo a la Demandante que retirara la barcaza de Ecuador⁶².

CAPÍTULO III – EL FONDO DEL CASO

107. El Tribunal ha analizado los extensos argumentos fácticos y legales presentados por las Partes en sus presentaciones escritas y orales, las cuales el Tribunal ha considerado muy útiles. En el presente Laudo, el Tribunal analiza los argumentos más relevantes de las Partes para su decisión y formula sus conclusiones respecto de cada cuestión relativa al fondo de este caso.
108. En base a las respectivas afirmaciones, las cuestiones planteadas por las Partes en esta etapa de fondo se centran en los siguientes interrogantes principales:
- a) si las medidas de determinadas entidades del sector público en la industria eléctrica son atribuibles a la Demandada y si la conducta de tales entidades supuso una violación TBI;
 - b) si las medidas tomadas por la Demandada constituyeron una expropiación temporaria o equivalen a una expropiación indirecta y, por ende, violan el artículo III(1) del TBI;
 - c) si la Demandada incumplió su obligación de brindar un trato justo y equitativo al modificar el marco regulatorio y jurídico que se encontraba vigente al momento en que la Demandante invirtió en Ecuador y, en consecuencia, violó el artículo II(3)(a) del TBI;
 - d) si la Demandante violó su obligación de otorgar protección y seguridad plena a la inversión de la Demandante en virtud del artículo II(3)(a) del TBI;
 - e) si la Demandante tomó alguna medida discriminatoria contra la Demandante violando el artículo II(3)(b) del TBI;
 - f) si la Demandada tomó medidas arbitrarias en contra a la Demandante en violación del artículo II(3)(b) del TBI;

⁶² Resolución del CONELEC N° 014/11, de 17 de marzo de 2011, Documento R222.

- g) si la Demandante tiene derecho a una indemnización por la violación del TBI por parte de la Demandada y, en tal caso, cuál es el monto.

A. DERECHO APLICABLE

109. En pos de alcanzar una decisión relativa a las cuestiones mencionadas *supra*, debe determinarse el derecho aplicable al fondo de la presente controversia.

110. El artículo 33 (1) del Reglamento CNUDMI establece que:

“El tribunal arbitral aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables”.

111. El Tribunal coincide con la Demandada en que las normas del derecho aplicables a la presente controversia son principalmente las disposiciones del TBI⁶³. Algunas disposiciones del TBI se refieren al derecho internacional⁶⁴, así que tal derecho también será aplicable cuando resulte necesario para suplementar las disposiciones del TBI.

B. ATRIBUCIÓN A LA DEMANDADA DE LAS MEDIDAS TOMADAS POR CIERTAS ENTIDADES

1. Argumentos de la Demandante

112. Al determinar si Ecuador es responsable por la conducta de sus propias entidades estatales, la Demandante se refiere al artículo II(2)(b) del TBI, los artículos 4 de los Artículos de la CDI⁶⁵, al laudo del caso CIADI *Jan de Nul c. Egipto*⁶⁶, y al dictamen pericial suministrado por el Profesor Fabien Corral. De acuerdo a dicho dictamen, las entidades como

⁶³ Escrito de la Defensa, párr. 214.

⁶⁴ Tales como el artículo II(3)(a), en virtud del cual un “trato justo y equitativo” y la “protección y seguridad plena” se encuentran acompañados por un trato no “*menos favorable que el que exige el derecho internacional*”, o el artículo II(10)(b) que establece que las disposiciones sobre la nación más favorecida del TBI no serán aplicables a las ventajas concedidas por cualquiera de las Partes a los nacionales o las sociedades de ningún tercer país “[l]os compromisos vinculantes en virtud de cualquier convenio internacional multilateral amparado por el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio”, o el artículo III(2) en virtud del cual la “*expropiación y la indemnización correspondiente*” deben ajustarse “*a los principios del derecho internacional*”.

⁶⁵ Artículos de la CDI, Documento CLA30.

⁶⁶ *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. c. La República Árabe de Egipto*, Laudo de 6 de noviembre de 2008, Caso CIADI N° ARB/04/13, Documento RLA45.

CONELEC, CENACE, CATEG, PETROECUADOR y PETROCOMERCIAL “caían en la definición de órganos del Estado, entendido como parte del organismo o conjunto de órganos que conforman la Administración Pública y el Estado”⁶⁷.

113. La Demandante afirma que, en virtud del artículo 4 de los Artículos de la CDI, la conducta de CONELEC debería ser atribuida a la Demandada ya que CONELEC es un órgano del Estado Ecuatoriano⁶⁸. Según la Demandante, el artículo 225(1) de la Constitución Ecuatoriana de 2008 describe a CONELEC como una entidad “*cread[a] por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado*”⁶⁹. La Demandante también observa que CONELEC es una entidad creada “y controlada por” el Estado exclusivamente para hacerse cargo de las funciones regulatorias de electricidad del Estado, y que a CONELEC le está prohibido inmiscuirse en actividades comerciales⁷⁰.
114. Asimismo, la Demandante afirma que, aún si CONELEC no fuera formalmente un órgano de la Demandada, su conducta aún se le atribuiría a la Demandada en virtud del artículo 5 de los artículos de la CDI, el artículo 225(1) de la Constitución Ecuatoriana, los artículos 13(a), 13(i) y 39 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, y a la luz de su derecho a ejercer elementos de facultades gubernamentales y su conducta, la cual también refleja su función legal y regulatoria⁷¹. Como ejemplos de dicha conducta, la Demandante se refiere, en particular, a “(i) su otorgamiento de una concesión a Ulysseas para celebrar y para participar en un sector regulado; (ii) su participación en el establecimiento de las tarifas amplias del mercado y la alteración del flujo de la prioridad de cobranza; y (iii) actuar en la representación del Estado para intervenir y para tomar control sobre el navío para generar durante lo que fue declarado como un ‘período de emergencia’”⁷². Asimismo, la Demandante se refiere al Laudo Interino, en el cual el Tribunal sostuvo que la conducta de

⁶⁷ Segundo Informe del Dr. F. Corral, de 8 de agosto de 2011, presentado por la Demandante, párr. 23 (“Segundo Informe de Corral”).

⁶⁸ Manifestación del Reclamo, párr. 11.

⁶⁹ Constitución de Ecuador, de 20 de octubre de 2008, Documento CLA74.

⁷⁰ Declaración Contestataria, párr. 35.

⁷¹ Manifestación del Reclamo, párr. 11-13. La Demandante se refiere a la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, nota 7 *supra*.

⁷² Declaración Contestataria, párr. 35(c).

CONELEC era atribuible al Estado en la medida en la que ejerza poder público (“*puissance publique*”), lo cual, según la Demandante, sucedió en todas las instancias pertinentes relativas al caso en cuestión⁷³.

115. Según la opinión de la Demandante, el Contrato PBII no constituye un acuerdo comercial, sino un permiso que avala la ejecución de determinadas actividades reguladas. La Demandante se refiere a la cláusula relativa al objeto del contrato, a la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, y a la prohibición impuesta a CONELEC de participar en actividades comerciales del sector eléctrico como pruebas contrarias a adjudicar un carácter comercial al Contrato PBII⁷⁴.
116. En lo relativo al CENACE, la Demandante sostiene que dicha entidad administrativa debería ser considerada una “institución del Estado” en virtud de las Constituciones Ecuatorianas de 1998 y 2008 y que posee la facultad específica para hacerse cargo de las funciones del Estado en virtud de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico de 1996⁷⁵.
117. La Demandante también observa que PETROCOMERCIAL es una subsidiaria de la compañía petrolera estatal PETROECUADOR, la cual es propiedad en su totalidad de la Demandada. La Demandante sostiene que, dados los términos del artículo II(2)(b) del TBI, las entidades que son completamente propiedad del Estado o controladas por él no pueden eludir el surgimiento de la responsabilidad por parte de la Demandada cuando dichas entidades ejercen “*cualquier autoridad regulatoria, administrativa o gubernamental que la Parte le haya delegado*”. Asimismo, la Demandante afirma que PETROCOMERCIAL fue creada con el propósito específico de hacer las veces de compañía petrolera del país y la única proveedora de combustible conforme al programa *Combustible por Energía* y, consiguientemente, representa una agencia del Estado⁷⁶. La Demandante así argumenta

⁷³ Declaración Contestataria, párr. 35(d). La Demandante se refiere al Laudo Interino, como así también a *Impregilo S.p.A. c. la República Islámica de Pakistán*, Decisión sobre Jurisdicción de 22 de abril de 2005, Caso CIADI N° ARB/03/3, Documento RLA6 para observar que el umbral establecido en el caso fue tan alto como era posible; y a *Bayindir Insaat Turizim Ticaret Ve Sanayi A. S. c. la República Islámica de Pakistán*, Decisión sobre Jurisdicción de 14 de noviembre de 2005, Caso CIADI N° ARB/03/29, Documento CLA97 (“*Cuando un inversionista invoca una violación de un TBI por parte del estado anfitrión, la supuesta violación del tratado es por definición un acto de 'puissance publique'*”).

⁷⁴ Declaración Contestataria, párrs. 16-19.

⁷⁵ Manifestación del Reclamo, párr. 11; Declaración Contestataria, párr. 37.

⁷⁶ Declaración Contestataria, párr. 38; *Defense Industry of State X c. European Company*, Laudo Interino de 15 de agosto de 1991, Caso CCI N° 6465, Documento CLA105, pág. 29.

que la conducta de PETROCOMERCIAL y PETROECUADOR debería ser atribuida a la Demandada, si no como órganos del Estado Ecuatoriano, entonces en virtud del artículo 5 de los Artículos de la CDI, debido al ejercicio de autoridad gubernamental⁷⁷.

2. Argumentos de la Demandada

118. La Demandada afirma que los esfuerzos de la Demandante de atribuir la conducta de CENACE, CATEG, PETROCOMERCIAL y, en particular, CONELEC al Estado de Ecuador no encuentran sustento en el derecho internacional.
119. Invocando en primer lugar el Laudo Interino, la Demandada sostiene que CONELEC no es un órgano del Estado y que, por ende, el artículo 4 de los Artículos de la CDI no resulta de aplicación⁷⁸. Por el contrario, según la Demandada, la disposición de los Artículos de la CDI que regula si las acciones de CONELEC son atribuibles a la Demandada es el artículo 5. Consecuentemente, señala la Demandada, la controversia de las Partes sobre la atribución se encuentra en realidad limitada a si CONELEC ejercía “*puissance publique*” al llevar a cabo las acciones objetadas por la Demandante. En base a la decisión del caso *Impregilo c. Pakistán, inter alia*, la Demandada argumenta que la Demandante debería probar que las acciones en cuestión involucraban una “*actividad que excediera aquella de una parte contratante normal (‘puissance publique’)*”⁷⁹.
120. La Demandada sostiene que la “*naturaleza fundamental*” del Contrato PBII descrita por la Demandante carece de relevancia a los efectos de establecer la atribución. En referencia a los casos *Jan de Nul c. Egipto* y *Suez c. Argentina*, la Demandada sostiene que en ambos casos la naturaleza del contrato no fue considerada como prueba aplicable para determinar si las acciones en cuestión conformaban un ejercicio de “*puissance publique*”⁸⁰.

⁷⁷ Manifestación del Reclamo, párrs. 14-15.

⁷⁸ Escrito de la Defensa, párr. 216. La Demandada señala el Laudo Interino, párr. 156, en su referencia a CONELEC: “*El Estado de Ecuador ha creado por tanto una entidad especial, con personalidad jurídica separada, que tiene sus propios activos y recursos, capaz de demandar y ser demandada, encomendada con funciones y poderes para regular el sector eléctrico en nombre del Estado*”.

⁷⁹ Escrito de la Defensa, párrs. 218-220; *Impregilo S.p.A c. República Islámica de Pakistán*, véase nota 73 *supra*, párr. 266(b); *Siemens A.G. c. República Argentina*, Laudo de 6 de febrero de 2007, Caso CIADI N° ARB/02/08, Documento CLA64; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Laudo de 24 de julio de 2008, Caso CIADI N° ARB/05/22, Documento RLA7.

⁸⁰ Escrito de Contrarréplica, párrs. 64-67; *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto*, véase nota 66 *supra*; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., y InterAguas Servicios Integrales de Agua*,

121. Además, la Demandada señala que el artículo 12 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico de 1996 no le prohíbe a CONELEC utilizar mecanismos del derecho privado, “*como se evidencian sencillamente en el Contrato de [Permiso]*”, para cumplir sus obligaciones⁸¹. Según la Demandada, “*esa disposición significa solo que el CONELEC no podría ingresar al negocio de la generación, distribución o transmisión de energía, pero no se refiere al carácter gubernamental o comercial de las acciones específicas del CONELEC*”⁸².
122. En resumen, señala la Demandada, las acciones de CONELEC meramente representan un ejercicio de los recursos que estaban a su disposición en virtud del Contrato PBII, regido por el Código Civil Ecuatoriano. Al ejercer dichos recursos, la Demandada sostiene que CONELEC actuó como una parte contratante – “*al negarse a liberar a la Demandante de sus obligaciones contractuales*” – cuando declinó aceptar la solicitud de la Demandante de terminar el Contrato PBII. La Demandada observa que la imposición de multas por incumplimiento estaba estipulada específicamente en el Contrato de Permiso. y, al tomar el control de la PBII, CONELEC utilizó los poderes de exigir el cumplimiento que tenía a su disposición en virtud del Contrato PBII. Además, la Demandada afirma que la decisión de administrar temporalmente la PBII no se basó en el Decreto Presidencial N° 124, sino que se adoptó conforme al artículo 22 del Contrato PBII⁸³.
123. En síntesis, CONELEC “*estaba actuando como parte del Contrato de [permiso]*”⁸⁴. Asimismo, la Demandante observa que la Resolución 089/2009, mediante la cual CONELEC ordenó la administración temporal del PBII, establece en sus Considerandos y artículos que se basa en el “*incumplimiento de contrato*”⁸⁵.

S.A. y Vivendi Universal S.A. c. la República Argentina, Decisión sobre Responsabilidad de 30 de julio de 2010, Caso CIADI N° ARB/03/17, Documento RLA21.

⁸¹ Artículo 12 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico de 1996, véase nota 7 *supra*: “*CONELEC no ejercerá actividades empresariales en el sector eléctrico*”.)

⁸² RPHS, párr. 18.

⁸³ Escrito de Contrarréplica, párrs. 70-76.

⁸⁴ Transcripción, Día 5, pág. 104:24-25.

⁸⁵ Transcripción, Día 5, pág. 105:24.

3. Análisis y conclusión del Tribunal

124. A este respecto, ambas Partes se han referido a los Artículos de la CDI y al artículo II(2)(b) del TBI. Este último artículo establece que “[c]ada parte se asegurará de que las empresas estatales que mantenga o establezca actúen de manera compatible con las obligaciones de esa Parte en virtud del presente Tratado, cuando ejerzan cualquier facultad reguladora, administrativa o pública que le haya sido delegada por esa Parte como, por ejemplo, la facultad de expropiar, otorgar licencias, aprobar operaciones comerciales o imponer cuotas, derechos u otros gravámenes”.
125. La Demandante ha mencionado algunas entidades del Estado Ecuatoriano, en especial CONELEC, el Ministerio de Electricidad, CENACE, CATEG, PETROCOMERCIAL y PETROECUADOR, y ha sostenido que su conducta es atribuible a la Demandada en su carácter de órganos del Estado Ecuatoriano de conformidad con el artículo 4 de los Artículos de la CDI o por su ejercicio de autoridad gubernamental conforme el artículo 5 de los artículos de la CDI y el artículo II (2)(b) del TBI⁸⁶.
126. El artículo 4(2) de los Artículos de la CDI establece que “[u]n órgano incluye a toda persona o entidad que tenga esa condición de acuerdo con la ley interna del Estado”. Otras decisiones relativas a tratados de inversión han confirmado que para determinar si una entidad es un órgano del Estado debe recurrirse al derecho interno del Estado⁸⁷.
127. A excepción del Ministerio de Electricidad, el cual obviamente constituye un órgano del Estado Ecuatoriano, las otras entidades mencionadas por la Demandante (las “Entidades”) gozan de una personalidad jurídica individual, y poseen sus propios activos y recursos para cumplir con sus obligaciones. Aún debe determinarse si individualmente CONELEC, CENACE, CATEG, PETROECUADOR y PETROCOMERCIAL son órganos del Estado Ecuatoriano o, caso contrario, si en sus relaciones con la Demandante han ejercido “cualquier facultad reguladora, administrativa o pública” que le haya sido delegada por parte del Estado Ecuatoriano⁸⁸.

⁸⁶ Declaración Contestataria, párrs. 34-38.

⁸⁷ Véase *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto*, véase nota 66 *supra*, párr. 160.

⁸⁸ Laudo Interino, párr. 156.

128. El hecho de que en virtud del sistema jurídico ecuatoriano, tanto la Constitución de 1998 como la de 2008, definan a todas las Entidades como parte del sector público en el área relacionada a la energía eléctrica⁸⁹ no es *per se* suficiente para atribuir sus conductas al Estado como si fuesen órganos del mismo. El Tribunal ya ha indicado que CONELEC no es un órgano del Estado Ecuatoriano⁹⁰.
129. CONELEC (*Consejo Nacional de Electricidad*) es una entidad jurídica creada por Ley, que tiene como objetivos la regulación y control de la actividad eléctrica, la expedición de normas generalmente obligatorias, la aplicación de sanciones legales, reglamentarias y contractuales por infracciones en temas eléctricos, el ejercicio de las funciones de autoridad concedente a nombre del Estado, la resolución respecto de la intervención, la caducidad, la prórroga de las concesiones, licencias y permisos⁹¹.
130. CENACE (*Centro Nacional de Control de Energía*), de acuerdo con la Ley de Régimen del Sector Eléctrico (que lo califica como una “*corporación de derecho civil sin fines de lucro [sujeta al código civil]*”), realiza tareas vinculadas con el ejercicio de la potestad reguladora del Estado respecto del MEM al ejercer control del mercado y llevar a cabo actividades para resguardar las condiciones de seguridad de la operación del Sistema Nacional Interconectado y la preservación de la eficiencia global del sector, así como para controlar la operación de las instalaciones de generación⁹².
131. CATEG (*Corporación para la Administración Temporal Eléctrica de Guayaquil*), creada por el Decreto Ejecutivo N° 712, de 18 de agosto de 2003, como una corporación privada sin fines de lucro, desarrolla actividades relacionadas con la distribución y comercialización de la energía eléctrica en la ciudad de Guayaquil⁹³.
132. PETROECUADOR, la empresa estatal Petróleos del Ecuador, creada mediante Ley N° 45, de 26 de septiembre de 1989, con personalidad jurídica y patrimonio propio, realiza

⁸⁹ Segundo Informe de Corral, véase nota 67 *supra*, párr. 7. Según el Profesor Corral, su informe “*no pretende cubrir ni analizar el derecho internacional público*” (párr. 2).

⁹⁰ Laudo Interino, párr. 154.

⁹¹ Segundo Informe de Corral, párr. 8.

⁹² Segundo Informe de Corral, párr. 9.

⁹³ Segundo Informe de Corral, párrs. 12-13.

actividades que se encuentran directamente relacionadas con el ejercicio de las potestades estatales en materia petrolera aludidas en el artículo 247 de la Constitución de 1998⁹⁴.

133. PETROCOMERCIAL, empresa estatal vinculada con PETROECUADOR, fue creada en virtud de la misma Ley Especial que creó PETROECUADOR, la cual también dispuso la creación de filiales de primer orden para las actividades de comercialización y transporte dentro del sector petrolero⁹⁵.
134. Todas las Entidades se encuentran sujetas a un sistema de controles en virtud de la Constitución de 1998, el cual es ejercido por la Contraloría General del Estado de Ecuador, en lo relativo a sus ingresos, gastos e inversiones y la utilización y custodia de los bienes públicos⁹⁶. La Constitución de 2008 reforzó la naturaleza pública de las Entidades al disponer que “*funcionarán como sociedades de derecho público...*” y que “*el Estado siempre tendrá la mayoría accionaría, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos*”⁹⁷.
135. El hecho de que las Entidades sean parte del sector público ecuatoriano y se encuentren sujetas a un sistema de controles por parte del Estado en vista de los intereses públicos involucrados en su actividad no las convierte en órganos del Estado Ecuatoriano a los fines del artículo 4 de los Artículos de la CDI. Cada una de las Entidades puede clasificarse dentro del alcance del artículo 5 de los Artículos de la CDI y del artículo II(2)(b) del TBI en la medida en que la autoridad gubernamental le haya sido delegada, con la consecuencia de que algunos de sus actos pueden ser atribuibles al Estado, siempre que “*esté actuando en ese carácter en el caso particular*”⁹⁸.
136. Las afirmaciones de la Demandante relativas a la conducta de las Entidades demuestran que, salvo en instancias específicas que deben mencionarse, ninguna de ellas ha ejercido elementos de la autoridad gubernamental en sus relaciones con la Demandante, tal como se indica a continuación.

⁹⁴ Segundo Informe de Corral, párr. 14.

⁹⁵ Segundo Informe de Corral, párr. 15.

⁹⁶ Segundo Informe de Corral, párr. 16.

⁹⁷ Segundo Informe de Corral, párrs. 19 y 22 (iii); Constitución de 2008, artículo 315.

⁹⁸ Artículos de la CDI, véase nota 65 *supra*, artículo 5.

137. CONELEC ha ejercido la autoridad gubernamental que le fue delegada por los artículos 2 y 3 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico al otorgar el Permiso. No obstante, al celebrar el Contrato de Permiso con la Demandante relativo a la PBII y una vez que el Contrato de Permiso fue suscrito, la conducta de CONELEC en a la ejecución contractual debe ser evaluada en base a las disposiciones contractuales aceptadas por la Demandante cuando firmó el Contrato de Permiso el 12 de septiembre de 2006, y que fueron confirmadas mediante la modificación del Contrato de Permiso de 6 de junio de 2007.
138. Tal como lo afirma el tribunal del caso *Impregilo c. Pakistán*, sólo las medidas tomadas por el Estado “i” pueden ser consideradas a los efectos de la atribución⁹⁹. De manera similar, en el caso *Jan de Nul c. Egipto* se sostuvo que lo que importa “no [es] el elemento ‘servicio público’, sino el uso de ‘prerrogativas de puissance publique’ o autoridad gubernamental”¹⁰⁰.
139. El hecho de que el Contrato de Permiso no sea un contrato de derecho privado sino un contrato administrativo, como señala la Demandante¹⁰¹, no altera esta conclusión. Tal y como se indica en el Laudo Interino, el Contrato de Permiso demuestra en sus propios términos que sólo CONELEC, no el Estado Ecuatoriano, es una parte contratante¹⁰². La conducta de CONELEC debe ser atribuida sólo a esa misma entidad, no al Estado de Ecuador, salvo que ejerza su facultad gubernamental en sus negociaciones con el inversionista. Las declaraciones de la Demandante se relacionan mayormente con la conducta contractual, no con las acciones de CONELEC fuera del Contrato de Permiso como “*puissance publique*”. En la medida en que cualquiera de dichas acciones hayan sido llevadas a cabo fuera del ámbito del Contrato de Permiso, la conducta de CONELEC será atribuible al Estado de acuerdo con el artículo 5 de los Artículos de la CDI y el artículo II(2)(b) del TBI¹⁰³. El siguiente análisis demostrará que no pueden entablarse

⁹⁹ *Impregilo S.p.A c. República Islámica de Pakistán*, véase nota 73 *supra*, párr. 143. Se arribó a una decisión similar en el caso *Siemens A. G. c. República Argentina*, véase nota 79 *supra*; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, véase nota 79 *supra*.

¹⁰⁰ *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto*, véase nota 66 *supra*, párrs. 166-167.

¹⁰¹ Declaración Contestataria, párr. 19.

¹⁰² Laudo Interino, párrs. 157-161.

¹⁰³ Este es el caso de la referencia de la Demandante al hecho de que el CONELEC participó con el Ministerio de Energía y el CENACE “en la alteración de manera repetida de la prioridad del esquema de pago hasta el punto de eliminar toda estabilidad legal: favoreció a las compañías que son propiedad del gobierno sobre los generadores privados”: Declaración Contestataria, párr. 35 (e)(i). Sin embargo, el Documento C77 al cual se refiere la Demandante

válidamente reclamos por incumplimiento del TBI contra la Demandada debido al ejercicio de CONELEC de sus facultades regulatorias.

140. La conducta de CENACE, como conducta de una entidad pública creada y controlada por el Estado Ecuatoriano, relativa a la administración de las operaciones técnicas y financieras en virtud del MEM conforme al artículo 23 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, es atribuible al Estado Ecuatoriano. Tal conducta tuvo un efecto limitado sobre la actividad de la Demandante si se considera que la Demandante nunca ha operado en el MEM. El análisis que se desarrollará a continuación demuestra que no pueden entablarse válidamente reclamos por incumplimiento del TBI contra la Demandada debido al ejercicio por parte de CENACE de sus facultades regulatorias.
141. En el mes de enero de 2008, CATEG sólo se involucró respecto del intento fallido por parte de la Demandante de asegurar un PPA conforme a la indicación del Ministro Mosquera de que dicha Compañía celebraría dicho acuerdo con la Demandante en condiciones aceptables. CATEG, en su carácter de persona jurídica individual, no se consideró vinculada por las indicaciones del Ministro a la Demandante y rehusó celebrar un PPA con la Demandante en las condiciones ofertadas. Las acciones de CATEG, impulsadas efectivamente por cuestiones meramente comerciales, no son atribuibles a la Demandada, tal como será analizado en mayor profundidad.
142. La misma conclusión es aplicable a la conducta de PETROECUADOR y PETROCOMERCIAL, en consideración de que no se entablaron relaciones directas entre la Demandante y dichas compañías dada la ausencia de actividades de generación de energía por parte de PBI¹⁰⁴.
143. Por consiguiente, ninguna de las acciones llevadas a cabo por las Entidades en sus relaciones con la Demandante o que tengan cualquier otro efecto sobre sus actividades es atribuible a la Demandada.

en este contexto registra una decisión de una Comisión del Ministerio de Energía, de 7 de junio de 2007, que no involucra al CONELEC.

¹⁰⁴ PETROCOMERCIAL suministró combustible a la Demandante, el cual fue utilizado por la PBI (Manifestación del Reclamo, párr. 106), por consiguiente, fuera del alcance de la presente controversia.

C. LA SUPUESTA EXPROPIACIÓN DE LA INVERSIÓN DE LA DEMANDANTE POR PARTE DE LA DEMANDADA

144. La Demandante sostiene que la expropiación de sus activos por parte de la Demandada ha adoptado dos formas: una expropiación temporaria, que consistió en la incautación física directa de PBII prácticamente por un año, y una expropiación indirecta, que surgió de la privación efectiva del valor económico de la inversión de la Demandante por parte de la Demandada¹⁰⁵.

1. Las posiciones de las Partes

(i) *Expropiación temporaria*

a. Argumentos de la Demandante

145. Respecto de la expropiación temporaria, la Demandante afirma que la Demandada asumió el control de PBII contra la voluntad de la Demandante, y, por ende, privó a la Demandante tanto del uso de PBII, como del goce de sus beneficios¹⁰⁶. A pesar de que finalmente la Demandada devolvió PBII, la Demandante invoca la decisión de *Wena Hotels Ltd c. República Árabe de Egipto*¹⁰⁷, en la que el tribunal entendió que cuando Egipto tomó posesión el hotel de los inversionistas por un período de aproximadamente un año hubo una expropiación temporaria, ya que tal privación fue suficiente para constituir una expropiación, porque fue “*más que una interferencia efímera en el uso de esos bienes o en el goce de sus beneficios*”¹⁰⁸.

146. La Demandante aduce que, si bien la Demandada finalmente devolvió PBII, no hizo ningún esfuerzo para restituirla a su condición original, previa a la incautación. La Demandante también sostiene que la oferta de indemnización (aproximadamente USD 2 millones) no equivalió a una “*indemnización pronta, adecuada y efectiva*”¹⁰⁹. En todo

¹⁰⁵ Manifestación del Reclamo, párr. 102.

¹⁰⁶ Manifestación del Reclamo, párr. 104.

¹⁰⁷ *Wena Hotels Ltd c. República Árabe de Egipto*, Laudo de 8 de diciembre de 2000, Caso CIADI N° ARB/98/4, Documento CLA29.

¹⁰⁸ Manifestación del Reclamo, párr. 103.

¹⁰⁹ Transcripción Día 1, pág. 44:1-7: “*Ellos se basan en el hecho de que pagaron una indemnización, pero las condiciones de indemnización para la ley de Ecuador no son los estándares para compensación por expropiación en la*

caso, la Demandante argumenta que no se hizo ningún pago efectivo debido a los esfuerzos concertados y coordinados de CONELEC y PETROCOMERCIAL¹¹⁰.

147. Por último, la Demandante considera que la conducta de la Demandada no sólo infringió las obligaciones de la Demandada en virtud del Derecho internacional, sino también sus compromisos contractuales de mantener un ambiente jurídico estable para la operación de la barcaza¹¹¹. La Demandante señala que tanto como una cuestión del Derecho internacional, como del Derecho ecuatoriano, “*el Estado responsable no puede basarse en las disposiciones de su derecho interno como justificación por la falta de cumplimiento de sus obligaciones...*”¹¹².

b. Argumentos de la Demandada

148. La Demandada sostiene que no hubo expropiación temporaria porque: (i) las acciones de CONELEC fueron las de una parte contratante y no pueden equivaler a la expropiación; (ii) la Administración Temporal no privó a la Demandante de ningún valor económico, sino que, por el contrario, creó valor para la Demandante; (iii) las acciones de CONELEC estuvieron plenamente justificadas por el Contrato de Permiso y el Derecho ecuatoriano; (iv) la Demandante no perdió el control, uso y goce de PBII durante la Administración Temporal¹¹³.
149. En primer lugar, la Demandada aduce que CONELEC no es un órgano del Estado y, por ende, sólo aquellas acciones que recaigan dentro del ámbito del artículo 5 de los Artículos de la CDI son atribuibles a la Demandada. En particular, la Demandada afirma que un incumplimiento contractual no equivale a la expropiación conforme al Derecho internacional, si el Estado actúa como parte del contrato. En la opinión de la Demandada, CONELEC sencillamente actuó de conformidad con el Contrato de Permiso. Incluso si sus

legislación internacional. La evidencia muestra que el valor de la propiedad que se capturó fue mucho más alto que la proporcionada por el Estado”.

¹¹⁰ Manifestación del Reclamo, párrs. 105-106.

¹¹¹ Manifestación del Reclamo, párr. 107(b).

¹¹² Manifestación del Reclamo, párr. 107(a); CVDT, artículo 27, Documento CLA5; Artículos de la CDI, nota 65 *supra*, Artículo 32.

¹¹³ Escrito de la Defensa, párr. 228. Véase también Escrito Posterior a la Audiencia presentado por la Demandada, párr. 36.

acciones hubieran infringido el Contrato de Permiso, no constituyeron un ejercicio de la autoridad gubernamental y no son atribuibles a la Demandada¹¹⁴.

150. En segundo lugar, la Demandada insiste en que la Demandante no sufrió ninguna privación, porque fue la Demandante quien de forma persistente se negó a operar PBII o a cooperar con CONELEC y el Administrador Temporal. Según la Demandada, la Demandante se negó a actuar como el operador delegado de CONELEC y a reanudar la operación de PBII. La Demandante también se negó a aceptar la devolución de PBII durante más de seis meses y a cooperar con CONELEC para garantizar una inspección conjunta de PBII¹¹⁵.
151. En tercer lugar, la Demandada sostiene que las medidas de CONELEC estaban justificadas sobre la base del artículo 22 del Contrato de Permiso, de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico de 1996 y del Reglamento de Concesiones. La facultad para tomar posesión de PBII si la Demandante se negaba a generar electricidad se reconocía expresamente en el Derecho ecuatoriano, incorporado por referencia al Contrato de Permiso.
152. En cualquier caso, la Demandada cita los casos de *LG&E c. Argentina* y *Gustav F W Hamester c. Ghana* y sostiene que, como regla, sólo una interferencia permanente puede constituir una expropiación. En opinión de la Demandada, esto se aplica en particular si la intervención se realiza a efectos de mantener “*la Concesión viva*”, como señaló el tribunal de *Gemplus*. Asimismo, la Demandada se refiere al caso de *Wena Hotels*, cuyos hechos, considera, no son análogos. La Demandada argumenta que *Wena Hotels*, invocado por la Demandante, difiere en los hechos, ya que Egipto no discutía que las acciones de la compañía matriz de turismo del Estado fueran incorrectas. No obstante, la Demandada entiende que CONELEC no sólo actuó conforme a los términos del Contrato de Permiso, sino que “*en este caso no había ninguna posibilidad de interrupción del negocio cuando*

¹¹⁴ Escrito de la Defensa, párrs. 260-267; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, nota 79 *supra*; *Impregilo S.p.A c. República Islámica de Pakistán*, nota 73 *supra*; *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo de 30 de abril de 2004, Caso CIADI N° ARB(AF)/00/3 (TLCAN), Documento RLA23; *Azurix Corp. c. República Argentina*, Laudo de 14 de julio de 2006, Caso CIADI N° ARB/01/12, Documento CLA62.

¹¹⁵ Escrito de la Defensa, párrs. 268-275.

el CONELEC asumió la Administración Temporal [...]. El CONELEC se limitó a hacer que el propósito del Contrato de Licencia surtiera su efecto”¹¹⁶.

153. Por último, la Demandada afirma que la Demandante entregó PBII “*voluntariamente [...] y recibió el pago por el uso*” durante la Administración Temporal. La Demandada insiste en que la Demandante tuvo la libertad de retomar y operar PBII en todo momento, pero “*se negó de manera persistente a hacerlo*”¹¹⁷. Además, la Demandada acusa a la Demandante de haber demorado la devolución de PBII por seis meses de forma deliberada e irracional, lo que resultó en la prórroga de la Administración Temporal hasta el final de la emergencia eléctrica, cuyo vencimiento era el 7 de mayo de 2010. De allí en adelante, PBII estuvo a disposición de la Demandante por más de cuatro meses, hasta que la Demandante decidió recibirla el 27 de septiembre de 2010¹¹⁸.

(ii) *Expropiación indirecta*

a. Argumentos de la Demandante

154. La Demandante también aduce que la Demandada tomó medidas equivalentes a la expropiación. La Demandante se refiere a los casos *Metalclad* y *Revere Cooper*. Según la decisión adoptada en el marco del caso *Metalclad*, la expropiación también cubre “*la interferencia encubierta o circunstancial en el uso del bien, la cual tiene el efecto de privar al propietario, del uso o del beneficio económico de un bien que razonablemente pudiera esperarse aún si no fuere necesariamente para el evidente beneficio del Estado anfitrión*”¹¹⁹.
155. La Demandante argumenta que los cambios introducidos por la Demandada al marco regulatorio dejaron a la Demandante una única opción: generar una pérdida o ceder el control

¹¹⁶ Escrito de la Defensa, párrs. 276-282; *LG&E c. Argentina*, Decisión sobre Responsabilidad de 3 de octubre de 2006, Caso CIADI N° ARB/02/1, Documento RLA18; *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, Laudo de 18 de junio de 2010, Caso CIADI N° ARB/07/24, Documento RLA9; *Gemplus S. A. y Talsud S. A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo de 16 de junio de 2010, Caso CIADI N° ARB(AF)/04/3 y N° ARB(AF)/04/4, Documento RLA27; *Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto*, nota 106 *supra*.

¹¹⁷ RPHS, párr. 36.

¹¹⁸ RPHS, párrs. 36-39.

¹¹⁹ Manifestación del Reclamo, párr. 108; *Metalclad Corp. c. México*, Laudo de 30 de agosto de 2000, Caso CIADI N° ARB(AF)/97/1, Documento CLA28; *Revere Copper & Brass Inc. c. Overseas Private Investment Corp.*, (1978), 17 Int'l Legal Materials 1321, Documento CLA6.

a la Demandada. Asimismo, la Demandante afirma que, como consecuencia de los daños que la Demandada causó a PBII, la Demandante ya no puede generar en absoluto: “[la Demandante] *consiguió un barco estropeado que exige 7 millones de dólares para poder repararlo. Esto es parecido a expropiación [...]. Ecuador ha hecho que Ulysseas no tuviera acceso al barco o utilidad del barco*”¹²⁰. La Demandante considera que este curso de acción equivale a una expropiación indirecta¹²¹.

156. Según la Demandante, al momento de la incautación, PBII estaba en condiciones operativas¹²². Acusa a la Demandada de no haber implementado el programa de entrada en calor adecuadamente, lo que produjo los daños a la barcaza¹²³. La Demandante también sostiene que los daños hallados por MAN cuando inspeccionó PBII y la declaración de D. Manuel Salazar son consistentes con el hecho de que los motores fueran utilizados con petróleo pesado a bajas temperaturas¹²⁴.
157. Asimismo, la Demandante destaca que las anotaciones de la bitácora correspondientes al 11 y 12 de marzo de 2010, indican que el Motor N° 3 llegó a niveles inseguros de 577° y 610°. D. Javier Lasluiza, testigo de la Demandada, sostuvo durante la audiencia que aquellos niveles debían ser un “*error de escritura*”¹²⁵. La Demandante señala que tales pruebas “*pone al Tribunal en una posición difícil: o Termopichincha estaba utilizando los motores muy por fuera de los parámetros [...] o no se podía confiar en que colocaran datos básicos y sencillos en los registros*” [Traducción libre]¹²⁶.
158. La Demandante arguye que, como resultado de estas acciones, ha sufrido una privación considerable, dado que ha perdido todo el valor de su inversión. La Demandante sostiene que las acciones de la Demandada privaron a la Demandante de toda expectativa de generar cuentas por cobrar que tuvieran alguna posibilidad razonable de cobro. La Demandante destaca que ni siquiera podía recuperar una suma que al menos cubriera sus

¹²⁰ Transcripción Día 1, pág. 44:5-8.

¹²¹ Manifestación del Reclamo, párr. 111.

¹²² CPHS, párrs. 30-32.

¹²³ *Ibid.*, párrs. 33-36.

¹²⁴ *Ibid.*, párrs. 37-40

¹²⁵ Transcripción, Día 4, pág. 704:23.

¹²⁶ CPHS, párrs. 41-45.

costos iniciales. La Demandante también señala que no pudo encontrar un comprador dispuesto a ponerse en su lugar en aquellas circunstancias¹²⁷.

159. Al considerar si hubo una “*privación sustancial*” de su inversión, la Demandante invoca en primer lugar los casos de *Suez c. Argentina* y *CMS c. Argentina*, según el que “*la cuestión esencial es determinar si el goce de los bienes ha sido neutralizado efectivamente*”, porque “*la norma, donde se sostiene la expropiación indirecta es el de la privación sustancial*”¹²⁸. Tras cuestionar la relevancia de un “*caso de arbitraje entre un Estado y otro Estado en 1934*” mencionado por la Demandada (refiriéndose a *Oscar Chinn*), la Demandante insiste en que este caso no se trata de la toma de malas decisiones comerciales, sino de una situación en la que la inversión de la Demandante fue inmersa en un régimen legal y regulatorio que no le permitió operar como para recuperar sus costos razonables o generar un retorno¹²⁹.
160. En relación con el argumento de la Demandada de que hubo entidades en una situación similar que pudieron generar ganancias, la Demandante sostiene que la Demandada no ha ofrecido pruebas para respaldar esta alegación. Además, la Demandante aduce que los reportajes de prensa parecen contar “*una historia muy diferente*”. La Demandante se refiere a *Noble Energy Inc. c. Ecuador*, donde se registró que el operador no estaba generando ganancias, y al informe de D. Jan Veldwijk, donde señala que estaba recibiendo información similar en relación con Termoguayas. La Demandante también cita los casos de *Duke c. Ecuador* y *Noble c. Ecuador*, donde las demandantes, que habían celebrado contratos con Ecuador, tuvieron dificultades para cobrar¹³⁰.
161. La Demandante también argumenta que la Demandada no ofrece pruebas de que hubiera conversaciones entre la Demandante y empresas distribuidoras para celebrar un PPA ni de que aquellas conversaciones cesaran debido a la falta de razonabilidad de la

¹²⁷ Declaración Contestataria, párr. 81.

¹²⁸ Declaración Contestataria, párr. 80; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales de Agua S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, nota 80 *supra*.

¹²⁹ Declaración Contestataria, párr. 82.

¹³⁰ *Ibíd.*, párr. 82; *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, Laudo de 18 de agosto de 2008, Caso CIADI N° ARB/04/19, Documento RLA2; *Noble Energy Inc. y Machalapower CIA. LTDA c. República del Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad*, Decisión sobre Jurisdicción de 5 de marzo de 2008, Caso CIADI N° ARB/05/12, Documento RLA3.

Demandante¹³¹. La Demandante afirma que “*todas las propuestas de la Demandante fueron rechazadas por las distribuidoras (estatales todas), sin contra oferta alguna ni esfuerzo ulterior tendiente a lograr términos que pudieran consensuarse*” [Traducción libre]¹³².

162. Por último, la Demandante refuta el argumento de la Demandada de que no puede reclamar que fue substancialmente privada del valor de su inversión porque “*accedió voluntariamente a través del Contrato PBII a mantener la barcaza en Ecuador durante 15 años*”. La Demandante señala que la celebración del Contrato PBII tuvo como premisa la suposición de que CONELEC aseguraría que su parte del trato se mantuviera, “*lo cual no sucedió*”¹³³.

b. Argumentos de la Demandada

163. Según la Demandada, no hubo expropiación indirecta porque la Demandada no privó radical o substancialmente a la Demandante del valor económico de PBII. Según la Demandada, a fin de establecer la expropiación indirecta, la Demandante debe demostrar, *inter alia*, que (i) la Demandada ha privado a la Demandante del valor de PBII y (ii) esta privación no puede justificarse como una instancia de regulación razonable¹³⁴.
164. En cuanto al requisito de “*privación substancial*”, la Demandada señala que (i) una “*privación substancial*” es un estándar estricto que no se cumple en este caso, (ii) la falta de viabilidad del supuesto proyecto de PBII de la Demandante no se debió a ninguna acción de la Demandada y (iii) la Demandada actuó razonablemente en conexión con PBII¹³⁵.
165. Respecto del estándar aplicable, la Demandada invoca, *inter alia*, el caso de *Glamis Gold c. Estados Unidos* para explicar que la “*privación*” implica un umbral alto de interferencia por parte del Estado receptor. La Demandada se remite a *LG&E c. Argentina*, *Enron c. Argentina* y *CMS c. Argentina* para demostrar que los tribunales de inversión han

¹³¹ Declaración Contestataria, párr. 86.

¹³² CPHS, párr. 18.

¹³³ Declaración Contestataria, párrs. 83-84.

¹³⁴ Escrito de la Defensa, párr. 229.

¹³⁵ *Ibíd.*, párr. 229

establecido, de manera congruente, que no hay expropiación cuando el inversor sigue gozando del dominio o del control de la inversión¹³⁶.

166. La Demandada también aduce que, incluso si las acciones de la Demandada hubieran disminuido la rentabilidad esperada de la inversión de la Demandante, esto no equivaldría a una expropiación directa o indirecta. La Demandada se refiere a varios casos, incluidos *Occidental c. Ecuador*, *Waste Management* y *Oscar Chinn*, en cuyo marco los tribunales entendieron que la “privación substancial” no estaba presente a pesar de que se había interferido con la rentabilidad económica. La Demandada también alega que la Demandante comete un error al invocar el caso de *Revere Copper*. La Demandada sostiene que en *Revere Copper* un Gobierno recientemente electo aumentó las regalías que el inversionista debía pagar tan drásticamente que el inversor dejó de operar. Sin embargo, la Demandada considera que no hubo una repudiación del Contrato de Permiso en el presente caso: por el contrario, CONELEC simplemente insistió en que la Demandante adhiriera a los términos del Contrato de Permiso y operara PBII¹³⁷.
167. La Demandada señala que la carga de la prueba para establecer la expropiación recae en la Demandante y afirma que la Demandante no ha cumplido con esta carga, porque no ha ofrecido pruebas de que sólo hubiera podido operar a PBII a pérdida. Asimismo, la Demandada argumenta que en su Declaración Testimonial D. Jan Veldwijk acepta que la Demandante podría al menos haber logrado “ni ganancias ni pérdidas”¹³⁸.
168. La Demandada considera que el reclamo por expropiación de la Demandante fracasaría incluso si la Demandante pudiera establecer que de alguna manera fue privada del valor de PBII, porque la Demandada no causó tal privación¹³⁹. La Demandada sostiene que la Demandante no puede cumplir con esta carga estricta de establecer un “nexo causal

¹³⁶ *Ibid.*, párrs. 230-234; *Glamis Gold c. Estados Unidos de América*, Laudo de 8 de junio de 2009, CNUDMI, Documento RLA10; *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P.c. República Argentina*, Laudo de 22 de mayo de 2007, Caso CIADI N° ARB/01/3, Documento RLA16; *CMS c. República Argentina*, Laudo de 2 de mayo de 2005, Caso CIADI N° ARB/01/8, Documento RLA17; *LG&E c. República Argentina*, nota 116 *supra*.

¹³⁷ Escrito de la Defensa, párrs. 234-242; *Caso concerniente a Oscar Chinn (Reino Unido c. Bélgica)*, Sentencia, PCIJ Ser.A/B N° 63, de 12 de diciembre de 1934, Documento RLA20; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., InterAguas Servicios Integrales de Agua S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, nota 80 *supra*; *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, nota 114 *supra*; *Metalclad Corp. c. México*, nota 119 *supra*; y *Revere Copper & Brass Inc. v. Overseas Private Investment Corp.*, nota 119 *supra*.

¹³⁸ Escrito de la Defensa, párrs. 243-245; *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Laudo de 26 de julio de 2007, Caso CIADI N° ARB/02/18, Documento RLA24.

¹³⁹ Escrito de la Defensa, párr. 247.

adecuado”, como se estableció en *Olguín c. Paraguay*¹⁴⁰. La Demandada también objeta al reclamo de la Demandante de que la suma pagada por CONELEC fuera insuficiente y establece que la Demandante nunca había indicado que la suma fuera inadecuada¹⁴¹.

169. Según la Demandada, PBII sólo resultó ser menos redituable de lo que se esperaba debido a la propia conducta de la Demandante. Aduce que la Demandante incurrió en gastos excesivos e ilegítimos cuando intentó instalar la barcaza en Puerto Hondo y Santa Elena sin aprobación, y que no celebró un PPA –lo que causó más problemas, incluida una peor posición en el orden de prioridades de pago– debido a que insistió en términos irrazonables¹⁴². La Demandada también señala que CONELEC rescindió el Contrato de Permiso de PBII el 17 de marzo de 2011¹⁴³. Respecto del reclamo de la Demandante de que no podía encontrar un comprador para PBII, la Demandada afirma que “es absurdo” y argumenta que la Demandante no puede reclamar que hubo una privación sobre la base de que aún posee su inversión¹⁴⁴.
170. Asimismo, la Demandada reclama que, incluso si se probara que sus acciones privaron al proyecto PBII de todo valor, la Demandante no podría demostrar que fue la entidad quien sufrió como consecuencia. La Demandada afirma que Proteus Power, en su carácter de fletador, era la entidad con derecho al “*uso, dominio, control, posesión y mando exclusivo de [PBII]*”, y, por ende, la única parte que podría reclamar por daños¹⁴⁵. En cuanto al reclamo de la Demandante respecto de que la conducta de CONELEC “agravó” la expropiación, la Demandada argumenta que (i) nuevamente, las acciones de CONELEC no son atribuibles a la Demandada, (ii) la Demandante celebró voluntariamente un contrato por un plazo de quince años para la operación de PBII y (iii) “no existe ningún respaldo en la práctica arbitral para la proposición de que la insistencia de una parte

¹⁴⁰ Escrito de la Defensa, párrs. 248-250; *Tradex Hellas S.A. c. República de Albania*, Laudo de 29 de abril de 1999, Caso CIADI N° ARB/94/2, Documento RLA25; *Otis Elevator Company c. Irán*, Laudo, Tribunal de Reclamaciones entre Irán y los Estados Unidos de América, de 29 de abril de 1987, Caso N° 294, Documento RLA15 y *Olguín c. República de Paraguay*, Laudo de 26 de julio de 2001, Caso CIADI N° AB/98/5, Documento RLA26.

¹⁴¹ Escrito de la Contrarréplica, párr. 89.

¹⁴² Escrito de la Defensa, párr. 251.

¹⁴³ Escrito de Contrarréplica, párr. 82.

¹⁴⁴ *Ibid.*, párr. 82.

¹⁴⁵ Escrito de la Defensa, párr. 253.

contractual en el cumplimiento específico de un contrato pueda equivaler a expropiación por parte del Estado receptor”¹⁴⁶.

171. Respecto del segundo requisito de la expropiación indirecta mencionado por la Demandada –la necesidad de establecer que las medidas regulatorias fueron irrazonables– la Demandada argumenta que todas las medidas se tomaron por el interés público, a saber, abordar los problemas de pago y promover la eficiencia del sector eléctrico. La Demandada invoca el caso de *Methanex c. EE.UU.*, donde el Tribunal entendió que no hubo expropiación porque la prohibición de un aditivo para el combustible se aprobó con una finalidad pública, y concluye que en este caso tampoco hubo expropiación indirecta¹⁴⁷.

2. Análisis y conclusión del Tribunal

172. El artículo III(1) del TBI expresa que “[l]as inversiones no se expropiarán ni nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (expropiación).” Según la Demandante, la Demandada ha violado este artículo al expropiar su inversión.

(i) Expropiación temporaria

173. La expropiación temporaria, una de las dos formas de expropiación de la inversión que alega la Demandante, habría consistido en el secuestro físico de PBII por casi un año¹⁴⁸. Este acto habría privado a la Demandante del uso y goce de PBII y sus beneficios y, en consecuencia, redundado en la violación del artículo III (1) del TBI al expropiar su inversión, es decir, PBII¹⁴⁹. La oferta de compensación de aproximadamente USD 2 millones no llega a ser una “*compensación pronta, adecuada y suficiente*” en virtud de dicho escenario¹⁵⁰. Este eje del reclamo de expropiación de la Demandante no puede aceptarse por las siguientes razones.

¹⁴⁶ Escrito de la Defensa, párr. 254; *Gemplus S.A. y Talsud S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, nota 116 *supra*.

¹⁴⁷ Escrito de la Defensa, párr. 258; *Methanex c. Estados Unidos*, Laudo de 3 de agosto de 2005, CNUDMI, Documento RLA28.

¹⁴⁸ Manifestación del Reclamo, párr. 102.

¹⁴⁹ Manifestación del Reclamo, párr. 104.

¹⁵⁰ Manifestación del Reclamo, párr. 106.

174. El secuestro de PBII en 2009 por parte de CONELEC no constituyó una expropiación de la inversión de la Demandante, sino el ejercicio por parte de CONELEC de la facultad que tanto el Derecho ecuatoriano¹⁵¹ como el artículo 22 del Contrato de Permiso (que hace referencia a los Reglamentos de Concesiones)¹⁵² le reconocieron. Este artículo faculta a CONELEC a intervenir en el Contrato de Permiso, entre otros actos, mediante la toma de posesión temporaria de los activos de la Titular del Permiso en el caso de que la Demandante no iniciara la actividad de generación de energía dentro del plazo acordado.
175. El plazo establecido para el inicio de las operaciones comerciales había vencido mucho tiempo atrás cuando CONELEC, en vista del suministro de electricidad insuficiente para el país, mediante carta de 24 de septiembre de 2009, informó a la Demandante de la Resolución de su Directorio de “*declarar que a esta fecha se mantiene el incumplimiento contractual por parte de ULYSSEAS INC., al no haber entrado en operación comercial en la fecha establecida en el Contrato de Permiso y Contrato Modificatorio suscritos con este Consejo y las prórrogas debidamente autorizadas...*” (artículo 1)¹⁵³.
176. La Resolución del Directorio de CONELEC ofrecía a la Demandante la posibilidad de iniciar las actividades de generación previa operación de PBII dentro del plazo de 3 días hábiles, y en caso de que no se cumpliera las actividades de generación serían asumidas a través de un tercero (artículos 2 y 3). La negativa de la Demandante a actuar como administrador temporal de la barcaza derivó en la asunción temporaria por parte de CONELEC de las actividades de generación previa operación de PBII. CONELEC informó al respecto a la Demandante el 7 de octubre de 2009 cuando designó a CELEC, a través de Termopichincha, en calidad de administrador temporal de la barcaza. Al día siguiente, PBII fue transferida a CELEC-Termopichincha a efectos de dicha Administración Temporal. Se reconocieron tanto la propiedad continua de la Demandante sobre PBII como su derecho de compensación por el uso de los bienes. La pérdida temporaria del control de la barcaza puede atribuirse a la Demandante, teniendo en cuenta,

¹⁵¹ Ley de Régimen del Sector Eléctrico, nota 7 *supra*, Artículo 13(m); Reglamentos de Concesiones, nota 11 *supra*.

¹⁵² La Demandada alude al artículo 22 del Contrato de Permiso como fundamento contractual de la obligación de CONELEC de recurrir a la Administración Temporal de PBII al afirmar que: “*En el artículo 22 del Contrato de Licencia se hacía referencia expresa a esta obligación y se la autorizaba*” (Escrito de la Defensa, párr. 175; *Ibíd.*, asimismo, párr. 261).

¹⁵³ Carta de CONELEC a la Demandante de 24 de septiembre de 2009 y Resolución del Directorio N° 089/09 adjunta, Documento C129.

asimismo, las reiteradas invitaciones de CONELEC a la Demandante en aras de que esta última retomara el control de la barcaza a fin de operarla.

177. En virtud de la Resolución de CONELEC N° 089/09 de 24 de septiembre de 2009, PBII debía administrarse en forma temporal y, en todo caso, durante el plazo máximo de seis meses. Por lo tanto, la Demandante ya habría recuperado la posesión de la barcaza tan pronto como el 25 de marzo de 2010. Sin embargo, por diversos motivos que, en opinión el Tribunal, no pueden atribuirse exclusivamente a la Demandada, la Demandante recuperó la posesión de la barcaza recién hacia fines de septiembre de 2010. El 5 de mayo de 2010, conforme al artículo 9 de la Resolución N° 089/09, CONELEC autorizó el pago de USD 2.125.158,21 en concepto de compensación por el uso temporal de PBII¹⁵⁴.
178. La Administración Temporal de PBII fue un acto realizado por CONELEC en ejercicio de un derecho otorgado en virtud del Contrato de Permiso ante el incumplimiento por parte de la Demandante de su obligación contractual de generar electricidad durante 15 años. Se trataba “[d]el comportamiento habitual de una contraparte contractual”¹⁵⁵ [Traducción libre], por lo tanto, no suponía el ejercicio de una autoridad gubernamental como “*puissance publique*” atribuible al Estado ecuatoriano. Tal como se sostuvo en otro laudo que involucraba a Ecuador:

*“Las partes de un contrato privado pueden acordar facultar a una de ellas a imponer sanciones a la otra en virtud del cumplimiento ilícito del contrato. Dicha delegación de facultades de mutuo acuerdo deriva de la autonomía de las partes conforme al derecho contractual. Debe distinguirse de la facultad del Estado de imponer sanciones en ejercicio de su poder soberano”*¹⁵⁶ [Traducción libre].

179. La naturaleza contractual de los actos de CONELEC excluye la posibilidad de que la Administración Temporal diera lugar a una expropiación de los activos de la Demandante y, de este modo, a una violación por parte de la Demandada del artículo III(1) del TBI. Asimismo, esto implica que toda reclamación invocada por la Demandante en ese aspecto, incluyendo los daños y perjuicios supuestamente causados a la barcaza durante la

¹⁵⁴ El monto en concepto de compensación no se pagó a la Demandante, sino que fue retenido a favor de PETROCOMERCIAL debido al derecho de la última a recuperar USD 2.007.812,27 en virtud de la compra de combustible por parte de la Demandante a efectos de la operación de PBI (nota 122 *supra*).

¹⁵⁵ En los términos del Laudo de 24 de julio de 2008, en *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania* nota 79 *supra*, párr. 492.

¹⁵⁶ *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, nota 130 *supra*.

Administración Temporal, debería resolverse de conformidad con las disposiciones aplicables del Contrato de Permiso.

(ii) *Expropiación indirecta*

180. La otra forma de expropiación de la inversión invocada por la Demandante se relaciona con la supuesta interferencia por parte del Estado ecuatoriano en el uso de la propiedad, con el efecto de “*privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad*”¹⁵⁷. Según la Demandante, los cambios introducidos por la Demandada en el marco regulatorio no le dejaron otra alternativa que la de generar a pérdida, lo que la privó de forma permanente de todo beneficio económico esperado de su inversión en Ecuador. De acuerdo con la Demandante, esto equivale a una expropiación indirecta.
181. Tal como la caracteriza la Demandante, esta “*evisceración regulatoria*” estaba conformada porque la Demandada, a través de CONELEC, mantuvo a la Demandante atada al contrato de permiso a largo plazo, privándola así de la estrategia de mitigación del riesgo mediante la capacidad de simplemente irse navegando¹⁵⁸. En sustento de su pretensión, la Demandante hace referencia a procedimientos arbitrales en los que se ha dicho que existe expropiación indirecta cuando las medidas gubernamentales suponen una *privación substancial* de la inversión o sus beneficios económicos¹⁵⁹.
182. El laudo dictado en el marco del caso *Suez c. Argentina*, invocado por la Demandante, precisa que, a fin de redundar en una privación substancial, las medidas “*también deben ser permanentes*”¹⁶⁰ [Traducción libre].
183. En sustento de su reclamo de expropiación, la Demandante hace especial referencia a dos cambios introducidos en el marco regulatorio en vigor al momento de su inversión, ambos mencionados en la declaración escrita de D. Jan Veldwijk, testigo de la Demandante: (i) los cambios en el régimen de prioridades en el 2007 y en el 2008, lo que hizo imposible

¹⁵⁷ En los términos del Laudo de 30 de agosto de 2000 en *Metalclad Corp. c. México*, nota 119 *supra*, párr. 103, mencionado por la Demandante (Manifestación del Reclamo, párr. 108).

¹⁵⁸ Manifestación del Reclamo, párr. 109.

¹⁵⁹ Declaración Contestataria, párrs. 79-80, que (en el párr. 80) alude al razonamiento del caso *Suez c. Argentina*, nota 80 *supra*, también invocado por la Demandada (Escrito de la Defensa, párr. 237).

¹⁶⁰ *Suez c. Argentina*, nota 80 *supra*, párr. 123.

para la Demandante “*poder generar electricidad, venderla en el mercado [al] contado y realmente recibir dinero por hacerlo*”, y (ii) la imposibilidad de llegar a un acuerdo a efectos de obtener un PPA viable (después de dos años y medio de infructuosas negociaciones) “*como consecuencia de la forma en que la Demandada negociaba y las impresionantes ventajas de las compañías de generación de propiedad estatal*”¹⁶¹. Asimismo, la Demandada multó a la Demandante por no producir electricidad y “*culminó el proceso entonces tomando posesión forzada de PBII y luego arruin[ándo]la*”¹⁶².

184. Estos aspectos del reclamo de expropiación indirecta o medidas equivalentes a expropiación de la Demandante han sido confirmados por ella en presentaciones adicionales¹⁶³, con algunos avances con respecto al significado de *privación substancial* (en particular, según el tribunal del caso *Suez c. Argentina*). La pérdida de todo el valor de su inversión por parte de la Demandante responde a la circunstancia de que no podía generar electricidad y tener la expectativa de cobrar una suma que al menos cubriera sus costos por adelantado o, en subsidio, de que no le había sido permitido salir de Ecuador y obtener beneficios en otros lugares o encontrar un comprador para la barcaza¹⁶⁴. La Demandante argumenta que la interrupción del sistema de créditos de combustible constituye otra causa de privación substancial de su inversión¹⁶⁵. Estos diversos aspectos del reclamo de la Demandante se analizarán oportunamente.
185. Las multas por el incumplimiento por parte de la Demandante de su obligación de producir electricidad constituyen sanciones que la Demandante sabía que CONELEC podía imponer en virtud del Contrato de Permiso (Artículo 16). Por lo tanto, esta medida no puede atribuirse a la Demandada por la misma razón mencionada *supra* relativa a la Administración Temporal, a saber, que era un acto basado en un contrato y no el ejercicio de “*puissance publique*”. Asimismo, el ejercicio de una facultad contractual por parte de CONELEC no puede equivaler a una violación del TBI ante la ausencia de pruebas de que dicho ejercicio redundara en el incumplimiento de un estándar de tratamiento específico. En cuanto a la “*toma de posesión forzada de la PBIF*”, el Tribunal ya ha excluido la

¹⁶¹ Manifestación del Reclamo, párr. 110.

¹⁶² *Ibíd.*

¹⁶³ Declaración Contestataria, párr. 76.

¹⁶⁴ Declaración Contestataria, párr. 81.

¹⁶⁵ Declaración Contestataria, párr. 82(a)(i).

posibilidad de que la Administración Temporal de la barcaza pueda atribuirse a la Demandada como expropiación temporaria de la inversión de la Demandante y, asimismo, de que derivara en una violación del TBI¹⁶⁶.

186. Los cambios en el régimen de prioridades no fueron, ni en sí mismos ni conjuntamente con la ausencia de un PPA viable, la causa de una privación substancial del valor económico de la inversión de la Demandante suficiente para constituir una expropiación indirecta. La situación que la Demandante enfrentó en 2007 y 2008 surgió de la imposibilidad de las compañías de generación de energía de operar a bajo costo y de recibir efectivamente el pago a cambio de la energía que generaban debido a la tarifa de electricidad de los usuarios finales de bajo nivel que históricamente había impedido que las tasas abonadas por los consumidores fueran suficientes para cubrir los costos reales de generación y transmisión de energía y permitir un retorno razonable.
187. La Demandante, que desde 2003 había planeado ingresar a Ecuador en aras de producir y vender electricidad, tenía pleno conocimiento de los esfuerzos del Estado por regular el sector energético de modo tal que garantizara la capacidad de las compañías de generación de energía de vender a un precio que fuera rentable para su negocio. No obstante, no existía garantía alguna de rentabilidad del sistema regulatorio, como lo deja en claro, entre otras disposiciones legales, el artículo 40 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico de 1996, en virtud de la cual “[e]l Estado ecuatoriano no garantizará a generador alguno la producción, precio, utilidad de la inversión y mercado de energía eléctrica”.
188. Entre los años 2003 y 2009, se introdujeron una serie de cambios en el orden de prioridad de pago. La queja de la Demandante con respecto a los cambios en 2007 y 2008 carece de fundamento, ya que, en función de la experiencia del pasado, tenía que esperar estos y otros cambios posibles en el orden de prioridad de pago a las compañías de generación privadas. La Demandante no ha demostrado la privación substancial del valor de su inversión que habría surgido de estos cambios en el orden de prioridad de pago. De acuerdo con uno de los testigos de la Demandada, el Ing. J. Vergara, el cambio de 2007 mejoró las posibilidades de cobro de las compañías generadoras privadas que vendían en el mercado al contado y que continuaban gozando de prioridad alta, sólo cuyos pagos por el margen de las ventas al contado se encontraban un nivel por encima del último (en

¹⁶⁶ Párrs. 173-174 *supra*.

forma similar a 2006)¹⁶⁷. El expediente del presente procedimiento no menciona cambio alguno en 2008¹⁶⁸. Según D. Z. Korn, uno de los testigos de la Demandante, la Demandante no basó su decisión de firmar el Contrato de Permiso en un orden de prioridad de pago en particular¹⁶⁹.

189. El carácter evolutivo de los cambios en el orden de prioridad a causa de la necesidad de garantizar una mejor estabilidad en la condición del mercado de electricidad priva a la supuesta privación substancial del valor de la inversión de la Demandante del carácter *permanente* necesario.
190. La supuesta imposibilidad de llegar a un acuerdo respecto de un PPA comercialmente viable no puede imputarse a la Demandada. De hecho, la Demandante no logró obtener un PPA por haber propuesto un precio y otros términos y condiciones que ninguna compañía de distribución estaba dispuesta a aceptar. Esto se ve confirmado por el hecho de que todas las generadoras, con excepción de la Demandante, habían obtenido PPAs viables.
191. Aun cuando las declaraciones realizadas por algunas autoridades o funcionarios públicos en el marco de reuniones podrían haber creado la expectativa de que la Demandante formalizaría un PPA viable, las pruebas que constan en el expediente demuestran que la Demandante no había recibido garantía firme alguna en ese aspecto.
192. En el marco de una reunión mantenida con el Ministro de Electricidad, D. Alecksey Mosquera, celebrada el 12 de diciembre de 2007, este último expresó a la Demandante que recobraría sus costos variables, que el precio de venta del PPA sería de USD 0,017 - USD 0,018 por encima de su costo variable declarado y que recibiría USD 9 millones en flujo de efectivo libre por año¹⁷⁰. En una reunión posterior con el Director Ejecutivo de

¹⁶⁷ RPHS, párr. 8. D. Jorge Vergara confirmó esto durante la audiencia al afirmar: “Hay una orden de prelación [...] y hay una mejor orden de prelación en los fideicomisos del año 2007 y hay una mejor orden de prelación de fideicomisos en el año 2009, que ha permitido que todos los generadores -especialmente los generadores privados- sean cancelados en su totalidad las facturas emitidas por ellos por la venta de energía” (Transcripción, Día 3, pág. 581:16-22).

¹⁶⁸ El Informe Muñoz, nota 30 *supra*, presentado por la Demandante, no hace referencia a un nuevo orden de prioridad de pago en 2008.

¹⁶⁹ D. Zacharia Korn declaró lo siguiente durante la audiencia: “no nos sentíamos muy inclinados a preocuparnos por prioridades de pago ... nadie presumía que estar en prioridad de tres o cuatro es que no se les iba a pagar o que se les iba a pagar menos de lo que se les debía” (Transcripción, Día 2, págs. 265:19-266:10). D. Zacharia Korn también confirmó que la Demandante era consciente de que “muchas cosas cambiaban todo el tiempo en Ecuador” (Transcripción, Día 2, pág. 266:5-6).

¹⁷⁰ Manifestación del Reclamo, párr. 47 (b).

CONELEC, D. Fernando Izquierdo, este último expresó que la Demandante tenía la oportunidad de celebrar un PPA con CATEG, una entidad estatal totalmente bajo el control de CONELEC, a un precio que le permitiría cubrir sus costos y obtener un retorno. Esto fue confirmado por el Ministro Mosquera en una reunión celebrada el 31 de enero de 2008, cuando manifestó que CATEG celebraría un PPA en virtud de los mismos términos otorgados a otra compañía generadora de energía, Termoguayas, y delineó los términos que serían incorporados en un PPA¹⁷¹.

193. El acta de la reunión celebrada el 31 de enero de 2008 con el Ministro Mosquera confirma lo que la Demandante afirma en el presente arbitraje¹⁷². Luego de la reunión, mediante carta de 25 de febrero de 2008, la Demandante propuso los términos de un PPA a CATEG de conformidad con los señalados por el Ministro Mosquera¹⁷³. A la luz de las declaraciones realizadas por estas autoridades de tan alto nivel del sector eléctrico, la sorpresa de la Demandante al enterarse por CATEG de que esta última no se encontraba disponible a efectos de la celebración de un PPA es entendible¹⁷⁴.
194. La conducta del Ministro Mosquera en estas circunstancias no está libre de críticas por haber creado la expectativa de que la Demandante sería capaz de formalizar un PPA con CATEG sobre la base de términos comerciales favorables. Sin embargo, en este aspecto, cabe mencionar circunstancias adicionales.
195. En primer lugar, como consta en el acta de la reunión de 31 de enero de 2008 (en el punto 4(f)), el Ministro llamó a CATEG en presencia de la Demandante a fin de programar una cita “*para negociar (y tratar de suscribir) el PPA según las condiciones en él especificadas*”. Esto demuestra que no existía garantía firme alguna de la celebración de un PPA con CATEG y, en forma más particular, en función de términos definidos.

¹⁷¹ *Ibíd.*, párr. 47 (c) (d).

¹⁷² Correo electrónico de D. Mario Restrepo a D. John Hager, D. Jan Veldwijk y D. Robert Wells (con inclusión de archivo adjunto) de 4 de febrero de 2008, Documento C98. El contenido del acta no es impugnado por la Demandada, quien hace referencia a ella (Escrito de la Contrarréplica, nota 68).

¹⁷³ Carta de la Demandante a CATEG de 25 de febrero de 2008, Documento C100.

¹⁷⁴ Carta de CATEG a la Demandante de 25 de marzo de 2008, Documento C101. Esta carta alude a la propuesta de PPA presentada por la Demandante de 25 de febrero de 2008, de modo tal que la declaración de la Demandante según la cual se enteró de la imposibilidad de CATEG de celebrar un PPA “*sólo después de dos meses de serias negociaciones*” (Manifestación del Reclamo, párr. 47(e)) es sorprendente. Asimismo, como la Demandante señala, ya en una reunión celebrada el 7 de febrero de 2008, se había enterado por CATEG de que esta última no suscribiría un PPA con la Demandante (Escrito Posterior a la Audiencia presentado por la Demandante, Cuadro adjunto como Documento A).

Mediante carta ulterior de 6 de marzo de 2008 dirigida a CATEG y a la Demandante, el Ministro Mosquera dejó en claro que CATEG era “*libre de negociar y establecer contratos de compra de energía con la compañía que le ofreciera las mejores condiciones técnicas y económicas*”¹⁷⁵.

196. En su carta de 25 de marzo de 2008, CATEG menciona como el motivo del rechazo de la propuesta de PPA de la Demandante el hecho de que el Reglamento N° 002/07 de CONELEC del mes de octubre de 2007 había impuesto “*una severa limitación en la energía que CATEG puede adquirir en contratos celebrados con otros generadores*” [Traducción libre]. Se presume que cuando CATEG recibió la propuesta de PPA de la Demandante, CATEG ya había alcanzado el límite de energía que podía adquirir. Resulta algo sorprendente que el Ministro Mosquera no estuviera al tanto de esta limitación cuando le habló a la Demandante acerca de las posibilidades de celebrar un PPA con CATEG. Esta conducta, si bien carece de la transparencia y la franqueza que se requieren de una autoridad de tan alto nivel al momento de tratar con un inversionista extranjero, no basta en sí misma para alcanzar el nivel de violación del TBI. En efecto, en un plazo inferior a dos meses luego de la reunión con el Ministro Mosquera, a la Demandante le quedó en claro que no celebraría PPA alguno con CATEG. Por lo tanto, el perjuicio de la Demandante derivado de dicha conducta, en su caso, fue muy limitado.
197. Los sucesos que tuvieron lugar en 2009 no sustentan la afirmación de la Demandante según la cual no había podido celebrar PPA alguno por razones atribuibles a la Demandada. El 17 de abril de 2009, el Ministerio de Electricidad invitó a todas las compañías de generación privadas, incluida la Demandante, a negociar PPAs con compañías de distribución y les envió Términos de Referencia a efectos de dichas negociaciones¹⁷⁶. Conforme a los Términos de Referencia, las generadoras debían presentar sus propuestas antes del día 23 de abril de 2009. La Demandante no presentó propuesta de PPA alguna y, por consiguiente, fue excluida de las negociaciones tendientes a la celebración de un PPA. Todas las demás compañías de generación privadas

¹⁷⁵ Carta del Ministro Mosquera a CATEG y la Demandante de 6 de marzo de 2008, Documento R151.

¹⁷⁶ Carta del Ministerio de Electricidad a todas las compañías de generación privadas de 13 de abril de 2009, Documento R261; Términos de Referencia para la negociación de PPA entre compañías de distribución y compañías de generación privadas de 9 de abril de 2009, Documento R262.

presentaron propuestas de PPA y muchas de ellas ya habían suscripto un PPA en agosto de 2009.

198. Según D. Jan Veldwijk, uno de los testigos de la Demandante, la Demandante estaba preocupada por el mecanismo de “fideicomiso” como garantía de pago en virtud de un posible PPA¹⁷⁷. Sin embargo, de acuerdo con el orden de prioridad en virtud de los Fideicomisos de Pago de 25 de junio de 2009, las compañías de generación privadas que habían celebrado PPAs se encontrarían entre las primeras generadoras en percibir pagos. Todas las demás generadoras privadas suscribieron PPAs por considerar que el fideicomiso constituía una garantía de pago aceptable. La descripción realizada por parte de D. Jan Veldwijk de las diversas reuniones celebradas durante las negociaciones de “PPA Ronda Dos” demuestra que las razones de la Demandante para no suscribir un PPA eran meramente comerciales y que la Demandante nunca fue excluida de las negociaciones pertinentes¹⁷⁸.
199. El hecho de que a la Demandante no se le hubiera permitido salir de Ecuador no puede imputarse a la Demandada teniendo en cuenta que aquella se había comprometido a producir electricidad durante quince años en virtud de condiciones contractuales libremente aceptadas mediante la celebración del Contrato PBII y que, de conformidad con el Contrato PBII, la rescisión sin sanción sólo podía tener lugar de mutuo acuerdo (artículo 17.2). Del mismo modo, la imposibilidad de encontrar un comprador para PBII no puede imputarse a la Demandada. Con respecto a la supuesta interrupción de los créditos de combustible, el análisis que se realizará a continuación también demostrará la falta de mérito de este argumento a fin de demostrar la privación substancial de la inversión alegada por la Demandante¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Tercera Declaración Testimonial de D. Jan Veldwijk, CWS-12, párr. 33.

¹⁷⁸ *Ibid.*, párrs. 32-42. En un correo electrónico dirigido a D. Jon Pollock y D. German Efromovich el 8 de diciembre de 2009 respecto de la presentación ante CONELEC de los estados contables de la Demandante con relación a un posible PPA, D. Jan Veldwijk admite que “nuestras cifras son en realidad significativamente más altas que algunas de los demás proveedores, que pueden explicarse mediante los costos adicionales en los que hemos incurrido en los últimos años (USD 25 millones) y el elevado valor de nuestra barcaza” [Traducción libre] (Documento C139). Más de un año antes, el 16 de abril de 2008, el CEO de una compañía de distribución, Empresa Eléctrica Regional El Oro S.A., en respuesta a una oferta de PPA presentada por la Demandante, declaró: “Luego de realizar este análisis, hemos arribado ala conclusión de que el precio ofertado por ULYSSEAS, INC. no es de interés para la institución que represento” [Traducción libre] (Documento C16).

¹⁷⁹ Nos explayaremos sobre este tema al momento de abordar el intento de venta de PBII a Termoesmeraldas (párr. 321 *infra*).

200. En conclusión, ya sea que se los considere en forma independiente o en virtud de sus efectos combinados, los motivos invocados por la Demandante no constituyen fundamento suficiente en sustento de la supuesta *privación substancial* del valor de su inversión que deriva en su expropiación indirecta o en medidas equivalentes a la expropiación.
201. A la luz de todas las razones expuestas *supra*, el reclamo de expropiación de la inversión planteado por la Demandante debe desestimarse.

D. LA SUPUESTA VIOLACIÓN DEL ESTÁNDAR DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

1. Las posiciones de las Partes

(i) *El nivel de protección en virtud del TBI*

a. Argumentos de la Demandante

202. La Demandante sostiene que existe un estrecho vínculo entre las expectativas legítimas y el tratamiento justo y equitativo y que el nivel de protección es como mínimo el del derecho consuetudinario internacional, si no más alto¹⁸⁰.
203. La Demandante afirma que la Demandada violó su obligación en virtud del artículo II(3)(a) del TBI de brindar un trato justo y equitativo. La Demandante se refiere a la definición de trato justo y equitativo ofrecida por el tribunal del caso *Tecmed*, en virtud de la cual significa el “*tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión*”¹⁸¹. La Demandante también se basa en los casos *Saluka*, *Siemens* y *Alpha c. Ucrania* al afirmar “*que los gobiernos deben evitar cambiar arbitrariamente las reglas del juego en una manera que socave las expectativas legítimas de un inversor o las manifestaciones hechas a éste*”[Traducción libre]¹⁸².

¹⁸⁰ Manifestación del Reclamo, párrs. 73-77.

¹⁸¹ Manifestación del Reclamo, párr. 73; *Técnicas Medioambientales Tecmed SA c. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo de 29 de mayo de 2003, Caso CIADI N° ARB(AF)/00/2, Documento CLA37.

¹⁸² Manifestación del Reclamo, párr. 76; *Saluka Investments BV (Países Bajos) c. República Checa*, Laudo Parcial de 17 de marzo de 2006, Documento CLA60; *Siemens c. Argentina*, véase nota 79 *supra*; *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania*, Caso CIADI N° ARB/07/16, Laudo de 8 de noviembre de 2010, Documento CLA82.

204. Refiriéndose a los casos *EDF c. Rumania* y *Duke c. Ecuador*, la Demandante señala que es ampliamente aceptado que el nivel de protección sea al menos el existente al amparo del Derecho internacional consuetudinario, y que puede ser más alto dependiendo del contexto del TBI en cuestión¹⁸³. Asimismo, se apoya en la redacción del texto del Preámbulo del TBI y en la observación hecha por Dolzer & Schreuer en su tratado para concluir que la protección ofrecida por el TBI es capaz de soportar una promesa de mantener un marco jurídico y reglamentario estable. En relación con la invocación de la Demandada en virtud del Modelo de 2004 del TBI de los EE.UU. y TLCAN, la Demandante observa que el TBI del caso que nos ocupa entró en vigor con anticipación a los otros dos instrumentos y afirma que el lenguaje específico del TLCAN es también inútil en la interpretación de lo que significa este TBI¹⁸⁴.

b. Argumentos de la Demandada

205. La Demandada arguye que el TBI no protege contra el riesgo comercial a la Demandante y acusa a la Demandante de distorsionar las obligaciones en derecho internacional para protegerse contra las consecuencias de sus propias decisiones comerciales inapropiadas. La Demandada también sostiene que el derecho internacional sólo protege las expectativas razonables basadas en inversiones legítimas, y sólo en el contexto de la proscripción de medidas arbitrarias¹⁸⁵.

206. La Demandada observa que el artículo II(3)(a) debe interpretarse a la luz del objeto y fin del TBI, de acuerdo con el artículo 31(1) de la Convención de Viena. En su opinión, y en base a las decisiones de los casos *Occidental c. Ecuador* y *CMS c. Argentina*, y al TBI Modelo de los EE.UU. de 2004., el estándar de trato justo y equitativo consagrado en el artículo II(3)(a) no establece un estándar más alto que el estándar mínimo de trato del Derecho internacional consuetudinario¹⁸⁶. Además, la Demandada se refiere a varios casos

¹⁸³ Declaración Contestataria, párr. 61(d); *EDF (Services) Limited c. Rumania*, Laudo de 8 de octubre de 2009, Caso CIADI N° ARB/05/13, Documento RLA35; *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República de Ecuador*, véase nota 130 *supra*.

¹⁸⁴ Declaración Contestataria, párrs. 60-64.

¹⁸⁵ Escrito de la Defensa, párr. 285.

¹⁸⁶ Escrito de la Defensa, párrs. 289-291; *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, Laudo Definitivo, 1 de julio de 2004, Caso LCIA N° UN3467, Documento CLA49; *CMS Gas Transmission Co c. República Argentina*, véase nota 136 *supra*.

donde la demostración de una mala conducta grave – por ejemplo, una conducta que sea “*arbitraria, evidentemente parcializada, injusta o idiosincrática, si es discriminatoria y expone a la demandante a perjuicio seccional o racial, o implica una falta del debido proceso que produzca un resultado que sea ofensivo para la propiedad judicial*” – era requerida en pos de considerar que el estándar mínimo de trato había sido violado¹⁸⁷.

207. Según la opinión de la Demandada, las autoridades en las que se basa la Demandante apoyan la posición de que, en todo caso, el contenido del estándar de trato justo y equitativo es “*esencialmente el mismo*” que el estándar mínimo de trato del Derecho internacional consuetudinario. La Demandada observa que, al momento en que la Demandante se constituyó en febrero de 2003, y antes de la suscripción del Contrato de Permiso en septiembre de 2006, tanto Ecuador, como los Estados Unidos de América “*habían establecido puntos de vista acordes sobre el alcance limitado del trato justo y equitativo*”¹⁸⁸.
208. La Demandada afirma que el estándar de trato justo y equitativo protege el derecho de un Estado receptor de modificar el marco jurídico y regulatorio aplicable a una inversión. Según la Demandada, el alto límite de este estándar asigna al inversionista la responsabilidad de proceder “*con conocimiento de la situación regulatoria*”¹⁸⁹. La Demandada sostiene que esta opinión encuentra fundamento en los casos *Duke c. Ecuador* y *EDF c. Rumanía*, entre otras decisiones. También compara el caso con *Parkerings-Compagniet c. Lituania*, en el cual el tribunal sostuvo que no hubo ninguna violación del TBI a pesar de que Lituania introdujo varias modificaciones legislativas, las cuales tuvieron un efecto negativo en la inversión de la Demandante¹⁹⁰. Asimismo, la Demandada afirma que las expectativas legítimas al momento en el que un inversionista realizó su inversión deben juzgarse objetivamente. A su vez, la Demandada recuerda que,

¹⁸⁷ Escrito de la Defensa, párrs. 293-296; *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, véase nota 82 *supra*; *Saluka Investments BV c. República Checa*, véase nota 182 *supra*; *SD Myers c. Canadá*, Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, CNUDMI, Documento RLA31; *Mondev International Ltd. c. EE. UU.*, Laudo de 11 de octubre de 2002, Caso CIADI N° ARB(AF)/99/2, Documento RLA32.

¹⁸⁸ Escrito de la Contrarréplica, párr. 98; *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República de Ecuador*, véase nota 130 *supra*; *CMS Gas Transmission Co c. República Argentina*, véase nota 136 *supra*; *Azurix Corp. c. República Argentina*, véase nota 114 *supra*.

¹⁸⁹ Escrito de la Defensa, párr. 298; *Grand River Enterprises et al. c. Estados Unidos de América*, Laudo de 12 de enero de 2011, CNUDMI, Documento RLA33.

¹⁹⁰ Escrito de la Contrarréplica, párr. 101; *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania*, Laudo de 11 de septiembre de 2007, Caso CIADI N° ARB/05/8, Documento CLA68.

conforme al caso *EDF c. Rumania* y al caso *Saluka*, el TBI no tiene el fin de proteger a los inversores de decisiones comerciales poco prudentes¹⁹¹.

(ii) *Fecha de la inversión en Ecuador*

a. Argumentos de la Demandante

209. La Demandante sostiene que la fecha efectiva de la inversión fue el 31 de marzo de 2003, la fecha de la importación de la PBI a Ecuador¹⁹².
210. La Demandante afirma que había estado explorando la posibilidad de invertir en Ecuador en 2002. La Demandante sostiene que su expectativa legítima se formó durante dicho período y se cristalizó, a más tardar, el 31 de marzo de 2003 – cuando PBI fue importada a Ecuador. A tal efecto, insiste sobre la naturaleza unitaria de la inversión, tal y como fue concebida en el caso *Holiday Inns c. Marruecos*¹⁹³. Según la Demandante, su expectativa legítima consistía en que el marco regulatorio vigente cuando comenzó a invertir permanecería estable y sin cambios en la medida que se le permitiría continuar recibiendo un retorno razonable sobre su inversión¹⁹⁴. De acuerdo con la Demandante, la importación de PBI “*fue parte de una serie de acciones [a largo plazo], todas las cuales individualmente no se califican como inversión, pero en conjunto si lo hace [Sic], independiente de dónde se plantea*”¹⁹⁵.
211. La Demandante afirma que, aún si su postura de unidad de inversiones no fuese aceptada, la última fecha en la que sus expectativas legítimas habrían sido fijadas sería el 16 de abril de 2005, cuando PBII fue importada a Ecuador. La Demandante sostiene que sus

¹⁹¹ Escrito de la Defensa, párrs. 303-305; *EDF (Services) Limited c. Rumania*, véase nota 183 *supra*; *Saluka Investments BV c. República Checa*, véase nota 182 *supra*.

¹⁹² Manifestación del Reclamo, párr. 80.

¹⁹³ Manifestación del Reclamo, párr. 79; *Holiday Inns c. Marruecos*, Decisión sobre Jurisdicción, 12 de mayo de 1974, Caso CIADI N° ARB/72/1, Documento CLA4; *CSOB c. Eslovaquia*, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de mayo de 1999, Caso CIADI N° ARB/97/4, Documento CLA88; *Duke Energy c. Perú*, Decisión sobre Jurisdicción, 1 de febrero de 2006, Caso CIADI N° ARB/03/28, Documento CLA89.

¹⁹⁴ Manifestación del Reclamo, párr. 80.

¹⁹⁵ Transcripción, Día 5, pág. 849:15-18.

expectativas legítimas, ya sea formadas en 2003 o 2005, fueron violadas por la Demandada¹⁹⁶.

b. Argumentos de la Demandada

212. Respecto de la fecha en la cual cualquier expectativa legítima pudo haberse formado, la Demandada observa que la Demandante no existía en el año 2002 y recién se constituyó el 26 de febrero de 2003. Según la opinión de la Demandada, las fechas relevantes son aquellas relativas a PBII, debido a que la Demandante no ha iniciado ningún reclamo en relación con PBI¹⁹⁷. Por ende, la Demandada argumenta que la fecha relevante es el 12 de septiembre de 2006, cuando la Demandante suscribió el Contrato de Permiso de PBII y “*cristalizó su inversión en la PBII como una planta de generación de energía*”¹⁹⁸. La Demandada observa que PBII no se podría haber generado comercialmente en Ecuador sin el Contrato de Permiso y, por consiguiente, la fecha del Contrato de Permiso es la fecha crítica que debe tenerse en cuenta¹⁹⁹.
213. La Demandada observa que ambas Partes acuerdan que la fecha relevante para determinar cuándo se cristalizaron las expectativas legítimas es la fecha en la cual se lleva a cabo una inversión. Por ende, el problema reside en identificar la inversión en este caso. La Demandada afirma que la inversión relevante está conformada por PBII en combinación con el Contrato de Permiso, ya que sólo mediante la conclusión del Contrato de Permiso podía la Demandante operar PBII²⁰⁰.
214. La Demandada rechaza el concepto de unidad de la inversión. En su opinión, los casos en los que se basa la Demandante versan sobre la cuestión aislada de determinar si existió una inversión a los efectos de establecer la jurisdicción del CIADI²⁰¹. La Demandada observa que PBI y PBII tenían distintas ubicaciones, Certificados y Contratos de Permiso

¹⁹⁶ Declaración Contestataria, párrs. 72-73.

¹⁹⁷ Escrito de la Defensa, párr. 308.

¹⁹⁸ RPHS, párr. 4.

¹⁹⁹ Escrito de la Contrarréplica, párr. 111.

²⁰⁰ Escrito de la Contrarréplica, párr. 108.

²⁰¹ Transcripción, Día 5, pág. 942:21-25.

separados y afirma que el éxito de una no depende del éxito de la otra. De acuerdo con la Demandada, conformaban inversiones diferentes²⁰².

215. Asimismo, la Demandada sostiene que el Contrato de Fletamento de la PBII estuvo en vigencia tanto el 31 de marzo de 2003 como el 16 de abril de 2005 (las fechas invocadas por la Demandante). En su opinión, sólo Proteus Power, el fletador de PBII, podía, en consecuencia, haber tenido alguna expectativa en esas fechas²⁰³. De acuerdo con la Demandada, Ulysseas era “*simplemente el propietario de PBII*” y que fue sólo con la firma del Contrato de Permiso que “*Ulysseas se comprometió con responsabilidades según el [Contrato de Permiso]*”²⁰⁴.

(iii) *La violación de las expectativas legítimas de la Demandante*

a. Argumentos de la Demandante

216. La Demandante arguye que su expectativa de estabilidad en el marco regulatorio del sector eléctrico era razonable a la luz de las promesas contenidas o las expectativas engendradas por (i) los Contratos de PBI y PBII (en particular, los artículos 7, 12.1.14, 23 y 24); (ii) la Constitución de 1998, que contenía una cantidad de manifestaciones importantes en relación con los inversores extranjeros (artículos 23, 244, 249(a) y 271); (iii) artículos 5 y 23 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico y (iv) el curso de conducta de la Demandada, el cual incluyó la introducción de los Fideicomisos de Pago, los pagos por déficit tarifario y el Programa de Combustible por Energía²⁰⁵.
217. En particular, la Demandante se refiere a “*las promesas contenidas*” en el artículo 5 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico:

“Objetivos — Los siguientes objetivos fundamentales de política nacional se han establecido en materia de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica:

...

²⁰² Escrito de la Contrarréplica, párr. 109.

²⁰³ Escrito de la Contrarréplica, párr. 112.

²⁰⁴ Transcripción, Día 5, págs. 937:6-938:5.

²⁰⁵ Manifestación del Reclamo, párr. 80.

f) Regular la transmisión y distribución de electricidad, asegurándose que las tarifas aplicables son justas para el inversionista, al igual que para el consumidor;

g) Establecer sistemas de regulación que estimulen la conservación y el uso racional de energía;

h) Promover inversiones privadas de alto riesgo en la generación, transmisión y distribución de electricidad, protegiendo la competitividad del mercado... ”²⁰⁶

218. La Demandante sostiene que el artículo 5 de dicha Ley contempla “*la expectativa [...] de que el mercado va a existir y de que el Estado va a buscar implementar esta política fundamental de proteger y promover la generación y la inversión privadas*”²⁰⁷.

219. Consecuentemente, la Demandante argumenta que había una expectativa legítima, creada por la Demandada, de que las generadoras tales como la Demandante, podrían cobrar un precio por la generación que por lo menos cubriría sus costos y que, además, efectivamente recibirían dicho precio. Según la Demandante, tales expectativas legítimas fueron no obstante violadas como consecuencia de las siguientes medidas, las cuales son supuestamente atribuibles a la Demandada:

- (i) las modificaciones en el orden de prioridad, la legislación introducida en 2008;
- (ii) la eliminación de las medidas de emergencia en 2007;
- (iii) el trato más favorable concedido a las compañías estatales de generación y transmisión;
- (iv) los PPA celebrados por compañías de generación estatales a un precio muy por debajo del nivel que habría sostenido una compañía de generación privada;
- (v) el hecho de que la Demandada no ejerciera las facultades para penalizar a los usuarios finales y a las compañías de transmisión que no pagaran por la electricidad que usaban en su totalidad;
- (vi) la negativa por parte de la Demandada a permitir a la Demandante concluir sus obligaciones contractuales;
- (vii) las negociaciones vacías y negligentes;
- (viii) la toma de control de la PBII; y

²⁰⁶ Declaración Contestataria, párr. 66.

²⁰⁷ Transcripción, Día 5, págs. 852:19-853:2.

(ix) la imposición de multas sobre la Demandante por no generar energía²⁰⁸.

220. En relación con el Mandato N° 15, la Demandante interpreta la postura de la Demandada – en virtud de la cual la puesta en vigor del Mandato N° 15 era irrelevante ya que la inversión de la Demandante había perdido enteramente su valor con anterioridad – como un reconocimiento tácito de que el Mandato N° 15 violó las expectativas legítimas de la Demandante. La Demandante se basa en la declaración testimonial de D. Jan Veldwijk para insistir sobre el impacto del Mandato N° 15. Según su opinión, el Mandato N° 15 eliminó efectivamente el mercado al contado y, por ende, limitó las actividades viables de generación a una única opción: los PPAs. La Demandante afirma que ello no sólo impuso un cambio fundamental al modelo de negocio de la Demandante, sino que también brindó un poder de negociación substancial a las contrapartes de la Demandante en las negociaciones²⁰⁹.

b. Argumentos de la Demandada

221. La Demandada considera que Ecuador no incluyó garantías de que las operaciones de la Demandante serían rentables ni garantizó el precio o cobro de los pagos. Según la Demandada, la Demandante debería haber sido consciente de que invertir en el sector eléctrico de Ecuador era arriesgado. La Demandada se refiere a varios elementos que reflejan los riesgos asumidos por la Demandante:

- (i) el artículo 40 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico;
- (ii) el Contrato de Permiso, el cual no garantizaba el precio ni el cobro de pagos y en virtud del cual la Demandante asumía todos los riesgos comerciales;
- (iii) varios Decretos Presidenciales, los cuales reconocían el déficit de pagos que existía en el sector eléctrico (déficits de los que se ha informado ampliamente);
- (iv) el Certificado de Permiso de la PBII, el cual establecía expresamente que la Demandada no garantizaba la producción, el precio ni el mercado de la energía eléctrica;
- (v) el hecho de que los precios en el mercado de contado estuvieran regulados por el CENACE, cuyo rol no incluía el pago a las generadoras a través de Fideicomisos de Pago; y

²⁰⁸ Manifestación del Reclamo, párr. 83.

²⁰⁹ Declaración Contestataria, párr. 73(c).

(vi) la ausencia de una garantía de que una generadora podría cobrar un precio particular por la electricidad vendida a la compañía distribuidora en virtud de un PPA²¹⁰.

222. La Demandada refuta la existencia de “*supuestas declaraciones*” hechas en concepto de las disposiciones legales invocadas por la Demandante. La Demandada sostiene que el artículo 7 del Contrato de Permiso es una disposición general que estipulaba meramente que el titular del Contrato tendría todos los derechos otorgados en conformidad con las leyes ecuatorianas, pero no garantizaba la rentabilidad. En cuanto al artículo 24 del Contrato de Permiso, la Demandada argumenta que es inaplicable debido a que los derechos de la Demandante no se modificaron ni fueron perjudicados de otra manera. El artículo 249 de la Constitución de 1998 también resulta inaplicable por la misma razón. Además, la Demandada indica que CONELEC no otorgó a la Demandante un trato menos favorable que a las demás compañías generadoras y, por ende, el artículo 12.1.4 del Contrato de Permiso y el artículo 23 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico también carecen de relevancia²¹¹.
223. Además, la Demandada describe el artículo 5 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico de 1996 como una disposición general que meramente establece objetivos políticos. La Demandada argumenta que dicho artículo debe ser leído a la luz de “*todas las circunstancias [...] también las condiciones políticas, socioeconómicas, culturales e históricas,*” lo cual incluye al artículo 40 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico de 1996. De cualquier manera, la Demandada afirma que los objetivos contemplados en el artículo 5 no fueron violados sino, por el contrario, el déficit de pagos en el mercado se redujo y las medidas tomadas resultaron exitosas²¹².
224. En resumen, la Demandada concluye que la Demandante no tenía ninguna expectativa legítima de que se garantizara el mercado, la rentabilidad, el precio o el cobro de pagos. Según la Demandada, el razonamiento presente en el caso *Duke c. Ecuador* también debería aplicarse al presente caso²¹³.

²¹⁰ Escrito de la Defensa, párr. 312.

²¹¹ Escrito de la Defensa, párr. 313.

²¹² Escrito de la Contrarréplica, párr. 106.

²¹³ Escrito de la Defensa, párr. 314; *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República de Ecuador*, véase nota 130 *supra*.

225. A continuación, la Demandada se refiere a las modificaciones regulatorias que supuestamente violaron las expectativas legítimas de la Demandante. En primer lugar, la Demandada niega haber reducido la categoría de la Demandante en lo relativo al orden de prioridad de pago y otorgado un trato más favorable a las compañías estatales de generación²¹⁴. En particular, la Demandada argumenta que el orden de prioridad de pago mejoró las posibilidades de cobro de las compañías generadoras privadas que vendían al mercado al contado²¹⁵. En segundo lugar, la Demandada afirma que nunca se garantizó a la Demandante que tendría determinada categoría o que los órdenes de prioridad no se modificarían con el tiempo. La Demandada sostiene que la Demandante debería haber estado al tanto de los problemas de cobro afrontados por las compañías de generación en el sector eléctrico. La Demandada observa, en tal sentido, que el “*Sr. Korn confirmó que Ulysseas no basó su decisión de firmar el Contrato de Permiso para quince años en un orden de prioridad de pago particular*”²¹⁶. En tercer lugar, la Demandada sostiene que, desde 2004, las compañías de generación fueron ubicadas en una posición inferior a las compañías de transmisión. En cuarto lugar, el alegato de la Demandante de que las modificaciones en el orden de prioridad de pago prefirieran a las compañías estatales de generación es falso, según la Demandada, y lo contradice la prueba (incluido el propio perito de la Demandante, el Ing. Muñoz). En quinto lugar, la Demandada señala ajustes en el orden de prioridad de pago que se hicieron de manera rutinaria desde 2003 y sostiene que la Demandante no debería haberse sorprendido por las modificaciones ulteriores. Por último, la Demandada afirma que sólo la Demandante es responsable de no haber suscrito un PPA²¹⁷.

226. Asimismo, la Demandada también responde al argumento de la Demandante de que la cancelación del Programa *Combustible por Energía* era equivalente a una violación de las expectativas legítimas de la Demandante. En primer lugar, la Demandante no tenía ninguna expectativa legítima de que el programa continuaría indefinidamente²¹⁸. La Demandada observa que los créditos de combustible sólo se encontraban disponibles para

²¹⁴ Escrito de la Defensa, párr. 321.

²¹⁵ RPHS, párr. 8.

²¹⁶ RPHS, párr. 7; Transcripción, Día 2, págs. 265:10-266:10.

²¹⁷ Escrito de la Defensa, párr. 321.

²¹⁸ Escrito de la Defensa, párrs. 322-326.

las compañías generadoras a través de una serie de decretos, “*cada uno de ellos durante un período de tiempo limitado y sin garantía de renovación*”²¹⁹. En segundo lugar, la Demandada afirma que los créditos de combustible no se cancelaron en 2007, ya que las compañías privadas de generación (tales como Intervisatrade, de propiedad extranjera, o Electroquil) continuaron disfrutando de una estructura de créditos equivalente celebrando acuerdos de crédito con PETROCOMERCIAL. Según la Demandada, la Demandante habría disfrutado de dichos créditos de combustible si se hubiese declarado disponible para generar, lo cual no hizo nunca²²⁰. Tercero, los créditos de combustible eran beneficios a corto plazo, limitados en su duración. De acuerdo con la Demandada, este sistema de créditos de combustible basados en decretos de emergencia fue mejorado a través del esquema de 2007²²¹. Por último, la introducción de medidas en un intento de reducir deudas históricas fue una medida general y no una garantía hecha específicamente a la Demandante de que ésta podía recuperar los pagos que se le adeudaran en virtud de dicha medida²²².

227. En relación con el Mandato N° 15, la Demandada sostiene que no podría haber causado el fracaso del proyecto de PBII de la Demandante, ya que la Demandante ya había determinado en diciembre de 2007 que “no era viable” que PBII operase. La Demandada afirma que el Mandato N° 15 tenía el objetivo de estabilizar el sector de la electricidad en beneficio de todas las compañías generadoras y que el régimen se explicó a todos los participantes en el mercado, incluida la Demandante²²³. En opinión de la Demandada, el Mandato N° 15 mejoró el mercado, exigiendo al Ministerio de Finanzas que cubriera, mensualmente, todo déficit de pago a las compañías generadoras que operaban en el sector eléctrico. La Demandada discute que el Mandato N° 15 impidiera de alguna manera que las compañías generadoras sigan vendiendo en el mercado al contado²²⁴. En cualquier caso, la Demandada señala que nunca se garantizó a la Demandante una participación continua en el mercado al contado y que la Demandante podría haber suscripto un PPA, tal

²¹⁹ RPHS, párr. 10; artículo 2 del Decreto Presidencial N° 2427 de 31 de diciembre de 2004, Documento CLA52; Transcripción, Día 3, págs. 551:25-552:6.

²²⁰ RPHS, párr. 11; Escrito de la Defensa, párr. 141; Escrito de la Contrarréplica, párr. 28.

²²¹ RPHS, párr. 12; Transcripción, Día 3, págs. 550:12-552:14.

²²² Escrito de la Defensa, párrs. 322-326.

²²³ Escrito de la Defensa, párrs. 327-332.

²²⁴ RPHS, párrs. 13-16.

y como lo hicieron todas las compañías privadas de generación. Según la Demandada, varias compañías de distribución intentaron celebrar un PPA con la Demandante.

228. Por último, la Demandada sostiene que ni el rechazo inicial de CONELEC respecto a extinguir el Contrato de Permiso ni la Administración Temporal de PBII fueron equivalentes a una violación del estándar de trato justo y equitativo. En relación con la primera cuestión, la Demandada reitera que las acciones de CONELEC no le son atribuibles y que dichas acciones estaban justificadas en esas circunstancias por el incumplimiento de la Demandante del Contrato de Permiso dada su negación injustificada a operar la PBII tal y como le exigía el Contrato de Permiso. No obstante, la Demandada afirma que la Demandante no tenía ninguna expectativa legítima de que gozaría del derecho de retirar la PBII de Ecuador luego de la extinción del Contrato de Permiso y que, en cualquier caso, CONELEC extinguió el Contrato de Permiso el 17 de marzo de 2011²²⁵.

(iv) *El efecto del artículo 24 del Contrato de Permiso*

229. El artículo 24 del Contrato PBII establece:

“VIGÉSIMA CUARTA: INDEMNIDADES DEL TITULAR DEL PERMISO. *La Constitución Política de la República del Ecuador señala, en su Artículo doscientos setenta y uno que el Estado, a través de OTORGANTE podrá establecer a favor del inversionista las garantías y seguridades especiales, a fin de que los convenios no sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase que afecten sus cláusulas. En caso de que se dicten normas que vayan en perjuicio del inversionista o cambien las cláusulas contractuales, el Estado reconocerá al inversionista la compensación respectiva por los daños y perjuicios que se ocasionaron con tales actos, a fin de restablecer y mantener en todo momento la estabilidad económica y financiera que hubiera tenido de no haberse producido tales efectos o decisiones”*²²⁶.

230. Durante la audiencia sobre el fondo, el Tribunal circuló una lista de preguntas que las Partes habrían de abordar en sus alegatos de cierre en la propia audiencia o en sus Escritos Posteriores a la Audiencia. Entre otras cosas, se solicitó que las Partes expresaran sus opiniones acerca del efecto del artículo 24 del Contrato PBII y señalaran si la Demandante había aceptado la posibilidad de que se produjeran cambios en las leyes y los reglamentos sujetos exclusivamente a un derecho de compensación.

²²⁵ Escrito de la Defensa, párr. 338.

²²⁶ Contrato PBII, nota 39 *supra*.

a. Argumentos de la Demandante

231. Según la Demandante, a través del artículo 24, CONELEC le ofrecía protección a su contraparte por los actos realizados por una parte independiente, la República del Ecuador. CONELEC tendría la calidad de “*indemnizante*” y el artículo 24 comprendería una “*reclamación de indemnización*”²²⁷.
232. La Demandante alega que dicha cláusula no es aplicable al caso que nos ocupa – con la excepción de una posibilidad remota que se analiza a continuación. En primer lugar, la Demandante alega que el artículo 24 le permitía efectuar un reclamo de indemnidad contra su contraparte contractual, si bien no limitaba otros recursos legales: “*el hecho que nosotros tenemos [derecho de] que afirmar es [Sic] contra nuestra parte contratante no quiere decir que debemos hacerlo en primer lugar o que se representa negar la reclamación que tenemos contra el Estado*”²²⁸.
233. En segundo lugar, la Demandante invoca el Laudo Interino a fin de ilustrar que existe una distinción entre CONELEC y la Demandada. La Demandante alega que el contrato de concesión establece la posibilidad de efectuar reclamos contra una de las Partes, CONELEC, en virtud de una serie de pretensiones. Por otro lado, el TBI permite una variedad de reclamos contra otra parte, el Estado²²⁹. De este modo, se dice que el recurso disponible en virtud del Tratado es más amplio que la promesa de estabilidad incluida en el contrato de concesión²³⁰.
234. En tercer lugar, la Demandante invoca razones de interpretación de tratados y políticas como argumento final. Hace referencia a la decisión del Comité de Anulación del caso *Vivendi*, en la que se afirmó que “*no le está permitido a un tribunal del CIADI, con jurisdicción bajo un TBI respecto de una reclamación basada sobre las disposiciones*

²²⁷ Transcripción, Día 5, págs. 854:19-855:20.

²²⁸ Transcripción, Día 5, pág. 855:21-25.

²²⁹ Transcripción, Día 5, págs. 914:16-915:1.

²³⁰ Transcripción, Día 1, pág. 81:14-23.

sustantivas de dicho TBI, desestimar la reclamación sobre a cause [sic] de que pudo o debió haber sido conocida por un tribunal nacional”²³¹.

235. Por último, la Demandante admite que el Artículo 24 no podría haber tenido influencia alguna sobre el caso: “[La Demandada] *podría tener una razón para mitigación*”. No obstante, destaca que la Demandada no ha alegado eso y que no ha “*alegado eso, sin embargo. Entonces, ese artículo no va a tener mayor impacto*”²³².

b. Argumentos de la Demandada

236. La Demandada afirma que la Demandante, al admitir el artículo 24, aceptó la posibilidad de modificaciones a las leyes y los reglamentos sujetos exclusivamente a un derecho de compensación. La Demandada sostiene que la garantía de compensación no es automática – “*tiene que ser implementado según la ley aplicable, que es la ley ecuatoriana*”²³³.
237. La Demandada alude a la Ley de Garantía de Protección de 1997 y sus Reglamentos, que contaban con un método a efectos de la implementación de la protección del artículo 271 de la Constitución Ecuatoriana en ese momento. La Demandada resalta que la Demandante ha ignorado el procedimiento previsto en ese sistema jurídico y va más allá al declarar que “*el artículo 24 habla de mantener la estabilidad legal a cambio de compensación monetaria que se podría pagar para restablecer esa estabilidad. Pero toda la premisa del artículo 24 es de exigir al inversor que cumpla sus obligaciones según el contrato y continuar así generando*”²³⁴.
238. La Demandada insiste en que sus alegaciones con respecto al Contrato PBII no son alegaciones en materia de jurisdicción. De acuerdo con la Demandada, la cuestión central consiste en determinar si el fundamento principal del reclamo es un reclamo contractual o en virtud de un tratado. La Demandada hace referencia al caso *RSM Production c. Granada*, en el que un tribunal CIADI rechazó el reclamo dado que el fundamento

²³¹ Transcripción, Día 5, pág. 917:15-20; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002, Caso CIADI N° ARB/97/3, Documento RLA30.

²³² Transcripción, Día 5, pág. 859:16-19.

²³³ Transcripción, Día 5, pág. 946:12-13.

²³⁴ Transcripción, Día 5, págs. 944:23-945:3.

principal del reclamo era una pretensión contractual que ya se había planteado anteriormente²³⁵.

2. Análisis y conclusión del Tribunal

239. El Artículo II(3)(a) del TBI establece que “[l]as inversiones, a las que se concederá siempre un trato justo y equitativo, gozarán de protección y seguridad plenas y, en ningún caso, se le concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional”. Según la Demandante, la Demandada no le ha concedido dicho trato a su inversión.

(i) El nivel de protección en virtud del TBI

240. La referencia que la Demandante hace a las resoluciones de otros laudos dictados en el marco de arbitrajes en virtud de tratados de inversión²³⁶ deja en claro que, en su opinión, el elemento esencial del estándar de trato justo y equitativo del tratado son las expectativas legítimas del inversor en el contexto de “la estabilidad del marco legal y comercial”.

241. Según la Demandante, como sostiene otro tribunal, “la obligación de no alterar las expectativas legítimas del inversor” significa que “los gobiernos deben evitar cambiar arbitrariamente las reglas del juego en una manera que mine las expectativas legítimas de un inversor o las manifestaciones hechas a éste”²³⁷. Otros laudos han sostenido que, además de ser “legítimas”, las expectativas del inversor deben ser “razonables”²³⁸. Otros han determinado que este estándar se ve vulnerado por el modo en el que el gobierno del Estado lleva adelante relaciones particulares con un inversor sin manejar las negociaciones “en forma competente y profesional”²³⁹.

242. La alegación principal de la Demandante establece que cuando comenzó a invertir en Ecuador, tenía la expectativa legítima de que el marco regulatorio en vigor en ese

²³⁵ Transcripción, Día 5, pág. 942:1-20.

²³⁶ En la Manifestación del Reclamo (párrs. 73-79), la Demandante cita los laudos emitidos en el marco de los casos *Técnicas Medioambientales Tecmed SA c. Estados Unidos Mexicanos*, nota 181 *supra*, párr. 154; *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, nota 182 *supra*, párr. 183; *Saluka Investments BV (Países Bajos) c. República Checa*, nota 79 *supra*, párrs. 101-102; *Siemens c. Argentina*, nota 79 *supra*, párr. 299.

²³⁷ *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania*, nota 182 *supra*, párrs. 419-420.

²³⁸ *Saluka Investments BV (Países Bajos) c. República Checa*, nota 182 *supra*, párr. 302.

²³⁹ *PSEG Global Inc. y otras. c. República de Turquía*, Laudo de 19 de enero de 2005, Caso CIADI N° ARB/02/5, párr. 246.

momento “*permanecería estable y sin cambios en la medida que se le permitiría continuar recibiendo un retorno razonable sobre su inversión*”²⁴⁰. El eje del reclamo de la Demandante es que “[*el*] *cambio fundamental de políticas en el año 2007 [...] alteró el marco general bajo el cual el demandante invirtió*” y este “*cambio del marco jurídico para la generación de electricidad; se cambió de forma tan radical que esto representa un incumplimiento de expectativas legítimas*”²⁴¹.

243. Según la Demandada, el estándar de trato justo y equitativo conforme a la interpretación de la Demandante carece de fundamento en virtud del Derecho internacional, ya que el estándar en virtud del TBI es más exigente. No requiere que los Estados garanticen que las leyes y los reglamentos en vigor en un momento determinado nunca serán modificados ni que dicha inversión en su territorio será rentable²⁴².
244. Haciendo alusión al caso *Waste Management*²⁴³, la Demandada señala el tipo de incumplimiento grave que sería necesario a fin de vulnerar el estándar de trato justo y equitativo. Este estándar se vería vulnerado por toda conducta de un Estado que fuera “*arbitraria, evidentemente parcializada, injusta o idiosincrática, si es discriminatoria y expone a la demandante a perjuicio seccional o racial, o implica una falta del debido proceso que produzca un resultado que sea ofensivo para la propiedad judicial*”. Asimismo, la Demandada se refiere al hecho de que el elevado umbral del estándar impone al inversor la carga de proceder “*con conocimiento de la situación regulatoria*”²⁴⁴.
245. En cuanto a la referencia que el artículo II(3)(a) del TBI hace al estándar de trato mínimo requerido por el Derecho internacional, el Tribunal destaca que el estándar mínimo internacional ha evolucionado con el transcurso del tiempo. Lo que importa en nuestro caso es que el trato de los inversores extranjeros no se encuentre por debajo de este

²⁴⁰ Manifestación del Reclamo, párr. 80.

²⁴¹ Transcripción, Día 1, pág. 72:11-12.

²⁴² Escrito de la Defensa, párrs. 287-288.

²⁴³ *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, nota 114 *supra*, párr. 98.

²⁴⁴ *Grand River Enterprises y otras c. Estados Unidos de América*, nota 189 *supra*, párr. 44.

estándar mínimo internacional, independientemente de la protección ofrecida por el ordenamiento jurídico ecuatoriano²⁴⁵.

246. El término trato “*justo y equitativo*” no se encuentra definido en el TBI. De conformidad con el artículo 31(1) de la CVDT, todo tratado debe interpretarse “*de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*” Como el Comité de Anulación del caso CMS destacara, “*el estándar justo y equitativo ha sido invocado en un gran número de casos de arbitraje CIADI y...a este respecto existe alguna variación en la práctica de los tribunales arbitrales*”²⁴⁶.
247. Como otro tribunal resolviera con relación al mismo TBI, “[*aunque el trato justo y equitativo no está definido en el tratado, el preámbulo claramente expone en el acuerdo de las partes que dicho trato es deseable para mantener un marco estable para la inversión y la utilización máxima de los recursos económicos. La estabilidad del marco jurídico y económico es, entonces, un elemento esencial del trato justo y equitativo*”²⁴⁷.
248. Esta concepción también fue adoptada por otros tribunales en el marco de arbitrajes en virtud de tratados de inversión²⁴⁸. Sin embargo, existen tribunales que han adoptado concepciones mucho más restringidas del estándar de trato justo y equitativo al reconocer que uno de los principales componentes de este estándar son las expectativas legítimas y razonables de las partes²⁴⁹, conforme a la potestad regulatoria normal del Estado. En efecto, el Preámbulo del TBI también hace referencia a la necesidad de mantener “*la máxima utilización efectiva de los recursos económicos*”.

²⁴⁵ *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Laudo de 31 de octubre de 2011, Caso CIADI N° ARB/03/15, párr. 337.

²⁴⁶ *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Decisión del Comité *ad hoc* sobre la Solicitud de Anulación de 25 de septiembre de 2007, Caso CIADI N° ARB/01/8, nota 86.

²⁴⁷ *Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, nota 186 *supra*, párr. 183.

²⁴⁸ *CMS c. Argentina*, nota 136 *supra*, párr. 274; *LG&E c. Argentina*, nota 116 *supra*, párrs. 124-125.

²⁴⁹ *Alex Genin y otros c. República de Estonia*, Laudo de 25 de junio de 2001, Caso CIADI N° ARB/99/2, párr. 367; *EDF (Services) Limited c. Rumanía*, nota 183 *supra*, párrs. 216-217; *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania*, nota 190 *supra*, párr. 332.

249. El Tribunal no tiene la intención de formular otra descripción de este estándar, sino que se adhiere a la resolución de uno de los laudos mencionados *supra*, que parece ser especialmente adecuado para el caso que nos ocupa:

“La idea de que las expectativas legítimas y, por lo tanto, el trato justo y equitativo – TJE – impliquen la estabilidad del marco jurídico y comercial, no podrá ser correcta si se la expresa en un texto demasiado amplio y no calificado. El TJE podría entonces significar el virtual congelamiento de la regulación jurídica de las actividades económicas, en contraste con la potestad regulatoria normal del Estado y el carácter evolutivo de la vida económica. Salvo el caso en que el Estado hiciera promesas o declaraciones específicas al inversionista, el segundo no podrá confiar en un tratado bilateral de inversiones como una suerte de póliza de seguros contra el riesgo de cualquier cambio en el marco jurídico y económico del Estado receptor de la inversión. Dicha expectativa no sería legítima ni razonable”²⁵⁰.

La violación del estándar no puede determinarse en abstracto, qué es justo y razonable depende de la confrontación de las expectativas objetivas del inversor y la potestad regulatoria del Estado a la luz de las circunstancias del caso²⁵¹.

(ii) *La fecha de la inversión en Ecuador*

250. A fin de establecer si las expectativas legítimas del inversor han sido vulneradas por la conducta del Estado, es fundamental determinar el momento en el tiempo al que debería hacerse referencia a tal efecto. De acuerdo con la Demandante, sus expectativas legítimas se originaron en 2003 o, como máximo, el 16 de abril de 2005, cuando PBII fue importada a Ecuador²⁵². En cambio, la Demandada considera que las expectativas legítimas de la Demandante se fijaron a partir del 12 de septiembre de 2006, cuando la Demandante celebró el Contrato de Permiso a efectos de PBII²⁵³.

251. El Tribunal comparte la opinión de la Demandada. Como muchos tribunales CIADI resolvieron, la concepción habitual de una inversión incluye varias características básicas, en particular: (a) debe comprender un aporte con valor económico; (b) debe realizarse

²⁵⁰ *EDF (Services) Limited c. Rumania*, nota 183 *supra*, párr. 217. Véanse, asimismo, *Saluka Investments BV (Países Bajos) c. República Checa*, nota 182 *supra*, párr. 304; *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania*, nota 190 *supra*, párr. 332; *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, nota 245 *supra*, párrs. 366-367.

²⁵¹ *Saluka Investments BV (Países Bajos) c. República Checa*, nota 182 *supra*, párr. 82; *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, nota 245 *supra*, párr. 364; *Continental Casualty Company c. Argentina*, Laudo de 5 de septiembre de 2008, Caso CIADI N° ARB/03/9, párr. 255.

²⁵² Transcripción, Día 5, pág. 850:4-12.

²⁵³ RPHS, párr. 3.

durante un plazo determinado; (c) debe existir una expectativa de retorno de la inversión, sujeta a un elemento de riesgo; (d) debería contribuir al desarrollo de la economía del Estado receptor²⁵⁴. Si bien la última condición ha sido objeto de críticas, las demás han sido generalmente aceptadas por otros tribunales y comentaristas en el ámbito del arbitraje en virtud de tratados de inversión. Independientemente de la definición de “inversión” en virtud del artículo I(1)(a) del TBI, estos factores influyen en la determinación del momento en el que la Demandante “invirtió” en Ecuador en el sentido corriente y comenzó a invocar las expectativas legítimas que podría haberse formado.

252. Para que surja una “inversión” en este sentido, debe existir una transferencia efectiva de dinero u otro valor económico de un nacional (ya sea una persona física o jurídica) de un Estado extranjero al Estado receptor mediante la asunción de algún tipo de compromiso que garantice la eficacia del aporte y su duración durante un período de tiempo. El ingreso de PBII a Ecuador y el intento de la Demandante de anclarla en distintos lugares no satisfacen estas condiciones en la medida en que la Demandante aún era libre, tanto subjetiva como objetivamente, de abandonar Ecuador en cualquier momento ante la ausencia de compromisos que la obligaran a permanecer en el país. Sólo a través de la celebración del Contrato de Permiso a efectos de PBII el 12 de septiembre de 2006 puede considerarse que la inversión de la Demandante (que, por su propia definición, incluye el Contrato PBII²⁵⁵) se ha realizado en virtud de un aporte efectivo de valor económico al Estado receptor durante un tiempo determinado con la expectativa de obtener un retorno aunque sujeta a un elemento de riesgo²⁵⁶. Por lo tanto, la fecha de 16 de septiembre de 2006 debe tomarse como fecha de referencia a efectos de analizar las expectativas legítimas de la Demandante.

²⁵⁴ Conforme al denominado “*criterio Salini*”, *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Marruecos*, Decisión sobre Jurisdicción de 23 de julio de 2001, Caso CIADI N° ARB/00/4, párr. 57.

²⁵⁵ “*Los contratos BGI y BGII constituyen ambos ‘inversiones’ a los fines de la Cláusula I(1)(a) del BIT*” (Manifestación del Reclamo, párr. 38). Cabe destacar que la definición de “inversión” en virtud del artículo I(1)(a) del TBI incluye “*cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la Ley*” (inciso (v)).

²⁵⁶ En virtud del Contrato de Permiso, la Demandante asumió “*los riesgos comerciales inherentes a la actividad*”, es decir, la actividad de generación de electricidad (artículo 6.2).

(iii) *La violación de las expectativas legítimas de la Demandante*

253. Como ya se ha mencionado²⁵⁷, la Demandante tenía pleno conocimiento de que, durante muchos años, el marco regulatorio del sector eléctrico había estado atravesando un proceso de constante evolución en aras de satisfacer la creciente demanda de electricidad sobre la base de condiciones que serían aceptables desde el punto de vista económico para todos los operadores del sistema: compañías de generación, compañías de transmisión, compañías de distribución y usuarios finales. Los ajustes que se habían introducido rutinariamente a partir de 2003 en el orden de prioridad de pago ilustran esta evolución. La Demandante no ignoraba el problema de cobro que las compañías de generación del sector eléctrico enfrentaban mientras que los cambios introducidos en el orden de prioridad de pago también daban cuenta de la atención de la Demandada a este problema.
254. Con respecto al programa “*Combustible por Energía*”, antes de fines de 2007, cuando el sistema fue modificado, todas las compañías generadoras tuvieron acceso a créditos de combustible por medio de una serie de decretos de emergencia²⁵⁸, todos los cuales eran de duración limitada sin garantía de renovación alguna²⁵⁹. Por lo tanto, la Demandante no podía tener expectativas legítimas de que los créditos de combustible continuarían estando disponibles ante la ausencia de un compromiso específico en ese aspecto por parte del Estado. En todo caso, los créditos de combustible continuaron estando disponibles luego de 2007 a través de arreglos y acuerdos entre PETROCOMERCIAL y el Ministerio de Finanzas²⁶⁰.
255. Con respecto al Mandato Constituyente N° 15, puede decirse que mejoró el mercado eléctrico. Su artículo 2 requiere que el Ministerio de Finanzas cubra todos los meses la diferencia entre los costos de generación, transmisión y distribución y la tarifa plana establecida para los usuarios finales, tal como lo determina CONELEC.

²⁵⁷ Párr. 187, *supra*.

²⁵⁸ Decretos Presidenciales N° 2627 de 31 de diciembre de 2004; N° 436 de 24 de agosto de 2005; N° 1331 de 19 de abril de 2006.

²⁵⁹ Tal como lo reconociera uno de los testigos de la Demandante, D. Zacharia Korn, durante la audiencia (Transcripción, Día 2, pág. 238:1-240:8).

²⁶⁰ Tal como lo explicara uno de los testigos de la Demandada, D. Francisco Vergara, durante la audiencia (Transcripción, Día 3, pág. 496:3-18).

256. En conclusión, en septiembre de 2006, la Demandante no podía pretender que el marco regulatorio del sector eléctrico permaneciera inmutable²⁶¹, más en particular, que “*los generadores tales como la Demandante, [tuvieran] derecho a cobrar un precio por la generación para por lo menos cubrir sus costos, y además que efectivamente recibiera ese precio*”²⁶². No se ha probado que los cambios regulatorios en los pagos a las compañías de generación de energía hubieran empeorado las perspectivas comerciales de la Demandante en comparación con septiembre de 2006, aun suponiendo – lo que no se ha demostrado – que pudiera tener la expectativa legítima de contar con un marco regulatorio del sector eléctrico estable.

(iv) *El efecto del artículo 24 del Contrato de Permiso*

257. El Tribunal ha tomado nota de las alegaciones de las Partes con respecto al artículo 24 del Contrato de Permiso luego de una pregunta planteada durante la audiencia sobre el fondo²⁶³. En particular, la pregunta del Tribunal era si la Demandante, mediante la celebración del Contrato de Permiso, ha aceptado que la Demandada podía introducir cambios en las leyes y los reglamentos que podrían perjudicarla en su calidad de inversor, lo que constituye el eje del reclamo de la Demandante de violación de sus expectativas legítimas.

258. El Tribunal considera que el artículo 24 del Contrato de Permiso influye en la resolución del reclamo de la Demandante según el cual tenía la expectativa legítima de que el sistema regulatorio del sector eléctrico no fuera objeto de cambio perjudicial alguno. De hecho, esta disposición demuestra que, en septiembre de 2006, la Demandante había aceptado que podían introducirse cambios en las leyes “*u otras disposiciones de cualquier naturaleza*” que “*perjudicarían al inversor*” [Traducción libre] y que, en este caso, se pagaría una compensación por los daños y perjuicios que se le hubieran causado. Al haber optado por interponer un reclamo basado en el TBI, la Demandante ha renunciado a su derecho de exigir compensación en virtud del artículo 24 del Contrato de Permiso.

²⁶¹ La Demandante ha admitido durante la audiencia que su “*caso [...] no es que el demandado no tuviera derecho a cambiar sus leyes o que tuviera un cambio de política; claramente esa es su potestad, su prerrogativa*” (Transcripción, Día 5, págs. 907:23-908:1).

²⁶² Manifestación del Reclamo, párr. 82.

²⁶³ Párrs. 231 y ss, *supra*. El texto del artículo 24 se encuentra reproducido en el párr. 229.

259. A la luz de todo lo que antecede, el reclamo de la Demandante de violación por parte de la Demandada del estándar de trato justo y equitativo en virtud del TBI debe desestimarse.

E. LA SUPUESTA VIOLACIÓN A LA OBLIGACIÓN DE PROVEER PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS POR PARTE DE LA DEMANDADA

1. Las posiciones de las Partes

(i) *Argumentos de la Demandante*

260. La Demandante afirma que la Demandada ha violado sus obligaciones conforme al artículo II(3)(a) del TBI, al no otorgar a la inversión de la Demandante protección y seguridad plenas. La Demandante invoca el caso *Occidental* para argumentar que la “protección y seguridad plenas” y el “trato justo y equitativo” se pueden considerar en conjunto²⁶⁴. Por ello, en la medida en que el Tribunal considere que hubo una violación del estándar de trato justo y equitativo, la promesa de protección y seguridad plenas también se habría violado²⁶⁵. La Demandante también aduce que los tribunales de los tratados de inversión se han alejado del enfoque restrictivo original respecto de la protección y seguridad plenas, y han establecido que el estándar “*puede aplicarse a más que seguridad física de un inversor o de sus bienes, porque también podría ser sujeto de hostigamiento sin ser dañado o confiscado físicamente*”²⁶⁶.

261. Además, la Demandante argumenta que la Demandada ha violado la promesa de protección y seguridad plenas, incluso conforme a una definición acotada de protección, a través de los daños físicos directos que sus agentes y representantes causaron a PBII durante la Administración Temporal²⁶⁷. La Demandante se remite a sus alegaciones previas acerca de la atribución de las acciones de CONELEC y de Termopichincha a la Demandada, y afirma que “*este era un barco controlado totalmente por el Estado y la forma en que operaron este buque no cumplía con el deber de diligencia previa. Si el Estado va a coger la barcaza, el Estado va a tomar la barcaza de Ulyseas y operarla,*

²⁶⁴ Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador, nota 186 *supra*.

²⁶⁵ Manifestación del Reclamo, párrs. 86-88.

²⁶⁶ Manifestación del Reclamo, párr. 87; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. Argentina*, Laudo Definitivo de 20 de agosto de 2007, Caso CIADI N° ARB/97/3, Documento CLA67.

²⁶⁷ Manifestación del Reclamo, párr. 89. Declaración Contestataria, párr. 88 b).

*por lo menos el Estado tendría que operar la barcaza con un cuidado debido para que no haga daño a la barcaza mientras está operando la barcaza”*²⁶⁸.

262. Por último, la Demandada alega que no hay necesidad de demostrar que se agotaron los recursos locales y que la jurisprudencia citada por la Demandante en este respecto no se relaciona con la cuestión²⁶⁹.

(ii) *Argumentos de la Demandada*

263. La Demandada considera que no es responsable de los daños supuestamente causados a PBII durante el período de Administración Temporal y que el deber de protección y seguridad plenas es un deber de cuidado para la protección contra la fuerza externa, que no se aplica al uso de los recursos contractuales²⁷⁰.

264. La Demandada aduce que no está ampliamente aceptado que la obligación de conceder protección y seguridad plenas supere las interferencias físicas o que el estándar se aplique más allá de una obligación de diligencia debida aplicable en caso de luchas internas y en circunstancias de violencia física²⁷¹.

265. La Demandada también argumenta que, incluso si el estándar de protección y seguridad plenas pudiera equipararse al estándar de trato justo y equitativo, la Demandada no violó el estándar de trato justo y equitativo. La Demandada invoca el caso de *Occidental*, en el que el tribunal estableció que “*un tratamiento que no es justo por falta de protección conlleva automáticamente la ausencia de protección completa y seguridad a la inversión*”²⁷².

266. La Demandada sostiene que la Administración Temporal de PBII por parte de CONELEC no equivale a la violación de la obligación de proveer protección y seguridad plenas de la

²⁶⁸ Transcripción, Día 5, pág. 879:1-5.

²⁶⁹ Declaración Contestataria, párr. 88 e).

²⁷⁰ RPHS, párr. 17; *Saluka Investments BV (Países Bajos) c. República Checa*, nota 182 *supra*; *El Paso Energy International Company c. la República Argentina*, nota 245 *supra*, presentados por la Demandante durante la Audiencia sobre el Fondo.

²⁷¹ Escrito de la Defensa, párr. 340; *Saluka Investments BV (Países Bajos) c. República Checa*, nota 182 *supra*; *Técnicas Medioambientales Tecmed SA c. Estados Unidos Mexicanos*, nota 181 *supra*; *Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto*, nota 106 *supra*.

²⁷² Escrito de la Defensa, párr. 341. Transcripción, Día 1, pág. 61:23-25.

Demandada en virtud del TBI por tres motivos. En primer lugar, insiste en que ni las acciones de CONELEC ni las de Termopichincha son atribuibles a la Demandada, ya que éstas no involucraron un ejercicio de la autoridad gubernamental²⁷³. Según la Demandada, la Administración Temporal se desarrolló conforme, y con el fin de aplicar, las disposiciones del Contrato de Permiso²⁷⁴. En cuanto a Termopichincha, la Demandada sostiene que Termopichincha estaba actuando en carácter de agente de CONELEC sólo conforme al Derecho ecuatoriano; y que en el presente caso la atribución se rige por la *lex specialis* del artículo II(2)(b) del TBI²⁷⁵.

267. En segundo lugar, la Demandada sostiene que no se causaron daños a PBII. Arguye que el certificado confeccionado por el notario no contiene nada substancial sobre la condición operativa de la barcaza, ni sobre el estado de sus motores²⁷⁶. Respecto de los informes de Waller Marine y MAN Diesel, la Demandada sostiene que sólo comentan el estado de la barcaza al momento de la inspección a fines de 2010 (no inmediatamente antes de la Administración Temporal)²⁷⁷. Por último, la Demandada afirma que la declaración de D. Robert Bordei depende en gran medida de estos dos informes y que, por ende, no es suficiente en sí misma para establecer que Termopichincha haya causado daños a la barcaza²⁷⁸.
268. En tercer lugar, la Demandada alega que, incluso si se hubiera causado algún daño a PBII, esto no equivaldría a una violación de la Demandada del estándar de protección y seguridad plenas. La Demandada invoca el caso *Saluka* en aras de aducir que el estándar sólo exige el cuidado debido y una conducta razonable²⁷⁹. A su parecer, tanto CONELEC

²⁷³ Escrito de la Contrarréplica, párr. 119.

²⁷⁴ RPHS, párr. 18.

²⁷⁵ RPHS, párr. 20.

²⁷⁶ Vídeo (incluida la Certificación Notarial que lo acompaña, de 27 de septiembre de 2010), de 27 de septiembre de 2010, Documento C144.

²⁷⁷ Estudio de la Situación de PBII confeccionado por Waller Marine, de 11 de noviembre de 2010, Documento C145; Informe confeccionado por MAN Diesel, de 14 de febrero de 2011, Documento C146.

²⁷⁸ Escrito de la Contrarréplica, párr. 120.

²⁷⁹ *Saluka Investments BV (Países Bajos) c. República Checa*, nota 182 *supra*.

como Termopichincha ejercieron el debido cuidado, ya que realizaron la Administración Temporal de PBII “*de manera profesional y diligente*”²⁸⁰.

269. Por último, la Demandada observa que la Demandante no invocó los recursos legales ni otros recursos internos disponibles para impedir los supuestos daños. Si bien reconoce que no invocar los canales legales internos no es un impedimento procesal para plantear un reclamo basado en un TBI, argumenta que el hecho de que los canales legales estuvieran disponibles en todo momento para la Demandante a fin de que ésta pudiera solicitar la reparación por cualquier daño físico ocasionado a PBII durante la Administración Temporal, o mediante orden judicial para dicha Administración Temporal, respalda adicionalmente la posición de que la Demandada no dejó de proteger la inversión de la Demandante²⁸¹. Según la Demandada, su obligación se limita a asegurar que estén disponibles los canales legales apropiados, para lo que se remite al caso *Lauder c. República Checa*²⁸².
270. Asimismo, la Demandada sostiene que la Demandante rechazó la oferta de CONELEC de que asumiera la Administración Temporal de PBII, no proveyó ayuda directa, y nunca hizo uso de su derecho de asumir la Administración Temporal o monitorear la operación de PBII por parte de Termopichincha²⁸³.

2. Análisis y conclusión del Tribunal

271. La Demandante considera que la “protección y seguridad plenas” y el “trato justo y equitativo” pueden considerarse en forma conjunta “*ya que ambos tratamientos requieren que el Estado provea estabilidad y predictibilidad*”²⁸⁴.
272. El Tribunal no comparte esta opinión. La protección y seguridad plena es un estándar de tratamiento distinto del trato justo y equitativo, como lo manifiesta la referencia independiente a los dos estándares del artículo II (3)(a) del TBI. Este estándar impone una

²⁸⁰ Escrito de la Contrarréplica, párrs. 44 y 121.

²⁸¹ Escrito de la Contrarréplica, párrs. 122-123.

²⁸² Escrito de la Contrarréplica, párr. 123; *Ronald Lauder c. República Checa*, Laudo Definitivo de 3 de septiembre de 2011, CNUDMI, párr. 314, Documento RLA48.

²⁸³ Escrito de la Contrarréplica, párr. 124.

²⁸⁴ Manifestación del Reclamo, párr. 86. Respecto de esta proposición, la Demandante invoca el Laudo emitido en el marco del caso *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, nota 186 *supra*, párr. 191.

obligación de vigilancia y cuidado por parte del Estado conforme al Derecho internacional, lo que incluye un deber de diligencia debida para impedir que los terceros causen daños ilícitos a las personas o a los bienes de extranjeros en su territorio o, si no logra impedirlo, para reprimirlos y castigarlos por tales daños²⁸⁵.

273. Dado que la Administración Temporal de PBII fue realizada por un tercero, pero conforme al Contrato de Permiso, los daños físicos que se puedan haber causado a PBII deben resolverse conforme al Contrato. Por ende, no hubo una violación de la protección y seguridad plenas conforme al TBI, como argumenta la Demandante²⁸⁶.
274. El reclamo de que el Estado ha violado el estándar de tratamiento de protección y seguridad plenas conforme al TBI debe desestimarse.

F. LAS MEDIDAS SUPUESTAMENTE DISCRIMINATORIAS TOMADAS POR LA DEMANDADA

1. Las posiciones de las Partes

(i) Argumentos de la Demandante

275. La Demandante alega que la conducta de la Demandada fue discriminatoria, en violación al artículo II(3)(b). La Demandante invoca el caso de *Antoine Goetz et consorts* para señalar la idea de que una medida es, en efecto, discriminatoria si resulta en el tratamiento diferente de un inversor de aquél acordado a otros inversores en una situación similar o comparable²⁸⁷. La Demandante afirma que todo inversor tiene derecho a tener el mismo marco legislativo y regulatorio, incluidos los subsidios o beneficios incorporados al marco, aplicables al inversor y a otros dedicados a la misma actividad económica. Según la Demandante, este estándar de protección exige que la Demandada no discrimine entre la Demandante y entidades comparables –lo que en este caso se refiere principalmente a entidades de propiedad del Estado²⁸⁸.

²⁸⁵ *El Paso Energy International Company c. la República Argentina*, nota 245 *supra*, párrs. 522-523 y los casos allí invocados.

²⁸⁶ Manifestación del Reclamo, párr. 89; Declaración Contestataria, párrs. 87-88.

²⁸⁷ Manifestación del Reclamo, párr. 92; *Antoine Goetz and Ors c. Burundi*, Laudo de 10 de febrero de 1999, Caso CIADI N° ARB/95/3, párr. 121, Documento CLA21.

²⁸⁸ Manifestación del Reclamo, párr. 93.

276. En opinión de la Demandante, la garantía de protección ha sido violada por varios motivos. En primer lugar, alega que el orden de prioridad para el pago de las generadoras privadas ha sido consistentemente disminuido a una mayor velocidad que el de las generadoras de propiedad del Estado. En segundo lugar, argumenta que las empresas de transmisión de propiedad del estado han permanecido efectivamente inmunes después de los cambios en el orden de prioridad. En tercer lugar, afirma que la Demandada ha creado un sector eléctrico cuya estructura de costos está diseñada de modo que beneficia a las generadoras de propiedad del estado, que no tienen ningún requisito para obtener cualquier forma de margen de utilidades, a fin de saturar el mercado con PPAs de bajo costo, y así hacer que sea imposible que las generadoras privadas obtengan PPAs económicamente viables²⁸⁹. Por último, la Demandante sostiene que las otras generadoras privadas recibieron un trato más favorable que ella. Por ejemplo, la Demandante se refiere a Termoguayas, cuyo proyecto “*recibi[ó] un pago de colección mucho más importante, independiente de sus propias deudas. Es decir, estuvieron en el primer lugar de pago y esto no estaba considerado en el mandato 15. El Estado simplemente decidió no seguir sus propias reglas. Y Termoguayas recibió pagos en prioridad*”²⁹⁰.
277. La Demandante aduce que el artículo II(3)(b) ofrece protección contra la discriminación en términos generales. Invoca, *inter alia*, la decisión de *CMS c. Argentina* a fin de argumentar que los tribunales de los tratados de inversión han confirmado que tal protección incluye la prevención de la discriminación contra una inversión dentro de un sector, en lugar nacionalidad²⁹¹. También insiste en que las compañías generadoras y transmisoras se encuentran dentro de la misma actividad económica, dado que la presencia de una en la cascada de pagos impacta sobre la otra en función de su capacidad de cobrar de la cascada. Por ello, la Demandante solicita al Tribunal que analice el impacto económico al establecer comparadores²⁹².

²⁸⁹ Manifestación del Reclamo, párr. 94.

²⁹⁰ Transcripción, Día 1, pág. 55:13-19.

²⁹¹ Declaración Contestataria, párr. 92(a); *CMS Gas Transmission Co c. República Argentina*, nota 136 *supra*; *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, nota 136 *supra*; *Sempra Energy International c. Argentina*, Laudo de 28 de septiembre de 2007, Caso CIADI N° ARB/02/16, Documento CLA98.

²⁹² Declaración Contestataria, párr. 92(b).

278. Por último, la Demandante sostiene que la invocación del interés público como excusa para las violaciones del tratado debe caer dentro del alcance de la doctrina de la necesidad, descrita en el artículo 25 de los Artículos de la CDI²⁹³.

(ii) *Argumentos de la Demandada*

279. La Demandada sostiene que el TBI no define el término “*discriminatorio*” y que el estándar aducido por la Demandante no encuentra sustento en la ley²⁹⁴. En opinión de la Demandada, el Comentario al Borrador de la Convención de la OECD 1967 sobre la Protección de la Propiedad Extranjera deja claro que la discriminación debe basarse en la nacionalidad, para lo que también se remite a los casos de *Feldman c. México*, *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania* y *Pope & Talbot*²⁹⁵. La Demandada también sostiene que los casos invocados por la Demandante no respaldan su argumento de que la protección contra la discriminación se limita a la discriminación en función de la nacionalidad²⁹⁶.

280. La Demandada formula tres observaciones que respaldan su argumento de que hay un único estándar de trato discriminatorio, la discriminación en función de la nacionalidad. En primer lugar, la Demandada se refiere a *Parkerings* para afirmar que “*a fin de determinar si ha habido discriminación, el tratamiento de los inversores extranjeros debe ser comparado con el tratamiento de los inversores domésticos*”²⁹⁷. En segundo lugar, la Demandada argumenta que los casos contra la Argentina invocados por la Demandante no respaldan la posición de que la protección contra la discriminación conforme al TBI va más allá de la discriminación en función de la nacionalidad. La Demandada destaca que en los tres casos el tribunal en cuestión estableció que no había un tratamiento discriminatorio²⁹⁸. Por último, la Demandada sostiene que una interpretación tan amplia de la cláusula sobre discriminación sería contraria al objeto y fin del TBI, el cual, “*después*

²⁹³ Declaración Contestataria, párr. 92(c); Artículos de la CDI, nota 65 *supra*, artículo 25.

²⁹⁴ Escrito de la Defensa, párr. 345.

²⁹⁵ Escrito de la Defensa, párrs. 346-349; *Marvin Feldman c. México*, Laudo de 16 de diciembre de 2002, Caso CIADI Nº ARB(AF)/99/1, Documento RLA4; *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania*, nota 190 *supra*; *Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá*, Laudo Provisional de 2 de abril de 2001, CNUDMI, Documento RLA3.

²⁹⁶ Escrito de la Contrarréplica, párr. 129

²⁹⁷ Transcripción, Día 1, pág. 95:7-11; *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania*, nota 190 *supra*.

²⁹⁸ Transcripción, Día 1, pág. 110:7-10; *CMS Gas Transmission Co c. República Argentina*, nota 136 *supra*; *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, nota 136 *supra*; *Sempra Energy International c. Argentina*, nota 291 *supra*.

de todo se refiere a la protección de inversión extranjera”²⁹⁹. No obstante, la Demandada sostiene que no se establece la violación incluso con un enfoque amplio sobre la protección contra el trato discriminatorio.

281. Respecto del primer punto de la Demandante, la supuesta discriminación a las generadoras privadas, la Demandada sostiene que la Demandante debe demostrar que (i) se la trató distinto de las otras generadoras térmicas; (ii) el tratamiento diferencial se debió a una medida tomada por la Demandada; y que (iii) no existió un fin o propósito legítimo que justificara el trato menos favorable. La Demandada aduce que la Demandante no ha cumplido con ninguno de estos requisitos³⁰⁰.
282. La Demandada afirma que no es cierto que los cambios en el orden de prioridad resultaran en una disminución de la prioridad de las generadoras privadas. Por el contrario, la Demandada argumenta que *“una empresa extranjera privada, fue tratada más favorablemente que ellos”*³⁰¹, y tuvieron continuamente una prioridad mayor a la de las generadoras de propiedad del Estado³⁰².
283. Respecto del supuesto trato preferencial otorgado a las empresas transmisoras propiedad del Estado, la Demandada considera que las empresas transmisoras no se encuentran dentro del mismo negocio o sector económico que las generadoras térmicas y que, por ende, son irrelevantes para determinar si existió un trato discriminatorio³⁰³. La Demandada argumenta que las empresas generadoras y transmisoras desempeñan funciones absolutamente diferentes, a pesar de que operan en el mismo sector, y señala que sin las empresas transmisoras, las generadoras no podrían acceder a todo el mercado de electricidad³⁰⁴. Asimismo, la Demandada sostiene que las compañías transmisoras han tenido una prioridad mejor que las generadoras desde 2004, mucho tiempo antes de que PBII se importara a Ecuador³⁰⁵.

²⁹⁹ Transcripción, Día 1, pág. 107:23-24.

³⁰⁰ Escrito de la Defensa, párr. 350.

³⁰¹ Transcripción, Día 1, pág. 94:23-24.

³⁰² Escrito de la Defensa, párr. 352; Declaración Testimonial de Jorge Vergara, Documento RWS-8.

³⁰³ Escrito de la Defensa, párr. 353.

³⁰⁴ Transcripción, Día 1, pág. 112:22-23.

³⁰⁵ Escrito de la Defensa, párr. 353.

284. La Demandada también rechaza la alegación de la Demandante de que la Demandada creara una situación de mercado en la que era imposible que las generadoras privadas obtuvieran PPA económicamente viables. La Demandada argumenta que esta alegación es “*absurda*” y que la Demandante no ha presentado pruebas de que habría podido celebrar un PPA si no se hubieran introducido cambios a la reglamentación. La Demandada considera que éste fue el resultado de planificación y consideraciones comerciales, y no de los cambios del marco regulatorio, y que la alegación se contradice con los ejemplos de PPA formalizado por Electroquil y Termoguayas³⁰⁶.
285. La Demandada también argumenta que la Demandante no ofrece pruebas en absoluto de que las generadoras propiedad del Estado “*no t[uvieran] ningún requisito para obtener cualquier forma de margen de utilidades*”, y que, incluso si se presentaran tales pruebas, esto no constituiría una violación del TBI. Asimismo, la Demandada señala que todas las generadoras térmicas (locales y extranjeras) fueron igualmente afectadas por las dificultades de pago y que ninguna de estas medidas distinguieron entre generadoras locales y extranjeras. Es más, la Demandada sostiene que estas medidas se tomaron por el interés público y fueron necesarias para responder al estado de emergencia³⁰⁷.
286. Respecto del tratamiento supuestamente más favorable otorgado a otras generadoras privadas, y a Termoguayas en particular, la Demandada sostiene que las circunstancias de Termoguayas y la Demandante eran diferentes. La Demandada observa que no fue el Estado quien otorgó a Termoguayas una mayor prioridad, sino CATEG, a través del PPA que celebraron en 2008. La Demandada también observa que Termoguayas no recibió una mayor prioridad de pago respecto de sus ventas al contado³⁰⁸.
287. Por último, la Demandada argumenta que no necesita invocar la doctrina de la necesidad en virtud del artículo 25 de los Artículos de la CDI. En cambio, la Demandada aduce que no hubo violación del TBI y que, por ende, no hubo una conducta ilícita. En opinión de la Demandada, para que se establezca el trato discriminatorio, debe haber al menos pruebas de una “*diferenciación caprichosa, irracional o absurda en el trato otorgado a las*

³⁰⁶ *Ibid.*, párr. 354.

³⁰⁷ *Ibid.*, párr. 354.

³⁰⁸ Transcripción, Día 1, pág. 113:12-114:5.

Demandantes en comparación con otras entidades", lo que, a su parecer, no sucedió en el caso que nos ocupa³⁰⁹.

2. Análisis y conclusión del Tribunal

288. El artículo II(3)(b) del TBI establece:

“Ninguna de las Partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el mantenimiento, la utilización, el usufructo, la adquisición, la expansión o la enajenación de las inversiones.”

289. La Demandante invoca el caso de *Goetz c. Burundi* y afirma que *“una medida es, en efecto, discriminatoria si resulta en el tratamiento de un inversor diferente de aquel acordado a otros inversores en una situación similar o comparable”*³¹⁰. La Constitución de Ecuador de 1998 también establece esta protección, al garantizar el mismo trato a las actividades comerciales públicas y privadas y las mismas condiciones a la inversión local y extranjera³¹¹.

290. La Demandante argumenta que esta garantía ha sido violada por: (a) cambios en el orden de prioridad, de modo que las generadoras privadas siempre han tenido una prioridad menor a la de las generadoras propiedad del Estado; (b) la prioridad otorgada consistentemente a las transmisoras propiedad del Estado, al considerarlas inmunes en perjuicio de las generadoras privadas; (c) la estructura de costos del sector eléctrico, que ha beneficiado a las generadoras propiedad del Estado, dado que estas no tienen un requisito de generar utilidades, y han saturado al mercado con PPAs de bajo costo, que han hecho imposible que las generadoras privadas obtengan PPAs viables³¹².

291. La supuesta discriminación de la Demandante se relaciona con entidades nacionales propiedad del Estado que operaban en condiciones más favorables que las generadoras privadas, fueran nacionales o extranjeras, en situaciones similares.

³⁰⁹ Escrito de la Contrarréplica, párr. 130; *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, nota 136 *supra*.

³¹⁰ Manifestación del Reclamo, párr.92; *Goetz and Ors c. Burundi*, nota 287 *supra*.

³¹¹ Constitución de 1998, nota 9 *supra*, artículo 244(1), invocado en la Manifestación del Reclamo, párr.93.

³¹² Manifestación del Reclamo, párr. 94.

292. Como ya se mencionó, la Demandada sostiene que hay un único estándar para el trato discriminatorio, que es la discriminación en función de la nacionalidad. Invoca el Comentario al Borrador de la Convención de la OECD 1967 sobre la Protección de la Propiedad Extranjera y una serie de casos.
293. El Tribunal considera que para que una medida sea discriminatoria, es suficiente con que, objetivamente, dos situaciones similares reciban un trato diferente. Como lo estableció el tribunal del CIADI en *Goetz c. Burundi*, “la discriminación supone un trato diferencial aplicado a personas que se encuentran en situaciones similares” [Traducción libre]³¹³. Como tal, la discriminación puede dejar de lado la nacionalidad y relacionarse con un inversor extranjero que recibe un trato distinto del de otro inversor, sea nacional o extranjero, en una situación similar.
294. Respecto de la primera situación de discriminación alegada por la Demandante, en septiembre de 2006, cuando se firmó el Contrato de Permiso, las generadoras propiedad del Estado siguieron teniendo una prioridad menor a las de las generadoras privadas en una situación similar dentro del orden de prioridad de pago³¹⁴. Lo mismo se aplicó en 2007³¹⁵ y 2009³¹⁶ respecto de las generadoras privadas con PPA, mientras que durante estos dos años las generadoras privadas que compraban en el mercado al contado tuvieron una prioridad menor a la de las compañías generadoras propiedad del Estado con PPA. En la medida en la que tener un PPA es una situación que puede considerarse distinta a la de comprar en el mercado al contado, puede sostenerse que no hubo discriminación en perjuicio de las compañías de generación privadas en comparación con las compañías de generación propiedad del Estado. Claramente, había una política del Estado para impulsar a las compañías generadoras, fueran privadas o propiedad del Estado, a celebrar PPAs. En cualquier caso, pareciera que la Demandante no daba mucha importancia a las prioridades de pago³¹⁷.

³¹³ *Goetz and Ors v. Burundi*, nota 287 *supra*, párr. 121.

³¹⁴ Informe Muñoz, nota 30 *supra*, págs. 41-42.

³¹⁵ *Ibid.*, págs. 43-44.

³¹⁶ *Ibid.*, págs. 45-46.

³¹⁷ En la audiencia, D. Zacharia Korn, uno de los testigos de la Demandante, afirmó: “no nos sentíamos muy inclinados a preocuparnos por prioridades de pago...” (Transcripción Día 2, pág. 243:22-23).

295. Respecto de la segunda situación de supuesta discriminación, las compañías de transmisión están en una situación distinta de la de las compañías de generación, de modo que no puede considerarse que haya discriminación entre las dos categorías, como señaló la Demandada³¹⁸.
296. En cuanto a la tercera situación de supuesta discriminación, la Demandada señala que los cambios en la estructura de costos del sector eléctrico de 2008 no son pertinentes, dado que la Demandante había determinado en septiembre de 2007 que PBII no era económica ni comercialmente viable³¹⁹. No puede aceptarse este argumento, dado que la posición de la Demandante a fines de 2007 podría haber cambiado en presencia de condiciones más favorables del sector eléctrico en 2008. Éste fue el caso con la promulgación del Mandato Constituyente N° 15 en julio de 2008, una medida introducida para abordar el déficit de los pagos en el sector eléctrico.
297. En virtud del artículo 2 del Mandato Constituyente N° 15, el Ministerio de Finanzas debía cubrir, cada mes, las faltas de pago a las generadoras que operaban en el sector eléctrico. El nuevo sistema resultó ser exitoso, ya que la tasa de cobro de las generadoras mejoró gradualmente hasta alcanzar el 94% en 2010³²⁰. El sistema se habría aplicado del mismo modo a la Demandante, si hubiera decidido vender en el mercado al contado o conforme a un PPA. Respecto de la última opción, el Tribunal ya ha concluido que el motivo por el que la Demandante no pudo celebrar un PPA no fueron los cambios al marco regulatorio, sino sus propias consideraciones comerciales³²¹.
298. Por los motivos expuestos *supra*, el reclamo de la Demandante de que la Demandada tomó medidas discriminatorias contra ella debe desestimarse.

³¹⁸ Escrito de la Defensa, párr. 353. La Demandada también ha señalado que las compañías transmisoras siempre han tenido una prioridad mayor a la de las generadoras desde 2004, es decir, mucho tiempo antes de que la Demandante celebrara el Contrato de Permiso.

³¹⁹ Escrito de la Defensa, párr. 354 (primer punto).

³²⁰ Carta de CONELEC a la Dirección Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje, de 28 de noviembre de 2011, Documento R316.

³²¹ Párr. 198, *supra*.

G. EL SUPUESTO TRATO ARBITRARIO POR PARTE DE LA DEMANDADA

1. Las posiciones de las Partes

(i) Argumentos de la Demandante

299. La Demandante alega que la Demandada ha incumplido su obligación en virtud del artículo II(3)(b) del TBI de ofrecer protección contra el trato arbitrario. La Demandante invoca el caso *Occidental* para argumentar que “cuando un Estado ha presentado un marco regulatorio incierto y conflictivo y/o una serie de manifestaciones, está actuando de manera arbitraria”³²².
300. Según la Demandante, la Demandada actuó de manera arbitraria ante la Demandante en las siguientes situaciones: (i) la supuesta promesa del Ministro Mosquera de que CATEG celebraría un PPA con la Demandante y la posterior negación por parte de CATEG de que el Ministro Mosquera gozara de autoridad para actuar en su nombre y representación; (ii) la supuesta creación por parte de la Demandada de una estructura de precios sumamente favorable para las entidades del Estado, al mismo tiempo que sugería que la Demandante celebraría un PPA rentable; (iii) las negociaciones con Termoesmeraldas durante el plazo de siete meses, luego de lo cual Termoesmeraldas supuestamente confirmó que no contaba con fondos suficientes para comprar la barcaza; y (iv) la alegación por parte del Ministro Mosquera de que PBII habría de “morir en Ecuador,” que fue hecha sin ofrecer “algún tipo de solución palpable para ayudar a que la barcaza hiciera dinero” ni permitir que PBII dejara Ecuador y produjera electricidad en algún otro lugar³²³.
301. La Demandante alega que esa conducta fue arbitraria en el sentido de que se estaban haciendo a la Demandante manifestaciones incongruentes y en conflicto desde diversas facetas de la Demandada³²⁴. Una vez más, la Demandante hace referencia al caso *Occidental*, en el que el tribunal resolvió que “fue esa misma confusión y falta de claridad

³²² Manifestación del Reclamo, párrs. 96-97; *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, nota 186 *supra*.

³²³ Manifestación del Reclamo, párr. 98.

³²⁴ *Ibíd.*, párr. 99.

*que resultó en alguna forma de arbitrariedad, aun si la [entidad estatal] no hubiera tenido la intención de ello*³²⁵.

302. En particular, al momento de comparar su situación con la del caso *Occidental*, la Demandante alega que, luego de la sanción del Mandato Constituyente N° 15, se vio sujeta a un proceso circular de pasar del ministro de gobierno a la compañía estatal, al ente regulador, al gobierno central, respecto de la cuestión clave de quién podía autorizar una modalidad de venta de energía que permitiera que la Demandante cubriera sus costos y percibiera sus pagos.
303. Con relación a los debates con el Ministro, la Demandante hace alusión a la prueba testimonial presentada por D. Jan Veldwijk³²⁶. La Demandante describe las reuniones con el Ministro Mosquera los días 5 y 12 de diciembre de 2007 y con el Director Ejecutivo de CONELEC, Fernando Izquierdo, el día 19 de diciembre de 2007, durante las cuales ambos representantes indujeron a la Demandante a creer que suscribiría un PPA en el corto plazo³²⁷.
304. La Demandante pasa a relatar su reunión con el Ministro Mosquera el 31 de enero de 2008, en la que argumenta que el Ministro Mosquera le dijo que podría suscribir un PPA con CATEG sobre la base de los mismos términos que un PPA que Termoguayas había suscripto sólo unos días antes³²⁸. Asimismo, la Demandante cita la prueba testimonial de D. Mario Restrepo al igual que su resumen contemporáneo de la reunión preparado por escrito³²⁹. La Demandante también destaca que la Demandada no ha presentado al Ministro Mosquera para que éste refute las afirmaciones contenidas en el resumen contemporáneo preparado por escrito por D. Mario Restrepo³³⁰.

³²⁵ Transcripción, Día 1, pág. 70:16-20.

³²⁶ Declaración Contestaria, párr. 90.

³²⁷ CPHS, párrs. 12-14. La Demandante alega que, luego de revisar la información financiera de Ulyseas, el Ministro Mosquera garantizó, entre otras cosas, que: (i) PBII podría ser un *buen negocio*; (ii) habría un único comprador de electricidad que suscribiría PPA con las compañías generadoras; y (iii) se le solicitaría a la Demandante que suscribiera un PPA. Asimismo, la Demandante invoca el acta de una reunión con D. Fernando Izquierdo, según la cual D. Fernando Izquierdo le dijo a la Demandante que ella “estaría en condiciones de firmar un PPA conforme los términos y sobre por todo conforme un precio que haría viable un PBII”.

³²⁸ CPHS, párr. 14.

³²⁹ *Ibíd.*, párr. 14 a).

³³⁰ *Ibíd.*, párr. 14 b).

305. En lo que concierne a las negociaciones con Termoesmeraldas, la Demandante alega que siempre actuó en forma razonable. La Demandante refuta el argumento de la Demandada según el cual las negociaciones fracasaron porque la Demandante exigió de modo irrazonable un “*contrato de compra firme y vinculante, sujeto a un programa de ensayos razonable*” [Traducción libre]³³¹. De acuerdo con la Demandante, sus exigencias eran razonables y prudentes a la luz de los altos costos y riesgos involucrados en la puesta en marcha y la prueba de la barcaza y, en todo caso, el 20 de enero de 2009, la Demandante tomó conocimiento de que Termoesmeraldas no poseía “*ni el dinero ni la autoridad*” [Traducción libre] para comprar PBII³³².
306. Por último, la Demandante resalta que la Demandada no pretende justificar cómo califica su tratamiento “*si es que no es arbitrario*”³³³ si, por un lado, reclama el control de PBII y, por otro lado, multa a la Demandante por no generar energía durante un período en el cual ya no tenía control sobre el navío.

(ii) *Argumentos de la Demandada*

307. La Demandada alega que no hay nada confuso ni carente de claridad acerca del marco regulatorio que está vigente en el sector eléctrico de Ecuador, ni en la manera en que la Demandada trató a la Demandante y su inversión³³⁴.
308. Según la Demandada, la Demandante se equivocó al basarse en el laudo de *Occidental*. En ese caso, el tribunal observó que se había cambiado de manera importante el marco según el cual el inversor había estado operando y señaló que las aclaraciones solicitadas por la demandante sólo habían encontrado respuestas poco claras y vagas. La Demandada alega que las situaciones no pueden compararse ya que no hubo ningún cambio significativo en el marco regulatorio que regía el sector eléctrico en Ecuador³³⁵.

³³¹ Correo electrónico de D. Jan Veldwijk a D. Jon Pollock y D. German Efromovich (con inclusión de archivo adjunto) de 30 de septiembre de 2008, Documento C117.

³³² CPHS, párr. 19. La Demandante hace referencia al correo electrónico de D. Jan Veldwijk a D. Jon Pollock y D. German Efromovich, de 21 de enero de 2009, Documento C123. Véase, asimismo, Declaración Contestaria, párr. 90.

³³³ Declaración Contestataria, párr. 91.

³³⁴ Escrito de la Defensa, párr. 355.

³³⁵ Escrito de la Defensa, párr. 356.

309. De acuerdo con la Demandada, la alegación según la cual el Mandato N° 15 era en sí mismo arbitrario carece de todo fundamento. En primer lugar, la Demandada argumenta que el Mandato N° 15 no provocó el fracaso del proyecto PBII, que la Demandante ya había descripto como “*inviabile*” en diciembre de 2007³³⁶. En segundo lugar, la Demandada alega que un fallo de trato arbitrario requiere alguna medida de “*impropiedad*”, que no existe en el presente caso en el que el Mandato N° 15 era una medida introducida de buena fe en aras de mejorar el funcionamiento del sector eléctrico³³⁷. En tercer lugar, la Demandada destaca que el Mandato N° 15 se aplica en forma equitativa a todos los participantes del sector. Por último, la Demandada alega que luego de la promulgación del Mandato N° 15, se adoptaron medidas a fin de garantizar que éste fuera explicado a todas las compañías de generación privadas (mediante dos reglamentos de CONELEC, reuniones con compañías de generación y distribución y comités de negociación)³³⁸.
310. Asimismo, la Demandada refuta uno por uno los actos que la Demandante describe como equivalentes a supuestos de trato arbitrario. En primer lugar, la Demandada afirma que los actos de CATEG no se le pueden atribuir. Sin embargo, aun suponiendo su atribución, la Demandada sostiene que CATEG no actuó de manera arbitraria en el contexto de sus negociaciones con la Demandante puesto que: (i) la Demandante presentó demasiado tarde su propuesta formal a CATEG en febrero de 2008, momento hacia el cual CATEG ya había asegurado su demanda de energía para ese año; (ii) la Demandante hizo propuestas no reveladas a dos compañías de distribución, que las rechazaron porque “*consideraron que el precio de salida era demasiado alto*”; y (iii) D. Jan Veldwijk confirmó que Ulysseas no estaba interesada en suscribir un PPA después de presentar su Notificación de Arbitraje en diciembre de 2008³³⁹.
311. En segundo lugar, la Demandada insiste en que el Ministro Mosquera nunca garantizó que la Demandante suscribiría un PPA con CATEG. En particular, la Demandada destaca que el Ministro “*informó por escrito a la Demandante en ese mismo tiempo que él no había*

³³⁶ Carta de Ulysseas a CONELEC de 21 de diciembre de 2007, Conclusión 3, Documento C92.

³³⁷ Escrito de la Contrarréplica, párr. 136; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, nota 136 *supra*.

³³⁸ Escrito de la Contrarréplica, párrs. 134-138.

³³⁹ RPHS, párrs. 25-28.

*hecho ninguna promesa de esa clase*³⁴⁰. De acuerdo con la Demandada, “[e]l Ministro Mosquera solo ilustró a Ulysseas los posibles términos con los cuales éste podría negociar y finalmente suscribir un PPA con la CATEG”³⁴¹. A tal efecto, la Demandada subraya que el Dr. Restrepo confirmó la comprensión de Ecuador de las notas de la reunión y admitió en la Audiencia que la carta del Ministro Mosquera es consistente con las notas de la reunión de 31 de enero de 2008³⁴².

312. En tercer lugar, la Demandada afirma que su conducta no fue arbitraria en conexión con la “estructura de costos” que se aplicó al sector eléctrico y alega que la razón por la cual la Demandante no pudo asegurar un PPA fue su insistencia en un precio desmesuradamente alto. Asimismo, la Demandada afirma que su conducta no fue arbitraria en conexión con las negociaciones con Termoesmeraldas – que, en su opinión, llegaron a un punto muerto porque la Demandante se negó a asumir los costos de las pruebas e insistió en términos nada razonables – y destaca que no existía obstáculo formal o legal alguno que impidiera que la Demandante vendiera PBII³⁴³. La Demandada alega que Termoesmeraldas participó en las negociaciones en calidad puramente comercial, sin elemento de “*puissance publique*” involucrado, y, por lo tanto, su responsabilidad no puede verse comprometida. Asimismo, la Demandada alega que el rechazo de las condiciones de la Demandante por parte de Termoesmeraldas era completamente razonable. Según la Demandada, habría sido prematuro que las partes suscribieran un contrato vinculante antes de la conclusión de las negociaciones³⁴⁴. La Demandada hace referencia a D. Robert Wells, quien, en su testimonio, confirmó que el requisito de Termoesmeraldas de que PBII debía someterse a pruebas con carga plena antes de la conclusión de la venta era “razonable”³⁴⁵. Además, la Demandada alega que fue Termoesmeraldas la que dio a la Demandante un borrador de

³⁴⁰ Escrito de la Contrarréplica, párr. 143.

³⁴¹ RPHS, párr. 23.

³⁴² *Ibíd.* La Demandada hace referencia a Transcripción, Día 2, pág. 289:1-290:21.

³⁴³ Escrito de la Defensa, párr. 357.

³⁴⁴ Escrito de la Contrarréplica, párrs. 144-146.

³⁴⁵ *Ibíd.* La Demandada hace referencia a Transcripción, Día 1, págs. 358:22-359:6 (inglés), Declaración de Testigo de D. Robert Wells, Documento CWS-8.

una Carta de Intención para las pruebas comerciales de PBII antes de realizar la compra, a la que la Demandante nunca respondió³⁴⁶.

313. Asimismo, la Demandada alega que su conducta no fue arbitraria en conexión con el supuesto comentario del Ministro Mosquera de que “*PBII iba a morir en Ecuador*”. La Demandada afirma que, “*incluso si eso fuese verdad*”, no supondría una violación del TBI, dado que la Demandante no tenía un derecho automático para retirar PBII de Ecuador. La Demandada subraya que D. Robert Wells confirmó esa comprensión de que CONELEC tenía la opción estipulada de adquirir PBII a la terminación del Contrato de Permiso y destacó que el Contrato de Permiso terminó el 17 de marzo del 2011 y Ulysseas ha retirado desde entonces PBII de Ecuador³⁴⁷. Con relación a la queja por parte de la Demandante de que el Ministro no ofreció “*algún tipo de solución palpable para ayudar a que la barcaza hiciera dinero*”, la Demandada afirma que no tenía obligación de hacerlo³⁴⁸.
314. Con respecto a la imposición de multas por parte de CONELEC durante la Administración Temporal, la Demandada declara que estas no son atribuibles a ella porque fueron acciones de una parte contractual, de conformidad con el artículo 14.5 del Contrato de Permiso PBII, y no en ejercicio de la autoridad gubernamental o *puissance publique*. La Demandada invoca el caso *Bayindir*, en el que el tribunal estableció que “*no había base alguna para que la Demandante esperara que [CONELEC] no ejerciera por sí misma sus derechos contractuales*”³⁴⁹.
315. Asimismo, la Demandada explica que CONELEC ejecutó sanciones en virtud del Contrato de Permiso contra la Demandante por dos razones. En primera instancia, la Demandante fue multada por no iniciar las operaciones comerciales el 3 de octubre de 2009³⁵⁰. En segundo lugar, la Demandante fue sancionada por no haber cumplido el Contrato de Permiso. Esta sanción por incumplimiento, que es exigible una sola vez y no se basa en el cálculo del tiempo, fue activada mucho antes de la Administración Temporal. De este

³⁴⁶ RPHS, párr. 29.

³⁴⁷ RPHS, párr. 24.

³⁴⁸ Escrito de la Defensa, párr. 357.

³⁴⁹ Escrito de la Contrarréplica, párrs. 139-141; *Bayindir Insaat Turizim Ticaret Ve Sanayi A. S. c. República Islámica de Pakistán*, Laudo de 27 de agosto de 2009, Caso CIADI N° ARB/03/29, Documento RLA49.

³⁵⁰ RPHS, párr. 30

modo, la Demandada alega que CONELEC nunca impuso sanciones a la Demandante por no operar durante el período de Administración Temporal³⁵¹. Por último, la Demandada destaca que la Demandante podría haber finalizado la Administración Temporal y, por lo tanto, haber evitado la imposición de las multas en cualquier momento si hubiera indicado que cumpliría sus obligaciones según el Contrato de Permiso³⁵².

2. Análisis y conclusión del Tribunal

316. Según la Demandante, la Demandada actuó de manera arbitraria en las siguientes situaciones:

- a. cuando el Ministro Mosquera manifestó a la Demandante que CATEG celebraría un PPA con términos que serían aceptables para la Demandante;
- b. al crear una estructura de precios favorable a las entidades estatales y, de ese modo, recortar la capacidad de la Demandante de celebrar un PPA redituable;
- c. cuando Termoesmeraldas, compañía de propiedad estatal, negoció durante 7 meses la compra de PBII para confirmar finalmente que no tenía los fondos necesarios; y
- d. cuando el Ministro Mosquera informó a la Demandante de que PBII habría de “*morir en Ecuador*” sin ofrecer algún tipo de solución palpable o permitir que PBII dejara el País.

317. De este modo, la Demandante recibió manifestaciones incongruentes y en conflicto en violación del artículo II(3)(b) del TBI³⁵³. Como ya se ha afirmado, la Demandante también cita la imposición de multas por no generar energía como supuesto de trato arbitrario³⁵⁴.

318. El Tribunal ya ha expresado la opinión de que la conducta del Ministro Mosquera, al crear la expectativa de que la Demandante sería capaz de formalizar un PPA favorable, no está libre de críticas, aunque ha concluido que, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes, dicha conducta no constituye una violación del TBI³⁵⁵. Más allá de la expresión utilizada por el Ministro Mosquera³⁵⁶, la Demandante tenía la obligación, asumida libremente mediante la suscripción del Contrato de Permiso, de generar electricidad para el país. Ante la ausencia de condiciones que podrían haber justificado la

³⁵¹ *Ibíd.*, párrs. 30-33.

³⁵² Escrito de la Contrarréplica, párr. 142.

³⁵³ Manifestación del Reclamo, párrs. 98-99; Declaración Contestataria, párr. 89.

³⁵⁴ Declaración Contestataria, párr. 91.

³⁵⁵ Párrs. 194-195, *supra*.

³⁵⁶ “PBII moriría en Ecuador”.

rescisión o resolución del Contrato de Permiso o de la aparición de una situación de caso fortuito o fuerza mayor, la Demandante estaba obligada a desarrollar actividades de generación de energía durante el plazo de 15 años. El Ministro Mosquera no tenía la facultad de ofrecerle soluciones alternativas a la Demandante o permitir que PBII abandonara Ecuador ante la ausencia de causas de rescisión o resolución del Contrato de Permiso.

319. La Demandante alega que la Demandada actuó con arbitrariedad al presentar un marco regulatorio contradictorio e incierto. La Demandada responde que no hubo ningún cambio significativo en el marco regulatorio que regía el sector eléctrico, incluida su estructura de costos³⁵⁷. Como sostuvo otro tribunal, “...una determinación de arbitrariedad requiere que se manifieste alguna medida de impropiedad”³⁵⁸. Esto no ocurre en el caso que nos ocupa. En particular, el Mandato Constituyente N° 15 se promulgó en el contexto de una serie de medidas adoptadas en el transcurso de muchos años a fin de resolver el problema de los pagos y mejorar el funcionamiento del sector eléctrico mediante el favorecimiento de los contratos de suministro a largo plazo, a saber, los PPAs³⁵⁹.
320. No hubo nada “*impropio*” en la sanción del Mandato Constituyente N° 15 en julio de 2008 ni en su implementación a través de los reglamentos posteriores de CONELEC. No existe prueba alguna de que la estructura de costos se aplicara a las compañías de generación, ya sean públicas o privadas, en forma diferente. Asimismo, como ya se ha mencionado, todas las compañías de generación privadas pudieron obtener PPAs viables. La Demandante no fue excluida del proceso de negociación pertinente, sino que no logró obtener un PPA por motivos comerciales³⁶⁰.
321. En el marco de sus negociaciones con la Demandante, Termoesmeraldas no ejerció autoridad gubernamental alguna, sino que actuó meramente sobre una base comercial. Por lo tanto, su conducta en calidad de entidad estatal no puede atribuirse al Estado Ecuatoriano. Dada la imposibilidad de atribuir su conducta al Estado, la determinación del hecho de si ha mediado una mala conducta por parte de Termoesmeraldas en el contexto

³⁵⁷ Escrito de la Defensa, párrs. 355 y 357 (segundo ítem).

³⁵⁸ *Enron Corporation and Ponderosa Assets L.P. c República Argentina*, nota 136 *supra*, párr. 281.

³⁵⁹ Escrito de la Contrarréplica, párr. 136. Véase, asimismo, *supra*, párr. 255.

³⁶⁰ *Supra*, párr. 198.

de sus negociaciones con la Demandante a efectos de la compra de PBII no depende del Tribunal. La Demandante habría contado con medios en virtud del derecho ecuatoriano a fin de plantear los reclamos que podría haber tenido en ese aspecto.

322. La imposición de multas era una prerrogativa de CONELEC en virtud del Contrato de Permiso en el supuesto de que la Demandante no iniciara las actividades de generación de electricidad dentro del plazo prescrito (artículo 14.5). Esto es lo que sucedió. Como sostuvo otro tribunal CIADI en circunstancias similares, no existió trato arbitrario de la inversión de la Demandante en virtud del ejercicio de un derecho contractual por parte de CONELEC³⁶¹.
323. Por todas las razones expuestas *supra*, el reclamo de la Demandante de violación del TBI por causa de trato arbitrario por parte de la Demandada debe desestimarse.

H. VENCIMIENTO DEL CONTRATO DE FLETAMENTO

324. En la Audiencia también se les solicitó a las Partes que indicaran si el Contrato de Fletamento con Proteus – que después de haber sido modificado debía expirar en junio de 2007 – fue prorrogado *de facto*. A las Partes se les solicitó específicamente que explicaran la relevancia de la indicación en la declaración tributaria de Ulysseas de que su actividad principal era el “*arrendamiento de botes*”, así como la relevancia del membrete con referencia a “*Proteus*” y “*Ulysseas, Subsidiaria de Proteus Power, Co. Inc.*”

1. Las posiciones de las Partes

(i) Argumentos de la Demandante

325. La Demandante insiste en que el Contrato de Fletamento expiró por sus propios términos en julio de 2005. Desde el punto de vista de la Demandante, no se ha ofrecido ningún tipo de prueba que sugiera lo contrario³⁶². A tal fin, la Demandante se basa en el testimonio de D. Jan Veldwijk, “*que no se desafió en la formulación de repreguntas respecto de su evidencia de que el contrato de fletamento no fue renovado*”³⁶³.

³⁶¹ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A. S. c. República Islámica de Pakistán*, nota 349 *supra*, párr. 197.

³⁶² CPHS, párr. 6.

³⁶³ Transcripción, Día 5, pág. 90:16-21; Tercera Declaración Testimonial del D. Zacharia Korn, Documento CWS-5.

326. La Demandante observa, asimismo, que el Contrato de Fletamento nunca fue suscrito y ni siquiera concluido o completado, y sostiene que “*el citado por la Demandada en los alegatos de cierre se refiere a una barcaza completamente distinta*” [Traducción libre] (PBIII, que se vendió el 4 de marzo de 2004)³⁶⁴. También recalca que no se han realizado pagos en virtud del Contrato de Fletamento desde el año 2004³⁶⁵.
327. Además, la Demandante observa que la propia Demandada “*le solicitó al propietario de PBII que suscribiera [el Contrato PBII.]*” [Traducción libre] Por lo tanto, la Demandante considera inequitativo que Ecuador arguya que la Demandante no es la parte adecuada para reclamar “*que el verdadero inversor suscriba la Concesión*” [Traducción libre]³⁶⁶.
328. Con posterioridad al vencimiento del Contrato de Fletamento, Proteus supuestamente continúa como agente doméstico operando el buque en el país y oficiando de enlace con las autoridades locales, lo que – de acuerdo a la Demandante – “*explica por qué ambas empresas figuran todavía en los papeles aún cuando venza el contrato*”³⁶⁷. De acuerdo a la Demandante, Proteus le prestó servicios en virtud de un Contrato de Servicios con fecha 25 de abril de 2004, entre Interoil y la Demandante³⁶⁸. La Demandante explica que Proteus todavía está actuando como agente, pero que ya no es titular del Contrato de Fletamento: “*esa parte del acuerdo que vino con el buque ha caducado y no ha sido renovada, porque es conveniente que Ulysseas mantenga a Proteus como agente porque son conocidos en Ecuador y se los mantiene como tal durante un período de tiempo*”³⁶⁹.
329. En cuanto a la declaración tributaria, la Demandante sostiene que la Demandada no ha ofrecido evidencia alguna que sugiera que hubo algo “*relevante o inapropiado en lo que se refiere a cómo se paga impuestos en los Estados Unidos que ayude a este Tribunal a*

³⁶⁴ CPHS, párrs. 6, 52.

³⁶⁵ *Ibíd.*

³⁶⁶ *Ibíd.*, párr. 53.

³⁶⁷ Transcripción, Día 5, pág. 865:4-5.

³⁶⁸ CPHS, párr. 51. La Demandante hace referencia al Contrato de Servicios Ulysseas, Inc e Interoil, SA (actualmente Proteus Power Ecuador SA), de 5 (o 25) de abril de 2004, Documento C-JURI-45.

³⁶⁹ Transcripción, Día 5, pág. 865:16-20.

*comprender si Ulysseas es un inversor cualificado según el TBI y [...] ese es un tema jurisdiccional que además ya se ha resuelto*³⁷⁰.

330. Por último, en sus alegatos escritos la Demandante refutó la afirmación de la Demandada de que no se trataba de la parte que sufrió la pérdida³⁷¹. En su opinión, tal acusación tal ignora hecho de que la Demandada no niega que la Demandante sea la propietaria de PBII, que constituye “una inversión por su propio derecho”. Se contradice, asimismo, por (i) el hecho de que es Ulysseas y no Proteus Power la contraparte del Contrato PBII; (ii) el hecho de que fue Ulysseas y no Proteus Power (o ninguna otra entidad) quien estaba intentando concluir un PPA, y con quien las diversas contrapartes se encontraban negociando; (iii) el hecho de que el Contrato de Fletamento sólo determina las condiciones de uso de PBII entre Proteus Power y la Demandante y “[n]o tiene impacto de ninguna manera ni hace que se renuncie a ninguno de los derechos que la Demandante (como propietaria del activo) pueda tener contra la Demandada”; y (iv) el hecho, como se menciona *supra*, de que el Contrato de Fletamento de Buque Vacío entre Ulysseas y Proteus Power expiró de hecho por sus propios términos el 21 de julio de 2005³⁷².

(ii) *Argumentos de la Demandada*

331. En la opinión de la Demandada, “*la categoría del Contrato de Fletamento es ambigua y se debe presumir que está en curso*”³⁷³. La Demandada afirma que su opinión de que “*el registro no está completo y [...] debe haber más en lo que se refiere a la relación de las partes*” está respaldada por la modificación al Contrato del Fletamento, el programa de pagos y la ausencia de algún documento que confirme que los pagos de la renta del Contrato de Fletamento sólo debían hacerse cuando el buque estuviera operativo³⁷⁴.
332. La Demandada argumenta que la Demandante no ha explicado la categoría precisa del Contrato de Fletamento. En particular, la Demandante supuestamente no ha demostrado si

³⁷⁰ Transcripción, Día 5, pág. 866:17-20.

³⁷¹ Escrito de la Defensa, párr. 253.

³⁷² Declaración Contestataria, párr. 12. Véase, asimismo, Transcripción, Día 5, pág. 844:17-22.

³⁷³ Escrito de la Contrarréplica, párr. 155.

³⁷⁴ Transcripción, Día 5, pág. 947:3-5. Véase, asimismo, RPHS, párr. 48 (“*Ulysseas da a conocer documentación seleccionada e incompleta respecto de su relación con Proteus Power, y no siempre ha documentado esa relación en forma contemporánea*”).

el Contrato de Fletamento terminó, y de ser así en qué fecha, y no ha negado que Proteus Power le deba el saldo de la renta por concepto del fletamento. Además, la Demandada sostiene que la prueba no es coherente con la terminación del Contrato de Fletamento³⁷⁵.

333. La Demandada se refiere a los cambios en las declaraciones de D. Zacharia Korn y a la modificación del programa de pagos del Contrato de Fletamento para concluir que la propia prueba de la Demandante con respecto a la supuesta terminación del Contrato de Fletamento “*es incoherente e incompleta, y por lo tanto en el mejor de los casos ambigua*”³⁷⁶. La Demandada sostiene, asimismo, que “*la Demandante no dice o muestra nada para desvanecer la presunción de que Proteus Power aún debe los pagos de alquiler por fletamento a la Demandante*”³⁷⁷. Además, la Demandada afirma que “*la prueba de la Demandante es incoherente con la terminación del Contrato de Fletamento*”. La Demandada observa que D. Zacharia Korn había declarado que Proteus Power debía comenzar el pago sólo una vez que se iniciara la generación de energía mediante PBII, lo que habría implicado la extensión del período de vigencia del Contrato de Fletamento³⁷⁸.
334. La Demandada observa, asimismo, que en virtud del Contrato de Fletamento entre Proteus Power y Ulysseas, Proteus Power – en su carácter de fletador – tenía el derecho al “*uso, dominio, control, posesión y mando exclusivo de dicha instalación [PBII]*” a cambio de pagar a Ulysseas – en su carácter de propietario de PBII – los cánones de arrendamiento mensuales contratados³⁷⁹. De acuerdo a la Demandada, sólo Proteus Power, el fletador de PBII, podría haber tenido alguna expectativa de un beneficio razonable generado por las operaciones de PBII en Ecuador en esas fechas³⁸⁰. Por lo tanto, la Demandada concluye que “*en cualquier caso, la Demandante no ha logrado probar que incluso si, en el supuesto argüendo, las acciones de la Demandada privaran de todo valor al proyecto PBII, la Demandante ha sido como consecuencia la entidad afectada*”³⁸¹.

³⁷⁵ Escrito de la Contrarréplica, párr. 155.

³⁷⁶ *Ibid.*, párrs. 156-161.

³⁷⁷ *Ibid.*, párrs. 162-164.

³⁷⁸ *Ibid.*, párr. 165.

³⁷⁹ Escrito de la Defensa, párr. 253; Escrito de la Contrarréplica, párr. 149.

³⁸⁰ Escrito de la Contrarréplica, párr. 112.

³⁸¹ Escrito de la Defensa, párr. 253.

335. En la opinión de la Demandada, las propias pruebas de la Demandante socavan su afirmación de que Proteus Power es su agente. La Demandada se refiere a los siguientes eventos: “(i) *Prime solicita a los accionistas de Proteus Power, no de Ulysseas, que autoricen una transacción en previsión de la venta de PBII; (ii) los balances generales no auditados de Ulysseas no mencionan a PBII; (iii) las declaraciones tributarias en los Estados Unidos de Ulysseas describen su negocio como arrendamiento de botes; (iv) el Dr. Restrepo, el representante y abogado de Ulysseas no menciona la supuesta representación en su respuesta al Presidente; y (v) las facturas de 2006 se hacen para Proteus Power sin documentos que los relacionen con Ulysseas*”³⁸².
336. Por último, la Demandada sostiene que esta relación inexplicada es relevante porque el trato justo y equitativo, “*exige un grado de apertura y franqueza por parte del inversor además de por parte del Estado*”³⁸³. En particular, la Demandada afirma que, si la Demandante describe su negocio como el de alquiler de barcos cuando se trata de pagar impuestos, entonces tendría que llamarse un fletador de barcos cuando trata con la Demandada³⁸⁴. Al invocar la dependencia legítima y razonable, la Demandada afirma que “*si un inversor quiere razonablemente depender de lo que puede esperar en el país anfitrión, tiene que actuar consistentemente; como el Estado él también tiene que actuar*”³⁸⁵.

2. La conclusión del Tribunal

337. No existe prueba alguna en el expediente de que el Contrato de Fletamento de Buque Vacío fuera prorrogado más allá de su período de vigencia original. El reclamo de la Demandada bajo este encabezamiento debe ser rechazado.

³⁸² RPHS, párr. 47.

³⁸³ Transcripción, Día 5, pág. 952:12-14.

³⁸⁴ *Ibíd.*, pág. 953, líneas 1-4.

³⁸⁵ *Ibíd.*, pág. 953, líneas 8-13.

I. COMPENSACIONES ADEUDADAS POR VIOLACIONES DEL TBI

1. Las posiciones de las Partes

(i) Argumentos de la Demandante

338. La Demandante se refiere al estándar en el *Caso Chorzow Factory* para afirmar que la compensación adeudada por daños causados por la Demandada debería equivaler a *restitutio in integrum*.³⁸⁶ En opinión de la Demandante, *el valor justo* – y no *el valor de mercado justo* – es la referencia pertinente en este caso, ya que *el valor justo* “ha sido reconocido como un indicador para los daños y perjuicios por incumplimiento del trato nacional y otras violaciones que no sean expropiación, en tanto refleja el valor al inversor específico cuando ese valor pudiera estar fuera del valor de mercado justo de una inversión”³⁸⁷. [Traducción libre]
339. A fin de calcular la pérdida de su inversión, la Demandante se basa en un “*modelo de leasing*”, un enfoque que consiste en tratar “*la efectiva conversión por la Demandada de la inversión de la Demandante en parte de la infraestructura del Estado, como si fuera un esquema de ‘locación con opción de compra’*”³⁸⁸. En la opinión de la Demandante, tal modelo representa “*la mejor alternativa de método para producir un cálculo realista de los daños*” y es más justo que el método FFD.³⁸⁹
340. De acuerdo a D. Richard E. Walck, en cuyo informe se basan las afirmaciones de la Demandante, los daños de la Demandante totalizan USD 49.834 millones. La Demandante vincula el abandono del sector energético por parte de la Demandada, como existió, a los supuestos incumplimientos de la promesa de la Demandada de otorgarle a la inversión de la Demandante un trato justo y equitativo y protección total y seguridad, la promesa de la Demandada de no involucrarse en una expropiación indirecta y la promesa de la Demandada de proporcionarle a la Demandante protección ante un trato discriminatorio³⁹⁰.

³⁸⁶ Declaración Contestataria, párrs. 123-124.

³⁸⁷ CPHS, párr. 57; *The Factory in Chorzow*, Fondo, 1928, PCIJ Series A, N° 17, Documento CLA2.

³⁸⁸ Manifestación del Reclamo, párrs. 113-115.

³⁸⁹ Declaración Contestataria, párrs. 123-124.

³⁹⁰ Manifestación del Reclamo, párrs. 115-116. Véase, asimismo, Carta de la Demandante de 29 de noviembre de 2011, pág. 2.

El reclamo de la Demandante, incluyendo el capital más los intereses asciende a no menos de USD 57 millones³⁹¹.

341. En subsidio, la Demandante reclama daños por USD 15.066 millones por haber perdido el uso de PBII durante el período de un año y una suma de USD 7 millones por el daño físico infligido a PBII por los agentes de la Demandada³⁹². Con respecto al supuesto trato arbitrario, la Demandante reclama asimismo los daños “*que el Tribunal pueda considerar adecuados*”³⁹³. Como explicara D. Richard E. Walck durante el curso de la audiencia, los supuestos daños por la pérdida del uso de PBII y el daño físico causado a la barca están incluidos dentro del reclamo principal de la Demandante, en tanto se refieren a un período de tiempo determinado dentro de un reclamo por la privación permanente de su inversión³⁹⁴.
342. Los daños de la Demandante incluyen un componente de interés que utiliza una tasa de interés del 15%, ya que “*publicaciones independientes estaban usando una gama similar de interés para transacciones comparables en esta parte del mundo*” y “*en los bonos ecuatorianos en ese momento era 15 por ciento o un poquito superior*”³⁹⁵. Según la Demandante, este interés debería acumularse desde el 1 de enero de 2008 hasta el 10 de octubre de 2011³⁹⁶. Asimismo, la Demandante afirma que sólo el interés compuesto ofrecería la restitución total de la pérdida sufrida. En la visión de la Demandante, la ley nacional ecuatoriana a este respecto es irrelevante y, “*como cuestión general el interés simple solamente es correcto para tiempos pequeños*”³⁹⁷.
343. La Demandante aborda, asimismo, el tema de la causalidad para concluir que “*la Demandada es la causa próxima de la pérdida de la Demandante.*” Describe la lista de acciones a través de las cuales la Demandada supuestamente violó las promesas del TBI y

³⁹¹ Carta de la Demandante de 29 de noviembre de 2011, pág. 2.

³⁹² Declaración Contestataria, párr. 120.

³⁹³ *Ibíd.*

³⁹⁴ Transcripción, Día 4, pág. 761:1-5.

³⁹⁵ Transcripción, Día 1, pág. 67:1-11.

³⁹⁶ Manifestación del Reclamo, párr. 117; Informe Complementario de Réplica del Experto Richard E. Walck.

³⁹⁷ Declaración Contestataria, párrs. 127-128. Transcripción, Día 1, pág. 67:13-14.

establece que “*en cada instancia, la Demandada estuvo consciente de la inversión de la Demandante y debió haber estado consciente del probable impacto negativo*”³⁹⁸.

344. Por último, la Demandante se refiere a la queja de la Demandada respecto de la inclusión del dique seco, los cargos del personal y diversas instalaciones. La Demandante asevera que el dique seco es una “*parte esencial*” del mantenimiento de cualquier navío y por lo tanto está incluido en sus costos fijos; que los cargos del personal están incluidos ya que “*se le requirió a la Demandante que se hiciera cargo de ellos*” y, en cuanto a la inclusión de diversas instalaciones, la Demandante concluye que “*ha[biendo] privado a la Demandante del valor total de su inversión, [la Demandada] no debería tener el derecho de ponerse a escoger qué partes de la inversión es por las que es responsable*”³⁹⁹.

(ii) *Argumentos de la Demandada*

345. La Demandada afirma que la petición de daños de la Demandante carece de fundamento. En particular, la Demandada asevera que el Contrato de Fletamento continúa en vigencia (párr. 331, *supra*), y por lo tanto concluye que “*la Demandante no está en capacidad de señalar ningún perjuicio originado en ninguna acción de la Demandada*”⁴⁰⁰. En opinión de la Demandada, la relación inexplicada entre Proteus Power y la Demandante vuelve especulativa para la Demandante cualquier pérdida, impidiendo el daño⁴⁰¹. La Demandada arguye que, aunque en virtud del Contrato PBII la Demandante tenía el derecho nominal de operar la barcaza, ese derecho “*se asignó o confirió de otra manera a Proteus Power en los términos del Contrato de Fletamento*”⁴⁰². La Demandada se basa en *RosInvestCo* para la proposición de que en el Derecho internacional, las reglas concernientes a los reclamos internacionales han protegido sistemáticamente “*sólo el interés real, en el capital accionario o en los beneficios en la propiedad o empresa, no el interés del titular de la nuda propiedad o propiedad nominal*”⁴⁰³.

³⁹⁸ *Ibíd.*, párr. 116.

³⁹⁹ *Ibíd.*, párr. 126.

⁴⁰⁰ Escrito de la Defensa, párr. 358.

⁴⁰¹ RPHS, párr. 47.

⁴⁰² Escrito de la Contrarréplica, párr. 153.

⁴⁰³ *Ibíd.*, párr. 151; *RosInvestCo UK Ltd. c. la Federación Rusa*, Laudo Definitivo de 12 de septiembre de 2010, Caso CCE N° Arb.V079/2005, Documento RLA57.

346. La Demandada observa, asimismo, que D. Richard E. Walck incluye un cargo del personal en su cálculo de daños y perjuicios, a pesar de que la Demandante nunca hubiera obtenido un número de registro patronal en Ecuador. Según la Demandada, *“la solicitud de cuantía de indemnización de la Demandante debería por tanto desestimarse de inmediato por ser inadmisibile”*⁴⁰⁴.
347. Además, la Demandada afirma que la Demandante no ha logrado probar que las supuestas violaciones del TBI por parte de la Demandada le hayan ocasionado daño alguno. La Demandada afirma que la Demandante no tiene derecho a daños y perjuicios porque no ha demostrado que la Demandada le causara pérdida o daño alguno y observa que la Demandante *“supone sin base que toda violación del TBI implica la pérdida total de uso de la PBII, declina demostrar algún vínculo casual entre alguna violación sin expropiación y la magnitud del daño, si hubiere alguno”*⁴⁰⁵. Según la Demandada, *“en lugar de probar algún nexo entre la supuesta conducta injusta y el supuesto perjuicio, a la Demandante le gustaría que la Demandada pague sencillamente por lo que el negocio de la Demandante ‘debió haber sido’”*⁴⁰⁶.
348. En este sentido, la Demandada afirma que la Demandante no ha demostrado una pérdida debido a una supuesta *“incapacidad de recuperar costes operativos o retirar su inversión”*. La Demandada insiste que a la Demandante en todo momento se le ha permitido generar electricidad y emplear los medios legales para exigir el pago de todos los créditos por la venta de energía, que en todo momento se le ha permitido una alta preferencia de pago, y que nunca se ha negado a la Demandante la capacidad de retirar su inversión⁴⁰⁷. La Demandada observa, asimismo, que la Demandante no ha logrado demostrar una pérdida debido a la *“oportunidad de firmar un PPA o vender la barcaza”*⁴⁰⁸. Por último, la Demandada explica que la Demandante no ha logrado

⁴⁰⁴ Escrito de la Defensa, párr. 359.

⁴⁰⁵ RPHS, párr. 41.

⁴⁰⁶ Escrito de la Defensa, párr. 362.

⁴⁰⁷ Escrito de la Contrarréplica, párr. 173.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, párrs. 174-175.

demostrar pérdida debido a la supuesta disminución de su posibilidad de cobro, o debido a la ocupación física de PBII y un supuesto daño a la barcaza⁴⁰⁹.

349. Por último, la Demandada critica el enfoque de la Demandante sobre la *cuantía*, considerando inútil el modelo de arrendamiento y argumentando que no se debería fallar a favor de la Demandante por una pérdida incierta⁴¹⁰. En lo que se refiere al modelo de arrendamiento, la Demandada hace cuatro acotaciones principales. En primer lugar, en opinión de la Demandada, el modelo de arrendamiento es más de un “*negocio hipotético que nunca existió*” en lugar de una aproximación a lo que le habría ocurrido en realidad a la Demandante si hubiera intentado generar. En segundo lugar, de acuerdo a la Demandada, el modelo de arrendamiento no se asemeja al modelo comercial de una compañía generadora de energía, en cambio sí es más similar al modelo de arrendamiento a casco desnudo del Contrato de Fletamento. En tercer lugar, la Demandada considera que el valor atribuido por D. Richard E. Walck a la PBII (USD 22 millones) se basa en la valoración de PBII como si fuera un activo nuevo. En cuarto lugar, D. Richard E. Walck se niega a reconocer las facilidades de la Demandante en tierra y la posibilidad de recuperar su valor⁴¹¹. Además, la Demandada observa que el cálculo de daños de la Demandante se basa en algunos supuestos que “*no tienen ningún respaldo en el expediente*”⁴¹².
350. Con respecto a la supuesta ambigüedad de la pérdida, la Demandada observa que los tribunales arbitrales “*han exigido sistemáticamente un grado razonable de certeza para otorgar compensación por beneficios futuros*”⁴¹³. En su opinión, el “*carácter especulativo*” de pretender obtener una compensación por beneficios futuros cuando un proyecto no tiene ninguna historia de ingresos debería hacer que el Tribunal se abstuviera de compensar a la Demandante. Asimismo, la Demandada afirma que, incluso si el Tribunal se inclinara a fallar a favor de una compensación a la Demandante por su supuesta pérdida, tanto el monto de la compensación como la concesión de intereses

⁴⁰⁹ *Ibíd.*, párrs. 175-177.

⁴¹⁰ *Ibíd.*, párr. 178.

⁴¹¹ *Ibíd.*, párrs. 179-183. Escrito de la Defensa, párrs. 375-376.

⁴¹² Escrito de la Defensa, párr. 377.

⁴¹³ Escrito de la Contrarréplica, párr. 186; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, nota 264 *supra*.

deberían ser moderados por el requisito de certeza. En este sentido, la Demandada observa que el interés simple satisfecería los requisitos tanto del Derecho internacional así como también del Derecho ecuatoriano⁴¹⁴.

2. Conclusiones del Tribunal

351. En ausencia de violaciones del TBI por parte de la Demandada, no se le debe compensación alguna a la Demandante.

CAPÍTULO IV – LAS COSTAS DEL ARBITRAJE

352. De conformidad con la Orden Procesal N° 3, las Partes presentaron el 29 de febrero de 2012 sus solicitudes de costas.

1. Las posiciones de las Partes

(i) Argumentos de la Demandante

353. En su escrito sobre costas, la Demandante solicita que el Tribunal, de conformidad con el Artículo 38(e) del Reglamento CNUDMI, “*adjudique costas en base al éxito relativo de las partes sobre el fondo de la causa*”⁴¹⁵. [Traducción libre] De conformidad con este principio la Demandante reclama el monto total de sus “*honorarios de letrados, erogaciones y otros gastos razonables incurridos hasta la fecha*”⁴¹⁶. [Traducción libre]

354. Además, la Demandante afirma que, independientemente de la determinación del Tribunal sobre el fondo del caso, “*debería tener derecho a recuperar los costos de la fase de divulgación de esta cuestión y, más significativamente la fase de jurisdicción*”⁴¹⁷. [Traducción libre] La posición de la Demandante se funda en dos argumentos. En primer lugar, afirma que la vasta mayoría de las solicitudes de producción de documentos fue resuelta a su favor o con el Tribunal aceptando que la oferta de producción de la

⁴¹⁴ *Ibíd.*, párrs. 185-188; *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Laudo Definitivo, 23 de septiembre de 2003, Caso CIADI N° ARB/00/5, Documento CLA41; *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República de Ecuador*, nota 130 *supra*.

⁴¹⁵ Escrito sobre Costas de la Demandante, pág 1.

⁴¹⁶ *Ibíd.*

⁴¹⁷ *Ibíd.*

Demandante fue suficiente. En segundo lugar, asevera que “*se sostuvo contundentemente que las objeciones de jurisdicción de la Demandada no estaban bien fundadas*”. En su opinión, esas objeciones “*demoraron las cuestiones de manera innecesaria y aumentaron significativamente los costos de los procedimientos*” y por lo tanto “*es particularmente correcto que la Demandada se haga cargo de los costos de la fase de jurisdicción de la Demandante*”⁴¹⁸. [Traducción libre]

355. La Demandante reclama, con relación a sus costos de representación y asistencia de letrados en el arbitraje, USD 5.185.928,67 en total, conformándose de USD 3.590.662,32 en concepto de honorarios de letrados y USD 1.595.266,35 en concepto de desembolsos y otros gastos.⁴¹⁹

(ii) *Argumentos de la Demandada*

356. En su solicitud de costas, la Demandada observa que el Reglamento CNUDMI reconoce el principio de la parte vencedora, pero “*en general le otorga una amplia discreción al Tribunal.*”⁴²⁰ [Traducción libre]. Asimismo, la Demandada indica que de conformidad con el artículo 40(2) del Reglamento CNUDMI el Tribunal tiene total discreción para tener en cuenta las circunstancias del caso y ordenar que una parte se haga cargo del costo de representación y asistencia de letrados o prorratarlos si decide que es razonable⁴²¹.

357. La Demandada considera que, si se hace lugar a su reclamo, debería tener derecho a sus costos razonables, incluidos sus costos de representación de letrados. Sin embargo, incluso si su reclamo no prevaleciera en su totalidad, la Demandada arguye que aún debería tener derecho a un prorrateo razonable de los costos a su favor⁴²² [Traducción libre].

358. En el presupuesto de que se desestimen todos sus reclamos, la Demandada afirma que “*existen circunstancias firmes en el caso que justifican una orden de costas en contra de Ulysseas,*” incluido el hecho de que la Demandante tuvo disponibles otros recursos y

⁴¹⁸ *Ibíd.*, pág. 2.

⁴¹⁹ *Ibíd.*, pág. 3.

⁴²⁰ Escrito sobre Costas de la Demandada, párr. 8.

⁴²¹ *Ibíd.*, párrs. 8-11.

⁴²² *Ibíd.*, párr. 12.

exacerbó la controversia y sus daños a través de su conducta⁴²³ [Traducción libre]. En la opinión de la Demandada, dicho prorrateo de costas a su favor no debería verse alterado por el hecho de que el Tribunal no aceptara las objeciones de jurisdicción de la Demandada porque era necesario determinar si la promesa comprendida en el Contrato PBII de que la Demandante no iniciaría reclamos internacionales se le había hecho sólo a CONELEC o también a la Demandada y la propiedad y control de la Demandante fueron completamente opacos al comienzo del procedimiento.

359. Incluso si la Demandada no prevaleciera en todo, reclama que debería tener derecho a un prorrateo razonable de las costas del arbitraje a su favor porque la Demandante sólo puede imponerse “*como mucho, en parte*” y la conducta de la Demandante ha redundado en que la Demandada incurriera en costos extras de arbitraje innecesarios⁴²⁴. En este sentido, la Demandada afirma que la Demandante no ha logrado continuar una parte substancial de sus reclamos, habiendo forzado a la Demandante a “*incurrir en costos substanciales aunque malgastados al prepararse para defenderlos*”⁴²⁵ [Traducción libre] En particular, la Demandada observa que la Demandante reclamó en su Notificación de la Controversia y Notificación de Arbitraje, y confirmó posteriormente en el Acta de Designación que reclamaba que (i) la Demandada había expropiado PBI; (ii) la Demandante tenía derecho a daños por gastos de amarre con anterioridad a Las Esclusas; y (iii) la Demandante no le adeudaba sumas impagadas a PETROCOMERCIAL y las sanciones contractuales de CONELEC eran inválidas⁴²⁶ [Traducción libre]. Sin embargo, la Demandada asevera que la Demandante no ha logrado rebatir “*o incluso responder*” los argumentos y pruebas de la Demandada de manera concluyente refutando estos reclamos⁴²⁷ [Traducción libre]. Según la Demandada, esos reclamos deben considerarse abandonados y desestimados con calidad de cosa juzgada.

360. Asimismo, la Demandada acusa a la Demandante de “*conducta innecesariamente dilapidadora*” que ha redundado en que la Demandada incurriera en costos adicionales⁴²⁸.

⁴²³ *Ibíd.*, párrs. 13-18.

⁴²⁴ *Ibíd.*, párr. 12.

⁴²⁵ *Ibíd.*, párr. 21.

⁴²⁶ *Ibíd.*

⁴²⁷ *Ibíd.*, párrs. 22-30; Escrito de la Defensa, párrs. 66-78.

⁴²⁸ *Ibíd.*, párr. 5.

En particular, la Demandada afirma que (i) la Demandante se resistió a desvelar su relación plena con Prime, Elliot Associates y el Grupo Synergy⁴²⁹, (ii) la Demandante indujo al error con pruebas engañosas sobre el Contrato de Fletamento de PBII y el rol de Proteus Power⁴³⁰, y (iii) la Demandante introdujo nuevos argumentos y pruebas documentales fuera de plazo apenas con anterioridad a la Audiencia y en su Escrito Posterior a la Audiencia⁴³¹. La Demandada afirma, asimismo, que la Demandante realizó numerosas acusaciones de hecho carentes de respaldo, que la Demandante introdujo documentos que había redactado de manera incorrecta y que se “*resistió innecesariamente*” a la solicitud de la Demandada de proveer determinados poderes de representación⁴³² [Traducción libre].

361. La Demandada reclama un monto total de USD 6.297.557,44, incluidos los honorarios de los árbitros y gastos, las costas administrativas, el costo de producir pruebas periciales y testimoniales y los costos de representación y asistencia de letrados, incluidos los costos incurridos por la Procuraduría General del Estado de Ecuador para esta cuestión y sus costos por la representación externa. La Demandada pretende, asimismo, una adjudicación de intereses sobre cualquier costo adjudicado a su favor, desde la fecha del laudo hasta el pago total por parte de la Demandante. En la visión de la Demandada, “*el interés simple a tasa LIBOR sería justo y razonable en estas circunstancias*”⁴³³ [Traducción libre].

2. Análisis y conclusión del Tribunal

362. El artículo 38 del Reglamento CNUDMI establece que el tribunal arbitral fijará las costas del arbitraje en su laudo y define que el término “costas” comprende únicamente:

- a. *Los honorarios del tribunal arbitral, que se indicarán por separado para cada árbitro y que fijará el propio tribunal de conformidad con el artículo 39;*
- b. *Los gastos de viaje y las demás expensas realizadas por los árbitros;*

⁴²⁹ *Ibíd.*, párrs. 32-35.

⁴³⁰ *Ibíd.*, párrs. 36-39.

⁴³¹ *Ibíd.*, párrs. 40-41. La Demandada se refiere a varias entradas en el Libro de Registros de PBII, con fecha 2010, Documento C270 y en el Certificado de Gateway Transit Ltd., adjunto como Documento B al CPHS.

⁴³² *Ibíd.*, párrs. 42-47.

⁴³³ *Ibíd.*, párrs. 50-53.

- c. *El costo del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral;*
- d. *Los gastos de viaje y otras expensas realizadas por los testigos, en la medida en que dichos gastos y expensas sean aprobados por el tribunal arbitral;*
- e. *El costo de representación y de asistencia de letrados de la parte vencedora si se hubiera reclamado dicho costo durante el procedimiento arbitral y sólo en la medida en que el tribunal arbitral decida que el monto de ese costo es razonable;*
- f. *Cualesquiera honorarios y gastos de la autoridad nominadora, así como los gastos del Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya”.*

363. De acuerdo al artículo 40(1) del Reglamento CNUDMI, en principio, las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. De acuerdo al artículo 40(2) específicamente respecto del costo de representación y de asistencia de letrados, el tribunal arbitral decidirá, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, qué parte deberá pagar dicho costo o podrá prorratearlo entre las partes si decide que el prorrateo es razonable.
364. Entre las circunstancias del caso que el Tribunal ha tenido en cuenta es su conclusión de que la Demandante ha sido exitosa en lo que respecta a la jurisdicción del Tribunal en tanto la Demandada ha sido exitosa en lo que se refiere al fondo de la causa.
365. Teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, el Tribunal decide lo siguiente. Cada Parte deberá pagar la mitad de los honorarios y gastos del Tribunal y de la CPA y que la Demandante deberá hacerse cargo de sus propios costos de representación y asistencia de letrados. Luego de haber evaluado los costos de cada una de las Partes, el Tribunal ha determinado que el monto de los costos de representación y asistencia de letrados de la Demandada son razonables. La Demandante deberá reembolsar a la Demandada por los costos de representación y asistencia de letrados por una suma de USD 2.000.000,00 (dos millones de dólares estadounidenses). Este monto deberá ser pagado dentro de los 30 (treinta) días contados a partir de la recepción del Laudo, en caso de no hacerlo correrá un

interés simple sobre ese monto a tasa LIBOR (anual), según lo solicitado por la Demandada.⁴³⁴

366. En virtud del artículo 41(5) del Reglamento CNUDMI, una vez dictado el laudo, el tribunal arbitral entregará un estado de cuentas de los depósitos recibidos. Los adelantos realizados por las Partes para cubrir los honorarios y gastos del Tribunal y de la CPA son los siguientes:

Demandante: EUR 425.000,00

Demandada: EUR 425.000,00

367. Dado que los adelantos de fondos fueron pagados en partes iguales, no habrá ninguna liquidación de cuentas entre las Partes en ese sentido.
368. Las costas totales en concepto de honorarios y gastos respecto de los árbitros y la CPA se fijan en EUR 778.100,62, divididos de la siguiente manera:

Prof. Piero Bernardini: EUR 255.675,00 (honorarios), EUR 8.698,40 (gastos)

Prof. Michael Pryles: EUR 149.887,50 (honorarios), EUR 15.653,27 (gastos)

Prof. Brigitte Stern: EUR 125.475,00 (honorarios), EUR 32.425,19 (gastos/IVA)

CPA: EUR 76.353,69

Gastos del Tribunal: EUR 113.932,57

369. Las porciones respectivas de las Partes de estas costas del Tribunal, que ascienden a EUR 389.050,31 para cada parte, se deducirán del depósito y la CPA reembolsará la suma de EUR 35.949,69 a cada Parte de conformidad con el artículo 41(5) del Reglamento CNUDMI.

CAPÍTULO V – PETITORIO

370. El Petitorio de la Demandante es el siguiente:

“La Demandante reclama:

(1) Indemnización por daños y perjuicios por un monto no menor a USD 56,1 MILLONES;

⁴³⁴ *Ibíd.*, párr. 52.

- (2) *Intereses previos y posteriores al fallo, calculados sobre una base compuesta y a una tasa del 15%, y corriendo desde el 1 de enero de 2008;*
- (3) *Sus costos legales y otros costos por el inicio de este procedimiento; y*
- (4) *Cualquier otra reparación que el Tribunal decida que es justa y adecuada”⁴³⁵.*

371. El Petitorio de la Demandada es el siguiente:

“La Demandada solicita respetuosamente al Tribunal que pronuncie una decisión:

- (1) *Que la Demandada no ha violado ninguna de sus obligaciones contempladas en el TBI con relación a la inversión de la Demandante;*
- (2) *Que rechace todos los reclamos de la Demandante;*
- (3) *Que ordene a la Demandante el pago de todos los costos de la Demandada relacionados con estos procesos, incluidos los honorarios y costos administrativos de los árbitros y las costas legales (incluidos los honorarios de los abogados) incurridos por la Demandada, en una suma que ha de ser cuantificada; y*
- (4) *Que ordene cualquier otra reparación que el Tribunal considere apropiada”⁴³⁶.*

⁴³⁵ Manifestación del Reclamo, párr. 124.

⁴³⁶ Escrito de la Contrarréplica, párr. 189.

CAPÍTULO VI – PARTE DISPOSITIVA DE LA DECISIÓN

372. Luego de haber considerado detenidamente los argumentos presentados por las Partes, tanto en sus escritos como en las presentaciones orales, así como las pruebas producidas por cada una de ellas, el Tribunal, de forma unánime por las razones anteriormente esgrimidas, decide y ordena lo siguiente:

- (1) La Demandada no ha violado ninguna de sus obligaciones en virtud del TBI con relación a la inversión de la Demandante;
- (2) Todos los reclamos de la Demandante en ese sentido son rechazados;
- (3) Las Partes compartirán de manera equitativa todos los honorarios y gastos del Tribunal así como los honorarios y gastos de la CPA, que se saldan con los adelantos realizados por las Partes;
- (4) Se le ordena a la Demandante abonar a la Demandada la suma de USD 2.000.000,00 (dos millones de dólares estadounidenses) en concepto de costos de representación y asistencia de letrados de ésta. A esta suma se le aplicará el interés simple conforme a la tasa LIBOR (anual) a partir de la fecha de recepción de este Laudo por parte de la Demandante en caso de que la Demandante no proceda al pago dentro de los 30 (treinta) días contados a partir de la recepción de dicho laudo;
- (5) La CPA reembolsará la suma de EUR 35.949,69 a cada Parte con respecto al saldo del depósito no utilizado;
- (6) Todas las demás demandas y pretensiones de las Partes son rechazadas.

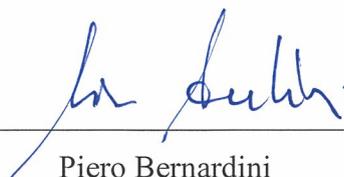
Fecha: 12 de junio de 2012



Michael Pryles
(Árbitro)



Brigitte Stern
(Árbitro)



Piero Bernardini
(Árbitro Presidente)