

OPINIÓN DISIDENTE

I. OBSERVACIONES GENERALES

1. El caso que nos ocupa es un caso de extrema complejidad en el que han trabajado denodadamente los tres integrantes del Tribunal durante muchos años. No obstante la gran estima y el profundo respeto que siento por mis distinguidos colegas, no logré concordar con ellos respecto de varias conclusiones jurídicas de relevancia. Si bien comparto el análisis de los hechos y el derecho que indican que la Demandada actuó de manera desproporcionada al reaccionar a la grave violación de sus leyes por parte de las Demandantes, discrepo profundamente con el cálculo de daños, que en mi opinión se funda en bases jurídicas completamente erróneas. Para ser más precisa, no discrepo con las cifras, sino con los principios aplicados (o no) para obtener tales cifras.
2. En efecto, discrepo con todas las respuestas a lo que el Tribunal dio en denominar las “cuatro cuestiones preliminares “fundamentales” relativas al monto de la compensación” enunciadas en los siguientes términos (párrafo 457 del Laudo):

Estas cuestiones tienen que ver con el impacto (si lo hubiere) de los elementos que se enumeran a continuación sobre la determinación del Tribunal respecto del monto de la compensación:

- 1) La Ley 42 del derecho ecuatoriano;
 - 2) La Ley Interpretativa del IVA ecuatoriana;
 - 3) El Acuerdo de Farmout; y
 - 4) La culpa de las Demandantes con anterioridad a la sanción del Decreto de *Caducidad*.
3. Para dar una idea general de los puntos principales en los que discrepo, los dividiré en dos tipos distintos.
 4. En primer lugar, existen – como suele suceder en casos tan complejos como éste – desacuerdos que, por sí solos, no me habrían motivado a redactar una opinión disidente. Por un lado, considero que la consecuencia del ilícito de las Demandantes, al violar el derecho ecuatoriano, se ha subestimado groseramente y no se ha tenido en cuenta adecuadamente la importancia que tiene para cada Estado la observancia de su orden jurídico por parte de las empresas extranjeras. Por otro lado, yo hago un análisis distinto de las leyes aplicables a los fines de la determinación de daños. Estos desacuerdos se refieren, respectivamente, a las cuestiones 4, 1 y 2 mencionadas *supra*.

5. En segundo lugar, me resulta fundamentalmente imposible aceptar las distintas conclusiones del Laudo respecto de los efectos que el Tribunal debe adscribir al Acuerdo de Farmout. En mi opinión, la posición de la mayoría respecto de los efectos del Acuerdo de Farmout es tan escandalosa en términos jurídicos y tan contradictoria que no tengo otra alternativa que manifestar mis discrepancias. En mi opinión, el enfoque de la mayoría a la efectividad del Acuerdo de Farmout presenta dos aspectos principalmente cuestionables: el primero de ellos es el análisis de la cuestión de la efectividad de un acto jurídico conforme al derecho ecuatoriano, que se basa en una falta absoluta de fundamentación, tanto así que no logré seguir el “razonamiento” del punto A al punto B, y presenta groseros errores jurídicos en la propuesta interpretación del contenido del derecho ecuatoriano. El segundo, y, en mi opinión, el más grave, es el manifiesto exceso de poder del Laudo al anular un contrato relativo a una sociedad que no sólo no era parte del arbitraje sino que, incluso si hubiera sido parte, no podría haber sido considerada, ya que se trata de un inversor chino, como un inversor respecto del cual el Tribunal tenía jurisdicción conforme al TBI Estados Unidos/Ecuador.
6. Por consiguiente, mi análisis se centrará en la forma en que la mayoría abordó los efectos del Acuerdo de Farmout en el cálculo de daños, y antes de ello, sólo expondré brevemente mi opinión respecto de otros temas.
- 6 (bis) Como última nota general, observo que escribí mi opinión disidente basada en una versión mis dos co-árbitros me enviaron indicándome que estaban preparados a firmar. Después de mandarles mi disidencia, se me informó que era necesario introducir algunas aclaraciones al Laudo. Como yo no quería entrar en un proceso sin fin, no he cambiado mi disidencia, lo que puede explicar algunas discrepancias, si las hubiere, entre el texto de la opinión disidente y el Laudo.

1. Los efectos del accionar ilícito de las Demandantes

7. Considero que se ha subestimado enormemente la contribución de las Demandantes al daño, ya que las Demandantes deliberadamente asumieron el riesgo de la caducidad por su propio comportamiento. Es decir, la caducidad podía ocurrir o no, pero, efectivamente, las probabilidades de que ocurriera eran mayores que las probabilidades de que no ocurriera, considerando el texto de la ley y la referencia a la caducidad en el contrato. Es

interesante observar que en el caso *MTD*, tanto el tribunal como el comité *ad hoc*¹ adoptaron una división de 50/50 por el solo hecho de que la demandante había procedido en forma imprudente desde el punto de vista comercial, a pesar de no cometer ningún ilícito. Ese enfoque 50/50 se justificaba aún más en este caso, ya que las Demandantes procedieron en forma muy imprudente, además de ilegal. No obstante, esta crítica a la postura de la mayoría no se basa en un error de derecho o exceso de poder, sino en una apreciación distinta de los hechos, que cae dentro de la discrecionalidad del Tribunal.

8. Por los motivos precedentes, considero que en este caso habría sido más razonable distribuir la responsabilidad entre las Demandantes y la Demandada utilizando una división 50/50.

2. El análisis de la Ley 42

9. En primer lugar, cabe señalar que existe consenso generalizado en que los Estados tienen amplia discrecionalidad al ejercer sus potestades fiscales. Permítaseme citar un caso resuelto conforme a otro TBI celebrado por el Ecuador, en el cual se subrayó esta cuestión en los siguientes términos:

“... las inversiones extranjeras –al igual que todas las demás actividades– están sujetas a los impuestos y gravámenes impuestos por el Estado anfitrión. En ausencia de un compromiso específico del Estado anfitrión, el inversor extranjero no tiene ningún derecho ni expectativa legítima de que el régimen fiscal no cambie, quizá para su desventaja, durante el período de la inversión.” (Énfasis agregado)²

Existe consenso en que de no existir una cláusula contractual de estabilidad fiscal, nada le impide al Estado participar en los beneficios de un cambio en la situación económica, que surgen de sus recursos naturales inalienables. Los impuestos a las ganancias imprevistas son medidas habituales para ajustar la distribución de los ingresos provenientes de recursos naturales entre los Estados y las empresas privadas.

¹ *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. República de Chile*, Caso (CIADI No. ARB/01/7) (TBI Malasia/Chile), Laudo, 25 de mayo de 2004, párrafos 242-243 y *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. República de Chile* (Caso CIADI No. ARB/01/7) (TBI Malasia/Chile), Decisión sobre Anulación, 21 de marzo de 2007, párrafo 101. Cabe asimismo mencionar que el mismo enfoque 50/50 se aplicó en el caso *Bogdanov*, en el cual la Demandante reclamaba 62102 lei y el tribunal le otorgó 31000 lei, simplemente porque el inversor no había se había conducido con suficiente precaución. *Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd. y Agurdino-Chimia JSC c. República de Moldavia*, Cámara de Comercio de Estocolmo (TBI Rusia/Moldavia), Laudo Arbitral, 22 de septiembre de 2005, pág. 19.

² *EnCana Corporation c. República del Ecuador*, Caso de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres No. UN3481, CNUDMI (TBI Canadá/Ecuador), Laudo, 3 de febrero de 2006, párrafo 173.

10. Pero, para la mayoría, la Ley 42 no constituye un impuesto ni un gravamen. No obstante, esto parecería contradecirse con la caracterización de la Ley 42 por parte de la mayoría, a saber, “una decisión unilateral del Congreso Ecuatoriano para asignar al Estado Ecuatoriano un porcentaje definido de los ingresos obtenidos por compañías contratistas” (párrafo 510 del Laudo), que, en mi modesta opinión, describe con exactitud la función de un impuesto o un gravamen. Asimismo, a fin de llegar a la conclusión de que la Ley 42 violó el Contrato de Participación, la mayoría basa la conclusión en una confusión entre la participación en los volúmenes y la participación en los ingresos, para concluir que la Ley 42 violó la Cláusula 8.1 que disponía la participación del contratista en el volumen de petróleo extraído, y la Cláusula 5.3.2, que otorga al contratista el derecho de disponer libremente de los volúmenes de petróleo asignados conforme a la Cláusula 8.1.

11. Yo habría razonado de una manera completamente diferente respecto de las dos cuestiones. En primer lugar, no puedo admitir que la Ley 42 sea una violación de las Cláusulas 8.1 y 5.3.2, ya que la Ley 42 trata una cuestión distinta que las reguladas por el Contrato de Participación. ¡Que se utilice el término “participación” en ambas expresiones, no significa necesariamente que la participación en los volúmenes signifique lo mismo que la participación en los ingresos! Los abogados deben proceder con rigor y no utilizar un término en el sentido del otro, ni un concepto en lugar de otro. La distinción se encuentra en la mismísima Ley 42, en el Artículo 2:

... Las compañías contratistas... sin perjuicio del volumen de petróleo crudo de participación que les corresponde... reconocerán a favor del Estado ecuatoriano una participación de al menos el 50% de los ingresos extraordinarios que se generen por la diferencia de precios.

12. Más aún, considerando que la Ley 42 constituye claramente un impuesto³, yo habría analizado si la modificación del régimen tributario en general constituía una violación de las Cláusulas 8.6 y 11.11, que claramente no son cláusulas de estabilización sino cláusulas de renegociación⁴. Y habría concluido que no existe violación alguna, ya que

³ Esto encuentra sustento en los análisis de la naturaleza de un impuesto realizados por otros tribunales de arbitraje internacional, en especial, en tres casos contra el Ecuador. Basta con citar el caso *Burlington*, en el cual el tribunal, analizando el mismo TBI y la misma Ley 42, determinó: “El Tribunal concluye que la Ley 42 es un impuesto...”, *Burlington Resources Inc., et ál. c. República del Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/5) (TBI Estados Unidos/Ecuador), Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, párrafo 167. Ver también, *EnCana Corporation c. República de Ecuador*, Caso de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres No. UN3481, CNUDMI (TBI Canadá/Ecuador), Laudo, 3 de febrero de 2006, párrafo 173 y *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República de Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/04/19) (TBI Estados Unidos/Ecuador), Laudo, 18 de agosto de 2008, párrafo 174.

una ley que le permite al contratista beneficiarse de un 50% de ganancias imprevistas no afecta la “economía del contrato”, que se basa en una proyección a largo plazo realizada al momento de la celebración del contrato de un precio esperado de 15 dólares, según el experto de las Demandantes, el mismísimo Sr. Albuja⁵.

13. Como resultado de ello, considero que la Ley 42 debió haberse tomado en consideración en el cálculo de los daños.

3. El análisis de la Ley Interpretativa del IVA

14. Al analizar el impacto de la Ley Interpretativa del IVA sobre el Contrato de Participación, una vez más el Laudo confunde dos cosas distintas: el incremento en el IVA y el impacto sobre la economía del contrato –al manifestar (párrafo 568 del Laudo) que “(n)o hay duda, en opinión del Tribunal, que como consecuencia la Ley Interpretativa del IVA ha incrementado la carga económica de las Demandantes y, por tanto, ha tenido consecuencias en la economía del Contrato de Participación” (Énfasis agregado). Yo considero que se desprende de la lectura de la Cláusula 8.6⁶ que, contrariamente a lo que parece indicar la posición de la mayoría, no cualquier cobro del IVA tiene un impacto *ipso facto* en la economía del contrato. Tal impacto debió ser analizado, y la mayoría no lo hizo. Sin entrar en una larga discusión, me da la impresión⁷ que el hecho de que la ley

⁴ Ver Cláusula 8.6 **Estabilidad económica**: En caso de que por acción del Estado Ecuatoriano o PETROECUADOR, ocurriere cualquiera de los eventos que se describen a continuación, que tenga consecuencias en la economía de este Contrato de Participación: a. Modificación del régimen tributario según se describe en la cláusula 11.11. [...] e. Cobro del Impuesto al Valor Agregado, IVA, conforme consta en el Oficio No. 01044 de 5 de octubre de 1998, que consta como Anexo No. XVI, mediante el cual la Dirección de Servicio de Rentas Internas manifiesta que las Importaciones que realice la Contratista para las operaciones del Bloque 15 bajo el esquema del Contrato de Participación, están gravadas con dicho tributo. En los casos señalados en los literales a) y b). las Partes suscribirán contratos modificatorios, conforme se señala en la cláusula 15.2. a fin de restablecer la economía de este Contrato de Participación. Cuando se produzcan los eventos señalados en las letras c), d) y e) se incluirá un factor de corrección en los porcentajes de participación, que absorba el incremento o disminución de la carga económica conforme al Anexos [sic] No. XIV. (Énfasis agregado).

⁵ Cabe destacar el testimonio del Sr. Albuja, citado por la mayoría en cuanto a otras conclusiones, quien manifiesta que “... al momento de las negociaciones, el precio de mercado se encontraba significativamente por debajo del precio constante que nos habían instruido aceptar para los fines de las negociaciones. En concreto, Petroecuador había solicitado que las partes estimaran los flujos futuros de caja suponiendo un precio constante de \$15 por barril para el petróleo crudo del Bloque 15”. (Énfasis agregado).

⁶ Ver nota 4 *supra*.

⁷ En este sentido, concuerdo con el análisis del impacto limitado de las cuestiones del IVA de la decisión del tribunal respecto del mismo IVA en el caso *EnCana Corporation c. República de Ecuador*, Caso de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres No. UN3481, CNUDMI (TBI Canadá/Ecuador), Laudo, 3 de febrero de 2006, párrafo 174: “Nada hay documentado que sugiera que el cambio en la legislación del IVA o en su interpretación provocarse la paralización de las compañías

no dispusiera la devolución del IVA y que no se compensara mediante la modificación de los porcentajes de participación en los volúmenes no parecería ser una violación del Contrato de Participación.

15. Por ello, considero que la Ley Interpretativa del IVA debió haberse aplicado a los fines del cálculo de daños.

4. Las distintas cuestiones planteadas por el Acuerdo de Farmout

16. Ahora me referiré a mi principal preocupación, que fue de hecho la que me decidió a redactar este voto en disidencia, que se refiere al enfoque dado por la mayoría a los efectos del Acuerdo de Farmout.
17. Para abordar exhaustivamente esta cuestión tan compleja y crucial, seguiré un análisis de cuatro etapas. A fin de entender plenamente la esencia y el efecto del Acuerdo de Farmout, existen dos cuestiones fundamentales, planteadas en dos momentos distintos: una de ellas al momento de la ejecución del Acuerdo de Farmout, y la otra al momento de la caducidad.
18. En primer lugar, es crítico entender plenamente cuáles eran los derechos de OEPC y AEC conforme al Acuerdo de Farmout, al momento de su celebración por las dos partes. Por consiguiente, comenzaré con un primer interrogante para poder entender “cuál fue el efecto de la firma del Acuerdo de Farmout sobre los derechos de OEPC”(1) y bajo este título resumiré las conclusiones principales del Laudo con las que concuerdo, en el sentido de que la esencia del Acuerdo de Farmout era una cesión de derechos, y no la imposición de responsabilidades contractuales. Toda la estructura del Laudo, en especial, la conclusión de que las Demandantes incurrieron en incumplimiento del derecho ecuatoriano, se basa en este análisis crítico.
19. La próxima cuestión que debe decidir el Tribunal es si estos derechos se modificaron al producirse la caducidad. Esta cuestión de hecho debe desglosarse aún más.
20. El primer paso es considerar cuáles son las condiciones –conforme al derecho apropiado– para que un acto se considere inexistente o nulo de nulidad absoluta y cuál es

o que convirtiéndose al valor derivado de sus actividades en algo tan marginal o poco rentable como para privarlas efectivamente de su carácter de inversiones”.

la forma legal en que se llega a dicha conclusión. Por consiguiente, analizaré si conforme a las leyes de Nueva York y/o al derecho Ecuatoriano, son aplicables los conceptos de inexistencia o nulidad absoluta y en qué casos resulta necesaria la intervención de un juez a los fines de declarar tal inexistencia o nulidad. Al hacerlo, me plantearé el siguiente interrogante: “¿El Acuerdo de Farmout puede considerarse inexistente o nulo de pleno derecho al producirse la caducidad?”(2)

21. Dado que ambas Partes admiten que ningún juez de Nueva York o del Ecuador ha declarado la nulidad del Acuerdo de Farmout, el segundo paso radica naturalmente en determinar si este Tribunal CIADI podría – tal como lo hizo efectivamente en el Laudo – anular la cesión de derechos efectuada mediante el Acuerdo de Farmout. En otras palabras, resulta imperativo plantear el siguiente interrogante crítico “¿El presente Tribunal CIADI tiene derecho a considerar el Acuerdo de Farmout inexistente o nulo al haberse producido la caducidad?” (3)
22. Con ello bien podría concluir el análisis, pero me parece importante dejar sentado en este voto en disidencia cuál habría sido, en mi opinión, la manera correcta de abordar la cuestión con arreglo a los principios aplicables de derecho internacional público, si la mayoría no hubiera resuelto en violación de dichos principios, como lo hizo. La respuesta a este último interrogante se planteará en los siguientes términos: “Si la mayoría no hubiera excedido sus poderes al anular los derechos de Andes, el Tribunal sólo podría haberle otorgado el 60% de los daños a las Demandantes, de conformidad con los principios de derecho internacional público.”

II. ANÁLISIS DEL ACUERDO DE FARMOUT

23. Como comentario introductorio, deseo manifestar que los dos interrogantes a los que me referiré, a saber “¿Cuál fue el efecto de la firma del Acuerdo de Farmout sobre los derechos de OEPC?” y “¿El Acuerdo de Farmout puede considerarse inexistente o nulo de pleno derecho al producirse la caducidad?”, son independientes entre sí. Una cosa es saber si la situación jurídica generada por el Acuerdo de Farmout transfirió derechos o sólo generó responsabilidad. Esta cuestión es decisiva a fin de determinar si las Demandantes violaron el derecho ecuatoriano. El tribunal concluyó sin ambigüedad y en forma unánime que el efecto del Acuerdo de Farmout fue el de ceder derechos y que, por consiguiente, las Demandantes violaron la ley, ya que esta operación se realizó sin la autorización ministerial necesaria. En tal sentido, deseo destacar que el Tribunal ha manifestado claramente que la cesión de derechos era la esencia del Acuerdo de Farmout.

La segunda cuestión radica en decidir si la transferencia de derechos era inexistente o automáticamente nula, en otras palabras, si la situación generada por el Acuerdo de Farmout – la cesión de derechos – continuó o no después de la caducidad. La mayoría ha propuesto una respuesta extraña a esa cuestión: manifestó que la situación inicial de una cesión de derechos dejó de existir automáticamente por aplicación del Artículo 79 de la LHC, pero al mismo tiempo concluyó que subsiste la responsabilidad de las Demandantes frente a Andes. Como en primer lugar no existe tal responsabilidad, estos dos aspectos de la posición de la mayoría, en mi opinión, son contradictorios.

1. ¿Cuál fue el efecto de la firma del Acuerdo de Farmout sobre los derechos de OEPC?

24. Esta cuestión se ha discutido abundantemente en el Laudo, y se llegó a la conclusión que en efecto se transfirieron derechos bajo el Contrato de Participación. En sus últimos escritos, las Demandantes insistieron en que el Acuerdo de Farmout sólo creó una “responsabilidad Farmout” – término éste que no se había utilizado en los primeros escritos y que no se utiliza en absoluto en el Acuerdo de Farmout. Por ello, haré una breve reseña de las conclusiones más importantes del Tribunal sobre la cuestión, las cuales comparto, y luego me referiré a sus consecuencias.
25. Mientras que las Demandantes efectivamente consideraron que lo único que había adquirido AEC era “responsabilidad Farmout” es decir, “un derecho contractual de reclamar una cierta participación de la producción de OEPC”, la Demandada alega que las Demandantes simplemente inventaron este término para poder aprovecharse del fallo *Chorzów Factory*, pero que en realidad la supuesta “responsabilidad Farmout” en verdad no existe, y las Demandantes sólo tienen derecho a reclamar respecto del 60% de sus derechos restantes, ya que el otro 40% se transfirió a AEC en virtud del Acuerdo de Farmout.
26. La posición de las Demandantes se basa en el análisis de los derechos de AEC como *reclamo* frente a OPEC o *crédito* contra EPC, este último considerado como *responsabilidad* frente a AEC⁸, y en el análisis del que se desprende que el Acuerdo de Farmout en verdad no otorgaba a AEC ningún derecho conforme al Contrato de

⁸ Cabe destacar que el término “*liability*” [responsabilidad] se tradujo al francés en la decisión de la CIJ como “*passif*” [pasivo]. No hay forma de considerar que los derechos adquiridos por AEC como pago total de la participación del 40% en los gastos del Bloque 15 puedan considerarse un “*passif*” de OEPC.

Participación ni derechos al petróleo. La posición de la Demandada es la contraria. Así lo manifestó claramente el Profesor Pierre Mayer en la audiencia de febrero de 2010: “AEC Andes no es un acreedor, sino que es el propietario de un interés económico en la propiedad Farmout. Propiedad Farmout significa el Contrato de Participación”⁹

27. El Tribunal no ha aceptado el argumento de las Demandantes de que AEC adquirió meramente un derecho contractual que tenía como contrapartida la responsabilidad de OPEC frente a ésta. El hecho de que un derecho se haya transferido contractualmente no significa que se limiten a una responsabilidad contractual. La responsabilidad importa que uno debe transferir algo en algún momento determinado, y, en la especie, el Tribunal ha llegado a la clara conclusión de que se celebró una plena transferencia del 40% de los derechos económicos en el Contrato de Participación. De hecho, los derechos se transfirieron en forma inmediata – al Cierre – y, por un tiempo, AEC – y no OEPC – fue responsable frente a OEPC respecto de los pagos programados. Estas obligaciones de AEC frente a OEPC se cumplieron a principios del año 2004, antes de que se produjera la caducidad.
28. En efecto, el Tribunal consideró que se transfirieron derechos del Contrato de Participación. En otras palabras, tal como se planteaba la situación al momento del Decreto de Caducidad, los derechos del Contrato de Participación correspondían un 60% a OEPC y un 40% a AEC/Andes, es decir, al momento de la caducidad, OEPC sólo tenía la propiedad del 60% de la producción de petróleo, ya que le había vendido a AEC/Andes el derecho de propiedad sobre el 40% de la producción de petróleo.
29. Estas conclusiones del Tribunal se basan en una serie de conclusiones simples, que a su vez se fundan en los textos de distintos acuerdos celebrados (i), y en los factores económicos de la operación entre OEPC y AEC (ii).

(i) Primera conclusión: El Acuerdo de Farmout y el Contrato de Operación Conjunta establecen claramente que parte de los derechos corresponden a OEPC y otra parte a AEC.

30. En tal sentido, basta con citar el Artículo 2.02 del Acuerdo de Farmout:

Entre OEPC y AEI, AEI después del Cierre ... le corresponderán los derechos y beneficios atribuibles a dicho interés Farmout ... de la misma manera y en la misma medida que si AEI tuviese título legal del 40% de interés económico como participante en la propiedad sujeta al Farmout ... Igual que , entre OEPC y AEI ... después del Cierre,

⁹ Transcripción de la audiencia (4 de febrero de 2010), pág. 206, líneas 10-13.

[a] OEPC... le corresponderá todos los derechos y beneficios atribuibles a dicho 60% interés restante [en la Propiedad sujeta a Farmout] ... (Énfasis agregado).

31. Y al final de este Artículo, se hace referencia a OPEC como el “propietario de dicho 60% interés restante” (Énfasis agregado), lo cual necesariamente implica que no es propietaria del restante 40%. Por consiguiente, está claro que a OEPC le corresponden únicamente “los derechos y beneficios correspondientes a la participación restante del 60%”. Esto lo explicó claramente el Tribunal en los párrafos 301-303 y 330-331 del Laudo.

32. La misma conclusión se desprende de las disposiciones de la Cláusula 3.3.1 del Contrato de Operación Conjunta, que establece que “todos los derechos e intereses en y bajo de los Contratos Participativos, así como toda la Propiedad Conjunta y todo el Petróleo producido en el Área de Contrato será, con arreglo a lo dispuesto en los Contratos Participativos, propiedad de las Partes conforme a sus respectivos Intereses Participativos” (Énfasis agregado). Se desprende de esta clara redacción que AEC posee derechos, más precisamente, derechos al 40 % de la titularidad del Bloque 15 y derechos al 40% del petróleo extraído en el pasado –que efectivamente recibió, y derechos al 40% del petróleo que se extrajera en el futuro o la remuneración por este petróleo futuro si no pudiera recibirlo, y que OEPC no tiene responsabilidad frente a AEC, dado que los derechos relevantes se han transferido.

(ii) Segunda conclusión: los aspectos económicos demuestran que OEPC ha recibido contraprestación por la transferencia del 40% de los intereses económicos

33. No se discute que AEC se comprometió a pagar el 40% de todos los gastos de capital y los gastos operativos correspondientes al desarrollo del Bloque 15¹⁰, a cambio de la adquisición del 40% de los derechos económicos en el Contrato de Participación. En otras palabras, AEC adquirió un 40% de los intereses económicos en la Propiedad Farmout a cambio de contraprestación. Las Demandantes nunca negaron el haber recibido grandes sumas de dinero a cambio de transferir a AEC sus derechos económicos, lo que significa que ya no son titulares de los derechos que surgen del Contrato de Participación.

¹⁰ Para obtener la cifra exacta, ver párrafos 132-133 del Laudo.

34. El hecho de que la OEPC haya perdido definitivamente los beneficios económicos al 40% de los derechos del Contrato de Participación también surge del hecho de que no tenía forma de recuperar el 40% del valor de los intereses económicos que fueron transferidos a AEC en forma definitiva. Cabe destacar que el Acuerdo de Farmout guardaba silencio respecto de qué sucedería si no existiera transferencia del título legal, por el motivo que fuera. Esta situación, que otorga un derecho definitivo al petróleo, la propiedad definitiva a un porcentaje del petróleo producido a AEC, ha sido confirmada por M. Derman, testigo de las Demandantes, en la audiencia de diciembre de 2008:¹¹

P. Ahora bien, señor Derman, yo entiendo— o yo creo que usted dijo anteriormente, y lo confirma ahora, que usted entiende que si el Gobierno no hubiese aprobado la transferencia del título legal después del reembolso de las obligaciones o después del repago de las obligaciones de participación de AEC, [AEC] habría sido titular de este beneficio por siempre con o si la aprobación del Gobierno

Q. Si. (Énfasis agregado)

35. En otras palabras, de no haberse dictado la caducidad, OEPC no podría haber reclamado la devolución de los derechos al 40% del petróleo. ¿Por qué podría reclamar este 40% luego de la caducidad?
36. En consecuencia, gran parte de los montos invertidos en el Bloque 15 fueron aportados por otra entidad distinta de las Demandantes (AEC, hoy Andes). Está claro que el Tribunal ha reconocido que los derechos se transfirieron a AEC, y luego se transfirieron a Andes. No veo cómo sería posible otorgar daños relativos a derechos que ya no les pertenecen a las Demandantes, sin violar las normas fundamentales del derecho internacional.
37. Por todas las razones explicadas en el Laudo, reiteradas en esta opinión, a fin de despegar cualquier confusión generada por la tardía referencia de las Demandantes a la “responsabilidad Farmout”, el Tribunal ha concluido que, mediante el Acuerdo de Farmout, las Demandantes efectivamente transfirieron el 40% de sus derechos bajo el Contrato de Participación a AEC, conclusión que comparto.
38. No está controvertido que Andes, luego de la implementación del Acuerdo de Farmout y la ulterior venta de la participación económica de AEC del 40% en el Contrato

¹¹ Transcripción de la audiencia (19 de diciembre de 2008), Día 7, pág. 1772, líneas 11-19.

de Participación, se convirtió en el propietario del 40% de los derechos y obligaciones establecidos en dicho Contrato de Participación, calidad que aún mantiene.¹²

39. La pregunta sigue siendo si esta situación fue modificada por el dictado de la caducidad.

2. ¿Puede considerarse inexistente o nulo de nulidad absoluta el Acuerdo de Farmout al producirse la *caducidad*? Cuestiones sustantivas.

40. En otras palabras, la cuestión a dilucidar es si el Tribunal puede considerar la transferencia inexistente o nula por haberse producido la caducidad, por aplicación de las leyes de Nueva York y/o del Ecuador. La mayoría ha respondido esta pregunta afirmativamente. Por consiguiente, ha otorgado daños a las Demandantes como si jamás hubieran celebrado el Acuerdo de Farmout y como si el Acuerdo no se hubiera ejecutado, en lo que respecta a los pagos de AEC a las Demandantes por la adquisición de sus derechos de propiedad.

41. Una primera pregunta es si, con arreglo a las leyes relevantes, la inexistencia o nulidad provocadas por la falta de autorización se producen en forma automática o deben ser determinadas por un tribunal local. Esta cuestión se abordará en esta sección. Una segunda cuestión fundamental es si ante la falta de una inexistencia o nulidad automáticas o la declaración de un tribunal interno, este Tribunal estaba facultado a declarar dicha inexistencia o nulidad, cuestión que se analizará en la próxima sección.

42. La cuestión más significativa que debe surgir de los escritos de las partes de noviembre de 2011 en respuesta a las preguntas planteadas por el Tribunal en octubre de 2011 es si la cesión de derechos conforme al Acuerdo de Farmout sería automáticamente inexistente o nula o si es necesario contar con una declaración judicial. Por consiguiente, la cuestión primordial es la siguiente: con arreglo a la ley aplicable, ¿la existencia o nulidad se producen de pleno derecho o es necesaria una declaración judicial en tal sentido?

43. A fin de responder esta pregunta, debe encontrarse una determinación de la ley aplicable. En tal sentido, para facilitar la referencia, cito una vez más la cláusula de ley aplicable establecida en el Acuerdo de Farmout:

¹² Al menos, lo era hasta el momento de dictarse el presente Laudo.

Este Contrato se registrará y se interpretará y aplicará de acuerdo con las leyes del Estado de Nueva York, Estados Unidos de América, excluyéndose cualquier selección de reglamento de derecho o conflicto con principios de derechos que refiriesen el asunto a las leyes de otra jurisdicción, excepto en la medida que las leyes de Ecuador requieran la aplicación de las leyes de Ecuador a los Contratos Participativos y al Bloque 15 u otra propiedad situada u operaciones o actividades realizadas en Ecuador.

44. Si bien tengo mis dudas respecto de la aplicabilidad del derecho ecuatoriano conforme a esta cláusula¹³, aceptaré, a efectos de realizar un análisis más exhaustivo, el enfoque del Tribunal – siguiendo lo que pareciera ser la opinión de ambas partes – de que “la aplicación de las leyes de Nueva York y del Ecuador son relevantes a fin de determinar si la cesión fue válida” (párrafo 616 del Laudo) y analizaré la situación de conformidad con ambos órdenes jurídicos, tal como lo ha hecho la mayoría. En efecto, en mi opinión, la controversia respecto del derecho aplicable es de interés limitado ya que la solución es la misma, independientemente de que se aplique el derecho de Nueva York o el derecho ecuatoriano. Lo que difiere es la respuesta que ofrece la mayoría y mi propia respuesta. La mayoría considera que en ambos sistemas jurídicos se produce una cancelación automática de la cesión realizada a través del Acuerdo de Farmout, porque el contrato debe considerarse inexistente, o al menos automáticamente nulo. Yo, por el contrario, considero que en ambos órdenes jurídicos, la inexistencia no es relevante en las circunstancias y la nulidad provocada por la falta de autorización debe ser declarada por un juez. Al presentar mi propio análisis de los documentos jurídicos relevantes, demostraré que la mayoría, para llegar a la conclusión contraria, no se basó en el derecho ecuatoriano sino una jurisprudencia inexistente e incompleta. Por ello, antes de analizar los dos sistemas jurídicos, cabe resumir brevemente las posiciones de ambas partes.

45. En efecto, las Demandantes ofrecen dos argumentos, uno de ellos conforme al derecho ecuatoriano – donde su posición es que el derecho ecuatoriano resulta inaplicable– y el otro conforme al derecho de Nueva York, si resultara aplicable, y en ambos argumentos se arriba a la misma conclusión de que el Tribunal debe considerar nulo el Acuerdo de Farmout. En cuanto a la nulidad del Acuerdo de Farmout, las Demandantes plantean lo siguiente:

1. Conforme al derecho del Ecuador, es nulo de pleno derecho en virtud del Artículo 79(1) de la LCH.

¹³ Pero no analizaré en mayor detalle el razonamiento que planteó tales dudas para evitar que esta opinión se torne más extensa de lo aceptable.

2. Conforme a las leyes de Nueva York, sería inaplicable y no tendría efecto alguno.

46. La Demandada considera que conforme al derecho de Nueva York – considerando que su posición es que el derecho de Nueva York es inaplicable – o conforme al derecho del Ecuador, si este resultara aplicable, el Acuerdo de Farmout debe considerarse válido y vinculante, ya que la inexistencia no resulta relevante y la nulidad no es automática y ninguna jurisdicción, ni los tribunales de Nueva York ni los tribunales del Ecuador, han declarado tal nulidad.
47. La mayoría ha concluido que el Acuerdo de Farmout debe interpretarse por aplicación del derecho ecuatoriano, y que conforme a este derecho, el Acuerdo es inexistente o nulo de pleno derecho, pero también manifiesta que mediante la aplicación de las leyes de Nueva York se obtiene el mismo resultado.
48. Aceptaré aquí las dos hipótesis de aplicación del derecho de Nueva York y el derecho ecuatoriano, y demostraré, tanto conforme al derecho de Nueva York como conforme al derecho ecuatoriano, que, por un lado, la inexistencia es un concepto de uso restrictivo¹⁴ y no podría aplicarse a un caso de falta de autorización y, por otra parte, la nulidad absoluta debe ser declarada por un tribunal. Luego analizaré cuál es la solución si se aplica el derecho de Nueva York (i) y cuál es la solución si se aplica el derecho del Ecuador (ii), lo que llevará a la conclusión general relativa a la pregunta planteada en este punto (iii).

(i) Conforme al derecho de Nueva York

49. Cabe recordar que, en principio, el Acuerdo de Farmout está sujeto a las leyes de Nueva York y las leyes del Ecuador, de aplicarse, sólo se aplicarían por vía de referencia. Analizando el derecho de Nueva York en primer término, cabe destacar que las Demandantes no alegan que la cesión sería nula, sino que sería “inaplicable y sin efecto”. En mi opinión, por definición, la ejecución requiere de la intervención de un juez.
50. La Demandada alega que: “[E]l derecho de Nueva York no contiene ningún requisito que obligue a sus tribunales a declarar nula la cesión de derechos ilegal a AEC conforme al Contrato de Participación.”¹⁵ Pero la parte más útil de la presentación de la Demandada

¹⁴ Ciertamente un concepto de uso muy acotado conforme al derecho ecuatoriano, si es que existe conforme al derecho de Nueva York. Parecería ser que este no es el caso tampoco, al menos sobre la base de los escritos de las Partes y la documentación presentada en tal sentido.

¹⁵ Escrito de la Demandada del 3 de noviembre de 2011, párrafo 58.

es la afirmación de que conforme al derecho de Nueva York, un contrato debe declararse nulo y la nulidad no opera de pleno derecho:

Además, conforme al derecho de Nueva York, un contrato privado (como el Acuerdo de Farmout y el Acuerdo de Operación Conjunta) no es invalidado a menos de que una de las partes inicie un procedimiento legal para obtener dicha invalidación. La invalidación contractual no es un procedimiento de aplicación inmediata conforme al derecho de Nueva York. Aquí no se discute que ninguna de las partes del Acuerdo de Farmout o el Acuerdo de Operación Conjunta haya procurado obtener dicha invalidación. En consecuencia, la transacción para la cesión de derechos (Farmout) debe considerarse válida conforme al derecho de Nueva York.¹⁶

51. Esto no ha sido refutado por las Demandantes, ya que su principal argumento radican en explicar lo que habrían hecho los tribunales de Nueva York, que implica que admiten que es necesaria la intervención de un tribunal para declarar la nulidad o inexistencia de un contrato o un acto jurídico. Podemos dar aquí algunos ejemplos de este enfoque, pero hay otros también:

Debido a que la cesión nunca se produjo de acuerdo con la legislación ecuatoriana [...], un tribunal de Nueva York que aplicara el fuero elegido por las partes dictaminaría que el Acuerdo “Farmout” y el Acuerdo Operativo, el que estaba sujeto al Acuerdo “Farmout”, en realidad no había otorgado cesión alguna.¹⁷...

... un tribunal de Nueva York no quería hacer cumplir una cesión de derechos en el Contrato de Participación realizada sin autorización ministerial, si tal autorización se requiere.¹⁸

De acuerdo con [el Artículo 7.02 del Acuerdo de Farmout], un tribunal de Nueva York reconocería que, según el derecho ecuatoriano, la cesión “no existe”.¹⁹

El Ecuador hace caso omiso por completo de la referencia en el Artículo 7.02 del Acuerdo “Farmout” de que el derecho ecuatoriano determina los derechos que existen en virtud del Contrato de Participación. Según esta disposición, un tribunal de Nueva York haría valer el Artículo 79 de la LHC declarando nula y sin efecto toda cesión intentada en los Acuerdos “Farmout” o de Operación²⁰. (Énfasis agregado en todos los párrafos)

52. La posición de la mayoría es en igual sentido, ya que considera que “los tribunales de Nueva York aplicarían tales leyes, incluida la LHC, al analizar la validez de la

¹⁶ Escrito de la Demandada del 3 de noviembre de 2011, párrafo 62.

¹⁷ Escrito de las Demandantes del 3 de noviembre de 2011, párrafo 17.

¹⁸ Escrito de las Demandantes del 3 de noviembre de 2011, párrafo 22.

¹⁹ Réplica de las Demandantes del 22 de noviembre de 2011, párrafo 3.

²⁰ Réplica de las Demandantes del 22 de noviembre de 2011, párrafo 22.

cesión”(párrafo 646 del laudo) (Énfasis agregado) y concluye el análisis del derecho de Nueva York de la siguiente manera:

Los tribunales de Nueva York con frecuencia aplican derecho extranjero cuando así lo exigen las disposiciones contractuales aplicables, y no hay indicios de que no lo harían en relación con el Acuerdo de Farmout, que remite a la aplicación del Artículo 79 de la LHC. ” (párrafo 646 del Laudo) (Énfasis agregado)

53. No he encontrado indicio alguno en el expediente en cuanto a que la invalidación de un contrato sea un proceso automático conforme al derecho de Nueva York. Al analizar los requisitos de la “nulidad absoluta”, en virtud de la cual un contrato puede considerarse “nulo” conforme a las leyes de Nueva York, considero que si la cuestión se planteara ante un tribunal de Nueva York, es posible que un juez declarara nula la cesión en virtud del Artículo 79 de la LCH. Pero esto es completamente distinto de la nulidad automática. Lo que no es controvertido es que ningún tribunal de Nueva York ha declarado la nulidad absoluta del Acuerdo de Farmout.
54. En síntesis, la mayoría no ha alegado que las leyes de Nueva York contemplen el concepto de inexistencia, o que se produzca la nulidad automática o de pleno derecho, de modo tal que la nulidad debe ser declarada judicialmente. Yo no discrepo con estas conclusiones, a pesar de que no entiendo a qué conclusión llegó la mayoría en base a estas consideraciones en cuanto a la validez del Acuerdo de Farmout.
55. Por todo lo expuesto, concluyo que conforme al derecho de Nueva York, que es la ley aplicable al contrato, dado que el Acuerdo de Farmout no ha sido anulado por un tribunal de Nueva York, debe considerarse vigente y vinculante.

(ii) Conforme al derecho ecuatoriano

56. En síntesis, el principal argumento de las Demandantes ha sido que éste es un caso de nulidad absoluta y, subsidiariamente, que es un caso de inexistencia, pero ninguna de estas dos categorías requieren de la intervención de un juez. Por su parte, la Demandada ha alegado que la categoría de inexistencia no existe en el sistema jurídico del Ecuador, y que éste es un caso de nulidad absoluta que requiere declaración judicial. La mayoría parece haber optado por una tercera proposición, al determinar, fundamentalmente, que se trata de un caso de inexistencia y agregar muy sucintamente, en dos párrafos (párrafos 629 y 634 del Laudo), que podría tratarse de un caso de nulidad absoluta, pero que ésta es equivalente a la inexistencia, ya que, en la opinión de mis colegas, la nulidad absoluta no requiere declaración judicial bajo el derecho del Ecuador.

57. Refiriéndonos principalmente al derecho del Ecuador, que las Demandantes consideran aplicables en virtud de la cláusula de jurisdicción del Acuerdo de Farmout, en su Escrito del 3 de noviembre de 2011, las Demandantes alegaron que la nulidad dispuesta en el Artículo 79(1) de la LCH se produce de pleno derecho y es obligatoria, sin mencionar siquiera en su primera presentación la categoría jurídica de “inexistencia”. Por su parte, la Demandada, en su Escrito del 3 de noviembre de 2011, manifestó que conforme a los Artículos 1698 y 1699 del Código Civil del Ecuador, la falta de autorización ministerial para la creación produce una “nulidad absoluta” que no se produce de pleno derecho y requiere de declaración judicial a fin de producir efectos. Ello surge fundamentalmente de la cuestión planteada reiteradamente de que la nulidad absoluta debe ser declarada por un juez. Tal como acabamos de mencionar, la Demandada cita los Artículos 1698 y 1699 del Código Civil del Ecuador, que disponen lo siguiente:

Artículo 1698

La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Artículo 1699

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse por el ministerio público, en interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años. (Énfasis agregado en ambos artículos).

58. Estos artículos parecen no dejar lugar a dudas respecto de dos cuestiones fundamentales: el incumplimiento de un requisito formal de validez produce la nulidad absoluta; y la nulidad absoluta debe ser declarada judicialmente.
59. Cabe citar, en tal sentido, el Artículo 79 de la LCH utilizado como base de la declaración de inexistencia del Acuerdo de Farmout por parte de la mayoría (párrafo 626 del Laudo). Este artículo establece:

Art. 79. La transferencia de un contrato o la cesión a terceros de derechos provenientes de un contrato, serán nulas y no tendrán valor alguno si no precede autorización del Ministerio del Ramo, sin perjuicio de la declaración de caducidad según lo previsto en la presente. (Énfasis agregado)

60. De conformidad con este Artículo, la validez del acto está sujeta a la previa autorización. En función de los dos artículos 1698 y 1699 citados precedentemente, surge claramente que el incumplimiento de un requisito necesario para la validez de la transferencia conlleva la nulidad absoluta, y la nulidad absoluta debe ser declarada por un juez.

61. No obstante ello, al afirmar que la cesión no es nula hasta tanto un juez del Ecuador declare la nulidad, la Demandada agregó en su Escrito del 3 de noviembre de 2011 que el derecho ecuatoriano no contempla la noción de inexistencia:

[E]l derecho ecuatoriano no aprobó la noción de “inexistencia” de los actos o contratos. La denominada “inexistencia de los actos o contratos” en algunas jurisdicciones, de conformidad con el derecho ecuatoriano, está incluida en la noción de “nulidad”, y siempre tendrá que ser declarada por un juez.²¹

62. Las Demandantes, en su escrito del 22 de noviembre de 2012, aparentemente al descubrir que probablemente el derecho del Ecuador contemplaba la noción de inexistencia, al leer el escrito de la Demandada, respondieron que la Demandada se equivocaba en su análisis y que el caso no se encuadra en la categoría de nulidad absoluta, sino en una categoría distinta denominada “inexistencia”. El concepto jurídico de “inexistencia” de un contrato implica que dicho contrato debe ser considerado nulo por todos de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial de nulidad. Según las Demandantes, el Acuerdo de Farmout carecía de un elemento esencial para la “vida” y por lo tanto resultaba “inexistente” conforme al Artículo 1745 del Código Civil del Ecuador. Por ello, la declaración judicial de nulidad no resultaba necesaria.

63. Para poder aclarar esta cuestión, primero intentaré seguir las distintas conclusiones a las que arribó la mayoría sobre la cuestión (párrafos 617-635 del Laudo).

64. En primer lugar, cabe destacar que la mayoría parece haberse convencido antes de analizar seriamente el texto y las decisiones en cuestión. Ya en el tercer párrafo del análisis de derecho ecuatoriano, luego de citar el Artículo 79 de la LCH, la mayoría prematuramente concluye:

Por consiguiente, la supuesta cesión no tuvo efectos legales y OEPC conservó el 100% de los intereses de cualquier naturaleza sobre todos los derechos emanados del Contrato de Participación. (párrafo 619 del Laudo) (Énfasis agregado)

²¹ Escrito de la Demandada del 3 de noviembre de 2011, párrafo 79.

65. Esta conclusión preliminar [*on its face*, en el texto en inglés], previa al análisis, sólo sería aceptable si un análisis presentado *a posteriori* ratifica la conclusión. Pero yo demostraré que ése no fue el caso, intentando seguir paso a paso las distintas manifestaciones de la mayoría, que abordaré por separado, ya que no logré seguir el hilo de una afirmación a la siguiente, ni logré entender la lógica en que se sustentan.
66. Luego de la afirmación inicial, la mayoría supuestamente analizó cuatro fallos de la Corte Suprema del Ecuador presentados por las partes al Tribunal a fin de determinar la norma aplicable, y concluyó:
- Las partes concuerdan en que una vez que la Corte Suprema se ha pronunciado tres veces en igual sentido respecto de la misma cuestión, el precedente se considera resuelto y resulta vinculante para los tribunales inferiores. En efecto, se convierte en lo que en algunas jurisdicciones se conoce como “*jurisprudence constante*.” (párrafo 622 del Laudo)
67. Después de reiteradas lecturas, no logré determinar la “misma cuestión” que surgiría de la supuesta *jurisprudence constante*. En efecto, demostraré que, en mi opinión, una lectura justa y acabada de los fallos de la Corte Suprema, en su idioma original, da por tierra con las conclusiones de la mayoría.
68. En primer lugar, quisiera señalar la selectividad en el uso de las citas de los fallos de la Corte Suprema por parte de la mayoría, al igual que los graves problemas de traducción, que no fueron reconocidos por la mayoría en el Laudo. Completaré el análisis abordando estas dos cuestiones.
69. Para mayor abundancia, cabe destacar que al Tribunal se le presentaron cuatro fallos de la Corte Suprema:
- C-662: una decisión del 16 de mayo de 2001
 - C-659: una decisión del 7 de junio de 2001
 - C-660: una decisión del 29 de agosto de 2001
 - C-658: una decisión del 20 de febrero de 2002
70. En efecto, al analizar en mayor profundidad los párrafos del Laudo dedicados a la cuestión de la eficacia del Acuerdo de Farmout, no logré entender qué ley aplicó la mayoría: citó esos cuatro casos relativos a contratos y se basó en ellos, advirtiendo que “no es apropiado aplicar en este caso un análisis contractual” (párrafo 627 del Laudo). Pero reitero, ¿qué principios de derecho se aplicaron? La respuesta de la mayoría es

simplemente la siguiente: “Por el contrario, [en lugar de aplicar un análisis contractual, como supuestamente se hizo en los fallos analizados] este Tribunal debe considerar los elementos esenciales para que la cesión tenga vida”. Parecería una norma cuyo contenido inventó la mayoría, que ciertamente no forma parte del sistema jurídico del Ecuador, aparentemente a fin de evitar considerar qué significaba precisamente la referencia de las decisiones citadas a “los elementos esenciales para que la cesión tenga vida” y cuáles eran los “elementos esenciales.” El enfoque de la mayoría puede describirse como una determinación *a proprio motu* de lo que la mayoría consideró un elemento esencial, una determinación completamente desconectada del orden jurídico en el que se definieron en forma precisa y restrictiva dichos elementos esenciales.

71. También llama la atención que la mayoría se haya concentrado en las decisiones primera y tercera. Al hacerlo, seleccionó algunas partes, pero no citó el resto de las decisiones en donde se explica y se aclara lo que se manifiesta en esos extractos, con una interpretación diametralmente distinta a la que ofrece la mayoría. Regresaré sobre la cuestión para analizar acabadamente ambos casos.

72. Más aún, la mayoría no analizó los casos segundo y cuarto, y simplemente hizo referencia a su exigencia, afirmando, literalmente:

Las partes también presentaron al Tribunal los fallos de la Corte Suprema del 7 de junio de 2001 y el 20 de febrero de 2002, con sendas ratificaciones de las categorías de “inexistente” y “nulidad absoluta”, pero sin duda por el hecho de que la Corte había consagrado firmemente los principios relativos a la inexistencia en los otros dos casos (es decir, los casos del 16 de mayo de 2001 y del 29 de agosto de 2001) sólo analizan brevemente las definiciones de estas categorías. (párrafo 635 del Laudo)

73. A mí me resulta sorprendente leer que una decisión de junio de 2001 pueda “ratificar” una sentencia de agosto de 2001. Ésta es una cronología bastante extraña. Contrariamente a la afirmación de la mayoría de que en los casos C-658 y C-699 se analizan “brevemente las definiciones de estas categorías” (párrafo 635 del Laudo), yo considero que son más esclarecedores que los otros dos casos para entender la diferencia entre inexistencia y nulidad absoluta, y los criterios que hacen a cada una de ellas y sus respectivas consecuencias. En efecto, estos dos casos son de extrema utilidad por lo que dicen respecto de la diferencia entre inexistencia y validez y acerca de los criterios de inexistencia, especialmente si se analiza la versión en español y no la engañosa versión en inglés. Volveré sobre este tema más adelante.

74. En segundo lugar, el Laudo adolece de varias aproximaciones en lo que respecta a las cuestiones allí abordadas. En principio, existe una confusión entre nulidad absoluta e inexistencia, que se ve por primera vez en los párrafos 622 y 623 del Laudo, en donde se tratan las dos categorías como equivalentes o como un concepto único: "... el derecho del Ecuador reconoce la nulidad de pleno derecho o 'inexistencia'"; "... se reconoce judicialmente el concepto de nulidad automática o inexistencia." Pero, en el párrafo siguiente (párrafo 624 del Laudo), la mayoría afirma que existe una diferencia entre las categorías de inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa. A primera vista, esto realmente no parece coherente.

75. Pero la confusión entre nulidad e inexistencia resurge al analizar la mayoría el Artículo 79 de la LCH, concluyendo que es similar al Artículo 1745 (párrafo 628 del Laudo). Yo cito estos dos artículos y una mera lectura demuestra que no todos utilizan el mismo vocabulario jurídico:

Artículo 79 de la LHC

La transferencia de un contrato o la cesión a terceros de derechos provenientes de un contrato, *serán nulas y no tendrán valor alguno si no precede autorización* del Ministerio del Ramo ...

The transfer of a contract or the assignment to third parties of rights derived from a contract shall be null and void and shall have no validity whatsoever if there is no prior authorization from the Ministry of Energy and Mines ...

Artículo 1745 del Código Civil del Ecuador

La falta de instrumento publico no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán *como no ejecutados o celebrados* ...

The lack of a public deed cannot be replaced by other evidence in the acts and contracts for which the law requires this solemnity; and they will be deemed as non executed and signed ... (Énfasis agregado)

76. El Artículo 79 que trata de la ausencia de autorización, en sus propios términos, se refiere a la invalidez ("no tendrán valor alguno") en tanto que el Artículo 1745, que trata de la ausencia de escritura pública, se refiere a la inexistencia ("como no ejecutados"). Parece difícil confundir estas dos disposiciones, como lo hace la mayoría.

77. Es necesario agregar que la mayoría señala que se basó en algunas declaraciones realizadas por los abogados y los expertos de las Demandantes y la Demandada antes de que el Tribunal planteara la cuestión de los efectos del Artículo 79 de la LCH en la Carta

del 6 de octubre de 2011, declaraciones que se citan extensamente (párrafos 636-644 del Laudo). No me sorprenden estas citas, manifestadas antes de las Presentaciones Adicionales. Son citas descontextualizadas en relación con otros temas que no hacen a la diferencia entre la nulidad absoluta y la inexistencia en las que se concentraron las presentaciones del 3 y el 22 de noviembre de 2011. Si ha de favorecerse este enfoque, podría decirse, por ejemplo, que como las Demandantes no hicieron mención alguna a la inexistencia en la presentación del 3 de noviembre de 2011 y la Demandada alega que esto no existe en el orden jurídico ecuatoriano, ¿esa postura podría dejar tranquilo al tribunal de que la inexistencia no existe! Asimismo, considero que un árbitro con experiencia tiene la capacidad para leer una decisión de la Corte Suprema y entender su verdadero significado, independientemente de los análisis propuestos por los abogados o los expertos.

78. A diferencia del enfoque de la mayoría, que tomó solo una cita del caso C-662 (párrafo 624 del Laudo) y una cita del caso C-660 (párrafo 630 del Laudo) y no hizo referencia a los otros dos casos C-658 y C-659 (párrafo 635 del Laudo), yo procederé a un análisis más profundo, en orden cronológico, de los cuatro casos mencionados por la mayoría en los que supuestamente se basan sus conclusiones, y contextualizaré las citas aisladas. Podría parecer que se trata de cuestiones técnicas menores, pero es necesario ser riguroso respecto de una cuestión tan importante como la que nos ocupa. También demostraré que si las traducciones respecto del criterio de inexistencia hubieran sido correctas, y se hubiera tomado en consideración la redacción original de los textos en español, las conclusiones a las que arribó la mayoría habrían resultado insostenibles. Lo que está en juego es la aplicación de la ley apropiada.

La decisión del 16 de mayo de 2001 (C-662)²²

79. Ésta es la decisión en la que más se funda la decisión de la mayoría (párrafos 624-629 del Laudo). El punto de partida es esta única cita, a la que ya hice referencia, que transcribo a continuación para facilitar la referencia:

Esta Sala ha examinado en varios fallos la cuestión relativa a la ineficacia de un acto jurídico. La doctrina distingue tres grados de ineficacia: 1.- Ineficacia máxima o inexistencia, cuando el acto carece de los requisitos esenciales para que tenga vida. El acto inexistente no puede ser convalidado ni necesita ser invalidado; 2.- Nulidad absoluta, cuando el acto es capaz de producir determinados efectos en condiciones especiales. Existe apariencia de acto hasta que se declare

²² Para contextualizar, el caso se trataba de si un compromiso de compraventa de un inmueble (una oficina en Guayaquil), que debía realizarse por escritura pública, podía considerarse eficaz a pesar de no haberse cumplido con ese requisito.

su invalidez. *La nulidad absoluta* no puede ser convalidada, pero *necesita ser invalidada*, o sea, *declarada*; 3.- Nulidad relativa, que implica que el acto se reputa válido y sólo es nulo desde el día que se anule. El acto relativamente nulo admite ser convalidado²³. (Énfasis agregado)

80. La mayoría plantea correctamente la cuestión a discutir. ¿Cuáles son las consecuencias de la falta de autorización, la inexistencia o la nulidad absoluta? (párrafo 625 del Laudo). La respuesta es inmediata: “El Tribunal considera que la cesión efectuada mediante el Acuerdo de Farmout sin duda satisface los criterios expuestos en las citas anteriores de ‘inexistencia’”. (párrafo 626 del Laudo) (Énfasis agregado). El problema es que estos criterios efectivamente se enumeraban no en esta cita sino más adelante en la sentencia, de modo tal que se aclaraba lo que se debía entender por requisitos indispensables, tal como se explicará en mayor detalle más adelante y la mayoría simplemente decidió que la autorización constituía un requisito indispensable, lo cual no surge de la decisión. Así, la mayoría concluye que la falta de autorización conlleva la inexistencia porque “se han cumplido los dos elementos de la ‘inexistencia’ enumerados por la Corte Suprema: la pretendida cesión (1) carecía de un requisito esencial para que tenga vida; y (2) tal como se señalara anteriormente, este vicio no puede subsanarse”(Ibíd.)

81. El próximo paso es la afirmación sorprendente, a la que se hiciera referencia en el párrafo 70 de esta opinión disidente, de que el análisis del caso se refiere únicamente a los contratos y por tanto no resulta relevante:

La Corte basó su decisión en una cita a juristas colombianos que han determinado que los elementos necesarios para la vida en el contexto de los contratos incluyen: “la voluntad manifestada, el consentimiento, el objeto y la forma solemne”²⁴. Aunque la Demandada intentó alegar que el Acuerdo de Farmout no cumplía con ninguno de estos criterios, no reparó en que la cuestión principal aquí no es el contrato, es decir, el Acuerdo de Farmout. La cuestión radica en la validez de la cesión efectuada mediante el Acuerdo de Farmout. Por consiguiente, no es apropiado aplicar en este caso un análisis contractual. (párrafo 627 del Laudo)

82. En otras palabras, la mayoría se niega a aplicar los criterios de inexistencia planteados por la Corte Suprema, alegando que dichos criterios se desarrollaron únicamente para los contratos, y que el caso que nos ocupa no se refiere a una situación contractual. En mi opinión, una vez más incurren en contradicción, un absurdo y un error

²³ Corte Suprema del Ecuador, 16 de mayo de 2001, página 1528. CA-662 (Traducción de las Demandantes de RLA-348).

²⁴ *Ibíd.*

jurídico: primero, la contradicción radica en que si el caso no es relevante, por qué analizarlo; en segundo lugar, un absurdo, cómo es posible considerar que una cesión efectuada en virtud de un contrato no constituye una cuestión contractual; en tercero, un error grave de derecho, a saber, la afirmación de que los criterios se aplican únicamente a los contratos es totalmente inaceptada, ya que la sentencia no se refiere únicamente a los contratos, sino a los actos jurídicos en general. En efecto, de una simple lectura de la decisión de la Corte Suprema, surge precisamente lo contrario a la afirmación de la mayoría de que “los elementos necesarios para la vida en el contexto de los contratos incluyen: ‘la voluntad manifestada, el consentimiento, el objeto y la forma solemne’.” (Énfasis agregado, *Ibíd.*). Estos elementos son, precisamente, el único criterio que determina la inexistencia de un acto jurídico, ante la falta de cualquiera de ellos, y no se aplica únicamente a los contratos. Cabe citar el párrafo completo en español y en inglés:

Los citados autores colombianos escriben: “Ciertas condiciones generales son indispensables para la formación de los actos jurídicos, sin ellas, éstos no pueden nacer, no existen, son nada frente al derecho. Tales condiciones son: la voluntad manifestada, el consentimiento, el objeto y la forma solemne.

The cited Colombian authors write: “Certain general conditions are essential for the formation of legal acts; without them, the acts cannot be born, do not exist, are nothing under the law. Said conditions are: the expressed will, the consent, an object, and the solemn form.

83. Con esa afirmación que no encuentra sustento alguno en el derecho ecuatoriano de que la autorización se encuentra entre los requisitos indispensables cuya falta acarrea la inexistencia, la mayoría concluye, de la utilización del término “valor” del Artículo 79, que no tener “valor” equivale a no tener “vida” o “no existir”, y concluye: “La consecuencia lógica de esta disposición es que no es necesario ningún acto adicional para invalidar una cesión no autorizada.” (párrafo 628 del Laudo)
84. Por último, pero no por ello menos importante, en el último párrafo dedicado a la decisión del 16 de mayo de 2001, la mayoría parece deducir que la nulidad absoluta es automática u opera de pleno derecho, a pesar de que no estoy convencida de esta interpretación de la oscura enunciación de este párrafo, que repentinamente se vuelca a la nulidad absoluta, luego de concluir la mayoría que la falta de autorización acarrea la inexistencia – del hecho de que el juez “deberá” declarar la nulidad absoluta cuando se cumplen los requisitos aplicables. La deducción de que la nulidad es automática de la afirmación de que un juez debe declarar la nulidad es al menos curiosa. En efecto, de este modo, la mayoría adopta la línea argumentativa de las Demandantes de que la nulidad es

automática, basándose en una asimilación infundada entre los términos “obligatoria” y “automática” al referirse al Decreto de Caducidad para defender la idea de que “la nulidad de la cesión no autorizada de derechos de conformidad con el Artículo 79(1) de la LHC es automática y obligatoria”²⁵, al citar el siguiente párrafo del Decreto:

... los actos que la ley prohíbe son nulos y de ningún valor, salvo cuando otro efecto se designa expresamente para el caso de una infracción; en ningún otro caso podrá el juez declarar válido un acto que establece la ley como nulo. (Énfasis en el original.)

Con fundamento en esta cita, las Demandantes concluyen que la nulidad opera de pleno derecho y que no es necesaria la declaración de un juez. Esta interpretación ha sido adoptada por la mayoría.

85. Por el contrario, a mi entender, esto simplemente indica que debe intervenir un juez para declarar la nulidad absoluta y que es obligatorio para el juez declarar la nulidad de un acto considerado nulo por ley si se ve en la posición de juzgar la validez del acto o si lo hace de oficio, no que el acto debe considerarse nulo de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial. Queda bastante claro que precisamente en esta cita se hace referencia a un juez cuya intervención resulta necesaria. La norma que le impide al juez “declarar” la validez de un acto nulo con arreglo a la ley demuestra precisamente que la nulidad debe ser “declarada” por un juez conforme al derecho ecuatoriano.

86. A continuación analizaremos otros errores de la decisión de la mayoría. En primer lugar, tal como surge de la cita que ofrece la mayoría, “la doctrina” efectivamente distingue tres tipos de ineficacia. Lo interesante es que si uno no se detiene allí y continúa leyendo la decisión del 16 de mayo de 2001, la Corte Suprema inmediatamente explica que existe otra posición doctrinal:

“Se ha sostenido que en nuestra legislación no se distingue la inexistencia y la nulidad y que, por tanto, los actos llamados por la doctrina inexistentes deben ser incluidos entre los absolutamente nulos.” (Énfasis agregado)

87. Luego, la Suprema Corte prosigue con su análisis de doctrina y hace referencia a juristas chilenos y colombianos y afirma que “aceptan que en ciertos casos sí cabe hablar de actos inexistentes que son más una apariencia, un aborto, una tentativa de acto más que un acto mismo”. Aquí hace falta un comentario: la descripción de lo que puede considerarse un acto inexistente no tiene nada que ver con la especie, ya que el Acuerdo

²⁵ Escrito de las Demandantes del 3 de noviembre de 2011, párrafo 11.

de Farmout no puede describirse como “una apariencia, un aborto, una tentativa de acto más que un acto mismo”. Por el contrario, la situación del Acuerdo de Farmout puede describirse como un caso de “apariencia de validez (...) mientras no haya sentencia ejecutoriada que declare la nulidad”, que es la situación que conduce a la declaración de nulidad absoluta. Luego la Corte Suprema adopta el concepto de “condiciones indispensables” y las consecuencias de su incumplimiento, tal como se ha indicado precedentemente:

Ciertas condiciones generales son indispensables para la formación de los actos jurídicos; sin ellas, éstos no pueden nacer, no existen, son nada frente al derecho. Tales condiciones son: la voluntad manifestada, el consentimiento, el objeto y la forma solemne ... La falta de dichas solemnidades obstaculiza la formación o perfeccionamiento de tales actos jurídicos y conduce a que estos se reputen inexistentes. (Énfasis agregado)

88. Ni rastros de la autorización entre los requisitos indispensables para la formación de un acto jurídico. Considerando la estructura del razonamiento, estos tres requisitos indispensables – cuya falta acarrea la inexistencia – deben limitarse a los citados en la decisión, y llama la atención que al explicar tales requisitos indispensables, la Corte Suprema se refiera exclusivamente a las solemnidades. Por ejemplo, la Corte Suprema cita el Artículo 1745 del Código Civil que hace referencia a “la falta de instrumento público”. Luego, la Corte Suprema sintetiza su postura en los siguientes términos:

“Cuando la ley requiere la solemnidad de un instrumento público y no se lo ha otorgado, el acto o contrato se mirará como no ejecutado o celebrado, es decir que, jurídicamente, ese acto no existe.” (Énfasis agregado)²⁶

Y en el resto de la sentencia del 16 de mayo de 2001 sólo se menciona la siguiente hipótesis: “actos a que faltan las solemnidades que la ley exige ...” por falta absoluta de la forma solemne...”

89. De este fallo se desprenden dos lecciones importantes: primero, sólo se refiere a la falta de una solemnidad y no a la falta de autorización en cuanto a fundamentos de inexistencia. En segundo lugar, en resumidas cuentas, no se puede negar que la Corte Suprema haya declarado la inexistencia, y no entiendo cómo podría ser de otra forma. Esto responde a dos motivos: primero, porque cuando falta una solemnidad, siempre habrá una parte que alega que el contrato es inexistente y otra que alega que no lo es, y

²⁶ *Íd.*, pág. 1529.

por tanto siempre será necesaria la intervención judicial; en segundo lugar, porque, especialmente cuando se ha realizado un acto, como es el caso en el fallo C-662 o en relación con el Acuerdo de Farmout, es necesario un pronunciamiento judicial para deshacer lo que se ha hecho conforme a ese acto inexistente. Ante la inexistencia legal de un acto con existencia fáctica, un tribunal debe determinar expresamente las consecuencias jurídicas del caso. Fue eso precisamente lo que hizo la Corte Suprema en el caso C-662, al concluir:

Se dispone que [el bien transferido mediante el acto inexistente] sea restituido a sus propietarios dentro del plazo de treinta días que se contarán a partir de la fecha en que esta sentencia quede ejecutoriada.
(Énfasis agregado)

90. En otras palabras, se desprende de este caso que efectivamente el concepto de inexistencia debe ser aceptado por la Corte Suprema. Ciertamente, la cita del párrafo 79 de esta opinión parece demostrar que la afirmación de la Demandada de que el sistema jurídico del Ecuador no contempla la noción de “inexistencia” es falsa, y reconozco que las Demandantes tienen razón respecto de esta cuestión. No obstante, surge de la misma cita que la nulidad absoluta debe ser declarada por un juez, lo cual contradice la afirmación de las Demandantes de que la nulidad absoluta es automática. Esta cita que ofrecen las Demandantes es de vital importancia y, en mi opinión, confirma que la nulidad absoluta – al igual que la nulidad relativa – debe ser declarada por un juez.²⁷ Incluso la Corte Suprema insiste en este punto, al decir dos veces, con distintos términos: “La nulidad absoluta ... necesita ser invalidada, o sea, declarada.” En otras palabras, la interpretación inevitable de la cita precedente es que si bien la inexistencia no siempre requiere la intervención de un juez, la “nulidad absoluta” necesita ser declarada por un juez.
91. La sentencia de la Corte Suprema analizada precedentemente también indica que la inexistencia sólo se puede encontrar en circunstancias muy limitadas respecto de la falta de una solemnidad. No existe la más mínima referencia a la falta de un requisito indispensable, una autorización o nada de ese estilo. Además, la Corte Suprema no dijo “la Compradora puede considerar el contrato automáticamente inexistente”, para que las partes infirieran las conclusiones. Fue la Corte Suprema la que declaró que el Contrato

²⁷ La distinción entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa es simplemente una cuestión temporal: la primera es *ex tunc*, en tanto que la segunda es *ex nunc*.

“se considerará ... jurídicamente inexistente” y ordenó que se restituyera la situación imperante previa a la celebración del contrato.

La decisión del 7 de junio de 2001 (C-659)²⁸

92. Este caso confirma la diferencia entre inexistencia y nulidad absoluta, trazada en la decisión anterior. En este caso también se efectuó un compromiso de vender un inmueble sin cumplimiento del requisito legal de escritura pública y, según la Corte Suprema, debe considerarse inexistente conforme al Artículo 1745 del Código Civil. Eso significa que cuando un contrato es inexistente, no se puede plantear ningún reclamo por este motivo:

... un contrato privado de promesa de venta de inmuebles se mirará como no ejecutado ni celebrado ni tendrá eficacia alguna, o, dicho de otro modo, es un contrato aparente, jurídicamente no existe, carece de toda eficacia. De tal manera que mal podría haberse demandado, como lo pide la sentencia impugnada, la alternativa señalada en el artículo 1532 ... ni podía demandarse el cumplimiento y tampoco la resolución de un contrato inexistente. (Énfasis agregado)

93. Cabe subrayar que la Corte Suprema utilizó la expresión “no tendrá eficacia alguna” que debe distinguirse de la expresión “carecerá de validez”, ya que la primera se refiere a la inexistencia y la segunda a la nulidad absoluta.

94. Este caso confirma que la inexistencia resulta únicamente del incumplimiento de la solemnidad de la escritura pública, y no de ningún otro requisito jurídico indispensable. No obstante ello, cabe destacar que la mayoría quizá se haya basado implícitamente en la traducción engañosa de la parte relevante de la decisión de la Corte Suprema en cuanto a la interpretación general de los requisitos de inexistencia, determinando así que puede comprender requisitos jurídicos distintos de la escrituración, tales como una autorización. Esta traducción engañosa es la única referencia clara que encontré que parecería indicar que el incumplimiento de un requisito jurídico distinto de la escritura pública podría constituir una condición para la existencia de un acto.

95. El texto original en español dispone lo siguiente:

²⁸ Para contextualizar, este caso se trataba de un compromiso de venta de un inmueble en el cual no se había otorgado la escritura pública correspondiente. La Compradora había pagado, pero no recibió el bien. Por tal motivo, exigió la devolución del dinero, alegando la inexistencia del contrato y, por consiguiente, la inexistencia de causa de su pago injustificado.

... Se trata de aquellas cláusulas que ordinariamente forman parte de un contrato de promesa, pero que al haberse celebrado **sin las solemnidades** exigidas por la ley, escritura pública, por tratarse de la compraventa de un inmueble, no produce entre las partes obligación alguna, conforme lo establece en forma terminante el Artículo 1597 del Código Civil. Esta Sala en fallo expedido 16 de mayo de 2001, mediante Resolución 188-2001, al analizar este tipo de “convenios” privados de venta de inmuebles, ha considerado que debe aplicarse a tales casos la disposición del artículo 1745 del Código Civil: “La falta de instrumento publico no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la Ley requiere **esa solemnidad**; y se miraran como no ejecutados o celebrados, aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de un cierto plazo, bajo una cláusula penal. Esta cláusula no tendrá efecto alguno.” Por esta razón, un contrato privado de promesa de venta de inmuebles se mirará como no ejecutado ni celebrado ni tendrá eficacia alguna o dicho de otro modo es un contrato aparente, jurídicamente no existe, carece de toda eficacia ... (Énfasis agregado)

96. Ello confirma el hecho de que sólo la falta de escritura pública y no la falta de ninguna otra formalidad puede traer aparejada la inexistencia.

97. Sin embargo, la traducción al inglés del fallo de la Corte Suprema reza:

*These are clauses which ordinarily are part of a promissory contract, but that, because they did not take [sic] place without **the legal requirements**, a public deed, because it is pertaining to the purchase of a real estate property, no obligation between the parties was produced, as established in a clear manner in section 1597 of the Civil Code. This Court, in a ruling issued May 16, 2001, by way of Resolution 188-2001, upon analyzing this type of private promissory "contracts" for the sale of a real estate property, has considered that the provision of section 1745 of the Civil Code must apply to such cases; "The lack of a public instrument cannot be replaced by other evidence in the acts and contracts in which the Law requires **this legal requirement**; and they will be deemed as non-executed or signed, even if it is promised therein that they will be committed to a public instrument within a certain period of time, under a penalty clause. This clause shall not have any effect whatsoever." For this reason, a private promissory contract to sell real estate property shall be deemed not executed or signed, or as having no effect whatsoever; or, in other terms, it is an apparent contract, it does not legally exist, it lacks all effectiveness ... (Énfasis agregado)*

98. Cabe destacar que el término “solemnidad” y la frase “solemnidades exigidas por la ley”, en negrita, se tradujeron al inglés “*legal requirement*”, que, por supuesto, no es lo mismo. Huelga decir que la versión original y auténtica en español contradice por completo el análisis de la mayoría de los requisitos de inexistencia.

La decisión del 29 de agosto de 2001 (C-660)²⁹

99. Una vez más en este caso, la Corte Suprema determinó que el “contrato de promesa de compra venta” en cuestión debía ser celebrado por escritura pública, y sin la escrituración, el contrato sería inexistente. La Corte Suprema dio algunos indicios de las consecuencias de un contrato inexistente:

... un acto que la doctrina considera de ineficacia máxima o inexistencia, es decir, cuando carece de los requisitos esenciales para que tenga vida y que, por tanto, no puede ser convalidado ni necesita ser invalidado.

100. La Corte Suprema reprodujo exactamente su pronunciamiento del caso C-662, unos meses antes, citando primero las dos posiciones doctrinales distintas y luego citando nuevamente lo que consideraba requisitos indispensables, cuya falta trae aparejada la inexistencia:

Ciertas condiciones generales son indispensables para la formación de los actos jurídicos, sin ellas, éstos no pueden nacer, no existen, son nada frente al derecho. Tales condiciones son: la voluntad manifestada, el consentimiento, el objeto y la forma solemne.

101. También en este caso, al igual que en los anteriores, la Corte Suprema se refirió reiteradamente a la falta de solemnidad o ciertas solemnidades sin mencionar ninguna otra causal de inexistencia, tal como la falta de autorización.

La decisión del 20 de febrero de 2002 (C-658)³⁰

102. Este caso es de particular importancia, ya que traza claramente la diferencia entre existencia y validez.

103. Más aún, en este caso, una vez más se contradice la conclusión de la mayoría de que existen otros requisitos formales a la existencia más allá de la “solemnidad/*public deed*”.

²⁹ Para contextualizar, este caso se refiere a un “contrato de promesa de compra y venta”, pero sólo fue caracterizado allí luego de un razonamiento de la Corte Suprema, ya que se trataba de la adquisición de un tiempo compartido. La Compradora había entregado una suma de dinero, pero luego las partes celebraron otro contrato denominado “escritura de transferencia” que era un acto que rescindía el contrato de promesa de compra y venta, y, por consiguiente, la Vendedora debía restituir el dinero a la Compradora.

³⁰ Para contextualizar, este caso también se refería a la compra de un inmueble.

En este caso, una vez más, surge un problema de traducción en el expediente: en este caso, el término “solemnidad” no se tradujo como *legal requirement* [requisito legal], sino que la frase “*legal requirements*” simplemente se agregó al texto original en español. A continuación cito ambos textos:

La engañosa traducción al inglés:

*... The nullity is the legal consequence, generated because in the granting, subscription or manner in which a contract or legal act was celebrated, certain requirements or formalities expressly stated or regulated by law were omitted, the breach of which causes the penalty, one must differentiate between the conditions of existence and the conditions of validity, the first being the will, object, cause and **solemnities or legal requirements** prescribed by law, those without which the act is not binding for legal purposes and lacks any legal existence*

La versión original en español:

... la nulidad es una consecuencia jurídica que se genera porque en el otorgamiento, suscripción o forma de celebrar un acto o negocio jurídico se ha omitido ciertos requisitos y/o formalidades que expresamente la ley señala o regula y cuyo incumplimiento origina la sanción, debiendo diferenciarse las condiciones de existencia de las condiciones de validez, siendo las primeras las [sic] voluntad, el objeto, la causa y las **solemnidades** prescritas por la ley, aquellas sin las cuales el acto no nace a la vida del derecho, careciendo de existencia jurídica ... (Énfasis agregado)

104. Surge claramente de la lectura de ambos textos que no puede confundirse existencia con validez; ni tampoco pueden confundirse las condiciones de existencia con las condiciones de validez. Ya se ha subrayado que precisamente la mayoría no distinguió los conceptos de existencia/inexistencia por un lado y los conceptos de validez/invalidéz por otro³¹. Este caso dispone expresamente que no puede existir confusión entre inexistencia e invalidéz, que la mayoría ignoró por completo. Del mismo modo, ya se subrayó que la mayoría asimiló “solemnidades” con “requisitos legales” una conclusión que en forma alguna surge del texto original en español.

La jurisprudencia constante que surge de estas decisiones

105. Aparentemente, se pueden sacar varias conclusiones del análisis de estas cuatro decisiones de la Corte Suprema del Ecuador. Al analizar las condiciones formales que deben cumplirse para que se produzca la inexistencia, estos casos, lejos de sentar un

³¹ Ver, por ejemplo, el párrafo 626 del Laudo.

precedente jurisprudencial que, según la mayoría, indicaría que un acto jurídico realizado sin la autorización requerida o sin cumplir cualquier otro requisito formal es inexistente, demuestran precisamente lo contrario: que la inexistencia sólo se produce ante la falta de escrituración. Estos casos confirman que la falta de otras formalidades, a excepción de la escrituración, no producen la inexistencia del acto. La falta de otras formalidades, como la falta de una autorización, por ejemplo, trae aparejada la nulidad absoluta.

106. En otras palabras, cabe concluir que la explicación de la Demandada de los requisitos de inexistencia en el derecho ecuatoriano se corresponden ajustadas al texto de la ley. Sin embargo, la mayoría las ignoró liminarmente, en los siguientes términos: “Si bien la Demandada adujo que la categoría de ‘inexistencia’ se aplica sólo a una serie limitada de operaciones de inmuebles que exigen la suscripción de una escritura pública, tal como se indica a continuación, las definiciones generales no contienen ninguna norma en sustento de una interpretación acotada de ‘inexistencia’.” (párrafo 623 del Laudo). La mayoría afirma categóricamente que no existe “ninguna” norma que indique que la inexistencia se produce únicamente ante la falta de escrituración. Permítaseme señalar unos pocos elementos que contradicen esta afirmación tajante e infundada. En primer lugar, TODOS los casos mencionados se refieren únicamente a operaciones inmobiliarias, lo cual debería al menos inspirar una cierta cautela a la hora de generalizar; en segundo lugar, TODOS los casos citados se refieren exclusivamente a solemnidades y escrituras públicas; ¡no existe un solo caso de falta de autorización! En otras palabras, una lectura ecuánime de los fallos de la Corte Suprema citados por la mayoría en sustento de la conclusión de que se puede declarar la inexistencia ante la falta de autorización demuestra que esta conclusión es completamente infundada, ya que la inexistencia se asocia únicamente al incumplimiento de la formalidad de escrituración, y no a la falta de cualquier otra condición de validez del acto. Reitero, NINGUNO de los casos citados se refiere a la falta de autorización.

107. Si bien la mayoría no se refirió expresamente a las traducciones engañosas mencionadas *supra*, la idea de que la falta de un requisito jurídico esencial – incluido el requisito jurídico de una autorización – constituye una causal de inexistencia subyace a todas las conclusiones de la mayoría; abundan las referencias a un aspecto esencial en lugar de el requisito esencial más restringido de una escritura pública: “un requisito esencial” y “un elemento esencial” (3 veces en el párrafo 626 del Laudo), “los elementos necesarios” (*Ibid.*), “los elementos esenciales” (párrafo 627 del Laudo), “los requisitos esenciales” (párrafo 630 del Laudo). Independientemente de que la mayoría se haya

basado en las traducciones al inglés para llegar a su conclusión, era al menos imperativo tomar en consideración los textos originales en español, que determinan que el análisis de la mayoría del contenido del derecho ecuatoriano resulta simplemente insostenible.

108. Reitero que la falta de una autorización difiere de la falta de escritura pública, y constituye causal de nulidad absoluta. Así lo confirma el Artículo 1698 del Código Civil:

... la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. (Énfasis agregado)

109. De conformidad con el Artículo 1698, “la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos” (Énfasis agregado) es nulidad absoluta. Éste es precisamente el caso del Artículo 79 de la LHC, que efectivamente se refiere a la ausencia de validez.

110. La falta de los requisitos y formalidades que exige la ley claramente produce la nulidad absoluta, y no la inexistencia. Y la nulidad absoluta, al igual que la nulidad relativa en lo que a ello respecta, debe ser declarada por un juez. La única diferencia radica en que la declaración de nulidad relativa tiene efectos *ex tunc* en tanto que la declaración de nulidad absoluta tiene efectos *ex nunc*. El hecho de que la nulidad absoluta deba ser declarada por un juez surge sin el menor dejo de ambigüedad del Artículo 1699 del Código Civil:

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato.

111. Para poner fin a la cuestión de la efectividad del Acuerdo de Farmout conforme al derecho ecuatoriano, ya que toda interpretación debe basarse en una interpretación de buena fe de los términos utilizados en el texto de la norma, debe insistirse en que en el Artículo 79 de la LCH se utiliza el término “nulas”, y no “inexistentes.” Los términos jurídicos tienen su significado propio, y no veo que la referencia a “nulas” de la LHC pueda equipararse a “inexistentes.”³² Este elemento es de por sí concluyente, pero, como hemos visto, existen otros argumentos que señalan en la misma dirección.

³² Así lo ha señalado también la Demandada: “El artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos no se refiere en ningún caso a la ‘inexistencia’ de la cesión no autorizada de derechos sino al hecho de que es ‘nula y no tiene efecto’ en el derecho ecuatoriano”. Escrito de la Demandada del 3 de noviembre de 2011, párrafo 79.

112. Al analizar los requisitos de la “nulidad absoluta”, que determinan que un contrato se considere “nulo” conforme al derecho ecuatoriano, considero que si la cuestión se planteara ante un tribunal ecuatoriano, el juez no tendría otra alternativa que declarar nula la cesión. Pero esto es completamente distinto de la nulidad automática o de pleno derecho. Lo indiscutible es que ningún juez ecuatoriano ha declarado efectivamente el Acuerdo de Farmout nulo, y este Acuerdo estuvo en plena vigencia durante años.
113. En virtud de lo expuesto, concluyo que, si el derecho aplicable es el derecho del Ecuador, el Acuerdo de Farmout, al no haber sido invalidado por ningún tribunal del Ecuador, debió haberse considerado vigente y vinculante.

(iii) Conclusión general acerca de la eficacia del Acuerdo de Farmout

114. En síntesis, he arribado a la conclusión de que, independientemente de que se aplique el derecho ecuatoriano o las leyes de Nueva York, en forma independiente o combinada, el Acuerdo de Farmouth no se puede dejar de lado a la hora de determinar los daños a otorgarse a las Demandantes. En primer lugar, no tengo duda de que no se han cumplido las condiciones de inexistencia y, en segundo lugar, tengo la certeza de que la nulidad absoluta a la que se hace referencia en el Artículo 79 de la LHC debe ser declarada por un tribunal competente.
115. Cabe señalar que ni Ecuador ni PetroEcuador solicitaron la declaración de nulidad. Las Demandantes no tienen derecho a hacerlo. Ningún juez de Nueva York ni del Ecuador la ha declarado. Y, en mi opinión, la mayoría no podía declarar la nulidad de oficio, ya que no es competente para hacerlo, tal como se verá a continuación.
116. Por todo lo expuesto, concluyo que, independientemente de que se aplique el derecho de Nueva York o del Ecuador, puesto que el Acuerdo de Farmout no ha sido invalidado ni por un tribunal de Nueva York ni por un tribunal ecuatoriano, dicho acuerdo debió haberse tomado en consideración, ya que está plenamente vigente y resulta exigible.

3. ¿Este Tribunal del CIADI podía considerar el Acuerdo de Farmout inexistente o nulo ante el dictado de la *caducidad*? Cuestiones jurisdiccionales.

117. Una última cuestión es, claramente, ante la falta de inexistencia, nulidad de pleno derecho o declaración de nulidad por parte de un tribunal interno, si este Tribunal está facultado a declarar nulo un contrato entre una parte del arbitraje y un tercero no parte.
118. En otras palabras, la cuestión es si el Tribunal debió haber declarado que esta operación, que se ejecutó por completo durante 6 años, es inexistente o nula desde el principio, de modo tal que se privaría a AEC/Andes de los derechos que le corresponden en virtud del Contrato de Participación en virtud de este Laudo dictado en un procedimiento en el que no es parte.
119. Considero que al tomar esa decisión, la mayoría se arrogó una competencia que claramente no posee y, al ejercer esa competencia, no aplicó los principios básicos de derecho internacional relativos a la responsabilidad internacional.
120. No obstante ello, la mayoría ha intentado justificar sus conclusiones respecto de su propia jurisdicción y la forma en que ejerció su facultad jurisdiccional para entender sobre el fondo, es decir, la determinación del monto de daños adjudicado a las Demandantes.
121. En cuanto al fundamento de la facultad jurisdiccional de anular la cesión de derechos efectuada en virtud del Acuerdo de Farmout, la mayoría parece haberlo encontrado en una norma ecuatoriana. En efecto, el Laudo contiene la siguiente afirmación, que se analiza a continuación:

El Artículo 10 del Código Civil citado en el pasaje precedente del fallo del 29 de agosto de 2001 es notable: “En ningún caso puede el Juez declarar válido un acto que la ley ordena que sea nulo”. Si este Tribunal otorgara sólo una indemnización por el 60% tal como lo solicita la Demandada, esto constituiría una violación directa de este Artículo, ya que trataría como válido un acto que la ley considera nulo. La redacción misma del Artículo 10 demuestra que las autoridades del Ecuador contemplaron expresamente situaciones como la de este caso – en el que la ley misma (y no el juez) declara la nulidad.” (párrafo 633 del Laudo).

122. En lo que respecta a la decisión sobre el fondo, la mayoría concluyó: “Las conclusiones del Tribunal en esta sección se ajustan a los principios de derecho internacional público aplicables a los fines de la determinación de daños. En particular, ambas partes han hecho referencias al enriquecimiento ilícito y los principios consagrados en el caso *Chorzów Factory*.” (párrafo 653 del Laudo). Yo demostraré, más adelante en esta opinión, que es precisamente lo contrario.

123. Considero que la mayoría se excedió manifiestamente en su jurisdicción al anular los derechos que le correspondían a Andes.

124. A la luz de la cita referida en el párrafo 121 de esta opinión, parecería ser que la mayoría considera que el Artículo 10 del Código Civil del Ecuador lo faculta a juzgar la validez de un contrato entre una parte y un tercero no parte de este arbitraje CIADI. Yo no estaba al tanto de que nuestro Tribunal CIADI estuviera facultado a actuar como juez del Ecuador y declarar nulo un contrato en el que la ley aplicable es el derecho de Nueva York. En efecto, independientemente del orden jurídico aplicable, nuestro Tribunal no goza de esa potestad. Al declarar la inexistencia/nulidad del Acuerdo de Farmout entre una parte de este arbitraje y un tercero no parte del arbitraje, en mi opinión, la mayoría ejerció una facultad que no tiene. El Tribunal no debía resolver una controversia contractual respecto del Acuerdo de Farmout, y no se ha presentado ningún argumento en el sentido de que la existencia del Acuerdo de Farmout constituya una violación del TBI Ecuador/Estados Unidos.

125. Probablemente consciente de que ejercía la jurisdicción sobre una parte sobre la cual no tenía jurisdicción, la mayoría, quizá en un intento por apaciguar su propia incomodidad al privar a Andes de los derechos adquiridos en virtud del Acuerdo de Farmout – adoptó el argumento de las Demandantes de que la cesión es escindible del contrato a través del cual se celebró la cesión. En efecto, las Demandantes alegaron que “Cualquier parte de los Acuerdos “Farmout” u Operativos que pretendiera ceder derechos en virtud del Contrato de Participación, sin que preceda la autorización requerida, de acuerdo con la legislación neoyorquina, es separable de los Acuerdos.”³³ Por consiguiente, en esa misma línea, según la mayoría:

Para despejar cualquier duda, tal como se señala *supra*, el Tribunal reitera que en la especie el análisis debe recaer sobre la validez de la cesión, y no sobre la validez del Acuerdo de Farmout. Las conclusiones del Tribunal sobre la validez de la cesión no afectan a otras obligaciones que pudieran surgir entre las partes del Acuerdo de Farmout (con partes distintas de las del presente arbitraje) ni traen aparejada la invalidez del Acuerdo de Farmout entre OEPC y AEC. (párrafo 635 del Laudo)

126. Si entiendo correctamente lo que intenta transmitir la mayoría, parecería decir que no puede juzgar la validez del Acuerdo de Farmout porque se celebró entre partes distintas de las partes ante el Tribunal del CIADI, pero aun así puede juzgar la validez de la cesión. Esta línea argumental resulta bastante difícil de seguir, ya que me daría la impresión de que las

³³ Escrito de las Demandantes del 3 de noviembre de 2011, párrafo 3.

partes de la cesión son exactamente las mismas partes que las del Acuerdo de Farmout y, además, la cesión y el Acuerdo de Farmout son una y la misma cosa conectada intrínsecamente.

127. Realmente no logro comprender el razonamiento:
- no es controvertido que el propósito del Acuerdo de Farmout fuera ceder derechos;
 - esta transferencia de derechos es inexistente/inválida;
 - pero el Acuerdo de Farmout es existente/válido.
128. En mi opinión, el “*farming out*”, la transferencia de derechos era el objeto principal del Acuerdo de Farmout y la idea de que la “cesión de derechos”, que constituye el objeto del Acuerdo de Farmout, es “escindible”, no tiene sentido. Esto parece totalmente artificial, ya que el único objeto del Acuerdo de Farmout era precisamente la cesión de derechos establecidos en el Contrato de Participación a AEC, y definir las condiciones para ejercer tales derechos, tal como surge claramente del Artículo 1.02 que dispone que “AECI y OEPC acordaron que AECI adquirirá de OEPC un interés económico del 40% en la Propiedad Sujeta al Farmout, suje to a los términos y condiciones de este Contrato ...” (Énfasis agregado). No entiendo exactamente qué es lo que continuaría “existiendo/válido” que no estuviera entremezclado con la transferencia y los términos de la transferencia, que fuera independiente de ella.
129. *De facto*, la decisión de la mayoría equivale a “expropiar” a una empresa china sobre la cual claramente carece de jurisdicción con arreglo a la reglas del derecho internacional. En efecto, la mayoría manifestó claramente: “... AEC ... no tiene ningún derecho en el Contrato de Participación – fiduciario o de cualquier otro tipo.” (párrafo 658 del Laudo. Énfasis agregado)
130. De haberse aplicado el derecho internacional a la cuestión de los daños, la mayoría no habría podido ejercer jurisdicción para tomar decisiones drásticas en relación con una inversión perteneciente a una empresa china aplicando el TBI Ecuador/Estados Unidos.
131. En mi opinión, al declarar inexistentes los derechos de Andes, la mayoría ha despojado de sus derechos a una entidad respecto de la cual no tenía jurisdicción y no aplicó el derecho aplicable a la determinación de los daños, que es el derecho internacional.

132. Cabe enfatizar que la mayoría ha ignorado la existencia del Acuerdo de Farmout a los fines del cálculo de daños, sin siquiera restaurar la situación que se habría producido de no haberse celebrado el Farmout, por ejemplo, solicitándole a OEPC que reembolsara a Andes el dinero invertido en el Bloque 15 por AEC³⁴. No debió haber tomado una decisión a medias, sino, para hacer justicia, debió haber repuesto la situación que se habría producido de no declararse inexistente o nula la ejecución del Acuerdo de Farmout antes de sacar conclusiones sobre su inexistencia, a pesar de que todos saben que existe y que se ha ejecutado plenamente. Con esta decisión, la mayoría violó los principios fundamentales del derecho internacional. Independientemente de que OEPC efectivamente le haga entrega del 40% de la indemnización por daños a Andes, como efectivamente han manifestado que harán. Si así fuera, la mayoría indirectamente habría ordenado el pago de una indemnización a AEC/Andes, lo cual sería un claro exceso de poder, tal como se explicará a continuación. Indemnizar a una parte que no tiene la nacionalidad necesaria conforme al TBI claramente escapa a la jurisdicción del Tribunal. Es por ello que considero que la mayoría no aplicó la ley aplicable al cálculo de daños, que es el derecho internacional. Por otra parte, si OPEC no entrega el 40% de la indemnización a Andes, precisamente con fundamento en este Laudo, que establece que Andes no tiene ningún derecho, la decisión de la mayoría habrá condonado la violación del principio internacional que prohíbe el enriquecimiento injusto.

4. Si la mayoría no hubiera excedido manifiestamente sus facultades al anular los derechos de Andes, el Tribunal sólo podría haber ordenado el pago del 60% de los daños a las Demandantes, de conformidad con los principios de derecho internacional

133. La cuestión que se plantea es: ¿cuál debió haber sido la solución, si la mayoría no se hubiera excedido manifiestamente en sus facultades?

134. Para asegurar un análisis exhaustivo de los aspectos de derecho internacional público que se plantean en la especie, a continuación me referiré a los principios de derecho internacional público que debieron haberse aplicado, si la mayoría no hubiera anulado todos los derechos que le correspondían a Andes en virtud del Contrato de Participación. En otras palabras, de aquí en más basaré mi razonamiento en la hipótesis de que la

³⁴ La restitución de la situación que se habría producido de no realizarse el acto considerado inexistente o declarado nulo ha sido la solución elegida, por ejemplo, por la Corte Suprema en el caso C-662. Ver párrafo 89 de esta opinión.

mayoría no hubiera excedido su jurisdicción y, por consiguiente, el Contrato de Farmout se consideraría vigente entre OEPC y Andes, tal como sucede en el mundo real.

135. Explicaré por qué discrepo con la afirmación de la mayoría de que su decisión es ajustada al derecho internacional, en especial, al principio de enriquecimiento injusto y los principios del caso *Chorzów* (párrafo 653 del Laudo, citado en el párrafo 122 de esta opinión). Y demostraré que, por el contrario, la decisión de la mayoría contraviene ambos sistemas de principios, al igual que los principios fundamentales de derecho internacional que reconocen una competencia limitada al Tribunal, tal como se mencionó anteriormente.
136. En otras palabras, para concluir con mi opinión disidente, demostraré que, de haberse tomado en consideración el Acuerdo de Farmout, como correspondía, el Tribunal no podría haber ordenado el pago del 100% de los daños a las Demandantes. La cuestión que se plantea es si, de conformidad con las normas y los principios de derecho internacional, el hecho de que se haya transferido el 40% de los derechos a AEC/Andes constituye un obstáculo para ordenar el pago de una indemnización del 100% a OEPC, o si una indemnización de sólo el 60% a OEPC contravendría estas normas y principios. Considero que todos los principios de derecho internacional imponen el mismo resultado, a saber, que no debía indemnizarse a OEPC por el 100% del valor del Bloque 15, y, por consiguiente, sólo tenía derecho al 60% de los daños.
137. Reitero que, en mi opinión, de haberse tomado en consideración el Acuerdo de Farmout, una indemnización del 100% en lugar de una indemnización del 60%, en este caso en particular, habría violado principios básicos de derecho internacional, tanto los principios fundamentales relativos a la jurisdicción del Tribunal y los principios de fondo establecidos en el caso *Chorzów* y el principio del enriquecimiento ilícito. En primer lugar, reiteraré que una indemnización por el 100% de los daños a las Demandantes resulta violatoria de las normas básicas que rigen la competencia *ratione personae* de este tribunal, en lo que respecta a la nacionalidad (i); en segundo lugar, explicaré que debe adoptarse la misma conclusión si uno considera que OEPC ha mantenido el título sobre la participación del 40% sobre AEC/Andes conforme a las mismas disposiciones del Acuerdo de Farmout, lo cual implica que una indemnización por el 100% de los daños a las Demandantes también contravendría los principios básicos de derecho internacional respecto a la jurisdicción sobre los beneficiarios fiduciarios (ii); en tercer lugar, me referiré luego a las consecuencias de la aplicación de los principios del caso *Chorzów* al tipo de relación entre las Demandantes y Andes según surge de la esencia del Acuerdo de

Farmout y demostraré que la decisión del Tribunal contraviene estos principios (iii); en cuarto lugar, señalaré que, en mi opinión, el indemnizar a OEPC por el 100% de los derechos del Contrato de Participación, tal como lo ha decidido la mayoría, en mi opinión, contraviene el principio de derecho internacional general que prohíbe el enriquecimiento injusto (iv), y terminaré con una conclusión final.

(i) Según los principios de derecho internacional que rigen la jurisdicción del Tribunal, el Tribunal no podía ordenar el pago de daños en beneficio de AEC/Andes, debido a los límites a la competencia *ratione personae*

138. No se discute que ni AEC ni Andes son partes en el presente arbitraje, ni son empresas estadounidenses con derecho a beneficiarse del TBI Ecuador/Estados Unidos, ya que AEC es canadiense y Andes es una compañía china. Tampoco se discute que AEC y Andes han realizado inversiones significativas en el Bloque 15, pero esto significa entonces que una porción significativa de los montos invertidos en el Bloque 15 fue aportada por entidades sobre las cuales el Tribunal carece de jurisdicción con arreglo al TBI Ecuador/Estados Unidos (AEC, hoy Andes). Es bien sabido que una inversión requiere de un aporte: no se ha discutido que OEPC haya contribuido únicamente el 60% del valor de la inversión, ya que el otro 40%, incluidos tanto los gastos de capital inicial como los gastos operativos durante la vida del proyecto, fueron pagados por AEC/Andes. ¿Cómo sería posible entonces ordenar el pago de daños correspondientes a derechos que ya no le pertenecen a OEPC, sin ignorar las reglas básicas que determinan la jurisdicción de los tribunales del CIADI? Si dos inversores distintos reclaman por la interferencia con sus derechos, ambos deben presentar un reclamo, y un inversor no puede presentar un reclamo en nombre de otro, especialmente cuando no tienen la misma nacionalidad y no pueden invocar el mismo TBI, como sucede en la especie.

139. La cuestión importante que intento transmitir es que, tal como la mayoría excedió sus facultades al anular una transferencia de derechos a un inversor que no era parte del arbitraje y que no podía ser parte del arbitraje conforme al TBI Ecuador/Estados Unidos, no podría haber otorgado el 100% de los daños a las Demandantes, si el Acuerdo de Farmout se hubiera considerado vigente.

140. Esta posición – el negarse a indemnizar indirectamente a terceros no partes que no pueden beneficiarse del TBI conforme al cual se presentó el caso – ha sido adoptada por varios tribunales, entre ellos, el tribunal que entendió en el caso *Impregilo*. Para subrayar las sorprendentes similitudes con la especie, cito algunos artículos del Acuerdo de *Joint Venture* de Impregilo y del Contrato de Operación entre OEPC y AEC.

Impregilo: La Cláusula 32.1, bajo el encabezado “Relación jurídica entre las Partes” dispone que:

“El presente Acuerdo no constituye una alianza ni ninguna otra forma de sociedad u organización de carácter permanente entre las Partes conforme a ninguna ley aplicable”.

OEPC/AEC: El Artículo 14.1 del Contrato de Operación Conjunta, “Relación entre las Partes”, dispone que:

“... No es la intención de las Partes crear –ni se entenderá ni interpretará que la intención del presente Acuerdo sea crear– un agrupamiento, sociedad mixta o asociación o (salvo que se disponga explícitamente en el presente Acuerdo) fideicomiso para actividades mineras o de otra índole.

Impregilo: De conformidad con la Cláusula 5.2 del Acuerdo de *Joint Venture*, cada uno de los socios participa en los “derechos y obligaciones, costos y gastos, pérdidas y beneficios que surjan de o se relacionen de cualquier manera con el Contrato y la ejecución de las Obras” en proporción a sus respectivas participaciones.

OEPC/AEC: La cláusula 3.3.1 del Contrato de Operación Conjunta dispone que “todos los derechos y los intereses derivados de los Contratos Participativos, todos los Bienes Conjuntos y todo el Petróleo o el Petróleo producido en el Área del Acuerdo serán, sujeto a los términos de los Contratos Participativos, propiedad de las Partes de acuerdo con sus Intereses Participativos respectivos”.

Impregilo: Impregilo fue la única signataria del Contrato en nombre del *joint venture* y el garante del cumplimiento de los demás miembros del consorcio.

OEPC/AEC: Es bien sabido que OEPC fue la única parte que suscribió el Contrato de Participación con Ecuador y, por consiguiente, el único garante de su cumplimiento, tal como lo confirmó ante las autoridades.

Impregilo: Impregilo alegó que “se encontraba obligada contractualmente a distribuir cualquier indemnización por daños que percibiera. Por consiguiente, la única forma de que Impregilo obtuviera su participación del 57,8% era que el Tribunal le permitiera accionar en nombre de todos los participantes”.

La Demandante razonó que no podría resarcirse por sus pérdidas individuales por los incumplimientos del tratado salvo que fuera indemnizada por los daños sufridos por todo el *joint venture*, dado que si cobraba sólo su parte proporcional, debería distribuir una porción desmontada cobrada entre sus socios del *joint venture*.

OEPC/AEC: De la misma manera, las Demandantes alegan que como deberán entregar el 40% de cualquier indemnización a AEC en virtud del Acuerdo de Farmout, si el Tribunal le otorga solo un 60%, no se les resarciría sus pérdidas personales, ya que solo les quedaría el 36% del monto total.

141. Está claro que esta situación presenta similitudes sorprendentes con el presente caso.

El tribunal rechazó sin ambigüedad el intento de Impregilo de reclamar montos que se entregarían a nacionales de terceros países, en los siguientes términos:

Se plantea la cuestión de si una parte que queda comprendida en el ámbito del TBI o el Convenio puede actuar en un arbitraje en representación de otros a fin de promover reclamos en nombre de otras entidades que no pueden hacerlo por sí.

...

... El TBI no contiene disposición alguna que permita extender los reclamos a nacionales de un tercer estado, incluso si los promueve un nacional de Italia en su nombre.

...

El hecho de que Impregilo pueda estar facultada para promover un reclamo en nombre de sus socios es una cuestión contractual interna entre los participantes del *joint venture*. Por sí, no puede afectar el alcance del consentimiento de Pakistán manifestado en el TBI. Del mismo modo, el hecho de que Impregilo pueda estar obligada a rendir cuentas a sus socios de los daños ofrecidos en este procedimiento también es una cuestión interna de GBC, que no incide sobre la exposición consentida por Pakistán en virtud del TBI. De no ser así, cualquier podría celebrar una serie de contratos privados con terceros y así ampliar unilateralmente el ámbito de aplicación del TBI³⁵. (Énfasis agregado) (Traducción del Árbitro)

142. En mi opinión, el Tribunal debió haber adoptado el mismo razonamiento. Al tomar en consideración la existencia del Acuerdo de Farmout, ya no es posible ordenar el pago del 100% de los daños a las Demandantes, ya que de hecho el 40% le corresponde a un tercero.
143. La misma postura se adoptó en el caso *PSEG c. Turquía*, donde el tribunal explicó que no podía ordenar el pago de una compensación “respecto de las inversiones o gastos en los que hubieran incurrido las entidades sobre las cuales no existe jurisdicción, incluso si se hizo en nombre de una de las Demandantes.”³⁶ (traducción del Árbitro).
144. En síntesis, considero que el Tribunal sólo podía ordenar el pago a las Demandantes de los daños correspondientes al 60% de sus derechos y no podía – tal como la mayoría lo hizo *de facto* – ordenar el pago de daños por el 100% de las pérdidas incurridas en el Bloque 15 producidas por la caducidad, puesto que dicha solución resultaría inaceptable en los dos posibles escenarios, tal como lo planteamos antes: ya sea que OEPC no transfiera el 40% del monto percibido por daños a Andes, caso en el cual se enriquecería injustamente, en violación del principio internacional que prohíbe el enriquecimiento injusto; o bien que OEPC transfiera el 40% del monto recibido por daños a Andes, caso en el cual el Tribunal habría indemnizado a Andes a través de OEPC; en violación de los principios que limitan su competencia *ratione personae*. Ello habría implicado una recuperación indebida en nombre de una entidad no protegida por el TBI Estados Unidos/Ecuador, ya que Andes no es demandante en este procedimiento y sólo podría reclamar y percibir daños del Ecuador de conformidad con el TBI China/Ecuador. Su inversión no constituye una inversión protegida por el Tratado, ya que no pertenece a una

³⁵ *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI No. ARB/03/3), Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005, párrafo 146, párrafo 148 y párrafo 151.

³⁶ *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, y Konya Ingin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi c. Turquía* (Caso CIADI No. ARB/02/5), Laudo, 19 de enero de 2007, párrafo 325.

sociedad o a un nacional de los Estados Unidos. Ciertamente no es posible para las Demandantes reclamar conforme al TBI Estados Unidos/Ecuador por un valor económico que pertenece a una sociedad china. En cuanto a OEPC; sólo puede reclamar, en su propio nombre, el valor de su inversión reducida, y no por las inversiones realizadas por otra sociedad no estadounidense.

(ii) De conformidad con los principios de derecho internacional relativos a la jurisdicción del Tribunal y los principios de derecho internacional aplicables a los hechos internacionalmente ilícitos, el Tribunal no podía ordenar el pago de daños que beneficiaran a AEC /Andes, ya que, en el caso de dominio compartido entre un beneficiario y un administrador fiduciario, sólo el beneficiario tiene derecho a percibir compensación

145. Si bien el Tribunal ha concluido que se transfirió *de facto* el título legal (párrafo 331 del Laudo), no cabe ninguna duda que OEPC conservó la titularidad *de jure*. La cuestión que debe resolver el Tribunal es si OEPC, en calidad de titular *de jure* de una participación del 40% en AEC estaba facultada a reclamar por los daños provocados a AEC, en nombre de la cual ostentaría la titularidad hasta tanto se obtuvieran las autorizaciones gubernamentales necesarias.

146. No se discute que la caducidad provocó daños a dos inversores distintos: a OEPC y a AEC/Andes. OEPC, en calidad de inversor que aportó sólo el 60% de los fondos invertidos en el Bloque 15, no puede incluir el valor de los daños en los que incurrió AEC/Andes, el inversor que contribuyó el 40% de los fondos invertidos en el Bloque 15, para incrementar sus propios daños. Tampoco puede discutirse que OEPC no es el único inversor en el Bloque 15 puesto que efectivamente le transfirió a AEC/Andes el 40% de su participación económica mediante el Acuerdo de Farmout, de modo tal que se desprendió de ese porcentaje de la inversión en el Bloque 15. AEC/Andes es un inversor que tiene en el Bloque 15 derechos equivalentes a los de OEPC; pero en distinta proporción³⁷.

³⁷ Observo que esto sería cierto incluso si se hubiera impuesto el análisis relativo a la esencia de la participación en el Bloque 15 planteado por las Demandantes, tal como lo explica acertadamente la Demandada en la Dúplica posterior a la audiencia y reconvención sobre daños de la Demandada, párrafo 125: “Los derechos de AEC/Andes pueden caracterizarse como una “inversión” bajo las disposiciones relevantes del BIT Ecuador-China. De hecho, aún siguiendo el argumento de las Demandantes de que “AEC adquirió nomás que un derecho contractual contra OEPC para recibir de OEPC el 40% de la producción del Bloque 15”, dicho crédito sería una inversión ya que bajo el Artículo 1c) del BIT Ecuador-China, reclamaciones de dinero y cualquier derecho de valor económico constituyen “inversiones”. ...Como resultado de ello, el interés económico de 40% de AEC/Andes es una inversión distinta a la inversión de las Demandantes”.

147. En lo que respecta a la participación del 40% que le corresponde a AEC, la relación entre AEC y OEPC no es una relación entre acreedor y deudor, sino una situación de dominio imperfecto en la que se dividen la titularidad formal y los intereses económicos entre un titular y un beneficiario.
148. En cuanto a la posición del derecho internacional frente a los beneficiarios, en aquellos casos en los que se divide la titularidad formal y los derechos de un beneficiario, es bastante uniforme. De un exhaustivo análisis de la doctrina y jurisprudencia existentes se desprende que en el derecho internacional se reconoce el resarcimiento al titular del beneficio económico.
149. El hecho de que el derecho internacional favorece al beneficiario ha sido admitido por la doctrina³⁸; por la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos³⁹ que siempre considero al beneficiario de la propiedad en lugar del titular formal en aquéllos casos de dominio imperfecto, y también en varias decisiones de tribunales del CIADI.⁴⁰
150. En relación con la participación del 40% en el Bloque 15, cabe mencionar que OEPC retuvo únicamente “la titularidad nominal”, ya que AEC se convirtió en beneficiario de la participación. Así se desprende de varias cláusulas del Acuerdo de Farmout o del Contrato de Operación Conjunta, citadas en el Laudo. Aquí reproduciré sólo dos de ellas. El Artículo 2.01 del Acuerdo de Farmout explica que la participación económica “no incluye el título legal nominal a un interés en el Bloque 15 o un interés como parte en los Contratos Participativos”. El Contrato de Operación Conjunta hace referencia al Acuerdo de Farmout en la Cláusula 3.2.1, en los siguientes términos:

En virtud del Acuerdo de Farmout, AECI dispone, desde la fecha efectiva, de un interés del cuarenta por ciento (40%) en los Contratos

³⁸ Ver, por ejemplo, Margaret Whiteman's *Digest of International Law*, tomo 8, págs. 1261-1262, en particular: “En los casos en los que el beneficiario fiduciario de un bien respecto del cual se planteó un reclamo ante ... la Comisión ... era nacional de los Estados Unidos, y el titular nominal o titular fiduciario no era nacional de los Estados Unidos, la Comisión permitió los reclamos, si cumplían con los demás requisitos. Por el contrario, si el titular o administrador fiduciario era nacional de los Estados Unidos, pero el beneficiario o *cestui que trust* no era nacional, en un reclamo ante la Comisión, se desestimaron los reclamos”. (Traducción del Árbitro)

³⁹ *James M. Saghi, Michael R. Saghi and Allan J. Saghi, Demandantes, c. República Islámica de Irán, Demandada*, CASO No. 298, Reimpreso en: 29-Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, pág. 20, que incluye citas a muchos otros casos.

⁴⁰ Ver, por ejemplo, *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/05/15), Laudo, 1 de junio de 2009, párrafos 87-90.

Participativos, que hasta la Fecha de Cesión será el equivalente económico de la titularidad nominal legal, si bien no comprenderá dicha titularidad, que se otorgará a partir de la Fecha de Cesión.

151. Esto significa que en lo que respecta al 40% de los derechos e intereses en el Bloque 15 existe dominio imperfecto o división de título, ya que la titularidad nominal le corresponde a OEPC y al interés beneficiario le corresponde a AEC. Conforme a los principios de derecho internacional aplicables a este tipo de situaciones hay una división del título, y sólo el beneficiario, AEC/Andes, puede reclamar por la interferencia con sus intereses, ya que OEPC no tiene legitimación para reclamar en nombre del beneficiario.

(iii) De conformidad con los principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado, OEPC debió haber recibido únicamente el 60% de los daños totales, con arreglo al principio de plena recuperación del caso *Chorzów Factory*

152. Cabe destacar que al determinar los daños por violaciones de derecho internacional, el tribunal debe determinar los daños causados en forma directa y efectiva por la parte incumplidora y restituir al demandante, en la medida de lo posible, a la posición que habría ocupado de no ser por el ilícito, tal como lo resolvió claramente la CPJI en el caso *Chorzów Factory*, que cito a continuación para facilitar la referencia:

Al considerar este asunto, en primer lugar, se debe señalar que, al estimar los daños causados por un acto ilícito, sólo el valor de los bienes, derechos e intereses que se han visto afectados y el propietario de los cuales es la persona a nombre del cual la indemnización se solicita, o el daño hecho a aquel que servirá como medida para calcular la reparación reclamada, deben ser tenidos en cuenta. Este principio, que es aceptado en la jurisprudencia de los tribunales arbitrales, tiene el efecto, por una parte, de excluir de los daños a ser estimados, el perjuicio resultante de terceros proveniente de un acto ilícito y, por otra parte, el no excluir del daño el monto de las deudas y de otras obligaciones por los que la parte perjudicada sea responsable.⁴¹

153. El texto del fallo del caso *Chorzów Factory* indica claramente que debe trazarse una distinción entre los derechos que le corresponden a un tercero, por los cuales el demandante no puede reclamar, y los *pasivos* frente a un tercero, que forman parte de los derechos del demandante. A fin de distinguir entre ambos, un buen punto de partida es señalar que un pasivo significa que A (OEPC) tiene la *obligación de transferir* algo a B (AEC); una transferencia significa que A (OEPC) *le ha transferido* algo a B (AEC). En otras palabras, está claro que el fallo *Chorzów Factory* significa que, por un lado, sólo se

⁴¹ *Caso relativo a la Fábrica en Chorzów* (Reclamo de Indemnización) (Fondo), Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie A, No. 17, Sentencia del 13 de septiembre de 1928, página 31.

puede otorgar indemnización al *titular* de un derecho que sufrió una interferencia y, por el otro, si un derecho que pertenece al titular está gravado con un *pasivo*, esto no obsta a que el titular reciba plena indemnización por su derecho.

154. En efecto, nadie discrepa con este análisis teórico del fallo *Chorzów Factory* en los términos explicados precedentemente, basado en la distinción entre el derecho de propiedad y un pasivo, o en el hecho de que un demandante sólo puede reclamar por las pérdidas sufridas personalmente por éste. Así lo reiteró la Demandada en su Escrito de Dúplica Posterior a la Audiencia, donde manifestó que: “(e)l principio general establecido en el fallo *Chorzów* para determinar el daño causado por un hecho ilícito es el siguiente: sólo el valor de los bienes, derechos e intereses que se han visto afectados y el propietario de los cuales es la persona a nombre del cual la indemnización se solicita, o el daño hecho a aquel que servirá como medida para calcular la reparación reclamada, deben ser tenidos en cuenta.”⁴² Las Demandantes no discrepan tampoco con este postulado, y admiten la misma distinción en los siguientes términos: “Es un principio arraigado en el derecho internacional que las obligaciones y pasivos contractuales de la parte agraviada no se deben excluir del cálculo de la indemnización. Es sólo cuando un tercero tiene un derecho de propiedad sobre la inversión que debe reducirse el daño en la medida de tal derecho.”⁴³ Al referirse al fallo *Chorzów Factory*, las Demandantes fueron muy claras respecto del significado y sus consecuencias: “La conclusión del Tribunal deja en claro que la parte agraviada no puede reclamar indemnización por el daño a los bienes de los cuales no es titular.”⁴⁴

155. A la luz de estos principios generales, comienzo por manifestar que el hecho de indemnizar a OEPC por el 60% de sus derechos restantes se habría ajustado perfectamente al principio de reparación plena del caso *Chorzów*, tal como se explicará a continuación.

156. No cabe duda que la restitución es la reparación por excelencia y, cuando no es posible la restitución, el monto de los daños debe ser equivalente al valor que habría representado la restitución para las Demandantes. Por ello discrepo con la Demandada, que cita la Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales y concluye que el Tribunal

⁴² Escrito Posterior a la Audiencia de Dúplica sobre Daños y Contravención sobre Daños de la Demandada, párrafo 119.

⁴³ Escrito Posterior a la Audiencia sobre daños de las Demandantes, párrafo 223.

⁴⁴ Escrito Posterior a la Audiencia sobre daños de las Demandantes, párrafo 233.

no debe ocuparse de la restitución ya que, tal como se manifestó en la decisión, en las circunstancias del caso, la restitución debe considerarse imposible y, por tanto, no disponible. Conuerdo con las Demandantes, en el sentido de que: "... el hecho de que la restitución en especie ya no esté a disposición de las Demandantes no libera a Ecuador de la obligación de pagar a las Demandantes la indemnización correspondiente al 'valor que tendría la restitución en especie'."⁴⁵ Esa obligación de otorgar daños equivalentes a la restitución surge precisamente porque la restitución misma ya no es posible.

157. Una indemnización equivalente al 60% del valor del Bloque 15 a las Demandantes se habría ajustado perfectamente al principio de indemnización plena del caso *Chorzów*. El valor total de la inversión de OEPC ascendía sólo al 60% el valor total del Contrato de Participación. Así lo explicó acertadamente el Profesor Mayer en la audiencia de febrero de 2010:

En tal situación qué es lo que ocurre cuando ocurre caducidad? ¿Quién es el que sufre los daños? La respuesta es obvia: Oxy hasta el 60 por ciento del valor de la propiedad de Farmout, según está definida. Y [Andes] como sucesor de AEC, del 40 por ciento del valor.⁴⁶

158. Por ello entiendo que el Tribunal debió haber concluido que OEPC tiene derecho al 60% del valor del Bloque 15, lo cual se ajusta al principio de indemnización plena del caso *Chorzów Factory*. De ese modo, Ecuador habría indemnizado a las Demandantes por el valor total de su inversión que, por los motivos expuestos precedentemente, no incluye la porción de los derechos financiados por AEC/Andes, que pertenecen a estas últimas. La restitución – de haberse ordenado⁴⁷ – no le habría devuelto a OEPC más de lo que tenía antes. Ante la restitución del Bloque 15, OEPC podría haber recuperado el derecho al 60% del petróleo producido y no podría, milagrosamente, haber recibido un derecho al 100% del petróleo producido, ya que OEPC ya no poseía tal derecho al momento en que se declaró la caducidad.

159. Mediante el pago del 60% del valor de los derechos conforme al Contrato de Participación, Ecuador efectivamente habría indemnizado a las Demandantes por el valor total de su inversión, lo cual no incluye la porción de los derechos financiados por AEC/Andes que corresponden a ellas y hoy constituyen la inversión de Andes.

⁴⁵ Presentación Resumida de Argumentos de las Demandantes (*Claimants' Skeleton Submission*), 29 de octubre de 2009 (Sección IX, párrafo 8).

⁴⁶ Transcripción de la audiencia (4 de febrero de 2010), pág. 198, líneas 6-11.

⁴⁷ Que no es el caso, tal como se explicó en la Decisión sobre Medidas Provisionales, 17 de agosto de 2009, párrafos 75 a 86.

(iv) Según el principio internacional que prohíbe el enriquecimiento ilícito, las Demandantes se enriquecerán ilícitamente si después de percibir el pago de AEC por la adquisición del 40% de los derechos económicos emanados del Contrato de Participación, reciben el equivalente al 40% de tales derechos

160. La Demandada aduce que como de conformidad con el Acuerdo de Farmout AEC pagó la contraprestación a OEPC por la adquisición de una participación económica del 40% en el Bloque 15, OEPC se enriquecería ilícitamente si OEPC ahora recibiera, además, una indemnización correspondiente al 100% del valor justo de mercado del Contrato de Participación.
161. No cabe duda de que las Demandantes no pueden eludir el hecho de que, con o sin caducidad, con o sin declaración de nulidad de la cesión del derecho por parte de la mayoría, sólo tenían derecho a percibir un 60% de los beneficios del Contrato de Participación, porque AEC tenía derecho a percibir el 40% de los beneficios totales. Por tanto, está claro que AEC sufragó el 40% de todos los gastos incurridos en el Bloque 15, y por consiguiente no hay justificación para ordenar el pago de una indemnización por las pérdidas que sufrió AEC como resultado de su inversión en el Bloque 15 a OEPC. Las Demandantes no han sufrido daños respecto al 40% de AEC/Andes, puesto que las Demandantes no tienen derecho a los beneficios económicos correspondientes a ese 40% en primer lugar.
162. De lo anterior se desprende que conforme a un método de FCD para el cálculo de los daños de las Demandantes sobre la base de sus futuras ganancias, la indemnización otorgada a las Demandantes no puede exceder su participación en las ganancias. Para la aplicación del método FCD, es necesario determinar los flujos de fondos futuros mediante el cálculo del flujo de beneficios que las Demandantes habrían esperado ganar razonablemente en el supuesto en el que no se hubiera rescindido el contrato (el escenario “contrafáctico”). Desde este punto de vista, parecería claro que las Demandantes sólo pueden aspirar a recibir el 60% de los beneficios. La Demandada lo planteó en los siguientes términos: “[s]us pérdidas no pueden ser más a sus utilidades esperadas. Entonces el adjudicar a las Demandantes el 100% de las supuestas pérdidas económicas las sobre compensaría y las enriquecería injustamente.”⁴⁸ (Énfasis agregado)
163. OEPC responde afirmando que – de conformidad con el Acuerdo de Farmout – está obligada a retransferir el 40% a Andes. Las Demandantes aducen que como deben

⁴⁸ Réplica de la Demandada sobre Daños, párrafo 77.

entregar el 40% del producido de cualquier laudo a AEC, si el Tribunal les otorga sólo un 60%, no se verían resarcidas plenamente por sus propias pérdidas, ya que obtendrían únicamente el 36 % del valor total.⁴⁹

164. En primer lugar, el Tribunal no debió haber ordenado el pago del 100% de los daños a las Demandantes, ya que no tiene garantía alguna de que éstas transferirán el 40% a Andes, ya que no se pueden garantizar los derechos de AEC en el marco del Laudo de un Tribunal que respeta los límites de su jurisdicción, ya que ello afectaría los derechos de un tercero que no es parte en la controversia. El tribunal del caso *Impregilo c. Pakistán* realizó este mismo análisis⁵⁰. En ese caso, ya mencionado, Impregilo alegó que no se vería resarcida por sus pérdidas provocadas por las violaciones del tratado hasta obtener indemnización por todos los daños sufridos por el *joint venture*, ya que si la indemnización se limitaba a su participación profesional, debería distribuir una porción de la indemnización a sus socios del *joint venture*. El tribunal rechazó este intento de plena recuperación de Impregilo con distintos fundamentos, entre ellos, la posible violación del principio de enriquecimiento ilícito, en los siguientes términos:

En efecto, hay otra falencia en el argumento de Impregilo al exigir recuperación respecto de las pérdidas totales de GBC a fin de poder acceder a la indemnización por su participación del 57,8% (porque en virtud de los acuerdos contractuales con sus socias, está obligada a compartir el producido del laudo independientemente del resultado). Tal como lo señaló el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos en el caso *Blount Brothers Corporation c. Irán*, un tribunal no tiene forma de obligar a una Demandante victoriosa a transferir la participación apropiada de los daños a los demás accionistas o participantes.⁵¹ (Traducción del Árbitro)

165. En segundo lugar, cabe destacar que si OEPC hubiera cumplido con la obligación de transferir el 40% de la indemnización a Andes, ello indicaría precisamente que no reclama el 100% por sí, sino que reclama sólo el 60% para sí, y el 40% en nombre de Andes.

⁴⁹ Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes sobre Daños, párrafo 259. Ver también, Presentación Inicial de las Demandantes, Filmina 214.

⁵⁰ *Impregilo supra* nota 35.

⁵¹ *Impregilo supra* nota 35, párrafo 152. Al citar el Laudo No. 215-52-1, 28 de febrero de 1986 *Blount Brothers Corporation c. Gobierno de la República Islámica de Irán*, el tribunal se refirió a muchos otros casos del mismo tribunal, a saber Laudo No. 232-97-2, 2 de mayo de 1986 *Richard D. Harza, et ál. c. República Islámica de Irán, et ál.*, 11 Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, pág. 86; Laudo No. 244-68-2, 8 de agosto de 1986, *Howard, Needles, Tammen & Bergendorff c. Gobierno de la República Islámica de Irán*, 11 Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, pág. 314; Laudo No. 282-10853 a 6-1, 17 de diciembre de 1986, *Ian L. McHarg c. República Islámica de Irán*, 13 Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, pág. 302.

(v) Conclusión

166. Parecería, *prima facie*, que no sería justo que la celebración del Acuerdo de Farmout entre OEPC y AEC el 1 de octubre de 2000 le permitiera al Ecuador, tras la caducidad, indemnizar a OEPC sólo por el 60% de su participación en el Bloque 15, a pesar de haber adquirido efectivamente el 100% del Bloque 15 mediante el dictado del Decreto de Caducidad. Efectivamente, las Demandantes han insistido en el hecho de que de obligarse al Estado a pagar únicamente el 60% de los daños totales, éste se enriquecería injustamente. Ésta es también la opinión de mis dos colegas que conforman la mayoría, y así lo manifestaron en el Laudo: “En tal sentido, el mayor riesgo de enriquecimiento ilícito, por mucho, recae sobre el Ecuador. Ecuador se enriquecería injustamente si debiera indemnizar únicamente por el 60% por una apropiación ilegal del 100%.” (párrafo 655 del Laudo)

167. Yo quisiera mencionar que no hay ilicitud aquí, ya que esto se desprende meramente de los límites a la jurisdicción de los tribunales del CIADI. El objeto de los tribunales de inversión internacional no es el de resarcir todos los ilícitos en todo el mundo. De conformidad con un TBI, su función es la de resolver diferencias entre los inversores de cierta nacionalidad y Estados, pero no tienen incidencia respecto de inversores que no tienen la nacionalidad de uno de los dos Estados parte del TBI. En la mayoría de los casos, no recae jurisdicción respecto de las pérdidas totales o parciales provocadas por los actos de un Estado. Por ejemplo, en el caso *Mihaly c. Sri Lanka*⁵², un caso del CIADI en la que la jurisdicción del Tribunal surgía del TBI Estados Unidos/Sri Lanka, en relación con una asociación sin personería jurídica entre Mihaly (EE. UU.) y Mihaly (Canadá), el tribunal determinó que sólo Mihaly (EE. UU.) tenía derecho a reclamar por sus propios derechos, y no Mihaly (Canadá), a pesar de que supuestamente se había producido la privación de la operación económica en su totalidad:

... ni Canadá ni Mihaly (Canadá) podrían presentar un reclamo con arreglo al Convenio del CIADI, independientemente de los derechos que tuviera Mihaly (Canadá) o no contra Sri Lanka.

No obstante ello, el Tribunal concluye que Mihaly International Corporation (EE. UU.) tiene derecho a presentar un reclamo en su propio nombre contra Sri Lanka respecto de los derechos e intereses que pueda adquirir posteriormente en el proyecto de energía propuesto. (Énfasis agregado)

(Traducción del Árbitro)

⁵² *Mihaly International Corporation c. Sri Lanka* (Caso CIADI No. ARB/00/2), Laudo, 15 de marzo de 2002, párrafo 24 y párrafo 26.

168. En realidad, cada vez que un tribunal internacional no tuviera jurisdicción sobre un caso que parece tener sustento, teóricamente podría decirse que el Estado se enriqueció ilegalmente. Pero ello no debe sorprender a nadie, ya que resulta simplemente de los límites al acceso al arbitraje internacional, que la mayoría ha ignorado por completo.

[firmado]

Profesora Brigitte Stern
Fecha: 20 de septiembre de 2012