

Opinión discrepante del coárbitro Manuel Conthe

INDICE

I.	Introducción	2
II.	El doble papel de la Secretaría en el Contrato.....	2
III.	Argumentos a favor de la Secretaría como Parte del Contrato	4
	1° En Derecho interno no existe el Estado como un todo y « cada organismo expresa la voluntad del Estado ».	4
	Crítica.....	5
	2° Tampoco el Estado central tiene personalidad jurídica y no pudo, por eso, quedar vinculado por el Contrato.....	8
	Crítica.....	8
	3° En el Contrato el actor contractual es la Secretaría, no el Estado en su totalidad.....	13
	Crítica.....	14
	4° La referencia al « Estado y las Partes » en la cláusula 9.7.....	18
	Crítica.....	19
	5° La Demandante ha aceptado la interpretación de la Demandada.....	20
	Crítica.....	20
	6° La Secretaría tenía personalidad jurídica, luego fue Parte en el Contrato	21
	Crítica.....	21
IV.	Argumentos a favor de que la parte fue el Estado central	22
	1° La definición de “partes” en el Contrato.....	22
	2° La interpretación jurídica por Ecuador de «por intermedio » en otros arbitrajes.....	25
	3° La conducta de las Partes en el Acuerdo Transaccional	28
	4° La regla <i>contra proferentem</i> (art. 1582 CC)	28
V.	Recapitulación.....	30
VI.	Corolarios.....	30

I. Introducción

1. En esta opinión explicaré por qué, en contra del criterio sostenido por mis respetados colegas, debe entenderse que el Contrato de 30 de abril de 2012 fue suscrito por la Secretaría de Hidrocarburos (en adelante, “la Secretaría”) en representación del Estado central y, en consecuencia, vincula a dicho Estado central.
2. Esa explicación se dividirá en los siguientes apartados:
 - En el II, resumiré mi tesis, basada en el doble papel -como representante del Estado central al suscribirlo y, posteriormente, como administradora del Contrato- que la Secretaría jugó.
 - En el III, expondré y rebatiré los argumentos a favor de que la Parte pública en el Contrato fue la Secretaría, no el Estado central.
 - En el IV, expondré los argumentos que apoyan la tesis de que la Parte pública en el Contrato fue el Estado (entendido como Estado Central).
 - En el V, recapitularé mis conclusiones sobre quién fue la Parte pública en el Contrato.
 - Finalmente, en el VI y último extraeré los corolarios de mi profunda discrepancia sobre quién fue la Parte pública en el Contrato. Paradójicamente, su efecto sobre la parte decisoria del laudo quedará limitada a la condena por daños morales.

II. El doble papel de la Secretaría en el Contrato

3. La Secretaría jugó en el Contrato dos funciones distintas:
 - En primer lugar, lo suscribió en representación del Estado central (es decir, no en representación “del Estado como un todo”, sino del “Estado central”).
 - En segundo lugar, asumió las funciones de “administradora” del Contrato, lo que explica los múltiples cometidos que el Contrato le encomienda y las continuas referencias en él a las relaciones entre el Contratista y la Secretaría.
4. Esa concepción se ajusta como un guante a las previsiones de la legislación ecuatoriana y, en particular, de la Ley de Hidrocarburos de 2010, que en su artículo 6A, relativo a la Secretaría de Hidrocarburos, estableció:¹

«Créase la Secretaría de Hidrocarburos (...) « encargada de ejecutar las actividades de suscripción, administración y modificación de las áreas y contratos petroleros »

¹ Todos los subrayados proceden del autor.

Atribuciones. Son atribuciones de la Secretaría de Hidrocarburos, las siguientes:

«a. Suscribir, a nombre del Estado ecuatoriano, los contratos de explotación y explotación, industrialización y transporte, previa adjudicación por parte del Ministerio Sectorial».

5. Como se observa, dicho precepto consagra con claridad esas dos funciones atribuidas por la Ley a la Secretaría:

- En primer lugar, la suscripción, «a nombre del Estado ecuatoriano», de los contratos de explotación de yacimientos de hidrocarburos, que, según el artículo 1 de la Ley, pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado», contratos que, a tenor del artículo 2 de la Ley, son «celebrados por el Estado por intermedio de la Secretaría de Hidrocarburos».
- En segundo lugar, la administración de los contratos petroleros suscritos en nombre del Estado.

6. El ejercicio por la Secretaría, tras la suscripción del Contrato, de la función de «administradora» resulta también plenamente acorde con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de 4 de agosto de 2008 -a la que con posterioridad volveré a hacer referencia-, que en su artículo 70, titulado «Administración del Contrato», señala que «los contratos contendrán estipulaciones específicas relacionadas con las funciones y deberes de los administradores del contrato, así como de quienes ejercerán la supervisión y fiscalización» y dedica su Capítulo V a esa función de administración.

7. Esa dualidad de funciones fue reconocida con absoluta naturalidad, *in tempore non suspecto*, por el último de los Secretarios de Hidrocarburos, el economista Francisco Rendón, en el último Informe de Gestión de la Secretaría de Hidrocarburos², en cuya página 11 se dice:

- «A la fecha, la Secretaría de Hidrocarburos administra veinte contratos de Prestación de Servicios, los que se encuentran suscritos con empresas privadas»
- «20 Contratos vigentes con el Estado»

8. Que la Secretaría de Hidrocarburos ostentaba la función de «administradora» del Contrato fue también reconocido por el MEF en su oficio de 14 de enero de 2015, cuando sostuvo que no era de su competencia emitir la certificación sobre disponibilidad de fondos para financiar la Solución Integral porque el MEF «no [era] el administrador del contrato».

9. Para el desempeño de las funciones descritas carecía de toda relevancia si la Secretaría tenía o no su propia personalidad jurídica, pues como suscriptora de los contratos petroleros actuaba «en nombre del Estado» y como administradora su personalidad jurídica era igualmente irrelevante. La prueba de que esa personalidad jurídica de la

² Informe de Gestión de la Secretaría de Hidrocarburos, Ec. Francisco Rendón, Junio 2017-Agosto 2018 (documento C-232).

Secretaría carecía de relevancia a los efectos del Contrato está en la aprobación en 2018 del Decreto Ejecutivo 399, que suprimió de un plumazo la Secretaría y atribuyó sus antiguas funciones al Ministerio Sectorial, carente de personalidad jurídica, sin que ello perturbara la ejecución del Contrato ni hiciera precisa notificación alguna del Estado al Contratista.

10. Finalmente, la Parte pública en el Contrato no fue «el Estado ecuatoriano como un todo», sino el «Estado central», en sentido estricto, un ente con personalidad jurídica propia, única y distinta de la de las otras muchas entidades públicas ecuatorianas (como la Secretaría, hasta 2018, o, por ejemplo, Petroecuador). Es natural que esa Parte pública en el Contrato fuera el Estado central, pues según el artículo 1 de la Ley de Hidrocarburos ostenta el derecho inalienable de propiedad de los yacimientos de hidrocarburos de Ecuador. En defensa de esa tesis sostendré, en contra de la tesis de la mayoría, que en Derecho ecuatoriano la expresión «Administración Pública central», a la que se refiere el artículo 46 del Código Orgánico Administrativo, no es sino la forma de llamar, desde la perspectiva del Derecho Administrativo, a la persona jurídica pública «Estado central», un ente que incluye tanto un órgano de gobierno de naturaleza política y constitucional -la llamada en Ecuador «Función Ejecutiva- como una estructura estable organizativa subordinada a ese órgano de gobierno político llamada «Administración Pública Central».

III. Argumentos a favor de la Secretaría como Parte del Contrato

11. Se analizarán y rebatirán ahora los argumentos de la Demandada y, en ocasiones, de la mayoría del Tribunal en defensa de que el Contrato no vinculó en 2012 al Estado central.³

1º En Derecho interno no existe el Estado como un todo y «cada organismo expresa la voluntad del Estado».

12. La Demandada ha sostenido a lo largo del procedimiento que «en el plano doméstico y conforme al derecho ecuatoriano no existe tal cosa como el Estado ecuatoriano como unidad, que sí existe en el plano internacional».⁴ Añade que «en el plano del derecho doméstico no existe el Estado como un todo, sino solo los organismos que lo componen. Así lo dispone el Artículo 46 del Código Orgánico Administrativo».⁵

13. En defensa de ese argumento ha señalado que, según Kelsen, «el Estado no coexiste con sus órganos, pues no existe sino en ellos, no siendo más que la unidad de todas las funciones orgánicas».⁶ La Demandada complementa esa afirmación con una segunda y distinta, a tenor de la cual «cada organismo expresa la voluntad del Estado -o, dicho de otro modo, representa al Estado mismo- cuando actúa dentro del marco de las competencias que le fueron asignadas (...). Al celebrar el Contrato el Estado Ecuatoriano actuó a través de -o

³ Mi discrepancia con la mayoría se refiere, pues, esencialmente al período que va desde 2012 hasta la absorción de la Secretaría por el Ministerio Sectorial en 2018. Con posterioridad a esta fecha mi discrepancia es limitada, pues mientras la mayoría sostiene que el obligado pasó a ser la «Administración Pública Central» -ente que considera distinto al «Estado Central»-, yo sostengo que siguió siendo el Estado Central, sin que de esa diferencia se derive, sin embargo, ninguna consecuencia práctica.

⁴ Memorial de Contestación, ¶211.

⁵ Escrito post-audiencia de la Demandada, ¶ 28.

⁶ Id, ¶30.

se manifestó como-la Secretaría de Hidrocarburos, que era el organismo que tenía competencia para esos efectos». ⁷ «El Estado Ecuatoriano es parte del Contrato porque la Secretaría lo suscribió». ⁸ «Al suscribir el Contrato, la Secretaría no actuó como un mero ‘representante’ del Estado, sino como la manifestación misma del Estado Ecuatoriano en el ámbito contractual». ⁹ Por eso sostiene que «el Contrato (y el Convenio Arbitral) no vinculan al Estado Ecuatoriano como un todo, sino solamente al Estado Ecuatoriano en su manifestación como Secretaría (ahora Ministerio Sectorial), la entidad que tenía atribución para suscribir el Contrato». ¹⁰

14. La Demandada apoya esta segunda afirmación en que «en el plano doméstico el Estado ecuatoriano actúa a través de sus organismos, que son quienes tienen capacidad para contratar y pueden ser sujetos de responsabilidad». ¹¹ «El Estado Ecuatoriano no es parte del Contrato, porque el Estado Ecuatoriano como un todo no tiene capacidad para contratar bajo derecho interno; son solamente los organismos que conforman el sector público ecuatoriano quienes cuentan con esa capacidad de contratar dentro del ámbito de sus respectivos ámbitos de competencia». ¹² «Bajo derecho ecuatoriano, son los organismos públicos individualmente considerados (y no el Estado Ecuatoriano como un todo) quienes tienen potestad para celebrar contratos y ser sujetos de responsabilidad contractual y extracontractual». ¹³ «[E]l Estado Ecuatoriano, como unidad, no tiene ‘capacidad’ para celebrar contratos; son solamente sus organismos quienes tienen esa posibilidad». ¹⁴

15. La Demandada argumenta que «la Secretaría de Hidrocarburos no es un simple ‘representante’ o ‘agente’ del Estado ecuatoriano, sino el organismo a través del cual dicho Estado asumió su posición contractual». ¹⁵ Así pues, «la Demandada no argumenta que el Estado Ecuatoriano no sea parte del Contrato y del Convenio Arbitral (sí lo es) (...) El principal argumento de la Demandada es que el Estado actúa a nivel internacional como un todo, mientras que a nivel doméstico actúa por medio de los diferentes organismos públicos que lo conforman, y dichos órganos solo pueden contraer obligaciones a nivel local en el marco de sus capacidades». ¹⁶

Crítica

16. A mi juicio, resulta preciso distinguir con claridad las dos ideas distintas de la Demandada que se acaban de exponer, pues la primera es acertada, pero la segunda no.

17. En contra de lo que ha sostenido la Demandante, parece acertada la idea de la Demandada de que el Código Orgánico Administrativo es una norma relevante para resolver la presente controversia. Y, por eso mismo, también lo es su afirmación, basada en el artículo 46 de dicho Código, de que en Derecho interno el Estado ecuatoriano «no existe

⁷ Idem, ¶32.

⁸ Idem, ¶33.

⁹ Idem, ¶35.

¹⁰ Memorial de Dúplica, ¶139.

¹¹ Memorial de Contestación, epígrafe (2) en p.114.

¹² Idem, ¶231.

¹³ Memorial de Contestación, ¶228-235 y Memorial de Dúplica, ¶147.

¹⁴ Memorial de Contestación, ¶224 y Memorial de Dúplica, ¶149.

¹⁵ Idem, ¶285-294.

¹⁶ Memorial de Contestación, ¶197, 221-238.

como un todo », sino que está compuesto por una multiplicidad de organismos y personas jurídicas. Hasta aquí, pues, la argumentación de la Demandada me parece irrefutable.

18. Ahora bien, que en el Derecho interno de Ecuador exista una multiplicidad de personas jurídicas no impide que una de tales personas jurídicas, de singular importancia, sea el «Estado central», «Administración pública central» o «Función Ejecutiva», por utilizar las expresiones de la Constitución de Ecuador cuando se refiere, desde una perspectiva estricta de Derecho interno, a la persona jurídica y organización que está en la cúspide del Estado central y ostenta el control de muchos otros organismos o entes públicos integrados igualmente dentro del Estado central.¹⁷

19. Así pues, de acuerdo con el Derecho positivo ecuatoriano, es cierto que en Derecho interno «el Estado ecuatoriano no existe como un todo», pero también que, como en tantos otros países, existe una entidad pública, el «Estado central», que no solo existe y tiene personalidad jurídica propia, sino que está en la cúspide del conjunto de entidades que conforman el «Estado central» en sentido lato y, en consecuencia, controla a la demás organismos y entidades de él dependientes, que puede crear y suprimir a su libre voluntad, y a los que puede encomendar las funciones que considera necesarias para el buen desempeño de sus funciones.¹⁸

20. De lo anterior se desprende que la segunda afirmación de la Demandada, esto es, que «cada organismo representa al Estado mismo» es contraria al Derecho positivo ecuatoriano. En efecto, que una entidad pública como la Secretaría forme parte del Estado central no quiere decir que automáticamente represente al Estado mismo», si por Estado entendemos el «Estado central», porque ese Estado central es una persona jurídica propia y distinta de las demás entidades subordinadas a ella, como era la Secretaría. Esta «representará al Estado» no de forma automática, sino solo cuando un poder de representación específico o una Ley específica así lo disponga, en cuyo caso la actuación de la Secretaría, como en todos los casos de «representación», deberá atribuirse al mandante o entidad representada, esto es, al Estado central.

21. Parece, pues, rechazable esa suerte de concepción «panteísta» del Estado ecuatoriano, a tenor de la cual el Estado «estaría en todas partes» y sus varias entidades o personas distintas serían, al mismo tiempo, manifestación de una misma cosa. Esa concepción jurídica de la Demandada, y el concomitante concepto del «Estado, en su manifestación de la Secretaría» no es conforme, a mi juicio, con el Derecho ecuatoriano,

¹⁷ En el apartado siguiente defenderé esta tesis y explicaré, en contra del criterio de la mayoría, que el Estado central, entendido en sentido estricto, engloba tanto la «Función Ejecutiva» como la «Administración Pública Central» -que son dos «caras» distintas de una misma persona jurídica-; que tiene personalidad jurídica; y que puede suscribir contratos con arreglo a Derecho interno.

¹⁸ Si usáramos una analogía con el Derecho de sociedades, cabría afirmar que el «Estado central» es un «grupo consolidable», en cuya cúspide está situada una entidad *holding*, de cabecera, de control o matriz - el «Estado central», en sentido estricto- que no solo tiene su propia personalidad jurídica propia y distinta a la de sus «filiales», sino que ostenta el poder de controlar de todo el Grupo y las entidades que lo forman y habitualmente da nombre al grupo mercantil que controla. Así pues, en Derecho de Sociedades también es cierto que los «grupos» «no existen como un todo», pues no tienen personalidad jurídica única, pero de ahí no se desprende que sus entidades matrices no existan o no tengan personalidad jurídica, y mucho menos que solo puedan actuar y contratar a través de sus sociedades filiales.

pues ignora tanto la existencia de la persona jurídica «Estado central» como el hecho de que esa persona jurídica es la cabecera o cúspide del conjunto de entidades integradas en el «Estado central», en sentido lato.

22. La tesis de la Demandada de que en Derecho interno el Estado ecuatoriano está representado exclusivamente por múltiples organismos, cada uno en el ámbito estricto de sus competencias, llevaría al resultado absurdo de que para que el Estado central pueda concertar un contrato, sujeto a Derecho interno, que afecte a la competencia de múltiples ministerios y entes públicos, sería preciso que suscriban el contrato todos y cada uno de ellos, como si el Estado fuera una mera «confederación» de organismos públicos que no estuvieran subordinados a un ente central y no existiera jerarquía alguna entre el Estado central y los órganos y entidades de él dependientes. El Derecho ecuatoriano consagra, sin embargo, esa relación jerárquica entre el Estado central y los órganos y entidades de él dependientes. Esa concepción jerárquica queda patente en el Contrato, como revela el Acuerdo No.331 del Ministro de Recursos Naturales que figura con anexo en la página 131, quien como superior jerárquico del Secretario de Hidrocarburos acuerda en dicha resolución ministerial lo siguiente:

Art.1 Designar al señor abogado Gustavo Andrés Donoso Fabara como Secretario de Hidrocarburos, quien en tal virtud deberá cumplir todas las obligaciones constantes de la Ley de Hidrocarburos, y demás normativa legal vigente, dentro del ámbito de sus competencias.

Art. 2 El Señor Secretario de Hidrocarburos informará periódicamente a este Despacho Ministerial sobre las actividades cumplidas en el ejercicio de sus funciones y mantendrá la necesaria coordinación con este Ministerio y con otras entidades para el corrector desempeño de su encargo.

23. Con su concepción de que la Secretaría «es Estado» o «una manifestación del Estado» la Demandada pretende explicar la afirmación del Contrato de que en él «comparece el Estado por intermedio de la Secretaría». Pero, a mi juicio, la explicación de que eso fue así porque la Secretaría «era el Estado» no es acorde con el Derecho positivo ecuatoriano. Como bien señala la Demandante, «no existe en el Derecho ecuatoriano semejante concepto de fragmentación del Estado».¹⁹ Tengamos presente que aunque el Estado central es una persona jurídica, con capacidad de contratar en Derecho interno, necesita de órganos y entidades subordinadas para «obrar» y desempeñar sus funciones, como ilustra bien el artículo 6 de la Ley de Hidrocarburos, cuando señala que en el ámbito de los hidrocarburos el Estado obrará «a través» tanto del Ministerio del Ramo como de la Secretaría de Hidrocarburos.

24. En conclusión: es cierto que en Derecho interno ecuatoriano «el Estado no actúa como un todo». Pero la Demandada va mucho más allá y niega también, de forma tácita, la existencia como persona jurídica del «Estado central». La Parte pública en el Contrato no fue, pues, «el Estado ecuatoriano como un todo», pero tampoco la Secretaría en nombre propio: fue el «Estado central», a quien el artículo 46 del Código Orgánico Administrativo le reconoce de forma expresa personalidad jurídica en Derecho interno.

¹⁹ Carta de la Demandante de 22 de marzo de 2021, ¶18.

2º Tampoco el Estado central tiene personalidad jurídica y no pudo, por eso, quedar vinculado por el Contrato.

25. Se expondrá y rebatirá ahora un argumento que no fue formulado por la Demandada, sino que es defendido en el laudo por la mayoría del Tribunal, a tenor del cual no solo es que en Derecho ecuatoriano interno el Estado no exista como un todo, es decir como una persona jurídica única -idea que, como ya expuse, comparto-, sino que tampoco el « Estado central » tiene personalidad jurídica : quien tiene personalidad jurídica es, según la mayoría, la «Administración Pública Central», que es una entidad con personalidad jurídica distinta al «Estado central», el cual, al no tener personalidad jurídica, no puede suscribir contratos. La mayoría concluye que, como la única que tiene personalidad jurídica es la « Administración Pública Central » y esta no es mencionada nunca en el Contrato, este no vincula a dicha Administración (ni tampoco al Estado central, claro está), sino solo a la Secretaría.

26. La mayoría expone esa tesis en la sección sobre quién fue la Parte pública en el Contrato y, en particular, en el párrafo 894, en el que la mayoría afirma : «El Contrato no menciona la Administración Pública Central, que sí tiene personería jurídica, y que hubiera debido ser mencionada si la intención de los contratantes hubiera sido que el contrato la vinculara. Como no fue así, es claro que la Administración Pública Central no quedó originalmente vinculada por el Contrato celebrado por la Secretaría ».

Crítica

27. La opinión mayoritaria parte de una idea acertada -la de que dentro del « Estado central » hay entes que no forman parte de la «Administración Pública Central»-, pero saca de ella una conclusión equivocada: que el « Estado central » carece de personalidad jurídica y, en consecuencia, no puede suscribir contratos en su nombre ni quedar vinculado por ellos, facultad que quedaría reservada, en opinión de la mayoría, a la « Administración Pública Central».

28. Es cierto que el «Estado central» tiene en Ecuador, como en otros países, una estructura compleja, formada por una multiplicidad de organismos y entes públicos, algunos con personalidad jurídica, otros sin ella.

29. Así, la expresión « Estado central » puede entenderse en un sentido lato, de forma que incluya otras instituciones de ámbito estatal y central no subordinadas al Gobierno o Función Ejecutiva, como son, por ejemplo, los Parlamentos (Función Ejecutiva) o los Tribunales de Justicia (Función Judicial), como señala la mayoría. También otras expresiones, como los « Presupuestos del Estado » usan el término « Estado » en sentido lato, pues las cuentas públicas incluyen no solo las de la Administración Central Pública, sino también las de otras instituciones de ámbito central no subordinadas al Gobierno.

30. Pero junto con ese concepto del Estado central en sentido lato, en Ecuador, como en otros países, existe un concepto más estricto del «Estado central», a caballo entre el Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo, pues el Estado central es, en ese sentido estricto, una persona jurídica única que, sin embargo, como el dios Jano, tiene una doble cara: está dirigido por un poder político, surgido en las democracias, como Ecuador,

de un proceso electoral democrático, y conocido como « Gobierno » o, en Ecuador, « Función Ejecutiva »; pero está integrado también por una organización estable de funcionarios y órganos que, sujeta al Derecho Administrativo, se suele conocer como « Administración del Estado » o, en Ecuador, « Administración Pública Central ».

31. En contra de lo que sostiene la mayoría del Tribunal, la « Función Ejecutiva », el « Estado central » -en el sentido estricto arriba mencionado- y la « Administración Pública Central » no son tres entidades distintas, de las cuales sola la última tendría personalidad jurídica, sino que, en realidad, forman todos parte de una misma institución, con personalidad jurídica propia, que es el « Estado central » (en sentido estricto), integrado tanto por un órgano de dirección -el Gobierno o Función Ejecutiva, sujeto al Derecho Constitucional- como por una organización estable -la « Administración Pública Central », sujeta al Derecho Administrativo.

32. Una de las características, pues, del Estado (es decir, del « Estado central, en sentido estricto ») es que conviven en él sus dos « caras » o partes -la política, en la cúspide, y la administrativa, subordinada a ella, pero también a las Leyes-, en perpetua interacción, como ilustra de forma memorable y con humor la conocida serie británica de televisión « *Yes, Prime Minister* ». En esa divertida serie, el primero Ministro y, más tarde, Primer Ministro, Lord Hacker, representaba la « Función Ejecutiva », en terminología constitucional de Ecuador, mientras que Sir Humphrey Appleby, en su condición de *Second Permanent Secretary*, representaba a la « Administración Pública Central »: pero, al igual que en la Constitución de Ecuador, el primero era el jefe político del segundo, y ambos formaban parte de una misma institución, el Estado central.

33. La Constitución de Ecuador y las demás leyes reflejan bien esa forma de organización que he descrito, a caballo entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo.

34. Lo hace, para empezar, el artículo 141 de la Constitución, citado en el laudo, cuando afirma que « La Presidenta o Presidente de la República ejerce la Función Ejecutiva, es el jefe del Estado y de Gobierno y responsable de la administración pública. La Función Ejecutiva está integrada por la Presidencia y Vicepresidencia de la República, los Ministerios de Estado y los demás organismos e instituciones necesarios para cumplir, en el ámbito de sus competencias, las atribuciones de rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales y planes que se creen para ejecutarlos ».

35. Del precepto citado se desprende con claridad que el Presidente de la República, como cúspide de la Función Ejecutiva, es no solo jefe del Estado y del Gobierno, sino también « responsable de la administración pública ». He aquí una clara manifestación de la doble cara del Estado central, dotado de un órgano de gobierno político y de una estructura de funcionamiento administrativa.

36. Esa concepción queda corroborada en el Código Orgánico Administrativo, que regula el Estado Central pero desde la perspectiva del Derecho Administrativo y, en consecuencia, pone el énfasis en el concepto de « Administración Pública Central ». Lo corrobora, en particular, un artículo que la mayoría cita, el 45, cuando, tras señalar de nuevo

que « El Presidente de la República es responsable de la administración pública central », señala que esta comprende :

La Presidencia y Vicepresidencia de la República

Los Ministros de Estado

Las entidades adscritas o dependientes

Las entidades del sector público cuyos órganos de dirección están integrados, en la mitad o más, por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores de entidades que integran la administración pública central.

37. Como puede observarse, el artículo 141 de la Constitución al delimitar los cargos, órganos y entidades integrados en la « Función Ejecutiva » y el artículo 45 del Código Orgánico Administrativo, al hacer lo mismo respecto a la « Administración Pública Central», se refieren exactamente a los mismos integrantes, lo que corrobora la tesis que aquí defiendo: ambos términos « Función Ejecutiva » y « Administración Pública Central » son las dos caras de una misma institución, el Estado Central, según este se mire desde arriba, desde la perspectiva política del Derecho Constitucional, o desde abajo, del Derecho Administrativo.

38. El ya citado artículo 45 del Código Orgánico Administrativo añade : « En ejercicio de la potestad de organización, la o el Presidente de la República puede crear, reformar o suprimir los órganos o entidades de la administración pública central, cualquiera que sea su origen, mediante decreto ejecutivo en el que se determinará su adscripción o dependencia ».

39. Nótese que de ese último párrafo se desprende, cuando se pone en relación con el que le precede, que la Secretaría de Hidrocarburos (suprimida en 2018 mediante uno de los Decretos ejecutivos que en ese párrafo se señalan) era una de esas entidades que el artículo 45 incluye dentro de la «Administración Pública Central», lo que contradice la afirmación de la mayoría en el párrafo 924 de que «la Secretaría no formaba parte de la Administración Pública Central, ni de otra persona jurídica más amplia. La ley no lo estableció así y por el contrario la dotó de personería jurídica propia».

40. La mayoría se equivoca al hacer esa afirmación, pues parece claro que el citado artículo 45 utiliza un concepto amplio de «Administración Pública Central», equiparable al de «Estado Central» en sentido lato, que engloba dentro de ese concepto no solo los integrantes de la « Función Ejecutiva », sino también las «entidades del sector público» cuyos órganos de dirección están controlados por la Administración Pública Central. El precepto deja, pues, claro que la «Función Ejecutiva » no es cosa distinta de la Administración Pública Central, pues todos sus miembros forman parte de ella. La única interpretación posible de ese precepto es la que vengo defendiendo: la «Función Ejecutiva» no es cosa distinta de la «Administración Pública Central», sino su órgano rector y la « cara » del Estado central desde la perspectiva del Derecho Constitucional.

41. En el fondo, la organización de un Estado moderno se asemeja bastante a la de un « grupo de sociedades ». Los grupos de empresas, « considerados como un todo », no suelen tener reconocida personalidad jurídica. Dentro de ellos hay muchas personas

jurídicas distintas. Pero prácticamente siempre existe una de tales personas jurídicas -la matriz, entidad de cabecera, entidad dominante, sociedad holding...- que tiene dentro del grupo una posición central, controla el grupo y manda sobre sus filiales y empresas del grupo. Que una empresa filial goce de personalidad jurídica no entraña que no esté subordinada a la entidad central que controla el grupo, ni que cada filial « represente al grupo ». En el « grupo del Estado central » (es decir, el « Estado central » en sentido lato) existe también una multiplicidad de personas jurídicas, pero dentro de ese grupo hay una entidad matriz o de control -el « Estado central », en sentido estricto- que no solo tiene personalidad jurídica y capacidad de contratar, sino que manda sobre todas o casi todas las filiales del grupo y, a través de su máximo responsable, el Presidente de la República, ejerce la potestad de organización del grupo de entidades.

42. La Constitución de Ecuador contiene muchos preceptos en los que se refiere al « Estado », entendido como « Estado central », en sentido estricto.

43. Tal ocurre, por ejemplo, en el artículo 316, otro de los artículos citados por la mayoría, cuando afirma que « el Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria ». Como quiera que, poco antes, el artículo 313 señala que « el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos », parece claro que ambos preceptos se refieren al « Estado Central », con exclusión, por ejemplo, de los gobiernos autónomos descentralizados. De tales preceptos la mayoría deduce, sin embargo, que se refieren a la « Función Ejecutiva », sin aportar argumento alguno : resulta, en verdad, misteriosa la razón por la que la mayoría cuando lee en estos preceptos la expresión « Estado » deduce de ella que no se refiere al « Estado » (en el sentido de « Estado Central»), sino a la Función Ejecutiva, que la mayoría considera entidad distinta al Estado Central y a la Administración Pública.

44. Otro tanto ocurre con los artículos 1, 2 y 6 de la Ley de Hidrocarburos. El primero señala que « los yacimientos de hidrocarburos (...) pertenecen al patrimonio inalterable e imprescriptible del Estado » ; el artículo 2 define como contratos de exploración y explotación de campos marginales « aquellos celebrados por el Estado por intermedio de la Secretaría de Hidrocarburos » ; y el artículo 6 señala que « Corresponde a la Función Ejecutiva la formulación de la política de hidrocarburos. Para el desarrollo de dicha política, su ejecución y la aplicación de esta Ley, el Estado obrará a través del Ministerio del Ramo y de la Secretaría de Hidrocarburos ».

45. Esos preceptos se refieren todos al « Estado » (en el sentido de « Estado Central ») y dejan claro que dicho Estado puede ser titular de derechos. Además, el artículo 6 corrobora la concepción que vengo sosteniendo : como órgano rector del Estado Central, la Función Ejecutiva formula la política de hidrocarburos ; y como organización estable concebida para ejecutar los designios de esa Función Ejecutiva, el Estado se valdrá de su organización administrativa, integrada, en el caso de los hidrocarburos, por el Ministerio Sectorial y la Secretaría de Hidrocarburos.

46. La visión equivocada de la mayoría de que la « Función Ejecutiva », la « Administración Pública Central » y « el Estado Central » son entes distintos le lleva a una interpretación equivocada del párrafo segundo del artículo 46 del Código Orgánico

Administrativo, a tenor del cual « La administración pública central, las personas jurídicas de derecho público creadas por la Constitución y la ley y las empresas públicas, tienen personalidad jurídica en sus actos, contratos y demás relaciones sujetas al derecho interno ».

47. En efecto, la mayoría parece deducir de ese precepto que, como atribuye personalidad jurídica a la « administración pública central » y, en su opinión, dicha entidad es una entidad distinta a la Función Ejecutiva y al Estado central, este último no puede tener personalidad jurídica. Y puesto que, en opinión de la mayoría, el Estado central carece de personalidad jurídica, no puede celebrar contratos, ni directamente ni mediante representación.

48. Esa conclusión de la mayoría de que el Estado Central carece de personalidad jurídica y, por consiguiente, no puede suscribir contratos se basa en una interpretación del artículo 46 del Código Orgánico Administrativo que, por varias razones, resulta contraria al Derecho positivo ecuatoriano.

49. En primer lugar, como ya se ha indicado, la propia Constitución reconoce que el Estado (en el sentido de « Estado central ») es titular de derechos y, en particular, de los hidrocarburos, lo que indica que sí tiene personalidad jurídica. Esa idea, por lo demás, quedó patente en la reforma de la Ley de Hidrocarburos y ha sido aceptada sin controversia a lo largo del arbitraje cuando se ha señalado, con razón, que los hidrocarburos extraídos por la Demandante -así como por las demás empresas petroleras contratistas- son propiedad « del Estado » (no de la « Función Ejecutiva » ni de la « Administración Pública Central »). Al ser reconocido por la Constitución y las leyes como titular de derechos, se deriva de ello que es « persona » y ello entraña que tiene « capacidad legal », como exige el artículo 1.461 del Código Civil, para poder obligarse mediante contratos, pues, como señala el artículo 1.452 de ese mismo código, « toda persona es legalmente capaz, excepto la que la ley declara incapaces ». No existe norma alguna en el Derecho ecuatoriano que declare al Estado central incapaz para ejercer sus derechos patrimoniales y obligarse mediante contratos, como si fuera un menor, un demente o un disipado -por utilizar categorías del Código Civil ecuatoriano- sino todo lo contrario, como indicaré a continuación.

50. En segundo lugar, las propias normas ecuatorianas sobre contratación pública reconocen que el Estado (en el sentido de « Estado central ») tiene capacidad para contratar, y que lo hace. En efecto, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, aprobado originalmente el 4 de agosto de 2008, en vigor desde entonces y a lo largo del período cubierto en este arbitraje, contempla, con absoluta normalidad, la contratación por el Estado. Aunque el ámbito subjetivo de aplicación de la ley es mucho más amplio que el Estado central y alcanza, con pequeñas excepciones, la totalidad del sector público ecuatoriano, en su artículo 1.1 indica que regula los procedimientos de contratación que realicen « los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado » y en su artículo 1,8 que abarca igualmente « los que celebre el Estado con entidades del sector público ».

51. Esa norma contradice de forma expresa la tesis de la mayoría, que sostiene que el Estado Central carece de personalidad jurídica y no puede contratar : la norma habla siempre del « Estado », no utiliza la expresión « Administración Pública Central » y contradice la tesis de la mayoría de que el Contrato objeto del arbitraje tuvo como parte

contratante a la Secretaría, no al Estado Central, porque no hace referencia alguna a la « Administración Pública Central ».

52. Finalmente, la rebuscada interpretación que hace la mayoría de las múltiples normas ecuatorianas que hacen referencia al « Estado » y su tesis de que no se refieren a una persona jurídica con capacidad para contratar resulta contraria, a mi juicio, al canon de interpretación de las normas ecuatorianas que consagra en Ecuador, con carácter general, el artículo 18 del Código Civil, cuando afirma que « las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras ». Esa interpretación de la mayoría resulta también incongruente, en el fondo, con la propia decisión unánime del Tribunal de declararse competente para conocer de una demanda que, sujeta a Derecho interno ecuatoriano, la Demandante dirigió desde el primer momento contra la « República de Ecuador », es decir, contra su Estado central.

3º En el Contrato el actor contractual es la Secretaría, no el Estado en su totalidad.

53. La Demandada afirma que « las disposiciones sustantivas del Contrato también dan cuenta que el actor contractual es específicamente la Secretaría de Hidrocarburos y no el Estado ecuatoriano en su totalidad, lo cual es plenamente consistente con las normas de derecho ecuatoriano conforme a las cuales la capacidad legal de los diferentes organismos y entidades públicas en el plano doméstico está circunscrita por sus facultades legales y especialidad».²⁰

54. La Demandada lleva a cabo un detallado análisis del Contrato y subraya que:²¹

- El objeto del Contrato es « la prestación de servicios a la Secretaría por parte de la Contratista » y « [p]ara el cumplimiento del objeto contractual la Contratista se obliga para con la Secretaría a realizar las actividades de exploración, etc. » (cláusulas 5.1 y 5.1.1)
- La Contratista además acordó otorgar a favor de la Secretaría las garantías y pólizas de seguros que ampararían el cumplimiento de sus obligaciones contractuales (cláusula 10.1)
- Fue la Secretaría (y no el Estado Ecuatoriano como un todo) quien asumió obligaciones bajo el Contrato, incluyendo la obligación de pagar a Gente Oil una tarifa como contraprestación por sus servicios (cláusula 5.2) y de obtener la cooperación de otros organismos públicos en la ejecución del Contrato (cláusula 8.3.10).
- Crucialmente, es la Secretaría de Hidrocarburos quien obtiene la propiedad de toda la información técnica sobre el campo petrolero adquirida o desarrollada por Gente Oil durante la ejecución de las actividades (cláusulas 24.1 y 24.2).
- Gente Oil asumió la obligación de indemnización por daños y perjuicios específicamente frente a la Secretaría de Hidrocarburos (cláusulas 26.1.2 y 26.2).

²⁰ Memorial de Contestación, ¶256.

²¹ Idem, ¶257-263. Igualmente, Memorial de Dúplica, ¶188.

- Es la Secretaría de Hidrocarburos quien, como contraparte contractual, tiene la facultad de extender el plazo de vigencia del Contrato (cláusula 6ª).

55. La Demandada añade que «la realidad es que el Contrato, que define ‘Ecuador/Estado’ como ‘la República del Ecuador’, únicamente utiliza ese término (que alude al Estado ecuatoriano como un todo) en unas pocas ocasiones, no para imponerle derechos u obligaciones como contraparte contractual, sino para referirse a sus potestades soberanas en el sector de hidrocarburos y, en particular, a sus derechos sobre los hidrocarburos extraídos como resultado de los servicios prestados por Gente Oil».²²

56. Para la Demandada, «la cláusula 9.7 del Contrato enfatiza la clara distinción que existe a nivel de las disposiciones del Contrato entre el Estado Ecuatoriano como propietario de los hidrocarburos y la Secretaría de Hidrocarburos como organismo público del Estado Ecuatoriano que ejecuta y se beneficia del Contrato».²³

57. En suma, para la Demandada «las disposiciones sustantivas del Contrato imponen derechos y obligaciones específica y exclusivamente en cabeza de un organismo estatal: la Secretaría».²⁴

58. Como argumento adicional en defensa de que «la verdadera contraparte del Contrato es la Secretaría de Hidrocarburos como organismo del Estado Ecuatoriano y no el Estado Ecuatoriano en su totalidad es que que las disposiciones del Contrato se refieren a otras entidades del Estado Ecuatoriano [como la Autoridad Ambiental, la Superintendencia de Bancos y Seguros, el Banco Central del Ecuador, la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH), el Ministerior, la Contraloría General del Estado, Procuraduría General del Estado, el Ministerio de Finanzas, Ministerio del Ambiente, Servicio de Rentas Internas] en calidad de terceros, y no como si se tratase de contrapartes contractuales»²⁵. «Justamente porque los organismos estatales son terceros no vinculados por el Contrato, es que la Secretaría asumió la obligación de obtener la cooperación de otros organismos públicos en la ejecución del Contrato ».²⁶

Crítica

59. Resulta incuestionable, como señala la Demandada, que el Contrato contiene infinidad de cláusulas que imponen a GOE una obligación frente a la Secretaría.

60. A las muchas cláusulas de esa naturaleza que la Demandada señala se puede añadir incluso otras que, salvo error, no cita expresamente, como la cláusula 20, que establece:

« La Contratista se obliga para con la Secretaría a adquirir y preservar los materiales, equipos y demás bienes » (cláusula 20.1) y, al término del Contrato, a « entregar a la Secretaría, sin costo y en buen estado, salvo el desgaste normal, los pozos que estuvieran en producción » (cláusula 20.4).

²² Idem, ¶264 y Escrito Post-Audiencia, ¶37.

²³ Idem, ¶265.

²⁴ Escrito Post-Audiencia ¶37, segundo *bullet*.

²⁵ Memorial de Contestación, ¶ 266 y Escrito Post-Audiencia, ¶37, cuarto *bullet*.

²⁶ Idem, ¶37, nota 80, p.15. También, Memorial de Dúplica, ¶189.

61. De igual forma resulta claro que el Contrato impone obligaciones a la Secretaría, como hace de forma señalada la cláusula 8.3.

62. Estas previsiones contractuales, al establecer que las obligaciones de GOE son frente a la Secretaría, no frente al Estado, y al establecer obligaciones de la Secretaría frente a GOE, parecerían sugerir que la parte pública vinculada por el sinalagma contractual es, como sostiene la Demandada, la Secretaría, no el Estado.

63. El argumento expuesto por la Demandada resulta, en apariencia, poderoso, pero su fuerza persuasiva se debilita cuando se aplica al Contrato como un todo el canon hermenéutico de la «interpretación sistemática» o «armónica» que consagra el artículo 1580 del Código Civil ecuatoriano y se toman en consideración otras de sus previsiones.

64. Conviene comenzar haciendo referencia a algunas cláusulas en que el Contrato entremezcla las expresiones «Estado» y «Secretaría» para referirse a una misma actividad. Así, por ejemplo, en la cláusula 14.3 se habla de cada barril producido «y entregado al Estado en el Centro de Fiscalización y Entrega». Y en el caso de que «si conviene a los intereses del Estado» (cláusula 14.6) pueda darse un pago en especie de la tarifa, entonces «el Estado entregará el Petróleo Crudo asignado a la Contratista en el terminal de exportación» (cláusula 14.8.4). Pero, acto seguido, la cláusula 14.8.6 analiza el supuesto de que «el volumen y la calidad del Petróleo Crudo a ser entregado por la Secretaría a la Contratista» y la cláusula 14.8.7 de que «la Secretaría efectúe los pagos en especie». Cabría preguntarse: ¿a quién se refieren en sentido estricto esas cláusulas, al Estado o a la Secretaría?

65. A mi juicio, esos pasajes del Contrato en que se alternan las expresiones «Estado» y «Secretaría», como si fueran sustitutivas, no arrojan luz sobre la cuestión, pues pueden interpretarse de dos formas alternativas: en el sentido de que «la Secretaría es Estado», como defiende la Demandada; o en el sentido de que se trata de una metonimia lingüística, en la que se han utilizado indistintamente el nombre de la Secretaría, como «administradora» del Contrato en nombre del Estado central, y el del Estado central, como principal y parte del Contrato, para referirse en ambos casos a éste.

66. Pero el argumento de la Demandada de que el hecho de que el Contrato imponga al GOE muchas obligaciones «para con la Demandada» -por utilizar la expresión del artículo 16 de la Ley de Hidrocarburos- es señal inequívoca de que la parte pública del Contrato fue dicha Secretaría (si bien como «manifestación del Estado») queda debilitado por otro hecho incuestionable: el Contrato también contempla que GOE quede obligada frente a muchas otras entidades distintas a la Secretaría que no son parte del Contrato.

67. Tal ocurre, por ejemplo, de forma paradigmática, en la cláusula 19, relativa al cumplimiento por GOE de sus obligaciones en materia medioambiental, incluida la necesidad de obtener las oportunas licencias (como establece la cláusula 8.2.19); pero también en la obligación del Contratista de pagar en la cuenta del Ministerio Sectorial US \$ 60.000 anuales por concepto de utilización de aguas y materiales naturales de construcción que se encuentran en el Área del Contrato (cláusula 15.3); o en la de pagar la contribución a la Superintendencia de Compañías (cláusula 15.5). Que el Contrato imponga a GOE obligaciones frente a un amplio elenco de entidades distintas de la Secretaría, cuando tales

entidades no son “parte” del Contrato, demuestra que el mero hecho de que el Contrato imponga a GOE obligaciones también frente a la Secretaría no demuestra que esta se la “parte” pública del Contrato.

68. De igual forma, que el Contrato imponga obligaciones a la Secretaría tampoco demuestra que sea esta la « parte » pública en el Contrato y que lo suscribió en nombre propio. La razón está en la relación jerárquica y de control que media entre el « Estado central », « Administración pública del Estado » o « Función Ejecutiva » y los órganos, entidades públicas (como la Secretaría, hasta 2018), lo que permite que dicho « Estado central » al suscribir contratos, pueda asumir en ellos derechos u obligaciones a través de sus entidades filiales y encomendar a estas -como la Secretaría- funciones de administración de los contratos petroleros., según lo previsto, con carácter general, por el ya citado artículo 70 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

69. Esa relación de supremacía del Estado central sobre sus entidades y empresas es de tal intensidad que, como ya vimos, el Presidente de la República puede, mediante simple Decreto Ejecutivo, suprimir de un plumazo dichas entidades y empresas, y redistribuir sus funciones. Y de esa relación jerárquica se sigue que, aunque las mantenga en existencia, el Estado central puede imponerles obligaciones como administradoras de los contratos que dicho Estado central suscriba.

70. Así pues, de la relación jerárquica entre el “Estado central”, “Administración pública del Estado” o “Función Ejecutiva” y la Secretaría se deriva un corolario importante: que de un contrato dimanen obligaciones para la Secretaría, o se impongan obligaciones a la parte privada contratante frente a la Secretaría, no demuestra que ese contrato fuera suscrito en nombre propio (en vez de por delegación o representación) por la Secretaría, pues el Estado central, como superior jerárquico de la Secretaría, estaba facultado para suscribir contratos en nombre propio que impusieran obligaciones a la Secretaría, como administradora del Contrato, y a pactar con su contraparte privada, GOE, que este asumiera obligaciones frente a la Secretaría.

71. Como ya he indicado previamente, en mi opinión, de conformidad con lo previsto en el artículo 6A de la Ley de Hidrocarburos, la Secretaría otorgó el Contrato en representación del Estado central; pero no se limitó a “suscribirlos”, sino que, asumió la condición adicional de “administradora” del Contrato también en representación del Estado central, lo que explica que el Contrato legitimara a la Secretaría, entre otras muchas entidades, para exigir de GOE el cumplimiento de las múltiples obligaciones que el Contrato le imponía.

72. En realidad, que el Contrato precise en múltiples ocasiones el organismo o entidad pública ecuatoriana concreta ante el que GOE deberá cumplir sus obligaciones no entraña en modo alguno que esas obligaciones de GOE no sean “frente al Estado”: sirve tan solo para precisar con exactitud el alcance exacto de la obligación impuesta a GOE y evitar la ambigüedad práctica que surgiría si el Contrato hiciera referencia en esas cláusulas al “Estado”.

73. Por ilustrar lo anterior con un ejemplo de una cláusula ya citada: la cláusula 20.4 podría haber obligado a GOE, al término del Contrato, a entregar «al Estado» (en vez de «a

la Secretaría»), sin costo y en buen estado, salvo el desgaste normal, los pozos que estuvieran en producción» (cláusula 20.4). Pero la referencia de la cláusula «a la Secretaría» delimita con precisión la forma en que el obligado, GOE, deberá cumplir su obligación. Lo mismo cabe decir de las restantes cláusulas en que muchos órganos y entidades -no solo la Secretaría- aparecen como los beneficiarios de las prestaciones y obligaciones a satisfacer por GOE: no es que sean jurídicamente sus «acreedores», sino que GOE solo se liberará de su obligación contractual frente al Estado si la cumple de la forma precisa y concreta señalada en el Contrato.

74. Así pues, al ser la Secretaría la “administradora” del Contrato en nombre del Estado, era natural que el Contrato contuviera múltiples cláusulas que regulan esa función y que establecen, por un lado, que el cumplimiento de sus obligaciones por GOE debe hacer ante la Secretaría y, por otro, que la Secretaría tendrá obligaciones frente a GOE. La mayoría olvida por completo la función de la Secretaría como “administradora” del Contrato y, obsesionada con el hecho de que la Secretaría tenía personería jurídica, confunde esa función de administradora de un contrato del Estado Central con la de parte principal en el Contrato.

75. Téngase presente, además, que el Contrato contiene cláusulas que abordan cuestiones ajenas a las competencias de la Secretaría y, en particular, establecen derechos del Contratista en materias ajenas por completo a las competencias de la Secretaría, lo que resulta natural en un contrato en la que dicha Secretaría, tras su suscripción, era mera administradora, no “parte”.

76. Tal ocurre, por ejemplo, cuando el Contrato afirma que “la Contratista no está sujeta al pago de la participación establecida en la Ley 2006-42” (cláusula 15.9) o que “no está sujeta al pago del tributo previsto en el artículo 164 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador” (cláusula 15.10) ni al “tributo previsto en la Ley 122” (cláusula 15.11). El Contrato igualmente señala que “la Contratista tiene pleno derecho a disponer de los dólares recibidos de la Secretaría” (cláusula 17.2.1), “mantener, controlar y operar cuentas bancarias en Dólares, tanto en el Ecuador como en el exterior (cláusula 17.2.2) y “disponer libremente, distribuir, remesar o retener en el exterior, sin restricción alguna, sus utilidades netas anuales”.

77. Si la única parte pública del Contrato fuera la Secretaría de Hidrocarburos, que carece de competencias en esos ámbitos ¿qué sentido tendría esas afirmaciones contractuales? ¿Tendría sentido acaso que el Contrato contuviera cláusulas de contenido puramente informativo, favorables al Contratista, sobre materias ajenas a las competencias de la Secretaría? Las citadas cláusulas cobran, por el contrario, pleno sentido cuando se advierte que la Secretaría, aunque tiene en el Contrato el papel destacado que corresponde a su administrador, no es la “Parte” en el Contrato, lo que explica que este aborde cuestiones ajenas a las competencias de la Secretaría.

78. Finalmente, resulta muy poco persuasivo el argumento de la Demandada de que como el Contrato cita «como terceros», no como «contrapartes contractuales», a muchos otros organismos públicos, eso demuestra que la verdadera «parte» pública del Contrato fue la Secretaría.

79. En efecto, la Demandada no acierta cuando vuelve a ignorar la existencia del «Estado central» como persona jurídica, lo que le lleva a la equivocada suposición de que si el Contrato no lo suscribió la Secretaría, entonces tuvo que ser un contrato « plurilateral » con tantas partes públicas signatarias como organismos y entidades públicas existen dentro del Estado central ecuatoriano y aparecen citados en el Contrato. Esa concepción es equivocada : en mi opinión el Contrato fue suscrito por una única parte pública, el Estado central, no por la miríada de organismos, entes y empresas públicas subordinadas a él que el Contrato cita. En consecuencia, la única persona jurídica con legitimidad activa (*ius standi*) para demandar arbitrariamente a GOE por incumplimientos contractuales que entrañen responsabilidad contractual es el Estado central.²⁷

80. En suma, el Contrato tuvo una única parte pública, el «Estado central», representado por la Secretaría. Y como la persona jurídica «Estado central» ostenta el poder de dirección sobre los organismos públicos y entidades que de él dependen, nada impidió que el Contrato hiciera referencia a los múltiples organismos del Estado involucrados en la ejecución del Contrato, no porque fueran « partes contratantes », sino para imponerles obligaciones o atribuirles derechos relacionados con el Contrato, otorgando a la Secretaría, como « administradora » del Contrato la lógica tarea de coordinación entre esa multiplicidad de organismos públicos y, llegado el caso, de valedor de GOE frente a ellos. Fue precisamente lo que ocurrió, por ejemplo, durante la ejecución del Contrato, con las gestiones de GOE y de la Secretaría ante el Ministerio de Economía y Finanzas con motivo de la frustrada « Solución Integral».

81. Así pues, las múltiples referencias que el Contrato hace a la Secretaría no lo son en su condición de « Parte » del Contrato, sino en la de administradora, según lo previsto en el artículo 6A de la Ley de Hidrocarburos.

4º La referencia al « Estado y las Partes » en la cláusula 9.7.

82. Entre las cláusulas del Contrato que la Demandada cita en defensa de su tesis está la 9.7, que «distingue entre el Estado ecuatoriano, por una parte, y las « Partes » (el « Estado Ecuatoriano representado por la Secretaría » y la Contratista), por otra»²⁸, ya que dicha cláusula comienza así :

²⁷ La Demandada vuelve a ignorar la personalidad jurídica del Estado central -y su concomitante manifestación en su legitimación activa y pasiva en litigios y arbitrajes- cuando en nota 95, p.17 del Escrito Post-Audiencia plantea el siguiente supuesto: “el Ministerio Sectorial contrata con Microsoft la compra de unas computadoras para sus oficinas en Quito: el Ministerio Sectorial hace la compra directamente, no la Administración Pública Central. Imaginemos además que, vencida la factura emitida por Microsoft, el Ministerio Sectorial no la paga. ¿Puede Microsoft demandar el pago del Ministerio de Educación, que también hace parte de la Administración Pública Central y por ello comparte personalidad jurídica única con el Ministerio Sectorial? La respuesta es obviamente ‘no’”. La conclusión final de la Demandada es acertada, pero su razonamiento no, porque se apoya en el equivocado supuesto de que los organismos integrados en el Estado “comparten” su personalidad jurídica única y son solidariamente responsables de los actos de cualquier de ellos. No. Los organismos no “comparten” personalidad jurídica alguna ni son solidariamente responsables: solo el Estado central tiene personalidad jurídica y legitimidad pasiva para ser demandado.

²⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, ¶265.

« Los egresos necesarios para adoptar acciones inmediatas que precautelen los intereses del Estado o de las Partes... ».

83. De la referencia a esa cl3usula la Demandada parece deducir que el Estado no es « parte » del Contrato, pues si no fuera as3 la expresi3n « el Estado y las Partes » ser3a redundante.

Cr3tica

84. En mi opini3n, la cl3usula 9.7 admite una interpretaci3n perfectamente compatible con la tesis aqu3 defendida de que la Parte p3blica en el Contrato fue el « Estado central ».

85. En efecto, de acuerdo con la Constituci3n y las leyes ecuatorianas, el « Estado central » o « Administraci3n P3blica central » forma parte del Estado ecuatoriano, en sentido lato, pero no lo agota, pues dentro de la organizaci3n constitucional de Ecuador existen tambi3n otras organizaciones distintas.

86. Particular relevancia tiene al respecto el art3culo 259 de la Constituci3n, que se3ala:

“Con la finalidad de precautelar la biodiversidad del ecosistema amaz3nico, el Estado central y los gobiernos aut3nomos descentralizados adoptaran pol3ticas de desarrollo sustentable que, adicionalmente, compensen las inequidades de su desarrollo y consoliden la soberan3a”.

87. Ese precepto constitucional tiene particular relevancia no solo porque distingue con nitidez el « Estado central » de los « gobiernos aut3nomos descentralizados », sino porque se3ala que tanto el uno como los otros persiguen como finalidad « precautelar la biodiversidad del ecosistema amaz3nico », un inter3s com3n de todas esas Administraciones p3blicas.

88. Obs3rvese, en particular, que tanto en la cl3usula 9.7 como en el art3culo 259 de la Constituci3n se utiliza la expresi3n « precautelar », que en la primera se refiere a « los intereses del Estado » y en el segundo a « la biodiversidad del ecosistema amaz3nico ». Y rep3rese igualmente en que el Contrato, como es obvio, se refer3a a la explotaci3n de un campo petrol3fero, el Bloque Singue, dentro del ecosistema amaz3nico.

89. Esas circunstancias son, pues, una pista inequ3voca de que la cl3usula 9.7 admite una interpretaci3n plenamente acorde con la Constituci3n ecuatoriana y con la tesis aqu3 sostenida de que la 3nica Parte p3blica en el Contrato fue el Estado central: en efecto, cuando dicha cl3usula se refiere a « los intereses del Estado » se est3 refiriendo no solo a los del « Estado central », sino tambi3n a los intereses, entre otros, de los « gobiernos aut3nomos descentralizados », entre los que se encuentra la preservaci3n de la cuenca amaz3nica.

90. As3 pues, la referencia inicial al « Estado » se refiere al conjunto del Estado ecuatoriano, incluido no solo el Estado central sino tambi3n los gobiernos aut3nomos descentralizados ; y como la verdadera Parte p3blica en el Contrato fue tan solo el « Estado central », resulta l3gico que la cl3usula 9.7, tras hacer esa referencia inicial al « Estado » en sentido lato, se refiriera acto seguido a « las Partes » en el Contrato, donde quedaba incluido el « Estado central ».

5º La Demandante ha aceptado la interpretaci3n de la Demandada.

91. La Demandada ha sostenido que la Demandante, mediante su Primera Notificaci3n de la Disputa y la firma del Acuerdo Transaccional ha aceptado que el convenio arbitral vincula 3nicamente al Estado ecuatoriano « en su car3cter de Secretar3a ».

92. Funda esa tesis en que, seg3n la cl3usula 31 del Contrato sobre resoluci3n de disputas, la Parte que quiere formular una debe primero intentar resolverla amistosamente y, m3s tarde, notificarla al « representante legal de la otra Parte ». Y como Gente Oil dirigi3 sus notificaciones a los Sres. Rend3n y P3rez, que eran los « representantes legales » de la Secretar3a, en el primer caso, y del Ministerio Sectorial, en el otro, de ello « necesariamente se desprende que la Demandante entiende que ‘la otra Parte’ del Contrato y del Convenio Arbitral es el Estado Ecuatoriano por intermedio de la Secretar3a (ahora Ministerio Sectorial)». ²⁹

Cr3tica

93. El argumento de la Demandada carece de fuerza persuasiva, porque olvida que, a tenor del propio Contrato, el Estado ecuatoriano estaba « representado » en 3l por la Secretar3a de Hidrocarburos, como se3ala la cl3usula 4.3.60. Por eso, resulta natural, como ha sostenido la Demandante, que, al aplicar la cl3usula 31 y comunicar su desacuerdo sobre el desarrollo del Contrato, la Demandante dirigiera su Primera Notificaci3n a la Secretar3a, sin que ello supusiera la admisi3n de que la Secretar3a hab3a contratado en nombre propio.

94. Otro tanto cabe afirmar de la firma del Acuerdo Transaccional, el 27 de diciembre de 2018, suscrito por el Ministro de Energ3a y Recursos Naturales No Renovables, quien tras el Decreto Ejecutivo 399 hab3a asumido las antiguas competencias de la Secretar3a.

95. Pero es m3s : el texto de ese Acuerdo Transaccional, lejos de apoyar la concepci3n de la Demandada, la debilita, pues su cl3usula 5.2 contiene una declaraci3n de GOE que robustece la tesis aqu3 defendida de que hab3a contratado con el Estado central.

96. En efecto, recordemos que mediante el Acuerdo Transaccional las Partes solventaron la disputa surgida de los atrasos en que la Secretar3a hab3a incurrido, por falta de fondos, para abonar el 50% del IVA de las facturas emitidas por GOE, seg3n lo dispuesto en la cl3usula 14.7.1 del Contrato.

97. Pues bien, el Ministerio de Energ3a y Recursos Naturales No Renovables, tras reconocer el saldo pendiente de pago de \$7,6 millones, se oblig3 en virtud del Acuerdo a satisfacer ese importe al d3a siguiente. Lo relevante a los efectos que aqu3 interesan fueron las manifestaciones (v) y (vi) de GOE en la cl3usula 5.2 del Acuerdo, a cuyo tenor :

(v) Que con el pago que se realiza conforme a este Acuerdo, la Rep3blica del Ecuador se encuentra al d3a en el pago del IVA pendiente de los Tramos I y III.

(vi) Que a la fecha la Rep3blica del Ecuador ha cancelado el importe del Ingreso Disponible relacionado con todas las facturas emitidas por la Compaa3a, salvo por la

²⁹ Memorial de Contestaci3n de la Demandada, ¶ 308-314.

factura No.49, misma que se encuentra dentro del período de pago previsto en la cláusula 14.7.5.

98. De esas dos manifestaciones se desprende, de forma inequívoca, que para la Compañía el verdadero obligado a pagarle el 50% del IVA de sus facturas era «la República del Ecuador», esto es, lo que, con un lenguaje más administrativo, aquí estamos llamando el « Estado central » de Ecuador.

99. Es cierto que dicha declaración la efectúa « la Compañía », no el Ministerio, pero la hace en un Acuerdo suscrito por ambas partes, en el que el Ministerio no formula reserva alguna a lo manifestado por GOE.

100. En consecuencia, resulta aplicable el canon hermenéutico del artículo 1.580 del Código Civil de Ecuador, según el cual las cláusulas de un contrato se interpretarán « por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra».

101. La conclusión es inequívoca : el Acuerdo Transaccional, lejos de respaldar la tesis de la Demandada, confirma de forma inequívoca que la Parte pública en el Contrato fue el Estado central (esto es, la « República del Ecuador »).

6° La Secretaría tenía personalidad jurídica, luego fue Parte en el Contrato

102. Salvo error, este argumento nunca llegó a formularlo la Demandada durante el arbitraje, pero es uno de los utilizados por la opinión mayoritaria contenida en el Laudo. Se utiliza en el párrafo 919, que afirma que « el hecho de que la Secretaría tenga personalidad jurídica no es intrascendente, pues precisamente ello determina que, en principio, quien queda obligada por los contratos que celebra es ella. Por lo demás, cuando a una entidad pública se le otorga personería jurídica es normalmente con el propósito de que pueda contratar y quedar vinculada ella misma ».

Crítica

103. Del excesivo peso que la mayoría del Tribunal atribuye a la personalidad jurídica de la Secretaría parece discrepar, de forma tácita, la propia Demandada, especialmente cuando en su Escrito Post-Audiencia sostiene que en Derecho público el concepto relevante no es el de « personalidad jurídica », sino el de « competencia » :³⁰

« En el derecho público la capacidad para contratar de un organismo es función de la competencia que para esos efectos le haya asignado la ley -no de la existencia de una personalidad jurídica propia. Tanto es así que aun cuando la Administración Pública Central tiene personalidad jurídica única, la ley no le otorga la capacidad legal para contratar como unidad : la ley asigna esa capacidad legal a los organismos públicos que la integran. La personalidad jurídica única de la Administración Pública Central se manifiesta a través de los organismos que la conforman cuando actúan dentro del marco de sus competencias (...) Si bien el Ministerio Sectorial -

³⁰ Escrito Post-Audiencia de la Demandada, ¶42.

como divisi3n funcional de la Administraci3n P3blica Central- no cuenta con personalidad jur3dica propia, s3 posee capacidad legal que le permite ser titular de derechos y obligaciones y celebrar contratos ».

104. A mi juicio, es criticable la afirmaci3n de la Demandada de que en Derecho ecuatoriano puede contratar en nombre propio quien carece de personalidad jur3dica. Pero lo que s3 resulta cierto son dos cosas:

- Para contratar en nombre de un tercero -es decir, para actuar como su representante-, no hace falta que el representante tenga personalidad jur3dica, sino que basta tan solo gozar del correspondiente poder de representaci3n, ya sea otorgado por una norma o por un acto de delegaci3n del representado.
- Nada impide que quien goza de personalidad jur3dica propia act3e como representante de un tercero. Fue precisamente lo que ocurri3 con Petroecuador en los casos *Perenco* y *Ecuador TLC*.

105. As3 pues, el hecho cierto de que la Secretar3a de Hidrocarburos dispusiera de su propia personalidad jur3dica no demuestra, como parece defender la mayor3a, que todos los contratos que suscribi3 lo suscribiera en nombre propio, pues el art3culo 6A de la Ley de Hidrocarburos la autorizaba a suscribir contratos de explotaci3n de hidrocarburos en representaci3n del Estado central.

106. En suma, la personalidad jur3dica de la Secretar3a era condici3n necesaria para que hubiera podido contratar en nombre propio; pero no es modo alguno condici3n suficiente para demostrar que todos los contratos que suscribi3 -y, en particular, el Contrato objeto de este arbitraje- lo suscribi3 en nombre propio: pudo hacerlo -y, de hecho, lo hizo- en representaci3n de un tercero, el Estado central.

IV. Argumentos a favor de que la parte fue el Estado central

107. Una vez demostrada la escasa fuerza persuasiva de los argumentos a favor de que la Secretar3a fue la verdadera “parte” en el Contrato y que este no vincula a la persona jur3dica “Estado central”, sino tan solo a la Secretar3a o, en la versi3n de la Demandada, al “Estado en su manifestaci3n de Secretar3a”, proceder3 ahora desgranar los argumentos positivos que apoyan la tesis de que la Parte p3blica en el Contrato fue el Estado central.

1º La definici3n de “partes” en el Contrato

108. Como bien ha seÑalado a lo largo del arbitraje la Demandante, la parte introductoria del Contrato es clara y confirma que la parte vinculada por 3l es el Estado central. Lo hace

- En el apartado inicial, cuando el notario advierte que “comparecen: por una parte el Estado ecuatoriano por intermedio de la Secretar3a de Hidrocarburos”, idea que reitera poco despu3s al describir a los COMPARECIENTES: “Para la suscripci3n de este Contrato comparecen: por una parte el Estado ecuatoriano por intermedio de la Secretar3a de Hidrocarburos...”.

- En la cláusula 4.3.60, en la que al definir “Parte o Partes”, comienza afirmando que “Se refiere al Estado ecuatoriano representado por la Secretaría”.
- En la carátula o página inicial igualmente se señala: Contrato “que otorga la Secretaría de Hidrocarburos (Estado ecuatoriano)”.

109. La interpretación de que la expresión “El Estado, por intermedio de la Secretaría” significa que la Secretaría actuó “en representación” del Estado o “a nombre” del Estado queda también explícitamente corroborada en dos pasajes del Anexo E del Contrato, relativo a las Garantías otorgadas por GOE:

- En la garantía solidaria otorgada a GOE por su matriz (página 371 del Contrato), en la que se afirma que dicha Casa Matriz reconoce y garantiza solidariamente el debido y total cumplimiento de todas las obligaciones del Contrato de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo Crudo) en el Bloque Singue celebrado entre el Estado ecuatoriano, representado por la Secretaría de Hidrocarburos, y GENTE OIL DEVELOPMENT ECUADOR, LLC.³¹
- En el texto modelo de la garantía de inversiones (página 380 del Contrato), que se refiere al “Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque SINGUE celebrado entre la CONTRATISTA y LA SECRETARÍA DE HIDROCARBUROS a nombre del Estado ecuatoriano”.

110. En suma, el Contrato comienza afirmando con claridad, de forma literal, que quien comparece para suscribir el Contrato es el Estado, si bien lo hace “por intermedio de” o “representado por” la Secretaría, a quien la Ley de Hidrocarburos -citada igualmente en el Contrato- le había encomendado la doble función de “suscribir” ese tipo de contratos y, con posterioridad, “administrarlos”. Y con posterioridad, ambas Partes -GOE al suscribir su matriz la garantía solidaria exigida y la Administración pública ecuatoriana, al preparar el texto modelo de la garantía de inversiones a otorgar por GOE- confirman en los documentos contenidos en el Anejo F que la Secretaría actuó al suscribir el Contrato “en representación” o “a nombre” del Estado ecuatoriano.

111. Parece, pues, que existió una perfecta correspondencia entre lo dispuesto en la Ley de Hidrocarburos, la literalidad del Contrato y la intención de las Partes: la Secretaría no actuó en nombre propio, sino en representación o a nombre del Estado.

112. La mayoría del Tribunal admite tácitamente la fuerza del tenor literal de esas manifestaciones del Contrato, pues en el párrafo 841 señala que, de acuerdo con el artículo 1.576 del Código Civil ecuatoriano, « conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras», aunque acto seguido niegue importancia al tenor literal del contrato alegando la existencia de dudas sobre la intención de los contratantes.

113. En otro pasaje, en el párrafo 892, la mayoría señala que « la expresión ‘representado por la Secretaría’ no puede entenderse en sentido literal, sino en el de que el Estado se

³¹ La expresión original en inglés de la garantía dice exactamente lo mismo: “...the Ecuadorian State, represented by the Hydrocarbons Secretariat”.

expresa a través de la Secretaría », lo que muestra que la mayoría se aparta de la literalidad del Contrato no porque haya constatado con claridad que la intención de las partes fue otra - lo que la mayoría descarta en el párrafo 883-, sino en función de su propia labor hermenéutica del Contrato.

114. Así pues, la mayoría del Tribunal no ha aplicado como debía el canon interpretativo del artículo 1.576 del Código Civil y, en realidad, lo ha invertido: debiera haber partido del carácter vinculante de la literalidad del Contrato, y solo apartarse de él si hubiera constatado que la « clara intención » de las Partes había sido distinta. Las meras « dudas » sobre esa intención no justifican dejar de lado la literalidad del Contrato: en ausencia de certezas, debe prevalecer la literalidad del contrato.

115. La Demanda ha sostenido, como ya se indicó, que si se adoptara la interpretación del Contrato alternativa a la suya y se entendiera que la parte en el Contrato fue el Estado, entonces

« cualquier organismo del Estado ecuatoriano podría iniciar un arbitraje contra Gente Oil alegando la violación por Gente Oil de obligaciones legales de dicha compañía fuera del marco contractual. Por ejemplo, Gente Oil debe seguir las normas de tránsito del Ecuador. Esa obligación no surge directamente del Contrato, pero se « explica » por la existencia del Contrato por que si no fuera por el Contrato Gente Oil no tendría vehículos en circulación. Asumamos que un policía de tránsito impone una multa a un vehículo de Gente Oil y Gente Oil no paga esa multa. Bajo la interpretación de la Demandante, la policía de tránsito, como parte del Estado ecuatoriano, podría iniciar un arbitraje bajo el Contrato contra Gente Oil por el incumplimiento por Gente Oil de sus obligaciones de tránsito. Es completamente absurdo, pero allí es donde lleva el argumento de la Demandante ». ³²

116. En su Dúplica, la Demandada abundó en la idea :

« Si el Tribunal arbitral llegare a concluir que la ‘Parte’ del Contrato y del Convenio Arbitral es el ‘Estado Ecuatoriano’ como unidad (como argumenta el Demandante) y que, en consecuencia, todos y cada uno de los organismos del Estado Ecuatoriano adquirieron obligaciones bajo el Contrato frente a Gente Oil (cuyo incumplimiento podría dar lugar a una reclamación por parte de Gente Oil) y están vinculados por el Convenio Arbitral, tendría que concluir también que cualquiera de esos organismos tendría a su vez derechos frente a Gente Oil y potestad para reclamarlos mediante arbitraje ». ³³

117. Pues bien, la afirmación de la Demandada de que si el Estado fuera considerado la “parte” pública en el Contrato, entonces nacerían automáticamente de él derechos y obligaciones para los órganos y organismos del Estado que dichos órganos y organismos podrían hacer valer por sí mismos en procedimientos arbitrales es equivocada.

118. El error deriva de esa especie de visión “confederal” del Estado Central ecuatoriano que parece sostener la Demandada, en la que no existe ninguna cabeza o poder central con

³² Idem, ¶41, nota 90, p.17.

³³ Memorial de Dúplica, ¶231.

personalidad jurídica que pueda contratar en nombre propio, sino que solo existen la miríada de órganos y entes públicos que lo componen, cada uno con plena “soberanía” o legitimación procesal (*ius standi*) para hacer valer sus propios “derechos”. La afirmación de la Demandada es equivocada, pues una cosa -cierta- es que en Derecho interno ecuatoriano el Estado Central incluya muchas personas jurídicas distintas (entre ellas, hasta 2018, la Secretaría) y otra muy distinta -equivocada- es que entre dichas personas jurídicas no exista una preeminente y fundamental, la Administración Central del Estado, con capacidad para ser titular de contratos.

119. En mi opinión, que el Estado sea la “parte” pública del Contrato no entraña -como equivocadamente sugiere la Demandada- que ello hizo que todos los órganos y entidades del Estado Central “contrajeran obligaciones” como titulares directos de dicho Contrato.³⁴ La única Parte pública del Contrato fue el Estado central, si bien este, dada su situación de preeminencia como cúspide del conjunto de organismos y personas jurídicas integradas en el Estado central, en sentido amplio, pudo asumir compromisos que obligaban a entes de él dependientes, como la Secretaría -en su condición de “administradora” del Contrato- pero también muchos otros organismos y entidades a los que, como se indicó más arriba, se cita en el Contrato.

2º La interpretación jurídica por Ecuador de «por intermedio» en otros arbitrajes

120. Como ha señalado la Demandante, los laudos recaídos en dos arbitrajes internacionales previos contra Ecuador -los casos *Perenco* (ICSID Case No. ARB/08/6)³⁵ y *Ecuador TLC*³⁶- muestran que en ambos arbitrajes -el primero un arbitraje de inversiones, el segundo un arbitraje comercial sujeto a Derecho ecuatoriano- Ecuador sostuvo la misma tesis que aquí se defiende, es decir, que las expresiones « por intermedio » y « a través » denotan una relación de representación, de forma que la parte vinculada por el contrato no es el representante, sino Ecuador (o, por ser más precisos, su Estado central), como entidad representada.

121. La Demandante ha recordado, con razón, que « en *Perenco*, Ecuador defendió la tesis de que cuando en el respectivo contrato se decía que el Estado comparecía y lo celebraba ‘a través’ de Petroecuador lo que debía entenderse era que quien asumía las obligaciones contractuales era el Estado ecuatoriano como tal, y no Petroecuador, que había actuado como un simple agente ».³⁷

122. En efecto, en el párrafo 166 de la decisión sobre jurisdicción en el caso *Perenco v. Republic of Ecuador and Petroecuador*, se dice :

« The Respondents assert that the language used in the Contracts and the legal framework is clear : « [o]n any reading of the clause, the word ‘through’ indicates that Petroecuador acts as agent for the Ecuadorian State. The original Spanish term, ‘por intermedio de’ « anticipates the existence of a principal on whose behalf

³⁴ Memorial de Dúplica, ¶244.

³⁵ CLA-0009

³⁶ CLA-0090

³⁷ Carta de las Demandantes de 22 de marzo de 2021, ¶12.

another acts as intermediary ». Since the text of the Contracts is clear, « the adjudicator need not go any further ; it must apply the clear words of the contract ».

123. El tribunal arbitral de *Perenco* aceptó la tesis entonces defendida por Ecuador.

124. Con posterioridad, « en *Ecuador TLC* se suscitó un debate, entre empresas privadas y la República del Ecuador, acerca de si el Estado ecuatoriano era parte contractual o no en un contrato sobre la exploración y producción de hidrocarburos, donde se indicaba que que la signataria ‘era el Estado ecuatoriano, por intermedio de la Empresa Estatal Petrolera del Ecuador’ (...) El debate que se suscitó en Ecuador TLC, por lo tanto, fue en esencia idéntico al que se suscita ahora : dilucidar si expresiones que indican que el Estado ecuatoriano firma un contrato en materia hidrocarburífera ‘por intermedio de’ un ente subordinado significan que este es parte contractual o no ».³⁸

125. Pues bien, continúa la Demandante, « Ecuador argumentó con convicción que un contrato de hidrocarburos público firmado por el Estado ecuatoriano ‘por intermedio de’ la empresa pública Petroecuador debía interpretarse de tal modo que la parte contractual era sólo y exclusivamente el Estado ecuatoriano, dejando fuera de la relación a aquella (la cual habría sido un mero intermediario) (...) Las propias palabras del Laudo no dejan duda alguna de cuál fue la posición de Ecuador en aquel entonces :³⁹

«Las Demandadas señalan que EP Petroecuador compareció a la suscripción de los Contratos como representante del Ecuador y alegan que la expresión ‘por intermedio de Petroecuador’ corresponde a una relación de representación, equivalente a decir ‘representado por Ecuador’. Según las Demandadas, de acuerdo con el Código Civil, la frase ‘por intermedio de’ implica que EP Petroecuador actúa como representante del Estado ecuatoriano y, por consiguiente, es el representado el que queda obligado por sí mismo y no su representante. Sostienen las Demandadas que se trata de una representación de origen legal complementada por las estipulaciones contenidas en los Contratos. Además, alegan que la interpretación que hacen las Demandantes de esta frase es contraria al principio de *effet utile* plasmado en el artículo 1578 del Código Civil, pues vacía de sentido la fórmula elegida por las Partes».

126. El tribunal del caso *Ecuador TLC*⁴⁰ también aceptó la tesis sostenida en el arbitraje por Ecuador :⁴¹

« Los reclamos de los Demandantes se limitan a exigir el cumplimiento de obligaciones en las que EP Petroecuador es única y exclusivamente representante del Ecuador, esto es, actúa por nombre y cuenta de Ecuador. Por lo tanto, cualquier reclamación en el presente arbitraje en

³⁸ Idem, ¶10.

³⁹ CLA-0090, ¶182, citado en la Carta de las Demandantes de 22 de marzo de 2021, ¶11.

⁴⁰ Aunque se trata de un hecho notorio, que se desprende de la mera lectura del auto, yo mismo fui uno de los árbitros que formó parte de aquel Tribunal Arbitral.

⁴¹ CLA-0090, ¶251, citado en la Carta de las Demandantes de 22 de marzo de 2021, ¶16.

contra de EP Petroecuador es en realidad una reclamación en contra de Ecuador ».

127. En el presente arbitraje, sin embargo, la Demandada ha sostenido que « en el contexto del Contrato las expresiones ‘por intermedio de’ o ‘representado por’ no connotan una relación jurídica de representante/representado, sino que se usan en un sentido ordinario para indicar cuál es el órgano público que actúa en el plano doméstico como manifestación del Estado ecuatoriano». ⁴² A juicio de la Demandada, la razón por la que es evidente que no existe en este caso una relación jurídica de « representación » entre la Secretaría y el Estado Ecuatoriano es que « [d]entro del marco de sus facultades, incluyendo la celebración de contratos de prestación de servicios petroleros, la Secretaría es el Estado Ecuatoriano, así que no existen las dos partes que son requeridas para que exista una relación de representación en el sentido jurídico de la palabra». ⁴³ La Demandada sostiene, en fin, que si la Secretaría hubiera actuado como representante (*quod non*), « no podría haber actuado, al suscribir el Contrato, para comprometerse en materias ajenas a su competencia y crear derechos y obligaciones a nombre o a cargo de otros organismos (como la Contraloría, el COLH, la Fiscalía, la Procuraduría, la ARCH, el MEF, etc.). ⁴⁴

128. Pues bien, en mi opinión los casos *Perenco y Ecuador TLC* resultan relevantes a la hora de interpretar la expresión « por intermedio de » en Derecho ecuatoriano y analizar qué interpretación ha dado a esa expresión el propio Ecuador.

129. En efecto, que en otros arbitrajes el propio Ecuador haya interpretado ese giro lingüístico como un inequívoco signo de una relación de representación o mandato, en sentido civil, corrobora la validez jurídica, de acuerdo con el Derecho ecuatoriano, de la tesis aquí sostenida, aunque en este arbitraje la Demandada la haya repudiado.

130. Es cierto que no todas las circunstancias de hecho y características de los citados arbitrajes fueron las mismas que las del presente arbitraje, y que *Perenco* fue un arbitraje de inversiones, no comercial.

131. Pero, en contra de lo que sostiene la mayoría del Tribunal en su análisis de esta cuestión jurídica, esas diferencias carecen de relevancia a nuestros efectos, porque en ambos arbitrajes se planteaba la misma cuestión de interpretación contractual del mismo término, de acuerdo con el Derecho ecuatoriano: el significado jurídico que debe atribuirse a la expresión « por intermedio » de y si esa expresión denota una relación de representación civil. En ambos arbitrajes los tribunales arbitrales respondieron a esa pregunta de forma afirmativa, como en ambas ocasiones había defendido Ecuador, y en el presente arbitraje la Demandada no ha sido capaz de exponer ningún argumento sólido que explique su copernicano giro interpretativo.

132. El argumento de la Demandada en el presente arbitraje de que no existe una genuina relación de « representación », pues no existen dos partes diferenciadas, ya que « la Secretaría es el Estado » carece de validez, por la razón tantas veces expuesta: en Derecho Ecuatoriano interno el Estado Central tienen personalidad jurídica diferente a la de la

⁴² Escrito Post-Audiencia, ¶37, primer *bullet*.

⁴³ Memorial de Dúplica, ¶202.

⁴⁴ Memorial de Dúplica, ¶220.

Secretaría y nada impide que pueda delegar en ella, como expresamente contempla el Código Orgánico Administrativo.

133. Es cierto, como señala la mayoría, que los precedentes arbitrales no tienen carácter vinculante, lo que es doblemente cierto en Ecuador, donde no rige la regla del *Common Law* del *stare decisis*, ni siquiera para las decisiones jurisdiccionales. Pero la cuestión no es que tales precedentes sean vinculantes, sino cuáles son las razones sustantivas que han llevado a la mayoría del Tribunal en este arbitraje a una conclusión tan distinta a la que, sobre idéntica cuestión jurídica -la interpretación de la expresión «por intermedio de» en Derecho ecuatoriano-, formularon no solo dos tribunales arbitrales distintos, sino el propio Estado ecuatoriano con anterioridad.

3° La conducta de las Partes en el Acuerdo Transaccional

134. Como ya se expuso más arriba al rechazar la tesis de la Demandada de que la firma del Acuerdo Transaccional apoyaba su tesis, el Acuerdo Transaccional refuerza la tesis de que la Parte pública del Contrato fue el Estado central (o, si se quiere, « la República de Ecuador »).

135. En efecto, como ya se indicó, de las declaraciones (v) y (vi) efectuadas en dicho Acuerdo por la compañía se desprende que la entidad obligada a pagarle a GOE el 50% del IVA de las facturas emitidas por la compañía era « la República de Ecuador », afirmación sobre la que el Ministerio Sectorial no formuló reserva o discrepancia alguna.

136. Resulta, pues, aplicable el criterio hermenéutico previsto en el último párrafo del artículo 1.580 del Código Civil de Ecuador, a cuyo tenor las cláusulas de los contratos deben interpretarse a la luz de la «aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con la aprobación de la otra ».

4° La regla *contra proferentem* (art. 1582 CC)

137. Aunque lo formule como el último, este argumento es acaso el más poderoso: salvo que la mayoría no hubiera albergado la más mínima duda sobre quién fue la Parte pública vinculada por el Contrato en 2012 -ausencia de duda que, tras todo lo expuesto, me parece, sencillamente, imposible-, se debiera haber inclinado en contra de la interpretación de Ecuador, que fue quien redactó el Contrato.

138. A lo largo del arbitraje la Demandante ha venido recordando que el Estado fue quien preparó no solo el Contrato sino fundamentalmente las bases contractuales, y que el contrato fue de adhesión, pues « la mayoría, si no la totalidad de sus cláusulas no fueron el resultado de una negociación entre las partes, sino que fueron preparadas y redactadas por el Estado ecuatoriano, cláusulas que Gente Oil tenía que aceptar como condición para celebrar el convenio ».⁴⁵

139. Sin entrar en la cuestión de si el Contrato fue o no un « contrato de adhesión », de las respuestas que durante la fase previa a la presentación de ofertas la Secretaría dio a las

⁴⁵ Memorial de Réplica, ¶367.

preguntas que los interesados le formularon se deduce inequívocamente que el proyecto de Contrato lo elaboró el Estado, que la mayoría de las escasas propuestas de modificación o adición de cláusulas contractuales fueron rechazadas por la Secretaría con un lacónico «No» y que fueron excepción las propuestas aceptadas.

140. En consecuencia, resulta aplicable la regla hermenéutica del artículo 1.582 del Código Civil, a cuyo tenor « las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella ».

141. La mayoría sostiene en los párrafos 931-936 que la citada regla no es aplicable, por dos motivos : en primer lugar, porque como han reconocido ambas partes, esa regla tiene carácter subsidiario y hay otras de carácter preferente ; y, en segundo lugar, porque dicha regla solo se aplica « cuando una parte impone la redacción de una cláusula de manera que la otra no tiene otra alternativa que aceptar o rechazar el texto contractual », cosa que en el caso del Contrato no ocurrió, pues « los interesados en la licitación, además de preguntas, pudieron proponer a la Secretaría modificaciones de algunas cláusulas, que la Secretaría aceptó en algunos casos ».

142. La argumentación de la mayoría no es convincente, por dos razones.

143. En primer lugar, la mayoría restringe indebidamente el alcance del artículo 1.582, pues solo lo considera aplicable cuando una parte « impone » una cláusula, sin posibilidad alguna de modificación por la otra -como es típico de un contrato de mera adhesión-, lo que no se ajusta a lo dispuesto en ese artículo, que es aplicable no solo a las cláusulas « dictadas » sino también a las « extendidas » por una parte.

144. Así pues, basta con que una cláusula haya sido « extendida » -es decir, redactada por una de las partes para que, suscitada una controversia entre las partes sobre su significado, deba interpretarse contra ella, con el único requisito de que « la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella ».

145. Pues bien, ya se ha expuesto con anterioridad que del propio tenor del Contrato y de sus anexos, así como del Acuerdo Transaccional, se desprende con nitidez que la Demandante siempre pensó que estaba contratando con el Estado central ecuatoriano, es decir, con la República del Ecuador. La Demandada nunca se opuso entonces a esa interpretación de la Demandante, ni dio explicación alguna sobre quién era, a su juicio, la verdadera parte pública en el Contrato, de lo que se sigue que cualquier ambigüedad en la interpretación del Contrato debe resolverse en contra de la Demandada, que fue quien lo redactó.

146. En segundo lugar, que este voto discrepante supere las 30 páginas de extensión acredita, como mínimo, incluso para quien no haya quedado convencido por sus argumentos, que de ninguno de los demás criterios interpretativos contenidos en el Código Civil ecuatoriano se desprende, sin margen para la duda, una interpretación clara del Contrato a favor de que fue la Secretaría quien lo suscribió en nombre propio.

147. En el mejor de los casos para la Demandada, la cuestión es, como mínimo, debatible. En consecuencia, aunque la regla contra *proferentem* tenga carácter subsidiario,

resultaría aplicable y respaldaría la interpretación sostenida en este voto de que la Parte pública en el Contrato fue el Estado central ecuatoriano, que se hizo representar por la Secretaría y a la que, además, atribuyó la función de administradora del Contrato.

V. Recapitulación

148. En resumen, del análisis del Derecho interno ecuatoriano cabe concluir:

- El Estado Central, concebido en sentido estricto, tiene personalidad jurídica propia, distinta de la de la Secretaría, y era el superior jerárquico de esta. Como corolario, debe rechazarse el concepto jurídico de «la Secretaría, como manifestación del Estado». La expresión “manifestación del Estado” carece de base alguna en el Derecho positivo ecuatoriano y es una mera construcción retórica de la Demandada para sortear las referencias expresas del Contrato al Estado.
- Resulta contraria al Derecho positivo ecuatoriano la interpretación de la mayoría de que en Ecuador las expresiones “Función Ejecutiva”, “Administración Pública Central” y “Estado central” se refieren a cosas diferentes: aunque a veces la expresión “Estado” se refiera también, en sentido lato, a una suerte de “grupo de entidades” (de las que la principal sería el “Estado central” en sentido estricto), las expresiones “Función Ejecutiva” y “Administración Pública Central” son, con carácter general, dos “caras” o componentes de una misma persona jurídica, vista desde las perspectivas contrapuestas del Derecho Constitucional (“Función Ejecutiva”) y del Derecho Administrativo (“Administración Pública Central”): el “Estado central”, en sentido estricto.
- La expresión «por intermedio» que utiliza el Contrato denota «representación» en sentido jurídico, como Ecuador ya aceptó en otros dos arbitrajes previos, en los que se dilucidó, precisamente, el significado jurídico de tal expresión.
- La Secretaría tuvo en el Contrato las dos funciones distintas que contempla el artículo 6A de la Ley de Hidrocarburos: de representante, para suscribirlo; y de administradora, para ejecutarlo. Es cierto que el contenido obligacional del Contrato hace referencia, principalmente -aunque no exclusivamente-, a la Secretaría. Pero eso no conlleva que esta fuera la «parte» pública del Contrato: era tan solo la “administradora” del Contrato.
- Las afirmaciones incontestadas de la Demandante en el Acuerdo Transaccional corroboran, en aplicación del canon hermenéutico del artículo 1.580 del Código Civil, que la Parte pública en el Contrato era el Estado central (o “República del Ecuador”, en la expresión utilizada en el Acuerdo Transaccional).
- La mera duda sobre quién fue la Parte pública en el Contrato debiera haber llevado al Tribunal a resolver, en aplicación de la regla *contra proferentem* que consagra el artículo 1.582 del Código Civil, en contra de Ecuador, que fue quien redactó el Contrato.

VI. Corolarios

149. De este voto discrepante se desprende que no comparto una parte sustantiva del “Análisis del Tribunal” contenido en el laudo.

150. En primer lugar, no suscribo, obviamente, el análisis del Tribunal que se contiene en la sección “¿Quién fue la Parte pública que en 2012 suscribió el Contrato?”.

151. En segundo lugar, y como corolario de lo anterior, también discrepo, con ligeras excepciones, del análisis del Tribunal contenido en el epígrafe “De la supuesta violación del deber de buena fe”.

152. Comparto, sin duda, la apreciación de la mayoría del Tribunal de que nada hay que reprochar a la Secretaría de Hidrocarburos en materia de buena fe. Antes al contrario, en el desempeño de sus funciones de administradora del Contrato, hizo todo lo razonablemente posible para que la actuación del Estado se atuviera a lo previsto en el Contrato, como demostró especialmente cuando el 11 de febrero de 2015 rebatió contundentemente los argumentos formulados por el Ministro de Economía y Finanzas.⁴⁶ Pero la Secretaría siempre fue un órgano subordinado jerárquicamente no solo al Ministro Sectorial, sino también a la “Función Ejecutiva” del Estado central, lo que hizo que no pudiera impedir conductas de otros órganos y entidades del Estado que hicieron que éste, como genuina Parte del Contrato, incumpliera gravemente sus deberes contractuales de actuar de buena fe.

153. La primera y esencial actuación de mala fe respecto al Contrato fue, en mi opinión, la que protagonizó el Ministro de Economía y Finanzas, cuando en su carta a la Secretaría de 14 de enero de 2015 sostuvo que, como del Bloque Singue se estaba extrayendo y se preveía extraer más petróleo que las “reservas licitadas”, era necesaria “una revisión de tarifas, en la estricta búsqueda de un mayor beneficio para el estado ecuatoriano”.

154. Esa toma de posición del MEF, a pesar de ser rebatida por la Secretaría en su ya citado oficio de 11 de febrero de 2015, fue el origen, dos años después, de las actuaciones de la Contraloría y, más tarde, de la Fiscalía, que tan solo ampliaron el argumento de fondo expuesto ya en 2015 por el MEF. El desfase entre la toma de posición por este y la actuación de la Contraloría y la Fiscalía es fácil de explicar por un factor político señalado en su declaración testimonial por el Sr. Sholy: tras las elecciones presidenciales de febrero de 2017, el Presidente Correa fue remplazado por su sucesor; y aunque inicialmente el Vicepresidente Glas se mantuvo como tal, circunstancias políticas que no corresponde analizar aquí hicieron que abandonara meses después el Gobierno y acabara siendo uno de los procesados y condenados por la sentencia de 26 de enero de 2021, aportada por la Demandada.⁴⁷ Los datos que obran en el expediente arbitral respaldan la afirmación del Sr. Sholy (párrafo 34) de que el éxito de Gente Oil en el desarrollo del campo hizo que los funcionarios del Gobierno “pensaron que podían forzar la renegociación del Contrato Singue para obtener mayores réditos para el Estado”, a la que añade (párrafo 49) que en julio de 2017, cuando se elaboró por la Contraloría el informe preliminar, en GOE advirtieron que la auditoría “estaba impulsada por otros motivos y que había intereses financieros y políticos en juego” y que (párrafo 6) “se me informó que el impulso de la causa penal responde al objetivo de desacreditar al anterior gobierno”.⁴⁸

⁴⁶ La carta del MEF se contiene en el documento C-48, y el oficio de contestación de la Secretaría en el documento C-94.

⁴⁷ Documento RLA-182.

⁴⁸ El documento C-267, elaborado en 2011 por la Secretaría, contiene indicios claros que confirman la afirmación del Sr. Sholy. En efecto, en muchas de las preguntas que contiene (p.ej. las nº 6, 33, 34, 35,

155. El Estado central incumplió, pues, a partir de enero de 2015 el deber contractual de buena fe, pues aunque la administradora del Contrato, la Secretaría, mantuvo una actuación profesional y de buena fe -sin perjuicio de los incumplimientos contractuales que el laudo le atribuye (que en puridad deben atribuirse al Estado central)-, algunos miembros de la Función Ejecutiva y, en particular, el MEF desencadenaron un perturbador proceso que, desarrollado más tarde por la Contraloría y la Fiscalía, apoyado por la Acusación Particular de la Procuraduría, puso en entredicho la legalidad del Contrato y de la tarifa, y causó a Gente Oil un grave daño moral, por su impacto reputacional.

156. En consecuencia, aunque apoyo la condena por daños morales de US\$ 400.00 que fija el laudo, opino que si el Tribunal hubiera hecho suya la tesis que sostengo -esto es, que la Parte pública en el Contrato fue, desde el principio, el Estado central y, en consecuencia, su responsabilidad por ese concepto comenzó por la conducta de sus órganos a partir de 2015, no 2018- la condena por daños morales debiera haber sido más elevada.

157. Salvo sobre la cuantía de la condena por daño moral, no discrepo sobre las restantes decisiones del laudo y, en particular, suscribo la opinión del Tribunal de que los incumplimientos contractuales del Estado, incluso teniendo en cuenta la actuación de mala fe de algunas instituciones de la “Función Ejecutiva”, no tuvieron entidad suficiente como para que el Tribunal acuerde la resolución anticipada del Contrato.

158. Esa conclusión demuestra la sabiduría del legislador ecuatoriano cuando previó que los contratos públicos sean administrados por órganos y entidades administrativas -como fue en su día la Secretaría y es ahora el Ministerio Sectorial-, cuyo profesionalidad, especialización y riguroso apego al Contrato y a la ley han hecho que el Estado central, a pesar de las presiones que, con finalidad financiera, el MEF desencadenó en 2015 a favor de la reducción de la tarifa y de las presiones adicionales de cariz político que se desataron a partir de 2017, no haya incurrido en incumplimientos esenciales de las obligaciones

36, 38 165 o 205) los potenciales licitantes se interesan por la información sísmica relativa a los campos (Charapa, Conejo, Rhon, Singue...). Pues bien, a la pregunta 38 (“¿Se puede proporcionar la información de la Sísmica 3D del campo Singue?”) la Secretaría responde, como para otros campos: “La información se encuentra disponible en la SHE, en la oficina de licitación hidrocarbúrficas, respetando el acuerdo de confidencialidad”; y a la 206 (“informe sobre la interpretación sísmica 3D del Bloque Singue”), la Secretaría responde, al igual que para otros campos: “La información proporcionada en el DVD es la que dispone la SHE”. Que la Secretaría puso a disposición de todos los potenciales licitantes la información sísmica de la que disponía - si bien a veces condicionó su obtención o consulta más detallada a que los interesados suscribieran un acuerdo de confidencialidad- lo corroboró un testigo de la propia Fiscalía, el ingeniero de petróleos de la Contraloría Luis Andrés Guerra Fuel, quien confirmó (RLA-182, p.47-49) que la información proporcionada por la Secretaría incluía “documentación respecto de datos de sísmica” y que la presentación de la Secretaría en la Ronda Petrolera contenía “los datos estructurales, el campo Singue con membrete de Petroproducción de Cuyabeno Sansahuari con mapas isócronos del campo Singue en el que se veía en el membrete de 2009 Geotech”, si bien él no la revisó. En suma: el documento C-267 arroja graves dudas sobre la *ratio decidendi* de la condena por peculado de la sentencia penal de 26 de enero de 2021 (RLA-182, 8.1, pp.342-344): que los informes de Geotech fueron una “información privilegiada” que los condenados cedieron a DGC a cambio de favores personales.

dimanantes del Contrato, sino solo en los incumplimientos graves, pero no esenciales, que son objeto de justificada condena por el laudo.

Fecha: 24 de mayo de 2022

Sede del Arbitraje: Santiago de Chile, Chile



Manuel Conthe Gutiérrez
(co-árbitro)