

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

1818 H Street, N.W., Washington, D.C. 20433, EE.UU.
Teléfono: (202) 458-1534 Facsímiles: (202) 522-2615 / (202) 522-2027
Sitio Internet: <http://www.worldbank.org/icsid>

CERTIFICADO

Repsol YPF Ecuador, S.A.

c.

Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)

(Caso CIADI No. ARB/01/10)
(Procedimiento de Anulación)

Por la presente certifico que el documento adjunto es copia fiel de la Decisión sobre la solicitud de Anulación del Comité *ad hoc* de fecha 8 de enero de 2007, emitida en castellano.



Ana Palacio
Secretaria General

Washington, D.C., 8 de enero de 2007

**Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
(CIADI)**

Repsol YPF Ecuador, S.A.

c.

Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)

**(Caso CIADI No. ARB/01/10)
(Procedimiento de anulación)**

DECISIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE ANULACIÓN

Miembros del Comité *Ad Hoc*

Sr. Judd Kessler, Presidente
Sr. Piero Bernardini
Sr. Gonzalo Biggs

Secretaria del Comité *Ad Hoc*

Sra. Claudia Frutos-Peterson

Repsol YPF Ecuador, S.A.

Sr. Carlos J. Arnao Ramírez
Apoderado General
Av. Naciones Unidas 1044 y
República El Salvador
Edificio Citiplaza, 9no. Piso
Quito, Ecuador

Sr. Francisco Roldán,
Sr. Rodrigo Jijón
Sr. Juan Manuel Marchán
Pérez, Bustamante & Ponce
Av. República de El Salvador 1082
y Naciones Unidas
Edificio Mansión Blanca
Torre París, Penthouse
Quito, Ecuador

Empresa Estatal Petróleos del Ecuador
(Petroecuador)

Ing. Galo Chiriboga Zambrano
Presidente Ejecutivo de Petroecuador
Calle Alpallana No. E-8-86 y
Av. 6 de Diciembre
Quito, Ecuador

Sr. Emilio Clemente Huerta
Sr. Julio César Trujillo
Sr. José Nikinga
Huerta Ortega y Asociados
Calle Baquerizo Moreno 1112
y Av. 9 de Octubre
Oficina 301
Guayaquil, Ecuador
P.O. Box 438

Indice

INDICE	2
I. INTRODUCCIÓN	3
1. LA ACCIÓN DE NULIDAD	3
2. LA RESPUESTA DE REPSOL	5
3. EL PROCEDIMIENTO	7
4. ESCRITOS DE LAS PARTES	9
5. PROCEDIMIENTO POSTERIOR	13
II. ANÁLISIS DE LA CAUSAL DE NULIDAD INVOCADA	18
1. INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL	19
a) La Decisión del Tribunal	19
b) Análisis del Comité	22
2. FUENTE DE LA CONTROVERSIA; COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA	25
A) <i>Naturaleza Jurídica de la Controversia</i>	26
a) La Decisión del Tribunal	26
b) Análisis del Comité	27
B) <i>Fallo de la DNH como cosa juzgada administrativa</i>	31
a) La Decisión del Tribunal	31
b) Análisis del Comité	34
3. LEGITIMACIÓN DE REPSOL	40
a) La Decisión del Tribunal	41
b) Análisis del Comité	41
4. OTROS ALEGATOS PRESENTADOS POR PETROECUADOR	43
a) Análisis del Comité	43
III. DECISIÓN	46

I. INTRODUCCIÓN

1. La Acción de Nulidad

1. El 7 de junio de 2004 la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (“PETROECUADOR”), solicitó en relación con el caso CIADI N° ARB/01/10, de REPSOL YPF Ecuador S.A. (“REPSOL” o la “CONTRATISTA”) vs. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (“PETROECUADOR”), lo siguiente:

- i) De conformidad con el Artículo 52(1) del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante “el Convenio”), la nulidad del proceso y del laudo arbitral emitido el 20 de febrero de 2004 (en adelante el “Laudo”), adoptado en el caso “porque el tribunal (en adelante “Tribunal”) injurídicamente (*sic*) y de manera manifiesta se extralimitó en sus facultades;” y
- ii) La suspensión de la ejecución del Laudo que condenó a PETROECUADOR a pagar dentro de 60 días la suma de US\$13.684.279.23;

2. La solicitud de anulación con fecha 7 de junio 2004, se fundamentó, entre otras cosas, en las siguientes consideraciones:

- i) El Tribunal del CIADI no habría tenido competencia para conocer y resolver una controversia que, de acuerdo con el Artículo 56 de la Ley de Hidrocarburos, ya fue resuelta por la Dirección Nacional de Hidrocarburos (la “DNH”), y cuya decisión tendría la fuerza de cosa juzgada administrativa (considerando 2);

- ii) Que la supuesta obligación pendiente de pago habría nacido del Contrato de Prestación de Servicios¹ y no – como lo resolvió el Tribunal – de la cláusula 26.1, del Contrato de Participación o Modificatorio² y su Anexo XI³ (considerandos 3-8);
- iii) Que REPSOL carecía de facultades para demandar, por cuanto - como miembro del Consorcio de empresas petroleras- no obtuvo la autorización previa del Comité de Operación (considerando 13).

3. El 15 de julio de 2004, conforme a la Regla 50(2)(b) de las Reglas de Arbitraje del Centro, la solicitud de anulación fue registrada en el Secretariado del CIADI, quien con esa misma fecha, acogió la petición de suspensión de PETROECUADOR, y resolvió, de acuerdo con la Regla 54(2) de esas Reglas, suspender provisionalmente la ejecución del Laudo.

4. El 14 de septiembre de 2004, conforme al Artículo 52(3) del Convenio, quedó constituido el Comité *ad hoc* (el “Comité”) encargado de resolver la anulación total o parcial del Laudo. Dicho Comité quedó integrado por las siguientes personas:

- Judd Kessler, de nacionalidad estadounidense (Presidente);
- Piero Bernardini, de nacionalidad italiana;
- Gonzalo Biggs, de nacionalidad chilena.

¹ Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana de 27 de enero de 1986 (“Contrato de Prestación de Servicios”).

² Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo Crudo) en el Bloque 16, de 27 de diciembre de 1996 (“Contrato de Participación” o “Contrato Modificatorio”).

³ El texto completo del Título del Anexo XI, es “Anexo XI. Bloque 16. Estado de los Montos Adeudados y no Cancelados por PETROECUADOR a la Contratista bajo el Contrato de Prestación de Servicios”.

Secretaria del Comité:

Claudia Frutos-Peterson, Consejera Jurídica del CIADI.

5. El 4 de octubre de 2004, PETROECUADOR agregó las siguientes razones a su solicitud de anulación: i) que no se puede pagar una cifra que no ha sido parte de la *litis*; y ii) que las leyes del Ecuador obligan a las instituciones del Estado a agotar las instancias permitidas para impedir que un fallo, de la naturaleza que sea, “se ejecutorie y ejecute”.

2. La Respuesta de REPSOL

6. El 15 de octubre de 2004, REPSOL solicitó el rechazo de la solicitud de anulación y que se dejara sin efecto la suspensión del Laudo. Sus razones principales fueron:

i) Que los argumentos principales de PETROECUADOR respecto a que: (i) la controversia se regía por el Contrato de Prestación de Servicios y no por el Contrato Modificatorio; (ii) la controversia había sido resuelta por la DNH y tenía la fuerza de cosa juzgada; y que (iii) REPSOL no tenía la autorización del Consorcio para demandar a PETROECUADOR, ya habían sido invocados y resueltos por la Decisión sobre Competencia en los considerandos números 28, 34 y en los considerandos del Laudo, 112, 149, 151, 177⁴;

ii) Que, en lo referente al contrato aplicable, la Decisión sobre Competencia, en su considerando 28, resolvió que “la controversia se refiere a la cláusula 26.1 del Contrato Modificatorio” y que “[e]n igual sentido se manifestó la Procuraduría General del

⁴ En adelante toda referencia a los considerandos del Laudo se indicarán en la siguiente forma (Laudo, [número de considerando]); similarmente, toda referencia a los considerandos de la Decisión sobre Competencia se indicarán en la siguiente forma: (Comp., [número de considerando]).

Estado...” y que la demanda reclamó, igualmente, el cumplimiento de este último y no del Contrato de Prestación de Servicios⁵;

iii) Que la naturaleza contractual de la controversia fue ratificada por el Tribunal⁶ y por las Partes y la Procuraduría General del Estado, cuando se sometieron a un proceso de consultoría vinculante que produjo el Informe del Doctor Marcelo Merlo, y que impugnar una decisión administrativa de la DNH habría implicado desconocer tácitamente la competencia del Tribunal del CIADI⁷.

iv) Que el Tribunal resolvió que “la decisión de la DNH no ha generado para este procedimiento los efectos de cosa juzgada”⁸;

v) Que, en lo referente a las facultades para demandar a PETROECUADOR, el Tribunal resolvió, “que REPSOL estaba y está facultada para actuar en nombre de las demás compañías que constituyen el Consorcio”⁹;

vi) Que no tendría validez el argumento de PETROECUADOR respecto a que “no se puede pagar una cifra que no ha sido parte de la litis” por cuanto la demanda y los documentos probatorios mencionaron, explícitamente, la suma de “US\$13.700.000 más los intereses desde la fecha en que debió efectuarse el pago hasta el momento en que efectivamente sea realizado”¹⁰.

⁵ Carta de REPSOL del 15 de octubre de 2006, p. 3.

⁶ Decisión sobre Competencia, 34 y Laudo, 151.

⁷ Carta de REPSOL del 15 de octubre de 2004 (en adelante “REPSOL 15/10/2004”).

⁸ Laudo, 149.

⁹ Laudo, 112.

¹⁰ REPSOL 15/10/2004, págs. 6-7.

vii) Que la aseveración de PETROECUADOR de que su legislación la obliga a agotar todas las instancias para impedir que un fallo de la naturaleza que fuere se “ejecutorie y se ejecute”, debe encuadrarse dentro del principio de legalidad de su Constitución Política, y lo permitido por su legislación y los Tratados internacionales¹¹.

viii) Que PETROECUADOR confunde la acción de nulidad con una apelación y la jurisprudencia uniforme del CIADI no permite que, en una acción de nulidad, su Comité analice asuntos de fondo ya resueltos en el Laudo¹².

3. El Procedimiento

7. El Comité fijó la primera audiencia para el 9 de noviembre de 2004 pero ésta no pudo ser realizada dado que PETROECUADOR no pagó los gastos acordados del procedimiento. Por esta razón, el 24 de marzo de 2005, se acordó la suspensión del procedimiento, el cual sólo fue restablecido cuando el pago fue realizado el 16 de noviembre de 2005.

8. El 22 de diciembre de 2005, el Comité adoptó la Resolución Procesal N° 1 mediante la cual acordó: i) Mantener la suspensión de la ejecución del Laudo sujeta a la condición de que PETROECUADOR entregara, antes del 15 de enero de 2006, una caución incondicional e irrevocable por el total del Laudo más intereses; y ii) Convocar a las Partes a una audiencia en Quito el día 31 de enero de 2006.

9. El 30 de diciembre de 2005, PETROECUADOR solicitó la reconsideración de la Resolución Procesal N° 1 en cuanto al otorgamiento de la caución. Dicha solicitud presentada por PETROECUADOR fue rechazada por el Comité en la Resolución Procesal N° 2 , del 9 de

¹¹ *Ibid.*, págs. 7-8.

¹² *Ibid.*, págs. 8-9.

enero de 2006. En esa misma fecha el Comité decidió extender el plazo para proporcionar una caución satisfactoria a más tardar el 25 de enero de 2006. Posteriormente, mediante la Resolución Procesal N° 3, del 27 de enero de 2006, el Comité decidió extender una vez más el plazo de entrega de la caución satisfactoria hasta el 1 de febrero de 2006, manteniendo los demás términos establecidos en la Resolución Procesal N° 1.

10. El 31 de enero de 2006 tuvo lugar en la Universidad San Francisco de Quito, la primera sesión del Comité con la participación de los tres miembros del Comité, de las representantes del Secretariado del CIADI, Gabriela Álvarez Ávila, Consejero Jurídico Principal vía teleconferencia, y Natalí Sequeira Navarro, Consejero Jurídico. Asimismo en representación de REPSOL asistieron el Ing. Carlos Arnao, Apoderado General de REPSOL en el Ecuador, el Sr. Fernando Montenegro, Gerente de Asuntos Jurídicos de REPSOL en el Ecuador, el Sr. Francisco Roldán, el Sr. Rodrigo Jijón y el Sr. Juan Manuel Marchán, de la firma de abogado Pérez, Bustamante & Ponce. En representación de PETROECUADOR asistieron el Sr. Emilio Clemente Huerta, el Sr. Juan Velasco, el Sr. Gonzalo Castro Espinoza, el Sr. José Nikinga, la Econ. Fabiola Estrella, el Sr. Julio César Trujillo, el Sr. Rubén Darío Espinoza, y el Abg. José Miguel Ledesma.

11. En la primera sesión del 31 de enero de 2006, se trataron los siguientes asuntos: constitución del Comité y declaraciones de sus miembros; honorarios y gastos de los miembros del Comité; representación de las Partes; reglas de arbitraje aplicables; prorrato de las costas del procedimiento y pagos anticipados; lugar e idioma del procedimiento; actas de las audiencias; medios de comunicación y copias de los instrumentos; quórum; decisiones por correspondencia o conferencia telefónica; delegación de la facultad para fijar plazos; audiencia preliminar, etapa

escrita y oral del procedimiento; actuaciones escritas: número, secuencia y plazos; declaraciones de testigos y peritos; prueba documental, método para la presentación de documentos y solicitudes; fechas de las sesiones siguientes; plazo del Comité para decidir; y publicación de cualquier decisión sobre el caso.

12. El 22 de febrero de 2006, el Comité adoptó la Resolución Procesal N° 4 que, después de analizar los hechos y jurisprudencia relevante, y dejar constancia de que PETROECUADOR no proporcionó dentro de los plazos acordados la caución ordenada por las Resoluciones Procesales N° 2 y N° 3, dejó sin efecto la suspensión de la ejecución del Laudo.

4. Escritos de las Partes

13. En Memorial del 2 de marzo de 2006, PETROECUADOR reiteró, entre otros, los siguientes argumentos: i) que la controversia versó sobre cuál contrato debía aplicarse y que el Laudo debió aplicar el Contrato de Prestación de Servicios y no el Modificatorio; ii) que el Tribunal no tenía competencia para resolver una materia ya resuelta por la DNH y que, al hacerlo, falló en contra de ley expresa, los Artículos 11, 52 y 56 de la Ley de Hidrocarburos; iii) que, en el supuesto que fuera aplicable el Contrato Modificatorio, el Tribunal se extralimitó al ordenar el pago de una deuda inexistente, no liquidada por las Partes “por la falta de los parámetros definitivos conforme al Anexo XI del Contrato Modificatorio”¹³; iv) que al no haber autorizado la demanda el Consorcio del cual forma parte REPSOL, el procedimiento arbitral estuvo viciado; y v) que, como fue resuelto en el caso *Klöckner c. Camerún*¹⁴, el tribunal se

¹³ Memorial de PETROECUADOR del 2 de marzo de 2006, p. 8.

¹⁴ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República del Camerún y la Société Camerounaise des Engrais* (Caso CIADI No. ARB/81/2), Decisión sobre Anulación del 3 de mayo de 1985, ICSID Reports, Vol. 2, 1994, pp. 95 y siguientes.

excedió en sus atribuciones e infringió el Artículo 42(1) del Convenio al no aplicar la ley ecuatoriana.

14. El 31 de marzo de 2006, REPSOL en su Memorial de Contestación sostuvo que: i) el fondo de la controversia no consistía en qué contrato debía aplicarse sino en “el incumplimiento en el pago de una suma determinada, pago al que se obligó PETROECUADOR en virtud de la cláusula 26.1 del Contrato Modificatorio”¹⁵; ii) la alegación de incompetencia fue resuelta en el considerando 28 del la Decisión sobre Competencia; iii) no procedía reclamar la decisión de la DNH o sus auditorias por cuanto la controversia - como lo reconoció la Procuraduría General del Estado, el Ministro de Energía y Minas, la Decisión sobre Competencia y el Laudo¹⁶, era contractual y no administrativa: es decir, derivaba del incumplimiento de PETROECUADOR del Contrato Modificatorio; iii) tenía facultades para representar al Consorcio, como lo reconoció el Laudo en su considerando 112; iv) la demanda especificó el valor de la *litis* y no correspondía al Comité analizar liquidaciones que fueron materia de fondo de una controversia ya resuelta¹⁷; v) según la jurisprudencia reiterada del CIADI y la opinión de tratadistas, la anulación es un recurso limitado que se refiere a la legitimidad del Laudo y por ende sus causales deben interpretarse restrictivamente; además, la anulación por extralimitación de funciones debe ser notoria y evidente, de lo contrario se convierte en una apelación ordinaria; vi) en el supuesto de que el Tribunal hubiera aplicado indebidamente una ley ecuatoriana – lo cual no ocurrió – ello no anularía el Laudo, según lo resuelto en el caso *Wena Hotels c. Egipto* (pág. 18)¹⁸.

¹⁵ Memorial de Contestación de REPSOL del 31 de marzo de 2006, p. 3.

¹⁶ Decisión sobre Competencia, 34 y Laudo 149, 151 y 177.

¹⁷ Memorial de Contestación de REPSOL del 31 de marzo de 2006, p. 11.

¹⁸ *Wena Hotels Ltd. c. la República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/98/4), Decisión sobre Anulación del Laudo, 5 de febrero de 2002, 41 I. L. M. 933 (2002).

15. En su Réplica del 15 de abril de 2006, PETROECUADOR afirmó que: i) el argumento de REPSOL de que la controversia estaba regida por la cláusula 26.1 del Contrato Modificatorio era insostenible por cuanto este Contrato proviene del Contrato de Prestación de Servicios que fue, junto con la liquidación de los montos supuestamente adeudados, objeto de una resolución administrativa inimpugnable “es decir cosa juzgada administrativa”¹⁹; ii) el Laudo se excedió en sus atribuciones al ignorar que, bajo la reglamentación aplicable, entre otros, el Reglamento de Contabilidad, las liquidaciones de las inversiones de REPSOL y los reembolsos correspondientes de PETROECUADOR, sólo podían ser definitivas después de que la DNH hubiera realizado las auditorias correspondientes²⁰; iii) según las auditorias que citó, bajo el Contrato de Prestación de Servicios PETROECUADOR sólo podía pagar liquidaciones definitivas y no provisionales; iv) conforme a la legislación que citó, la notificación en 1999²¹, de la DNH a REPSOL, de los resultados de las inversiones y reembolsos de 1994, 1995 y 1996, transformó la supuesta controversia contractual en administrativa y su impugnación se rigió por el Estatuto Administrativo. Por lo tanto, al no impugnar REPSOL la decisión de la DNH, ésta adquirió la fuerza de cosa juzgada administrativa²².

16. En su Dúplica del 2 de mayo de 2006, REPSOL afirmó que: i) el argumento de que el Tribunal no aplicó la ley ecuatoriana confunde el proceso de anulación con el de apelación e ignora que ningún Comité ha establecido que una incorrecta interpretación de la ley constituye una extralimitación de las facultades de un Tribunal, lo cual tampoco habría ocurrido en este caso en que el Laudo interpretó y aplicó correctamente la ley ecuatoriana tal como estaba previsto en el Contrato Modificatorio (Nº s 3 y 4); ii) las opiniones de los tratadistas Broches y

¹⁹ Réplica de PETROECUADOR del 15 de abril de 2006, p. 2.

²⁰ Réplica de PETROECUADOR del 15 de abril de 2006, p. 3, 4 y 5.

²¹ Oficio Nº 90002 del 6 de enero 1999.

²² Réplica de PETROECUADOR del 15 de abril de 2006, pp. 7 – 12.

Schreuer y la doctrina del caso *Wena Hotels c. Egipto* apoyan sus anteriores conclusiones respecto de las facultades de un Comité en un recurso de nulidad (Nº s 5 y 6); iii) la modificación del Contrato de Prestación de Servicios se hizo después de cumplir la totalidad de las condiciones establecidas en la Ley de Hidrocarburos y en su ley Reformatoria (Nº s 8.2 y 8.3); iv) las referencias de PETROECUADOR al procedimiento de liquidaciones y auditorías de la DNH, para aprobar reembolsos bajo el Contrato de Prestación de Servicios no serían aplicables al Contrato Modificadorio (Nº 8.5; v) el argumento de que la cláusula 26.1 del Contrato Modificadorio fue nula, porque las Partes estaban legalmente impedidas de realizar liquidaciones definitivas, vulnera el principio de buena fe y el Artículo 1699 del Código Civil, que impide que quien firma un contrato nulo pueda alegar la nulidad a su favor (Nº 8.6); vi) REPSOL no impugnó por la vía administrativa las liquidaciones de la DNH por cuanto la controversia era contractual y se originó en la cláusula 26.1 del Contrato Modificadorio como lo reconocieron el Ministro de Energía y Minas y el Procurador General del Estado (Nº 8.7); vii) como fue resuelto por un tribunal arbitral de Colombia, la jurisdicción en lo contencioso-administrativo no es exclusiva y no puede excluir la jurisdicción de árbitros que en virtud de un pacto arbitral, quedan investidos de la función pública de administrar justicia en asuntos ordinariamente del conocimiento del juez administrativo (Nº 8.8); viii) las conclusiones anteriores respecto de la competencia de los tribunales del CIADI fueron reconocidas en el caso *Aguas del Aconquija, S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*²³ y están confirmadas por el Artículo 26 del Convenio que establece:

²³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3), Decisión sobre Anulación del Laudo, 3 de julio del 2002. Disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards>.

“Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso...”.

5. Procedimiento Posterior

17. El 18 de mayo de 2006, el Comité reiteró una anterior solicitud a PETROECUADOR para que, en conformidad al Artículo 14(3)(a)(i) e inciso (e) del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, depositara la suma de US\$100.000 para financiar los gastos del procedimiento durante los próximos tres a seis meses y la audiencia sobre el fondo a celebrarse en julio de 2006.

18. El 27 de junio de 2006, el Comité dictó la Resolución Procesal N° 5, mediante la cual y sobre la base de las consideraciones que allí se indican: i) sin perjuicio de reconocer la libertad de PETROECUADOR de presentar copias fieles de documentos, rechazó reproducir de los autos del arbitraje todo cuanto le fuera favorable; ii) rechazó certificar diversas actuaciones relacionadas con el dictamen de la DNH; iii) se reservó el derecho a decidir acerca de la supuesta falta de independencia de algunos testigos; y iv) confirmó que la próxima audiencia tendría lugar en Quito el 10 de julio de 2006.

19. El 10 de julio de 2006 tuvo lugar en Quito la primera audiencia del Comité a la que asistieron los representantes de las Partes y sus abogados y se escucharon los alegatos orales y las pruebas de las Partes. Una copia electrónica con la transcripción completa de esta audiencia fue posteriormente distribuida por el Secretariado²⁴.

²⁴ En adelante, las referencias a la Transcripción de la Audiencia se indicarán de la siguiente forma “Tran., [N° de pág.]”.

20. El día de la audiencia REPSOL presentó un escrito final con sus argumentos en contra de la solicitud de anulación e insistió que PETROECUADOR se habría limitado a “repetir los mismos argumentos esgrimidos en el proceso arbitral que fueron analizados, debatidos y resueltos por el Tribunal” y habría confundido su solicitud de anulación con un recurso de apelación. Agregó, además, entre otros argumentos, que las Partes acordaron expresamente que la controversia se sometería al arbitraje del CIADI y citó jurisprudencia aplicable al caso. Reiteró el cumplimiento de la cláusula 26.1 del Contrato Modificatorio, el cual habría sido “una transacción en virtud de la cual se liquidaron las obligaciones mutuas originadas en el anterior contrato de prestación de servicios”. La cláusula mencionada dispone:

“VIGÉSIMO SEXTA: DISPOSICIÓN TRANSITORIA:

VEINTISÉIS UNO (26.1).- PETROECUADOR pagará a la Contratista las cantidades descritas en el Anexo XI, que constituyen los montos adeudados y no cancelados por PETROECUADOR a la Contratista bajo el Contrato de Prestación de Servicios, según se establece en dicho Anexo.”

21. REPSOL analizó y rebatió, citando los documentos pertinentes y la jurisprudencia del CIADI, las alegaciones de PETROECUADOR referentes a: (i) la incompetencia o extralimitación de las facultades del Tribunal; (ii) el hecho de que el Tribunal no podía pronunciarse sobre la decisión de la DNH; (iii) el hecho de que la actora no tendría facultades para representar a las empresas del Consorcio; (iv) el hecho de que no podría pagar una cifra que no fue objeto de la *litis*; y (v) el hecho de que la legislación ecuatoriana obliga a sus empresas a agotar todas las instancias para impedir que un fallo se ejecutorie y ejecute.

22. El 22 de julio de 2006, PETROECUADOR presentó un escrito que transcribe la intervención del Dr. Julio César Trujillo en la audiencia del 10 de julio de 2006 y copias de las diapositivas utilizadas por el Dr. José Nikinga en esa misma audiencia. La intervención del Dr. Trujillo señaló, en síntesis: i) que la cláusula 26.1 del Contrato de Participación es transitoria y no establece suma alguna que se deba a REPSOL, pero se remite al Anexo XI, que señala cifras estimadas, sujetas a reliquidación, y que deben ser aprobadas por la Presidencia Ejecutiva de PETROECUADOR; ii) que de conformidad con el referido Anexo XI, la Presidencia de PETROECUADOR aprobó las distintas reliquidaciones, que fueron impugnadas por REPSOL, pero que la DNH ratificó mediante oficio 004-DNH-EH-AH-1 del 21 de enero del 2000; iii) que de conformidad con el Artículo 56 de la Ley de Hidrocarburos, la anterior resolución de la DNH produjo cosa juzgada administrativa; iv) que REPSOL no interpuso oportunamente los recursos conferidos por la Constitución y las leyes ecuatorianas por lo que la resolución de la DNH que ratificó las reliquidaciones de la Presidencia de PETROECUADOR quedó ejecutoriada; v) que en sus consideraciones N° s 146 a 151, el Laudo se refirió de manera contradictoria e inexacta a la resolución de la DNH y que el Comité deberá resolver si acaso el Tribunal tenía competencia para "...juzgar una cuestión que ya fue resuelta por la DNH mediante resolución que había causado estado o cosa juzgada administrativa"²⁵; vi) que el Laudo implícitamente desconoció la validez de la resolución de la DNH, lo cual constituye otra causal para pedir su anulación, por cuanto el Convenio del CIADI solo vino a formar parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano el 19 de abril de 2001²⁶, eso es, varios meses después de que la Decisión de la DNH causara cosa juzgada administrativa; vii) que el Laudo no precisa que las cuentas pendientes son del contrato de prestación de servicios - y no del contrato de participación - y tampoco analiza las

²⁵ Transcripción presentada por PETROECUADOR de la intervención del Dr. Julio César Trujillo realizada en la audiencia del 10 de julio de 2006, sección 5.2.1, quinto párrafo.

²⁶ Fecha de su publicación en el Diario Oficial.

consecuencias del Anexo XI que, si lo hubiera hecho, habría concluido que estaban sujetas a reliquidación, debían ser aprobadas por la Presidencia de PETROECUADOR y sujetas al control de la DNH; viii) que el argumento del N° 149 del Laudo, que la decisión de la DNH no produjo cosa juzgada porque lo que se discute es el alcance y efecto de la cláusula contractual 26.1, no sería válido por cuanto esta cláusula no fijó suma alguna sino que se remitió al Anexo XI cuyos montos no fueron definitivos; ix) que el N° 150 del Laudo afirma erradamente que: i) las facultades de la DNH para controlar a PETROECUADOR provendrían del contrato en circunstancias de que éstas provienen de la ley; y ii) la DNH no podría modificar las cifras fijadas en el contrato de participación, en circunstancias que este contrato no fijó cifra alguna sino que, como se indicara, se remitió al Anexo XI.

23. En su documento el Doctor Nikinga: i) describe el objetivo y fundamentos de la demanda original de REPSOL y de las cantidades adeudadas bajo el marco legal aplicable: el Contrato de Prestación de Servicios, el Artículo 25 del Reglamento de Contabilidad y el Reglamento para la aplicación de la Ley N° 101 modificatoria de la Ley de Hidrocarburos; ii) señala a la DNH como la entidad con la competencia legal para fijar de manera definitiva la liquidación de los costos, gastos e inversiones pertinentes; iii) menciona la cláusula XXVI y Anexo XI del Contrato de Participación y de que el dictamen de la DNH no habría declarado como definitiva la liquidación del Anexo XI; iv) designa como las excepciones esenciales de PETROECUADOR: a) la falta de competencia del CIADI para conocer y resolver el reclamo de REPSOL; b) que, conforme al Artículo 56 de la Ley de Hidrocarburos, la demanda de REPSOL fue resuelta por la DNH tres meses antes de que el asunto fuera puesto a la decisión del consultor y dos años antes de la demanda ante el CIADI; c) que se habría producido cosa juzgada administrativa y REPSOL no habría ejercido los recursos administrativos y judiciales contemplados en la legislación

ecuatoriana; d) que los valores del Anexo XI del Contrato Modificatorio y la cláusula 26.1 del Contrato son valores propios del contrato de prestación de servicios y no del de participación vigente a partir del 1 de enero de 1997; e) que cualquier liquidación o reliquidación pendiente del contrato de prestación de servicios debe regirse por este mismo contrato y las leyes y reglamentos aplicables al mismo; f) que el fondo de la controversia es jurídica y consiste en si debe aplicarse- como afirma REPSOL- la cláusula 26 del Contrato Modificatorio o - como lo afirma PETROECUADOR - el contrato de Prestación de Servicios; g) que el Tribunal incurrió en exceso manifiesto al señalar que la controversia se refiere a la cláusula 26.1 del Contrato Modificatorio y supuesto incumplimiento de PETROECUADOR de una obligación originada en el mismo (considerandos 28 y 31); y v) el Comité estaría moralmente obligado a evitar un enriquecimiento ilegal e injusto.

24. Debido a la falta de pago por parte de PETROECUADOR, el 24 de julio de 2006, el Secretariado del CIADI informó haber recibido de REPSOL un depósito por US\$100.000 a fin de solventar los gastos del procedimiento.

25. El 27 de julio de 2006, PETROECUADOR presentó una síntesis de la intervención en la audiencia del 10 de julio de 2006, de la Economista Fabiola Estrella que señaló que: i) el marco legal aplicable es el contrato de prestación de servicios, el Reglamento de Contabilidad, el Reglamento para la Aplicación de la Ley N° 101, modificatoria de la Ley de Hidrocarburos (Artículos 38 y 40); ii) que la liquidación y los reembolsos son procedimientos reglados y que solo la DNH, mediante las auditorías anuales tiene la competencia para darle carácter de firme o definitiva a las liquidaciones de reembolso de costos y gastos; iii) que la demanda de REPSOL fue resuelta por la DNH tres meses antes pedirse la opinión del Consultor Merlo; iv) que la

resolución de la DNH tiene fuerza de cosa juzgada administrativa; v) que si la controversia es de derecho, el Tribunal debió primero declarar el derecho de la actora y, después, en base a los ajustes realizados por la auditoría de la DNH, ordenar una liquidación y pago de la obligación derivada de ese derecho supuestamente conculcado, y vi) que el Comité está legalmente obligado a declarar la nulidad del Laudo y “moralmente (...) obligado a evitar un enriquecimiento ilegal injusto”.

II. ANÁLISIS DE LA CAUSAL DE NULIDAD INVOCADA

26. PETROECUADOR solicitó la anulación del Laudo conforme al Artículo 52(1)(b) del Convenio, alegando que el Tribunal de manera manifiesta y antijurídica se extralimitó en sus facultades. Como fundamento, PETROECUADOR alegó que el Tribunal se excedió en sus facultades violando el Artículo 52(1)(b) del Convenio al no aplicar la ley ecuatoriana y: i) pronunciándose competente para resolver la controversia de acuerdo con el Contrato Modificatorio y no con fundamento en el Contrato de Prestación de Servicios, como debió haberlo hecho; ii) ignorando y no dando fuerza de cosa juzgada a la decisión administrativa de la DNH; y iii) admitiendo la demanda de REPSOL a pesar de que ésta carecía de la autorización previa del Comité de Operación conforme al Acuerdo de Participación Conjunta (“Joint Operating Agreement”) firmado el 7 de febrero de 1996 y las Reglas 1 y 2(1) de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI (Reglas de Iniciación)²⁷.

Posteriormente, PETROECUADOR agregó a las causales de anulación mencionadas que: iv) el Tribunal no debió haber ordenado el pago de una suma que no era parte de la controversia; y v) las leyes de Ecuador obligan al Estado y a sus instituciones a agotar todas las instancias

²⁷ Solicitud de anulación, 7 de junio de 2004, consideración N° 14.

permitidas para impedir la ejecución de un fallo en su contra. Durante el transcurso del proceso de anulación, PETROECUADOR agregó que la decisión del Tribunal respecto del poder de representación de REPSOL constituye un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento conforme al Artículo 52(1)(d) del Convenio.

1. **Incompetencia del Tribunal**

27. A continuación se analizan las causales anteriormente mencionadas en la solicitud de anulación presentada por PETROECUADOR.

a) **La Decisión del Tribunal**

28. En su Decisión sobre Competencia del 23 de enero de 2003 el Tribunal, después de haber examinado las alegaciones de las Partes y las pruebas rendidas, se manifiesta respecto a la excepción de PETROECUADOR a la jurisdicción del CIADI y a su competencia. El Tribunal considera primeramente que la controversia se refiere a la cláusula 26.1 del Contrato Modificadorio (Comp., 28) y repite más adelante que *“la controversia surgió en relación con el segundo contrato llamado el Contrato Modificadorio”*²⁸.

29. Afirma el Tribunal que *“En igual sentido se manifestó la Procuraduría General del Estado en sus oficios números 08085 del 14 de octubre de 1999 y 10994 del 3 de marzo del 2000 al referirse al Contrato Modificadorio como la fuente del conflicto. En el primer oficio citado se discutió el tema de la consultoría mencionada en la cláusula 20.1 del Contrato Modificadorio y la Procuraduría afirmó: “...es legalmente procedente, puesto que constituye un medio alternativo para la solución de controversias surgidas entre las partes y por cuanto así se pactó en el contrato modificadorio de la referencia y en el oficio 156-PRO-A-99-1812 suscrito por la Presidencia de PETROECUADOR y el Apoderado General de YPF Ecuador Inc. En tal virtud,*

²⁸ Comp., 29.

los contratistas están obligados a dar cumplimiento de la opinión de 7 de julio de 1999 del consultor designado de mutuo acuerdo”(…). En el segundo oficio, se trató el mismo asunto y la Procuraduría expresó lo siguiente: “Al estipular el contrato que la opinión del consultor tendrá efecto final y obligatorio para las Partes, ha modificado las Bases de Contratación, al darle a dicha opinión el alcance de final y obligatoria, cuando su efecto es el de informe simplemente. Por ello, el numeral 44.2 de las Bases establece que el dictamen del consultor será referencial, en cambio que el laudo arbitral será obligatorio para las partes, lo que quiere decir que el dictamen del consultor no es obligatorio y menos que tenga efecto final”. En ambos textos se analizó el Contrato Modificatorio y la controversia que surgió entre las partes en cuanto al efecto del proceso de consultoría que fue acordado en ese contrato”²⁹.

30. El Tribunal añade que “considera que la diferencia entre las Partes es, definitivamente, de naturaleza jurídica por referirse al supuesto incumplimiento por parte de PETROECUADOR de una obligación originada en el Contrato Modificatorio”³⁰.

31. Sostiene además el Tribunal que PETROECUADOR ha expresado su consentimiento irrevocable de consentir a someterse a un arbitraje CIADI tanto bajo la cláusula 20.3 del Contrato Modificatorio como en el oficio No. 380-PRO-P-2001 de 9 de julio del 2001 en el cual manifestó a REPSOL lo siguiente: “Doy respuesta a su comunicación DR-PE-013/2001 de 19 de junio de este año, en la que manifiesta que, una vez que el Estado Ecuatoriano, a través de sus órganos, ha ratificado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, procede someterse a la competencia de CIADI para resolver cualquier controversia. Al respecto, le manifiesto mi conformidad con tal procedimiento y, en consecuencia, las divergencias relacionadas con las liquidaciones

²⁹ Comp., 28.

³⁰ Comp., 31.

definitivas del Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16 podrán tramitarse ante el CIADI, en los términos de la cláusula 20.3 del Contrato Modificatorio...”³¹.

32. La cláusula 20.3 del Contrato Modificatorio dice que desde la fecha en que el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados “*sea aprobado por el Congreso Ecuatoriano, las Partes se obligan a someter las controversias o divergencias que tengan relación o surjan de la ejecución de este Contrato, a la Jurisdicción y competencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el “CIADI”) para que sean arregladas y resueltas de conformidad con lo dispuesto en dicho Convenio.*”

33. Añade ulteriormente el Tribunal que “*la alegación de PETROECUADOR sobre la existencia de cosa juzgada administrativa no incide sobre la competencia del Tribunal. En otras palabras, que el dictamen de la Dirección Nacional de Hidrocarburos citado por PETROECUADOR haya puesto fin o no en forma definitiva a la materia controvertida, es un asunto que no afecta ni puede afectar la competencia del Tribunal y, en cambio, sí tiene gran influencia sobre el fondo del tema controvertido*”³². El Tribunal concluye que: “*Estas consideraciones tienen que ver exclusivamente con los aspectos de la excepción de cosa juzgada que inciden en la materia de previo pronunciamiento, es decir, en lo referente a la competencia del Tribunal. En consecuencia, al emitir su fallo el Tribunal deberá examinar si el asunto objeto de la controversia ha sido ya resuelto, en todo o en parte, por las autoridades nacionales competentes y resolver sobre las consecuencias jurídicas de tal supuesta decisión*”³³.

34. Por último, el Tribunal afirma que el Convenio del CIADI, aprobado por el Congreso del Ecuador por medio de la resolución legislativa N° R-22-053 del 7 de febrero del 2001, prevalece

³¹ Comp., 41.

³² Comp., 46.

³³ Comp., 47.

sobre las normas internas de la República del Ecuador, conforme al Artículo 163 de la Constitución³⁴, razón por la cual “la normativa aplicable a este asunto son el Convenio del CIADI y, por no haber acuerdo en contrario de las Partes, “Las Reglas de Arbitraje”³⁵.

35. Lo que precede “lleva el Tribunal de Arbitraje a la conclusión ineluctable de que el presente asunto está sujeto a la jurisdicción de CIADI y que el Tribunal de Arbitraje tiene competencia para dirimir la controversia surgida entre las Partes”³⁶.

b) Análisis del Comité

36. Como se menciona anteriormente (*supra*, 38), PETROECUADOR sostiene que el Tribunal se excedió en sus facultades de modo manifiesto al decidir que la controversia corresponde a la jurisdicción de CIADI y a su competencia. El Comité observa que, en primer lugar, para que el exceso en las facultades de un tribunal de arbitraje constituya una causal válida para la anulación de un laudo conforme al Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI, debe ser “manifiesto”. Comúnmente se entiende que un exceso en las facultades es “manifiesto” cuando es “evidente por sí solo” de la sola lectura del Laudo, es decir, aún antes de examinar en detalle el contenido del mismo (ver al respecto *Wena Hotels Limited c. la República Árabe de Egipto*)³⁷.

Según manifiesta el Profesor Schreuer, “la palabra se relaciona no tanto con la seriedad del exceso o la naturaleza fundamental de la norma que se ha violado, sino más bien con el proceso cognitivo que la hace aparente. Un exceso en las facultades es manifiesto cuando puede discernirse con poco esfuerzo y sin necesidad de un análisis profundo”³⁸.

37. En una primera lectura, la Decisión sobre Competencia emitida por el Tribunal en enero de 2003, es clara, convincente, bien razonada y libre de contradicciones. Además, el Comité

³⁴ Comp., 53.

³⁵ Comp., 55.

³⁶ Comp., 57.

³⁷ *Wena Hotels Ltd. c. la República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/98/4), Decisión sobre Anulación del Laudo, 5 de febrero de 2002, 41 I. L. M. 933 (2002), párrafo 25.

³⁸ Schreuer, C. *The ICSID Convention: A Commentary*, 2001, pág. 933. (Traducción del Comité).

observa que las normas del sistema legal ecuatoriano fueron tomadas en cuenta y aplicadas por árbitros de autoridad y experiencia, dos de los cuales de nacionalidad ecuatoriana.

38. Incluso asumiendo que el Tribunal hubiera aplicado erróneamente las leyes de Ecuador, debe recordarse que, en el sistema de anulación del CIADI, los errores cometidos en la aplicación de una ley, en contraste con su incumplimiento (o de las normas de derecho acordadas por las partes), no constituyen, de conformidad al Artículo 42 del Convenio, una causal de anulación de un laudo. Los precedentes al respecto confirman la relevancia de esta distinción en el contexto de una solicitud de anulación, aclarando también que este último no debe confundirse con un recurso de apelación, el cual no está disponible conforme al Artículo 53 del Convenio.

39. En el caso *Klöckner c. Camerún*, el Comité, luego de referirse (en el párrafo 60) a “*la sutil distinción entre la ‘no aplicación’ de la ley aplicable y la aplicación errónea de dicha ley*”, manifestó (en el párrafo 61): “*Es claro que el “error in judicando” no puede en sí mismo ser aceptado como causal de anulación sin reintroducir indirectamente una apelación en contra del laudo arbitral, y el Comité ad hoc, conforme al Artículo 52 del Convenio, no tiene, más allá que la Corte Permanente de Arbitraje en el caso Orinoco, el “deber ...de manifestar si el caso ha sido bien o mal juzgado, sino si el laudo debe ser anulado”*”³⁹.

40. La decisión del Comité de Anulación en el caso *Amco c. Indonesia* fue igualmente categórica:

“23. La ley que el Tribunal aplicó será examinada por el Comité, no con el fin de investigar si el Tribunal cometió errores en la interpretación de los requerimientos de la ley aplicable o en la determinación o evaluación de los hechos relevantes a los que se ha

³⁹ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República del Camerún y la Société Camerounaise des Engrais* (Caso CIADI No. ARB/81/2), Decisión sobre Anulación del 3 de mayo de 1985, ICSID Reports, Vol. 2, 1994, pp. 95 y siguientes; p. 119. (Traducción del Comité).