

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

1818 H Street, N.W., Washington, D.C. 20433, EE.UU.
Teléfono: (202) 458-1534 Faxes: (202) 522 2615 / 522 2027

CERTIFICADO

Repsol YPF Ecuador, S.A.

c.

Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)

(Caso CIADI No. ARB/01/10)

Por la presente certifico que el documento adjunto es copia fiel del Laudo del Tribunal de Arbitraje en el caso de la referencia, firmado por cada uno de los miembros del Tribunal de Arbitraje.



Roberto Dañino
Secretario General

Washington, D.C., 20 de febrero de 2004

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

WASHINGTON, D.C.

CASO CIADI No. ARB/01/10

REPSOL YPF ECUADOR, S.A.

(Demandante)

c./

EMPRESA ESTATAL PETROLEOS DEL ECUADOR (PETROECUADOR)

(Demandada)

LAUDO

Miembros del Tribunal:

Rodrigo Oreamuno Blanco, Presidente
Alberto Wray Espinosa
Eduardo Carmigniani Valencia

Secretaria del Tribunal:

Claudia Frutos-Peterson

INDICE

I. INTRODUCCION.....	3
II. RESUMEN DEL PROCEDIMIENTO:	4
III. DECLARACIÓN DE CIERRE DEL PROCEDIMIENTO	13
IV. RESUMEN DE LOS HECHOS	13
V. FONDO DE LA CONTROVERSIA.....	32
1. Demanda Principal.....	32
a) Legitimación de REPSOL.....	32
b) Régimen contractual.....	34
c) El conflicto y los medios para resolverlo.....	37
d) La auditoría de la Dirección Nacional de Hidrocarburos y la consultoría	44
e) Pacta Sunt Servanda.....	50
f) Deuda de PETROECUADOR.....	52
2. Supuesto adelanto de criterio	53
3. Reconvención	55
4. Honorarios y gastos del Arbitraje	56
VI. DECISIÓN	57

El Tribunal, integrado en la forma antes señalada, después de haber realizado sus deliberaciones, dicta el siguiente laudo:

I. INTRODUCCION

1. La Demandante, **Repsol YPF Ecuador, S.A.**, es una empresa constituida de conformidad con las leyes del Reino de España, con domicilio principal en la ciudad de Madrid, España, y con una sucursal establecida en la República del Ecuador. Está representada en este proceso por:

Sr. Carlos J. Arnao R.
Apoderado General,
Domiciliado para efectos de este caso en:
Av. Naciones Unidas 1044 y República El Salvador
Edificio Citiplaza, Piso 9
Quito, Ecuador

y,

Sr. Francisco Roldán
Pérez, Bustamante & Ponce
Domiciliado para efectos de este caso en:
Av. República de El Salvador 1082
Edificio Mansión Blanca, Torre París Penthouse
Quito, Ecuador

2. La Demandada es la **Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR)**, representada en este proceso por:

Sr. Pedro Espín
Presidente Ejecutivo
Domiciliado para efectos de este caso en:
Calle Alpallana No. E-8-86 y Av. 6 de Diciembre
Quito, Ecuador

y,

Sr. Reynaldo Huerta Ortega
Estudio Jurídico Huerta Ortega y Asociados
Domiciliado para efectos de este caso en:
Baquerizo Moreno 1112 y 9 de Octubre

Oficina 301
P.O. Box 438
Guayaquil, Ecuador

3. El presente texto contiene la declaración de cierre del procedimiento hecha por el Tribunal según la Regla 38 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del **CIADI** (en lo sucesivo Reglas de Arbitraje), así como el laudo sobre el fondo de la diferencia, de conformidad con la Regla 47 de las Reglas de Arbitraje. El Tribunal ha tenido en cuenta todos los argumentos, documentos y testimonios referentes a este caso que ha considerado pertinentes.

II. RESUMEN DEL PROCEDIMIENTO

4. El 4 de setiembre del 2001, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo **CIADI** o el **Centro**), recibió de **REPSOL YPF Ecuador, S.A.** (en lo sucesivo **REPSOL** o la **demandante**), una sociedad constituida el 17 de marzo del 2000 según las leyes del Reino de España, con domicilio principal en la ciudad de Madrid y con una sucursal establecida en la República del Ecuador, una solicitud de arbitraje para resolver la diferencia que el Consorcio representado por ella tiene con la **EMPRESA ESTATAL PETROLEOS DEL ECUADOR** (en lo sucesivo **PETROECUADOR** o la **demandada**), anteriormente denominada **CORPORACION ESTATAL PETROLERA ECUATORIANA (CEPE)**, fundada de conformidad con las leyes de la República del Ecuador y domiciliada en Quito, Ecuador, según el artículo 22 de la ley número 45 publicada en el Registro Oficial número 283 del 26 de setiembre de 1989. La disputa entre las partes versa sobre la existencia y el monto de una deuda que, según **REPSOL, PETROECUADOR** le adeuda.

5. El **Centro**, de conformidad con el artículo 36 (3) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en lo sucesivo el **Convenio del CIADI**) y con las Reglas 6 (1) (a) y 7 (a) de las

Reglas de Iniciación del **Centro**, registró la solicitud de arbitraje, el 5 de octubre del 2001.

6. El 15 de noviembre del 2001, el Consejero Jurídico Principal del **Centro**, notificó a las partes que, de conformidad con el acuerdo adoptado por ellas, el Tribunal de Arbitraje se constituiría con tres árbitros, dos de ellos designados de común acuerdo por las partes, y el tercero, quien actuaría como Presidente del Tribunal, por el Secretario General del **CIADI**.

7. Con fecha 9 de abril del 2002, **REPSOL** comunicó al **Centro** que las partes, de común acuerdo, habían designado a los señores Bernardo Tobar Carrión y Alberto Wray Espinosa, ambos de nacionalidad ecuatoriana, como árbitros. El 25 de abril del 2002, el Secretario General del **CIADI** informó a las partes que nombraría al señor Rodrigo Oreamuno Blanco, nacional de Costa Rica, como árbitro y Presidente del Tribunal de Arbitraje. Ambas partes confirmaron este nombramiento.

8. El 24 de abril del 2002, la parte demandada presentó un escrito en el que objetó la competencia del Tribunal de Arbitraje.

9. El 17 de mayo del 2002 **PETROECUADOR** solicitó la terminación del procedimiento arbitral, la declaratoria de incompetencia del Tribunal del **CIADI** y que se condenara a la parte demandante al pago de las costas de este proceso.

10. El 22 de mayo del 2002, el Secretario General del **CIADI** notificó a las partes que el Tribunal de Arbitraje se tenía por constituido desde esa fecha y que de, conformidad con la Regla 25 del Reglamento Administrativo y Financiero del **CIADI**, la doctora Claudia Frutos-Peterson, Consejera jurídica del **CIADI**, se desempeñaría como Secretaria de ese Tribunal.

11. Con fecha 4 de junio del 2002, **REPSOL** presentó un escrito en el que se refirió a la objeción a la competencia del Tribunal formulada por la parte demandada.

12. El 26 de junio del 2002, el doctor Bernardo Tobar Carrión presentó su renuncia como árbitro.

13. El 5 de julio del 2002 el **Centro** recibió un escrito de **PETROECUADOR** y del Procurador General del Estado del Ecuador que, en resumen, se refiere a la supuesta falta de jurisdicción del **CIADI** y afirma que la controversia había sido resuelta con carácter definitivo por un acto administrativo emitido por la Dirección Nacional de Hidrocarburos de la República del Ecuador, el cual tenía autoridad de cosa juzgada. Solicitaron la terminación del procedimiento y argumentaron que el asunto en discusión versa sobre la aplicación de las normas legales y reglamentarias que regulan los contratos de esa clase en Ecuador y, además, que la Contratista perdió la oportunidad de impugnar ese acto administrativo en sede administrativa o judicial. Concluyeron que el arbitraje no es procedente por ser contrario a derecho.

14. El 13 de agosto del 2002, ambas partes solicitaron el nombramiento del abogado Eduardo Carmigniani Valencia, de nacionalidad ecuatoriana, como árbitro para cubrir la vacante que se produjo por la renuncia del doctor Tobar. El 15 de agosto del 2002, de acuerdo con la Regla 12 de las Reglas de Arbitraje del **Centro**, la Secretaria del Tribunal comunicó a las partes la reconstitución del Tribunal y la reanudación del procedimiento a partir de esa fecha.

15. El 5 de setiembre del 2002, se celebró la primera sesión del Tribunal por vía telefónica.

16. El 6 de setiembre del 2002, el Tribunal emitió la Orden Procesal No. 1 en la cual resolvió que, de conformidad con la Regla 41 (3) de las Reglas de Arbitraje

del **Centro**, el procedimiento sobre el fondo de la cuestión se encontraba suspendido en virtud de la objeción a la competencia del Tribunal de Arbitraje formulada por **PETROECUADOR** y otorgó a las partes un plazo de una semana, hasta el 13 de setiembre del 2002, para presentar cualquier otra observación que tuvieran sobre el tema de la jurisdicción del **Centro** y la competencia del Tribunal. También resolvió que se pronunciaría posteriormente sobre este asunto, como una cuestión preliminar o conjuntamente con el fondo de la diferencia, y acordó celebrar la próxima sesión del Tribunal en la ciudad de Quito, Ecuador, el 20 de setiembre del 2002.

17. El 12 de setiembre del 2002, **PETROECUADOR** se refirió a la competencia del Tribunal y solicitó de nuevo la terminación del procedimiento por falta de jurisdicción del **CIADI**, por cuanto el asunto que se discute en este arbitraje ya había sido resuelto con autoridad de cosa juzgada administrativa.

18. El 13 de setiembre del 2002, **REPSOL** se manifestó sobre el origen de la controversia y afirmó que la disputa no se refiere a la auditoría de la Dirección Nacional de Hidrocarburos, sino a la falta de pago de una deuda por parte de **PETROECUADOR**. Agregó que no existe cosa juzgada porque no se pretende que el **CIADI** resuelva sobre un acto administrativo de la Dirección Nacional de Hidrocarburos.

19. En escrito fechado 17 de setiembre del 2002, **REPSOL** se refirió al fundamento legal de la solicitud de **PETROECUADOR** y al origen de la controversia.

20. Según lo dispuesto, el 20 de setiembre del 2002 se celebró la segunda sesión del Tribunal de Arbitraje en la ciudad de Quito, Ecuador. Participaron los integrantes y la Secretaria del Tribunal y los siguientes representantes de la parte demandante: Carlos Arnao, Fernando Montenegro, Francisco Roldán, Rodrigo Quijón y Javier Robalino; por la parte demandada participaron: Francisco Rendón,

Vicepresidente del Consejo Administrativo de **PETROECUADOR**, Juan Velasco, Procurador de **PETROECUADOR**, Reynaldo Huerta Ortega, Rubén Darío Espinoza, Víctor Anchundia y Luis Arauz.

21. Durante la reunión las partes confirmaron diversos aspectos de procedimiento convenidos durante la primera sesión del Tribunal y se acordaron los plazos para la presentación de los escritos de las partes referentes a la excepción de jurisdicción.

22. De acuerdo con los plazos acordados, el 3 de octubre del 2002 **PETROECUADOR** presentó su memorial sobre jurisdicción.

23. El 17 de octubre del 2002, **REPSOL** presentó su memorial de contestación sobre jurisdicción.

24. El 23 de enero del 2003, el Tribunal unánimemente dictó su decisión referente a la jurisdicción en la cual rechazó la excepción a la jurisdicción del **Centro** opuesta por **PETROECUADOR** y declaró que tenía competencia para seguir tramitando este arbitraje. En el Anexo 1 se acompaña copia de esta decisión.

25. El 13 de febrero del 2003, el Tribunal dictó la Orden Procesal No. 2, en la que estableció las fechas para las actuaciones escritas de las partes referentes al fondo de la diferencia.

26. El 12 de marzo del 2003, **REPSOL** envió al **Centro** su memorial sobre el fondo el cual, en términos generales, se refirió a los hechos y antecedentes del caso, a los fundamentos de derecho y a la circunstancia de estar autorizada para representar, como operadora, a las demás sociedades que constituyen el **Consortio** (al que se alude más adelante). Pidió que se ratificara la opinión de un Consultor a quien las partes habían encargado que resolviera la diferencia que ellas tenían y se condenara a **PETROECUADOR** al pago de US\$13.700.000 y de

los intereses sobre ese monto, desde la fecha en que debió efectuarse el pago hasta el momento en que efectivamente se realice. Adjuntó a su memorial cartas firmadas por los representantes legales de las restantes compañías que conforman el Consorcio, en cada una de las cuales se expresa: "solicito a los señores Arbitros se sirvan contar con REPSOL YPF Ecuador S.A., como lo han venido haciendo, para cualquier efecto en este proceso arbitral, en su calidad de Operadora y Representante de la Contratista del Bloque 16".

27. El 16 de abril del 2003, PETROECUADOR envió al Centro su memorial de contestación, el cual se refirió al origen, la iliquidez y la provisionalidad de las supuestas obligaciones reclamadas a PETROECUADOR; a los fundamentos técnico-legales de la corrección del monto de los pagos, al carácter vinculante del dictamen de la Auditoría de la Dirección Nacional de Hidrocarburos, a la excepción de cosa juzgada administrativa; a la prevalencia de las leyes ecuatorianas en materia de hidrocarburos sobre las disposiciones del Código Civil y a la "ilegalidad y la inejecución del criterio del consultor Dr. Marcelo Merlo Jaramillo". En ese memorial PETROECUADOR también presentó una reconvención contra REPSOL y las otras compañías que integran el Consorcio y solicitó que se las condenara

a:

1. Entregarle a PETROECUADOR sin costo y en buen estado de producción, los pozos que estuvieron en actividad y en buenas condiciones, todos los equipos, herramientas, maquinarias, instalaciones, y demás muebles e inmuebles adquiridos para fines del Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 16;
2. Pago del lucro cesante y daño emergente, por el uso indebido de los equipos y más (sic) bienes que debió transferir a PETROECUADOR, por efecto de la terminación del referido Contrato de Prestación de Servicios".

28. El 8 de mayo del 2003, REPSOL envió al Centro su escrito de réplica que, en general, se refiere al motivo de la controversia y al nacimiento de esta, al desconocimiento del proceso de consultoría y a su carácter de operadora en representación de las demás sociedades que constituyen el Consorcio. En el mismo documento presentó su contestación a la reconvención de PETROECUADOR que, en resumen, dice: 1. En relación con la solicitud de

PETROECUADOR de que **REPSOL** entregue los pozos y bienes adquiridos para dar cumplimiento al **Contrato de Prestación de Servicios**, la cláusula arbitral delimita la competencia de los árbitros, por lo tanto "[...] la pretensión objeto de la reconvencción nada tiene que ver con la materia de la controversia sometida a arbitraje y que, en consecuencia, escapa de la competencia del Tribunal entrar a conocerla". 2. También hizo énfasis en la diferencia entre los conceptos de un contrato de prestación de servicios y uno de participación y luego afirmó que "No terminó el contrato de exploración y explotación de hidrocarburos, sino el régimen aplicable a la contratación, de prestación de servicios a participación [...]". Más adelante dijo: "[...] el plazo del contrato original bajo el régimen de prestación de servicios no terminaba el 31 de diciembre de 1996, sino el 31 de enero del 2012. Entonces es en esta fecha que termina el plazo del contrato". 3. Negó los fundamentos de hecho y de derecho de la reconvencción y solicitó al Tribunal rechazarla.

29. El 29 de mayo del 2003, **PETROECUADOR** presentó al **Centro** su escrito de dúplica, en el cual se refiere a la buena fe de **PETROECUADOR** en el cumplimiento de los contratos. Dijo: "[...] **PETROECUADOR** ha actuado y actúa siempre con la máxima BUENA FE, en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales con todos sus contratistas de la clase y naturaleza que fueren". Se refirió a la condición de administrativos que tienen los contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos, a la jurisdicción y competencia de la Dirección Nacional de Hidrocarburos y al criterio del consultor en el siguiente sentido: "En consecuencia, al Director Nacional de Hidrocarburos le corresponde conocer y resolver todos los actos emanados de su autoridad, y no puede el criterio del CONSULTOR cuestionar, menos aun dejar sin efecto legal los dictámenes del Director Nacional de Hidrocarburos".

30. El 5 de junio del 2003, el Tribunal dictó la Orden Procesal No. 3 referida a las declaraciones que hicieron las partes, **PETROECUADOR** en su memorial de contestación, y **REPSOL** en el escrito de réplica. En esta Orden Procesal el

Tribunal le ordenó a **PETROECUADOR** presentar la declaración escrita de los testigos ofrecidos por ella o, en su defecto, indicar la materia sobre la cual versarían esas declaraciones.

31. Con el objeto de recibir las declaraciones de los testigos ofrecidos por **PETROECUADOR** y escuchar los argumentos orales de las partes, se realizó una audiencia sobre el fondo en Quito, Ecuador, del 23 al 25 de junio del 2003. Participaron los tres árbitros, la Secretaria del Tribunal y, en representación de las partes, los señores Carlos Arnao, apoderado general de **REPSOL**, Francisco Roldán, Federico Chiriboga y Javier Robalino, como abogados de **REPSOL**, y Reynaldo Huerta, Luis Alberto Araúz, José Nikinga y Julio César Trujillo, como abogados de **PETROECUADOR**. En representación de la Procuraduría General de la República del Ecuador participó el Dr. Sócrates Vera. Como testigos de la parte demandada rindieron sus declaraciones el señor Napoleón Arregui Solano y la señora Fabiola Estrella Viteri. El tercer testigo propuesto por **PETROECUADOR**, señor Alberto Segovia, no asistió a la audiencia porque, según dijo, en su carta del 23 de junio del 2003 dirigida al Presidente del Tribunal, por motivos ajenos al presente arbitraje, corría "[...] peligro mi libertad personal".

32. El 26 de junio del 2003, el Tribunal emitió la Orden Procesal No. 4 basada en la Regla 34 (2) de las Reglas de Arbitraje, que permite al Tribunal, si lo estima necesario, requerir de las partes en cualquier etapa del procedimiento la presentación de documentos, en la que le solicitó a **PETROECUADOR** presentar una certificación que contuviera la lista de los contratos adjudicados dentro de la Octava Ronda de Licitaciones de los Contratos de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos de Bloques Petroleros y que se manifestara sobre las cifras contenidas en los Anexos 1, 2 y 3 presentados por **REPSOL**, en sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal en la audiencia sobre el fondo. A **REPSOL** le pidió presentar copia de la impugnación que ella supuestamente hizo contra el informe final de auditoría emitido por la Dirección Nacional de Hidrocarburos.

33. Ambas partes presentaron la documentación requerida dentro del plazo establecido. **PETROECUADOR** aportó la certificación de los contratos adjudicados en la "Octava Ronda", manifestó su desacuerdo sobre las cifras contenidas en los Anexos 1, 2 y 3 presentados por **REPSOL** y expresó sus razones.

34. **REPSOL**, en su escrito del 15 de julio del 2003, explicó su posición en cuanto al informe de la Dirección Nacional de Hidrocarburos y manifestó que no impugnó formalmente el oficio del 6 de enero de 1999 en el cual se le notificó el informe mencionado. Además reiteró el siguiente criterio:

"Mi representada ratificó los argumentos presentados mediante comunicación de 4 de agosto de 1998 en la que expresamente se indica la posición de la compañía con relación al efecto de las auditorias de la DNH, manifestando, en resumen, que éstas no pueden tener efecto que pueda variar el monto acordado como deuda determinada y fija en el Contrato Modificatorio".

35. El 18 de julio del 2003, el Tribunal emitió la Orden Procesal No. 5, basada en la Regla 34 (2) de las Reglas de Arbitraje, en la que les solicitó a las partes presentar, antes del 25 de julio, la lista de los pagos hechos por **PETROECUADOR** a **REPSOL** después de la suscripción del **Contrato Modificatorio** (al que se alude más adelante). **REPSOL** presentó varios cuadros con los datos de los pagos y compensaciones realizadas a la deuda. **PETROECUADOR** presentó varios documentos referentes a distintos aspectos de este proceso.

36. El 1 de agosto del 2003, el Tribunal emitió la Orden Procesal No. 6 basada en la Regla 34 (2) de las Reglas de Arbitraje en la que le pidió a **REPSOL** que, antes del 20 de agosto, explicara la forma en que hizo la reliquidación, una vez determinadas las variables definitivas, para llegar a la suma de US\$13.700.000 que reclama en este arbitraje. **REPSOL** presentó una explicación de los cálculos que hizo para llegar a la suma que reclama y **PETROECUADOR** expresó que las sumas estimadas debían reajustarse.

III. DECLARACIÓN DE CIERRE DEL PROCEDIMIENTO

37. La Regla 38 (1) de las Reglas de Arbitraje del **CIADI** dispone que cuando las partes han terminado de hacer sus presentaciones se debe declarar cerrado el procedimiento.

38. Luego de examinar las presentaciones de las partes, el Tribunal llegó a la conclusión de que no había ningún trámite pendiente y en consecuencia, por resolución de fecha 23 de diciembre del 2003, declaró cerrado el procedimiento, de conformidad con la Regla 38 (1) de las Reglas de Arbitraje del **CIADI** y, antes de dictar este laudo, no encontró que hubiera necesidad de reabrir el procedimiento, como lo permite la Regla 38 (2) de las Reglas de Arbitraje del **CIADI**.

IV. RESUMEN DE LOS HECHOS

39. Las compañías Conoco Ecuador Ltd., Overseas Petroleum and Investment Corporation, Diamond Shamrock South America Petroleum B.V. y Nomeco Latin America Inc. que, en conjunto, son denominadas como el **Consorcio** o la **Contratista**, suscribieron el 27 de enero de 1986 con la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana, CEPE, actualmente **PETROECUADOR**, el "Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana", (en lo sucesivo el **Contrato de Prestación de Servicios**).

40. El **Contrato de Prestación de Servicios** quedó inscrito en el Registro de Hidrocarburos de la Dirección Nacional de Hidrocarburos de la República del Ecuador, el 7 de febrero de 1986.

41. Mediante escritura pública celebrada ante el Notario Primero del Cantón Quito, el 28 de julio de 1987, Conoco Ecuador Ltd. transfirió el 10% de los derechos y obligaciones correspondientes al **Contrato de Prestación de Servicios** a Murphy

Ecuador Oil Company y otro 10% a Canam Offshore Limited. Este documento fue inscrito en el Registro de Hidrocarburos de la Dirección Nacional de Hidrocarburos el 11 de agosto de 1987.

42. Mediante escritura pública celebrada ante el Notario Primero del Cantón Quito, el 18 de diciembre de 1987, la compañía Nomeco Latin America Inc. transfirió la totalidad de los derechos y obligaciones que tenía en el **Contrato de Prestación de Servicios**, a la compañía Nomeco Ecuador Oil Company. Este documento fue inscrito en el Registro de Hidrocarburos de la Dirección Nacional de Hidrocarburos el 11 de enero de 1988.

43. Mediante escritura pública celebrada ante el Notario Segundo del Cantón Quito, el 2 de junio de 1989, la compañía Diamond Shamrock South America Petroleum B. V., transfirió la totalidad de los derechos y obligaciones que tenía en el **Contrato de Prestación de Servicios** a la compañía Maxus Ecuador Inc. Este documento se inscribió en el Registro de Hidrocarburos de la Dirección Nacional de Hidrocarburos el 19 de julio de 1989.

44. Mediante escritura pública celebrada ante el Notario Primero del Cantón Quito, el 31 de enero de 1992, Conoco Ecuador Ltd., transfirió la totalidad de los derechos y obligaciones que tenía en el **Contrato de Prestación de Servicios** a las compañías Maxus Ecuador Inc., Overseas Petroleum and Investment Corporation y Nomeco Ecuador Oil Company. Ese documento se inscribió en el Registro de Hidrocarburos de la Dirección Nacional de Hidrocarburos el 31 de enero de 1992.

45. En el documento citado en el párrafo anterior, Maxus Ecuador Inc. asumió la operación del **Consorcio**.

46. Mediante escritura pública celebrada ante el Notario Primero del Cantón Quito, el 15 de noviembre de 1995 la compañía Nomeco Ecuador Oil Company transfirió

la totalidad de los derechos y obligaciones que tenía en el **Contrato de Prestación de Servicios** a la compañía Nomeco Ecuador LDC. Ese documento se inscribió en el Registro de Hidrocarburos de la Dirección Nacional de Hidrocarburos el 29 de diciembre de 1995.

47. Mediante escritura pública celebrada ante el Notario Primero del Cantón Quito el 23 de octubre de 1996, la compañía Maxus Ecuador Inc. cambió su nombre por YPF Ecuador Inc. Ese documento quedó inscrito en el Registro Mercantil del Ecuador el 30 de octubre de 1996 y en el Registro de la Dirección Nacional de Hidrocarburos el 1 de noviembre de 1996.

48. Mediante escritura pública celebrada ante el Notario Primero del Cantón Quito el 13 de mayo de 1999, la compañía Nomeco Ecuador LDC cambió su nombre por CMS Nomeco Ecuador LDC. Ese documento se inscribió en el Registro Mercantil del Ecuador el 1 de febrero del 2000 y en el Registro de la Dirección Nacional de Hidrocarburos el 4 de mayo del 2000.

49. Mediante escritura pública celebrada ante el Notario Primero del Cantón Quito el 12 de agosto de 1999, la compañía CMS Nomeco Ecuador LDC cambió su nombre por CMS Oil and Gas (Ecuador) LDC. Ese documento se inscribió en el Registro Mercantil del Ecuador el 1 de febrero del 2000 y en el Registro de la Dirección Nacional de Hidrocarburos el 4 de mayo del 2000.

50. Mediante escritura pública celebrada ante el Notario Primero del Cantón Quito, el 11 de diciembre del 2000, la compañía CMS Oil and Gas (Ecuador) LDC cambió su nombre por CRS Resources (Ecuador) LDC. Ese documento fue inscrito en el Registro Mercantil del Ecuador el 6 de abril del 2001 y en el Registro de la Dirección Nacional de Hidrocarburos el 23 de abril del 2001.

51. Mediante escritura pública celebrada ante el Notario Primero del Cantón Quito el 10 de enero del 2001 y suscrita, entre otras, por **PETROECUADOR**, YPF

Ecuador Inc. transfirió el 35% de los derechos y obligaciones que había adquirido en el **Contrato Modificadorio** (al que se alude adelante), a la compañía **REPSOL YPF Ecuador S. A.** y se dispuso que esta actuara como operadora en el **Contrato Modificadorio**. La transferencia fue autorizada por el Ministro de Energía y Minas de la República del Ecuador, mediante resolución 097 del 30 de noviembre del 2000. La escritura fue inscrita en el Registro Nacional de Hidrocarburos el 18 de enero del 2001.

52. Según lo indica **REPSOL** en su solicitud de arbitraje y lo confirma **PETROECUADOR** en su reconvencción, el **Consortio** está conformado actualmente por las siguientes compañías: Repsol YPF Ecuador S.A., Overseas Petroleum and Investment Corporation, Murphy Ecuador Oil Company, Canam Offshore Limited y CSR Resources (Ecuador) LDC. De acuerdo con la Superintendencia de Compañías de la República del Ecuador, Repsol YPF Ecuador S.A. fue constituida al amparo de las leyes del Reino de España y mantiene una sucursal en la República del Ecuador; Overseas Petroleum and Investment Corporation es una compañía constituida al amparo de las leyes de Panamá y se encuentra domiciliada en Ecuador; Murphy Ecuador Oil Company Ltd, fue constituida al amparo de las leyes de las Islas Bermudas del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y mantiene establecida una sucursal en la República del Ecuador; Canam Offshore Limited fue constituida al amparo de las leyes de las Islas Bahamas y mantiene una sucursal en la República del Ecuador; y CRS Resources (Ecuador) LDC, fue constituida al amparo de las leyes de las Islas Gran Caymán y también mantiene una sucursal en la República del Ecuador.

53. **PETROECUADOR** mediante el oficio número 254-PEP-96 del 20 de agosto de 1996 le comunicó, oficialmente, a la **Contratista** su decisión de modificar el **Contrato de Prestación de Servicios** para convertirlo en un Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos.

54. El 22 de agosto de 1996 la **Contratista** aceptó la modificación del **Contrato de Prestación de Servicios** propuesta por **PETROECUADOR**.

55. Desde el propio 22 de agosto de 1996, representantes de las partes iniciaron negociaciones referentes al proceso de conversión del **Contrato de Prestación de Servicios en Contrato de Participación** y en cuanto al contenido del contrato que se firmaría con ese objeto, el cual posteriormente fue llamado el **Contrato Modificadorio**.

56. Esas negociaciones concluyeron con la firma del "Acta Resumen de Negociación entre PETROECUADOR-Contratista del Bloque 16", el 24 de octubre de 1996, por parte del Ingeniero Patricio Larrea, en su condición de Jefe del Equipo Negociador de **PETROECUADOR** y del Doctor Francisco Roldán, como representante de la **Contratista**. En ella, se expresó en resumen, lo siguiente: A). Las reuniones de negociación se iniciaron el 22 de agosto de 1996 y culminaron el 24 de octubre del mismo año. B). El equipo negociador estuvo conformado por varios representantes de ambas partes. C). Se adjunta el texto del Contrato que los representantes de las partes negociaron y acordaron, el cual se encuentra enmarcado en la normativa legal vigente. D). Durante la negociación se trataron con especial cuidado algunas cláusulas por lo que se incluyeron en esa acta. E). De previo a "[...] la suscripción del Contrato Modificadorio, las Partes deben ponerse de acuerdo en los términos del anexo XI para liquidar los montos adeudados por PETROECUADOR a la Contratista".

57. **PETROECUADOR** y la **Contratista**, de previo a suscribir el **Contrato Modificadorio**, de conformidad con el artículo 10 de la ley 44 publicada en el Registro Oficial 326 del 29 de noviembre de 1993, solicitaron y obtuvieron los informes favorables de las instituciones públicas que dicha norma indica, según se señala en los párrafos siguientes.

58. El Ministro de Energía y Minas emitió su informe favorable mediante el oficio 0140-DM-PRO-96-96-2182 del 29 del octubre de 1996.

59. El Procurador General del Estado emitió su informe favorable mediante los oficios 1836 del 8 de noviembre de 1996 y 2528 del 5 de diciembre de 1996.

60. El Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas emitió su informe favorable mediante el oficio número 960200-20-2-1-661 del 11 de noviembre de 1996.

61. En la sesión del 26 de diciembre de 1996 el Comité Especial de Licitación, mediante la resolución número 487-CEL-96, resolvió aceptar la modificación propuesta.

62. Mediante la resolución número 285-CAD-96-10-25 del 26 de diciembre de 1996, el Consejo de Administración de **PETROECUADOR** emitió un “[...] informe favorable para la modificación contractual planteada por el consorcio, por considerarla conveniente a los intereses del estado y no variar su objeto contractual que en general es de Exploración y Explotación de Hidrocarburos y acoge el proyecto de contrato que se ha puesto en su conocimiento [...]”.

63. En la resolución número 338-CAD-96-12-26 del 26 de diciembre de 1996, el Consejo de Administración de **PETROECUADOR** autorizó a su Presidente Ejecutivo a suscribir el **Contrato Modificadorio**.

64. Mediante escritura pública suscrita el 27 de diciembre de 1996, **PETROECUADOR** y las cinco compañías que en ese entonces constituían la **Contratista**, modificaron el “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS DEL BLOQUE 16” para convertirlo en el “CONTRATO DE PARTICIPACIÓN PARA LA

EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS (PETRÓLEO CRUDO)
EN EL BLOQUE 16”.

65. El **Contrato de Prestación de Servicios** estuvo vigente desde su inscripción en el Registro de Hidrocarburos de la Dirección Nacional de Hidrocarburos, el 7 de febrero de 1986, hasta que fue modificado mediante el denominado **Contrato Modificadorio** el 27 de diciembre de 1996.

66. El **Contrato Modificadorio** en su cláusula Tercera, numerales 3.14 y 3.15 establece que estará vigente a partir de su inscripción en el Registro de Hidrocarburos de la Dirección Nacional de Hidrocarburos y que tendrá como fecha efectiva para su aplicación el 1 de enero de 1997.

67. El **Contrato Modificadorio** en su cláusula Vigésimo Quinta, numeral 25.1 señaló que los siguientes contratos terminarían el 1 de enero de 1997 (fecha efectiva de la vigencia del **Contrato Modificadorio**):

“VEINTICINCO.UNO.UNO (25.1.1).-Convenio de levantes, suscrito el veinte y nueve (29) de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1988). VEINTICINCO.UNO.DOS (25.1.2).-Enmienda al convenio de levantes, suscrito el veinte (20) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991). VEINTICINCO.UNO.TRES (25.1.3).-Convenio operacional de explotación unificada del campo Bogi-Capirón, suscrito el veinte (20) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991) e inscrito el veinte y nueve (29) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991). VEINTICINCO.UNO.CUATRO (25.1.4).-Convenio para el suministro de diluyente y combustible, ajuste por diferencial de calidad y transporte de petróleo crudo, suscrito el veinte (20) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991) e inscrito el treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991). VEINTICINCO.UNO.CINCO (25.1.5).-Convenio para la comercialización de petróleo crudo, suscrito el veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y dos (1992). VEINTICINCO.UNO.SEIS (25.1.6).-Adendum al Convenio para el suministro de diluyente y combustible, ajuste por diferencial de calidad y transporte de petróleo crudo, suscrito el veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y dos (1992) e inscrito el catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992)”.

68. Según la cláusula Sexta, numeral 2 del **Contrato Modificadorio**, el período de explotación durará hasta el treinta y uno (31) de enero del año dos mil doce

(2012), que es el mismo plazo que contenía el **Contrato de Prestación de Servicios**.

69. La cláusula Vigésimo Sexta, numeral 26.1 del **Contrato Modificatorio** establece que **PETROECUADOR** pagará a la **Contratista** las cantidades que le adeuda bajo el **Contrato de Prestación de Servicios**, según se establece en el documento cuyo título completo 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".

70. Según el citado Anexo XI las cantidades adeudadas por **PETROECUADOR** a la **Contratista** son las siguientes: Sucres 74,322,902,092 y US\$86,789,105.84, sumas que, expresadas en español, corresponden a Sucres 74.322.902.092,00 y US\$86.789.105,84.

71. Al pie de la página 1 del Anexo XI titulada "DEUDA DE PETROECUADOR A YPF ECUADOR INC. BLOQUE 16 Y TIVACUNO" se indica que "Los valores pendientes de aprobar por PETROECUADOR son estimados, por lo que para proceder al pago se deberá contar con las Resoluciones de la Presidencia Ejecutiva de Petroecuador".

72. Al final de la página 3 de ese Anexo XI está escrito lo siguiente: "NOTA: MONTOS SUJETOS A RELIQUIDACIÓN UNA VEZ QUE SE DETERMINEN LAS VARIABLES DEFINITIVAS".

73. Al final de la página 2 del Anexo XI se lee lo siguiente: "NOTA: DURANTE 1997, LOS PAGOS SE EFECTUARÁN EN 26 SEMANAS (6 MESES), MEDIANTE CUOTAS SEMANALES DE S/.2.535.790.739 y US\$2.410.231".

74. El 25 de marzo de 1997, **PETROECUADOR** comunicó a la **Contratista** su decisión de revisar las reliquidaciones efectuadas al período comprendido entre 1994 y 1996.

75. Mediante las resoluciones números 95002 del 5 de enero de 1995; 95003 del 5 de enero de 1995, 95011 del 7 de febrero de 1995; 95030 del 28 de marzo de 1995; 96031 del 8 de marzo de 1996; 96056 del 9 de mayo de 1996; 96088 del 14 de junio de 1996; 96108 del 25 de julio de 1996; 96175 del 31 de octubre de 1996; 97007 (de fecha ilegible) y 97036 del 4 de marzo de 1997, el Presidente Ejecutivo de **PETROECUADOR** aprobó provisionalmente diversos estimados de producción, reembolsos y otros, de períodos que van desde 1994 hasta 1996. Luego mediante la resolución número 97131 del 17 de julio de 1997, el Presidente Ejecutivo de **PETROECUADOR** aprobó "los valores contenidos en la SEGUNDA RELIQUIDACIÓN PROVISIONAL DE LOS INGRESOS OBTENIDOS EN EL BLOQUE 16 ENERO-DICIEMBRE/96 (BASE DE CALCULO ANUAL) y sus anexos". Mediante la resolución número 87132 del 17 de julio de 1997 el Presidente Ejecutivo de **PETROECUADOR** aprobó "los valores contenidos en la TERCERA RELIQUIDACIÓN PROVISIONAL DE LOS INGRESOS OBTENIDOS EN EL BLOQUE 16 JULIO-DICIEMBRE/94 (BASE DE CALCULO ANUAL) y sus anexos". Mediante la resolución número 97133 del 17 de julio de 1997, el Presidente Ejecutivo de **PETROECUADOR** resolvió "aprobar los valores contenidos en la TERCERA RELIQUIDACIÓN PROVISIONAL DE LOS INGRESOS OBTENIDOS EN EL BLOQUE 16 ENERO-DICIEMBRE/95 (BASE DE CALCULO ANUAL) y sus anexos".

76. En el oficio número GA-180/97 del 15 de julio de 1997 la **Contratista** le manifestó a **PETROECUADOR** su disconformidad con las reliquidaciones hechas y afirmó que la revisión no se basó en los mismos principios ni metodología que se utilizaron para los liquidaciones provisionales. Solicitó solucionar el desacuerdo según lo establecido en el **Contrato Modificatorio**.

77. En el oficio GTPEYPF-002 del 16 de julio de 1997, suscrito por los delegados de **PETROECUADOR** y la **Contratista**, se sometió a la Presidencia Ejecutiva de **PETROECUADOR** la aprobación de las reliquidaciones provisionales de 1994, 1995 y 1996 correspondientes al Bloque 16. En ese oficio se dejó constancia de la disconformidad de la **Contratista** y esta expresó que se reservaba “[...] el derecho a cualquier reclamo, en la forma que fuere pertinente”.

78. Mediante el memorando 216-PEP-97 de fecha 31 de julio de 1997 la Licda. Fabiola Estrella Viteri y el Dr. Napoleón Arregui, ambos asesores de la Presidencia Ejecutiva de **PETROECUADOR**, le expusieron al Dr. Rafael Almeda Macheno, Presidente Ejecutivo de **PETROECUADOR** lo siguiente:

“Como es de su conocimiento, el 25 de marzo de 1997, se procedió a la revisión de las reliquidaciones, correspondientes al período de 1994 a diciembre de 1996, [...] Esta situación confirmó que se había aplicado equivocadamente el Convenio de Bogi-Capirón, e inclusive el mismo contrato de Prestación de Servicios para el Bloque 16, que soportan los derechos y obligaciones de tales pagos”.

79. En el oficio 167 PEP-97 del 26 de setiembre de 1997 **PETROECUADOR** le expresó a la **Contratista** los motivos por los cuales consideró que hubo errores en los cálculos. Afirmó que, en su criterio, no se trataba de hacer nuevas interpretaciones sino de “[...] enmendar errores de cálculo, y además que ni en el Contrato, ni en el Convenio modificatorio se establece tal limitación”. Expresó que las “reliquidaciones provisionales” no podían constituir fuente de derechos u obligaciones y que “[...] repugna aún más que se trate de violentar principios consignados en el Contrato Modificatorio, de que la interpretación y aplicación de los contratos deben ser DE BUENA FE”.

80. En el documento citado en el párrafo anterior **PETROECUADOR** dijo que:

“[...] de persistir la Compañía YPF en su infundado desacuerdo, a pesar de que participó en la elaboración y además suscribió las nuevas reliquidaciones, corresponde a la Dirección Nacional de Hidrocarburos conforme al artículo 11 de la Ley de Hidrocarburos, realizar las Auditorias respectivas a fin de establecer los valores definitivos sin limitación de

ninguna naturaleza, ya que conforme el artículo 56 tiene facultad para revisar retroactivamente las liquidaciones y reliquidaciones efectuadas”.

81. El 21 de enero del 2000, mediante el oficio 004-DNH-EH-AH-I 000116, el Director Nacional de Hidrocarburos notificó al señor Julio César Morat, Gerente General de YPF ECUADOR lo siguiente:

“Con oficios Nos 110 DNH-EH-AH 99027 y 1913 DNH-EH-AH-I-991727 del 16 de julio y 30 de diciembre de 1999, se dió respuesta a las impugnaciones realizadas por su representada a los resultados de las auditorías practicadas a las Inversiones, Costos y Gastos y Reembolsos del Bloque 16 y Area Tivacuno, correspondientes a los años 1994, 1995 y 1996, habiendo quedado pendiente el ajuste de US\$2.054.743.43, referente a los fletes de Materiales [...] Por lo tanto, luego de revisar la documentación adicional presentada por su representada y habiendo analizado los temas impugnados, esta Dirección emite un alcance a los resultados de las auditorías de los años 1994, 1995 y 1996, en la parte de las Inversiones, Costos y Gastos, dejando sin efecto los ajustes impugnados por su representada y que tienen que ver con los fletes de materiales”.

82. Cuando ya este proceso arbitral se encontraba en trámite, el 19 de abril del 2002, el Director Nacional de Hidrocarburos en el oficio NO. 052-DNH-2002 02 3415, certificó que:

“[...] el informe final de auditoría fue notificado a la Contratista y operadora del Bloque 16, mediante Oficio 990002 de 6 de enero de 1999, [...] Dicho informe fue impugnado por la Contratista, razón por la cual, se procedió a emitir un alcance a los resultados de las auditorías de los años 1994, 1995 y 1996 el mismo que consta en el Oficio No. 004-DNH-EH-AH-I 00116 de 21 de enero del 2000, sobre el cual no se impugnó. Por lo anotado, la Dirección Nacional de Hidrocarburos CERTIFICA que, el dictámen (sic) de auditoría a los costos, gastos, inversiones y reembolsos a los ejercicios fiscales 1994, 1995 y 1996, es un acto administrativo vinculante y firme”.

83. Paralelamente a la discusión sobre la procedencia y valor de las auditorías, se desarrollaba el debate sobre la posibilidad de resolver el conflicto mediante negociaciones o por medio de una consultoría. Así el 10 de noviembre de 1997 mediante el oficio GA-290/97 la **Contratista** le pidió a **PETROECUADOR** llegar a un acuerdo mediante los representantes de ambas compañías o, de lo contrario, por medio de la consultoría convenida en la cláusula Vigésima del **Contrato Modificatorio**.

ninguna naturaleza, ya que conforme el artículo 56 tiene facultad para revisar retroactivamente las liquidaciones y reliquidaciones efectuadas”.

81. El 21 de enero del 2000, mediante el oficio 004-DNH-EH-AH-I 000116, el Director Nacional de Hidrocarburos notificó al señor Julio César Morat, Gerente General de YPF ECUADOR lo siguiente:

“Con oficios Nos 110 DNH-EH-AH 99027 y 1913 DNH-EH-AH-I-991727 del 16 de julio y 30 de diciembre de 1999, se dió respuesta a las impugnaciones realizadas por su representada a los resultados de las auditorías practicadas a las Inversiones, Costos y Gastos y Reembolsos del Bloque 16 y Area Tivacuno, correspondientes a los años 1994, 1995 y 1996, habiendo quedado pendiente el ajuste de US\$2.054.743.43, referente a los fletes de Materiales [...] Por lo tanto, luego de revisar la documentación adicional presentada por su representada y habiendo analizado los temas impugnados, esta Dirección emite un alcance a los resultados de las auditorías de los años 1994, 1995 y 1996, en la parte de las Inversiones, Costos y Gastos, dejando sin efecto los ajustes impugnados por su representada y que tienen que ver con los fletes de materiales”.

82. Cuando ya este proceso arbitral se encontraba en trámite, el 19 de abril del 2002, el Director Nacional de Hidrocarburos en el oficio NO. 052-DNH-2002 02 3415, certificó que:

“[...] el informe final de auditoría fue notificado a la Contratista y operadora del Bloque 16, mediante Oficio 990002 de 6 de enero de 1999, [...] Dicho informe fue impugnado por la Contratista, razón por la cual, se procedió a emitir un alcance a los resultados de las auditorías de los años 1994, 1995 y 1996 el mismo que consta en el Oficio No. 004-DNH-EH-AH-I 00116 de 21 de enero del 2000, sobre el cual no se impugnó. Por lo anotado, la Dirección Nacional de Hidrocarburos CERTIFICA que, el dictámen (sic) de auditoría a los costos, gastos, inversiones y reembolsos a los ejercicios fiscales 1994, 1995 y 1996, es un acto administrativo vinculante y firme”.

83. Paralelamente a la discusión sobre la procedencia y valor de las auditorías, se desarrollaba el debate sobre la posibilidad de resolver el conflicto mediante negociaciones o por medio de una consultoría. Así el 10 de noviembre de 1997 mediante el oficio GA-290/97 la **Contratista** le pidió a **PETROECUADOR** llegar a un acuerdo mediante los representantes de ambas compañías o, de lo contrario, por medio de la consultoría convenida en la cláusula Vigésima del **Contrato Modificatorio**.

84. Ante la falta de respuesta de **PETROECUADOR**, la **Contratista** insistió en su solicitud en las siguientes fechas: 15 de enero, 20 de mayo, 11 de diciembre, todas de 1998 y 17 de febrero de 1999.

85. La Procuraduría de **PETROECUADOR** manifestó mediante el oficio No. 667-PRO-98 del 11 de junio de 1998 que la controversia no versaba sobre datos y registros sino sobre el procedimiento adoptado por **PETROECUADOR** para efectuar la reliquidación, por lo que la discrepancia no estaba dentro del ámbito de la Dirección Nacional de Hidrocarburos y que, ante el desacuerdo existente, lo pertinente era aplicar el procedimiento descrito en la cláusula Vigésima numeral 20.1 del **Contrato Modificatorio**.

86. El 17 de julio de 1998, la **Contratista** recibió el oficio 980978 del Ministerio de Energía y Minas en el cual le notificó que había dado orden a la Dirección Nacional de Hidrocarburos de emitir los informes del "Examen Especial Practicado por esa Dirección a las Inversiones de Desarrollo, Producción, Costos, Gastos de Operación y Extracción de Bloque 16 correspondientes a los períodos fiscales 1994, 1995 y 1996".

87. Mediante el oficio 096-ADC-9 del 23 de febrero de 1999 **PETROECUADOR** contestó las solicitudes de la **Contratista** mencionadas en los párrafos 83 y-84 anteriores y se refirió al oficio 167-PEP-97-5163 del 26 de setiembre de 1997 en el que **PETROECUADOR** había dicho que "de persistir la Compañía en su infundado desacuerdo" le correspondía a la Dirección Nacional de Hidrocarburos realizar las auditorías respectivas, según lo estipula el artículo 11 de la Ley de Hidrocarburos.

88. El 26 de febrero de 1999, la **Contratista** le manifestó a **PETROECUADOR** que el procedimiento de solución previsto en el **Contrato Modificatorio** era la consultoría. **PETROECUADOR** le contestó mediante el oficio 52-PRO-A-99 sin fecha, pero recibido por la **Contratista** el 9 de marzo de 1999, y reiteró su posición

en cuanto a que la Dirección Nacional de Hidrocarburos era el órgano competente para resolver el desacuerdo, ya que la consultoría podía ser usada para resolver desacuerdos entre las partes, excepto aquellos que por ley debían ser decididos por la autoridad competente. Además instó a la **Contratista** a presentar el reclamo ante el "Ministro de Energía y Minas como instancia superior administrativa o acudir directamente ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo".

89. El 22 y el 31 de marzo de 1999, la **Contratista** le reiteró a **PETROECUADOR** su solicitud de que la discrepancia existente entre ellas fuera resuelta por medio de una consultoría, de conformidad con lo convenido en el **Contrato Modificatorio**.

90. Mediante el oficio 129-PRO-A-99 (sin fecha) el nuevo Presidente Ejecutivo de **PETROECUADOR**, consultó al Ministro de Energía y Minas sobre la discrepancia y le expresó su opinión de que:

"Ante el pronunciamiento emitido por la Dirección Nacional de Hidrocarburos, **PETROECUADOR** ratifica su criterio de que, la solución a una discrepancia de carácter contractual, deben resolverla las partes en los términos contemplados en el contrato, considerando además, que se trata de un aspecto de carácter económico, el que puede someterse a consultoría, de acuerdo con la cláusula 20.1 del citado Contrato.

Por lo expuesto y considerando que la DNH ha emitido su opinión sobre esta discrepancia, solicito se digne darnos a conocer su criterio, en su condición de máxima autoridad administrativa, sobre el sometimiento a Consultoría de la controversia surgida ante **PETROECUADOR** e **YPF**, sobre este tema".

91. El Ministro de Energía y Minas, mediante oficio del 20 de mayo de 1999, contestó la consulta hecha por **PETROECUADOR** respecto al procedimiento de solución del desacuerdo que existía entre dicha empresa y la **Contratista**, por la reliquidación de los montos adeudados y expresó lo siguiente:

"De los antecedentes expuestos, se aprecia que existe un desacuerdo entre las partes contratantes: **PETROECUADOR** y la **Contratista**, sobre el procedimiento para la revisión de la reliquidación. Al estar identificada la materia de la controversia, y teniendo un procedimiento de solución previsto en el contrato, resulta improcedente someter este desacuerdo a terceros que no estén establecidos en el contrato, siendo lo pertinente aplicar las

disposiciones contractuales, que es Ley para las partes, y criterio que ha manifestado el propio Procurador de PETROECUADOR, como consta de los antecedentes.”

92. Mediante el oficio 156 PRO-A-99-1812 del 27 de mayo de 1999 suscrito por las partes, ellas acordaron nombrar al Doctor Marcelo Merlo Jaramillo como consultor para dirimir la controversia “respecto a las reliquidaciones correspondientes al período 1994 a 1996 provenientes del Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 16”. El consultor comunicó su aceptación del cargo el 8 de junio de 1999 y emitió su opinión el 7 de julio de 1999.

93. La cláusula Vigésima, numeral 20.1, del **Contrato Modificatorio** establece lo siguiente:

“Consultoría: Los desacuerdos sobre asuntos de carácter técnico que involucren aspectos de carácter económico y viceversa, excepto los asuntos técnicos que por este Contrato o por la Ley deban ser decididos por autoridad competente, surgidos de la aplicación de este Contrato, se someterán a los representantes legales de las Partes para su resolución. Si dentro del plazo de diez (10) días de haberse remitido el desacuerdo, éste no hubiere sido resuelto, las Partes someterán los desacuerdos sobre los asuntos expresamente indicados en este Contrato, así como aquellos que mutuamente convinieren, a un consultor”.

94. El inciso g) del numeral citado en el párrafo anterior dispone que “la opinión del consultor tendrá efecto final y obligatorio para las Partes, a menos que mutuamente y de manera previa al sometimiento del desacuerdo al consultor, las Partes convengan lo contrario”.

95. En su informe del 7 julio de 1999, el Dr. Merlo explicó que el marco referencial de su trabajo fue, fundamentalmente el **Contrato de Prestación de Servicios** y el **Contrato Modificatorio**. Además advirtió que, según el numeral 20.1, “La opinión que emita el Consultor tendrá efecto final y obligatorio para PETROECUADOR e YPF Inc.”.

96. En su informe, el Dr. Merlo llegó a la conclusión de que el Anexo XI contiene una obligación de pago que no admite ninguna duda, por lo que debe "[...]" cumplirse en todas sus partes, ratificándose o actualizándose las reliquidaciones efectuadas en febrero de 1996, desestimándose el cambio de metodología ordenado por el Ex Presidente de PETROECUADOR el 25 de marzo de 1996 [...]" (sic, 1997). Las cifras contenidas en el Anexo XI "[...]" admiten solamente el reajuste de las variables que según la Dirección Nacional de Hidrocarburos lo indica en su informe de la Auditoría de 1996, son producción fiscalizada, porcentajes de aporte a mercado interno, precios, costos de transporte y costos de comercialización". Los informes de la Dirección Nacional de Hidrocarburos "no pueden afectar la obligación de pago de **PETROECUADOR** a la Contratista según los términos de la cláusula vigésimo sexta, numeral 1 y del Anexo XI del Contrato Modificatorio que constituye ley para las partes".

97. Mediante oficio 257-PRO-99-3610 fechado 13 de setiembre de 1999, el Presidente Ejecutivo de **PETROECUADOR** se dirigió al Procurador General del Estado y le consultó lo siguiente:

1. "Si el sometimiento al proceso de consultoría antes descrito es legal y contractualmente procedente, puesto que se refiere a un desacuerdo entre las partes contratantes y no interfiere con las atribuciones concedidas por la Ley de Hidrocarburos para que la Dirección Nacional de Hidrocarburos pueda efectuar sus auditorías, dentro del ámbito que le confiere el Art. 56 de dicha Ley.
2. Si la opinión del consultor, a la que las partes le dan el carácter de final y obligatoria, debe ser cumplida por ellas".

98. Esa consulta fue contestada por el Procurador General del Estado mediante oficio 08085, de 14 de octubre de 1999, en el que, luego de afirmar que el procedimiento de consultoría acordado entre las partes es legalmente procedente, pues el arbitraje, la mediación y cualquier otro procedimiento alternativo de resolución de conflictos están reconocidos por el sistema jurídico ecuatoriano en el artículo 191 de su Constitución Política, y porque así lo acordaron las partes en el **Contrato Modificatorio**, concluye que, "los contratantes están obligados a dar cumplimiento de la opinión de 7 de julio de 1999 del consultor designado de mutuo

acuerdo". Además dijo, "Lo señalado siempre y cuando los asuntos de carácter técnico y económico sobre los que versa la opinión del consultor, no sean asuntos que por ley deban ser decididos por autoridad competente, según lo estipulado en el mismo numeral 20.1 de la cláusula vigésima del contrato, aspecto cuya determinación es de absoluta responsabilidad de la máxima autoridad de Petroecuador".

99. Mediante el oficio número 04643 del 17 de febrero del 2000, el Contralor General del Estado, Subrogante, (nombre que, en el sistema legal ecuatoriano, se le da al funcionario que en otros países es designado como "subcontralor" u otro nombre similar), requirió la opinión de la Procuraduría General del Estado sobre el proceso de consultoría. Con el oficio número 10994 del 3 de marzo del 2000, el Procurador General del Estado, Subrogante, respondió la consulta en los siguientes términos:

"PETROECUADOR en sus contrataciones, no está sujeta a las leyes de contratación pública, esto es, a la Ley de Contratación Pública y Ley de Consultoría, sino exclusivamente a la Ley de Hidrocarburos y al Reglamento que para el efecto dicte el Presidente de la República [...] para la designación de los consultores PETROECUADOR no debe sujetarse a la Ley de Consultoría sino a la normativa antes señalada". Agregó que en lo que respecta al "[...] efecto legal de las opiniones emitidas por los consultores con el carácter de final y obligatorio, antes se indicó que, de conformidad con las Bases de Contratación a las cuales debió sujetarse el contrato modificatorio y que prevalecen sobre éste según lo dispuesto en el Art. 19 de la Ley de Hidrocarburos, Art. 2 del Decreto Ejecutivo No. 2845 y cláusula tercera, numeral 3.1.3. del mencionado contrato, la opinión del consultor es referencial y no obligatoria para las partes".

100. En el oficio 12042 fechado 5 de mayo del 2000 suscrito por el Dr. Leonello Bertini Arbeláez, Procurador General del Estado, Subrogante, ese profesional manifestó lo siguiente al Presidente Ejecutivo de **PETROECUADOR**: "Me refiero a su oficio PRO-A-2000-1875 de 4 de mayo del 2000, mediante el cual solicita la reconsideración de la opinión vertida por esta Procuraduría en oficio No. 8085 de 14 de octubre de 1999". Más adelante el Dr. Bertini agrega: "Consecuentemente, existe contradicción entre la referida estipulación contractual y la citada disposición de las Bases de Contratación, que debe ser resuelta por PETROECUADOR,

aplicando la norma del numeral 44.2 de las Bases de Contratación es decir que el dictamen del consultor debe ser considerado como referencial, apoyándose inclusive en la estipulación 3.1.3 de la cláusula tercera del Contrato. Este pronunciamiento modifica la opinión contenida en el oficio No. 8085 de 14 de octubre de 1999".

Este dictamen no fue conocido por el Tribunal de Arbitraje sino hasta el 1 de julio del 2003, fecha en la que **PETROECUADOR** lo presentó por primera vez.

101. En los folios 48 y siguientes de su memorial de contestación fechado 14 de abril del 2003 y presentado en las oficinas del **CIADI** el 16 del mismo mes, **PETROECUADOR** formuló una reconvención contra **REPSOL**. Esa reconvención se funda, en síntesis, en que **REPSOL** "[...] de manera expresa y categórica reconoce que el Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 16, suscrito el 27 de enero de 1986 [...] terminó su vigencia el 31 de diciembre de 1996". Por ese motivo, "[...] **PETROECUADOR** amparado en lo dispuesto por la regla 40 de las Reglas de Arbitraje y en el artículo número 46 del Convenio del **CIADI**, **RECONVIENE** a la Compañía Repsol YPF Ecuador, S.A. representada por el Ing. Carlos J. Arnao R., así como, a las Compañías que integran el Consorcio: Overseas Petroleum and Investment Corporation, Murphy Ecuador Oil Company, Cañam Offshore Limited y CRS Resources Ecuador LDC, las que responderán solidariamente por esta reconvención." Solicitó que se condene a esas compañías a:

1. Entregarle a **PETROECUADOR** sin costo y en buen estado de producción, los pozos que estuvieron en actividad y en buenas condiciones, todos los equipos, herramientas, maquinarias, instalaciones, y demás muebles e inmuebles adquiridos para fines del Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 16;
2. Pago del lucro cesante y daño emergente, por el uso indebido de los equipos y más (sic) bienes que debió transferir a **PETROECUADOR**, por efecto de la terminación del referido Contrato de Prestación de Servicios".

102. En ese mismo memorial **PETROECUADOR** afirmó que los reembolsos, costos y gastos "tienen carácter de provisionales, hasta cuando la Dirección de Hidrocarburos, por disposición legal, realice la auditoría al período fiscal

correspondiente". Fundamentó esta afirmación en los artículos 39 y 42 del Reglamento para la Aplicación de la Ley 101- y en las cláusulas Decimoctava, numeral 4 y Vigésimo Primera, numeral 16 del **Contrato de Prestación de Servicios**.

103. También argumentó que "jamás puede la obligación, objeto de la demanda de la Contratista, ser líquida, clara y expresa de pago". Dijo que la obligación estuvo "condicionada a la aprobación del Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR de conformidad con las cláusulas contractuales transcritas y de acuerdo con los artículos 39, 40, 41 y 42 del Reglamento para la Aplicación de la Ley 101".

104. En su escrito de réplica fechado 8 de mayo del 2003, **REPSOL** dio respuesta a la reconvención y afirmó que la modificación del **Contrato de Prestación de Servicios a Participación** implicó el cambio de la modalidad contractual; señaló la diferencia entre ambos tipos de contratos y enfatizó que, con la firma del **Contrato Modificador** "[...] no terminó el Contrato de Exploración y Explotación de Hidrocarburos sino el régimen aplicable a la contratación [...]". Agregó, además que, según lo dispuesto en el numeral 4.2 de la Cláusula Cuarta la "[...] Contratista tendrá el derecho exclusivo de ejecutar por su cuenta y riesgo las actividades de explotación de Petróleo Crudo y exploración adicional en el Área del Contrato, invirtiendo los capitales y utilizando el personal, los equipos, maquinarias y tecnología necesarios [...]". Concluyó que el plazo original del **Contrato de Prestación de Servicios** terminaba el treinta y uno de enero del dos mil doce y que esa misma es la fecha de terminación del **Contrato de Participación**. Consecuentemente, negó "[...] los fundamentos de hecho y de derecho de la reconvención planteada [...]" y solicitó al Tribunal que la rechazara.

105. **REPSOL** en su demanda y, posteriormente en las respuestas que dio en la audiencia sobre el fondo el día 25 de junio del 2003, reconoció que **PETROECUADOR** efectuó varios pagos entre los meses de enero y julio de 1997.

Afirmó también en esa audiencia que “[...] PETROECUADOR no pagó intereses por el retraso y los montos pagados en sucres representan una altísima pérdida por la devaluación de la moneda nacional en los años 1997, 1998 y 1999. Esas cantidades no han sido reclamadas por la Contratista”.

106. Como la “opinión” del Dr. Merlo no determina una suma líquida que **PETROECUADOR** deba pagar a **REPSOL**, el Tribunal emitió la Orden Procesal No. 5 en la cual le pidió a **PETROECUADOR** y a **REPSOL** que le presentaran una lista de todos los pagos hechos por la primera a la segunda, después de suscrito el **Contrato Modificadorio**. En respuesta a esa Orden Procesal **REPSOL** presentó al Tribunal varios cuadros en los que consta la información sobre los pagos y compensaciones referentes a la deuda que **PETROECUADOR** tiene con la **Contratista**, los cuales se resumen así:

- a) Pagos en **dólares** efectuados por **PETROECUADOR** a la Contratista desde el 10 de marzo de 1997 hasta el 9 de enero de 1998: US\$45.784.799,77.
- b) Compensaciones en **dólares** desde el 30 de mayo de 1997 hasta el 3 de agosto del 2000: US\$26.982.730,19.
- c) Pagos y compensaciones en **sucres** desde el 23 de enero de 1997 hasta el 3 de agosto del 2000: S/.64.836.634.328.

107. En respuesta a la citada Orden Procesal No. 5, **PETROECUADOR** presentó un escrito fechado 24 de julio del 2003 al que adjuntó varios documentos referentes a este proceso, a los pagos efectuados por ella y a los resultados numéricos que se desprenden de la reliquidación ordenada en julio de 1997.

108. El 1 de agosto del 2003, el Tribunal emitió la Orden Procesal No. 6 en la cual le pidió a **REPSOL** que indicara la forma en la que hizo la reliquidación para llegar a la suma de US\$13.700.000 que menciona en varios de sus escritos y le dio plazo hasta el día 20 del mismo mes para suministrar la información solicitada.

109. En respuesta a la Orden Procesal No. 6, **REPSOL** presentó al Tribunal un escrito fechado 20 de agosto del 2003 en el cual explica, detalladamente, cómo calculó la cifra que reclama, a partir de la información contenida en el Anexo XI del **Contrato Modificatorio**.

110. Con fecha 9 de setiembre del 2003 **PETROECUADOR** envió un fax a la Secretaria del Tribunal en el que le dijo que le estaba adjuntando “[...] las observaciones a los documentos enviados por la parte demandante en respuesta a la Orden Procesal No. 6.” El documento adjunto expresa lo siguiente:

“Recién el día lunes 1 de septiembre de 2003, hemos recibido copia de los documentos adjuntados en la respuesta de la parte demandante a la Orden Procesal No. 6, al respecto nos permitimos formular a Usted la observación siguiente:

En el Anexo C del escrito de referencia, sumillado por la Contratista y **PETROECUADOR**, expresamente se anota que los valores y volúmenes que allí constan son estimados que deberán reajustarse cuando se disponga de los informes finales de auditoria de la DNH y que están sujetas a la aprobación del Presidente Ejecutivo de **PETROECUADOR**”.

111. La cláusula Vigésima, numeral 22.1, del **Contrato Modificatorio** dispone textualmente: “**Legislación aplicable:** Este Contrato se rige exclusivamente por la legislación ecuatoriana y en él se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”.

V. FONDO DE LA CONTROVERSIA

1. Demanda Principal

a) **Legitimación de REPSOL**

112. En diversos escritos presentados en este arbitraje, **PETROECUADOR** ha cuestionado que **REPSOL** estuviera facultada para actuar en representación del resto de las empresas que conforman el **Consortio**. En relación con ese tema, este Tribunal ha valorado lo siguiente:

- a) En el artículo tercero del "Joint Operating Agreement" suscrito el 7 de febrero de 1996 por las empresas que conforman el **Consortio**, se definen las funciones de la operadora. Según el inciso o) de ese artículo, la operadora tendrá la función de representar a las otras compañías en todos los asuntos o negociaciones que se llevaren a cabo con CEPE, hoy **PETROECUADOR**, o con cualquier ministerio o agencia del gobierno de Ecuador.
- b) La cláusula segunda, numeral 2.5, del **Contrato Modificadorio** se refiere a la transferencia de derechos y obligaciones que hizo CONOCO Ecuador Ltd a Maxus Ecuador Inc. y literalmente expresa lo siguiente: "mediante esa misma escritura, la compañía Maxus Ecuador Inc. asumió la operación del consorcio".
- c) En la escritura pública otorgada el 10 de enero del 2001, suscrita entre otras, por **PETROECUADOR**, se dispuso que en lo sucesivo, **REPSOL** actuaría como operadora.
- d) Los actos posteriores a la suscripción del **Contrato Modificadorio** se llevaron a cabo por medio de esa operadora.
- e) El acuerdo mediante el cual las partes contratantes nombraron al Consultor fue hecho por **PETROECUADOR** y por la operadora, en nombre de la **Contratista**. Este Tribunal no tiene ninguna evidencia de que en alguna ocasión **PETROECUADOR** hubiera argumentado que **REPSOL** carecía de facultades para hacer esa designación en nombre del resto de las compañías que formaban el **Consortio**.
- f) Esa misma actitud ha tenido **PETROECUADOR** en relación con otras actuaciones de **REPSOL** en nombre del **Consortio**.
- g) Finalmente, todas las compañías que constituyen el **Consortio** ratificaron las actuaciones de la actual operadora, según se explica en el párrafo 26 anterior.

Por lo expuesto, este Tribunal considera que **REPSOL** estaba y está facultada para actuar en nombre de las demás compañías que constituyen el **Consortio**.

b) Régimen contractual

113. El **Contrato de Prestación de Servicios** fue suscrito el 27 de enero de 1986 por **PETROECUADOR** y por las sociedades que entonces formaban el **Consortio**. En los años siguientes hubo varios cambios en lo referente a las empresas que integraban el **Consortio** y, además, en cuanto a la estructura misma del contrato el cual, el 27 de diciembre de 1996, se transformó de **Prestación de Servicios a Contrato de Participación** (párrafos 39 a 64).

114. En este proceso se ha discutido intensamente la relación existente entre ambos contratos. El Tribunal de Arbitraje considera que, independientemente del interés académico que pudiera tener el análisis minucioso de los aspectos teóricos de la negociación, es evidente que el documento suscrito por las partes el 27 de diciembre de 1996 denominado, usualmente, el **Contrato Modificatorio**, reformó en forma radical la relación contractual existente entre ellas. También es obvio que esas relaciones contractuales (anteriores y posteriores a la firma del **Contrato Modificatorio**) deben partir del principio de la buena fe negocial y que ambas partes deben cumplir estrictamente las obligaciones que contrajeron en ellas.

115. El **Contrato Modificatorio** es consecuencia de que, en el mes de agosto de 1996, **PETROECUADOR** le hizo saber a los representantes de la **Contratista** la decisión del Gobierno del Ecuador de convertir el **Contrato de Prestación de Servicios** en un **Contrato de Participación**. Como se expresa en el párrafo 53 anterior, el 20 de agosto de 1996, **PETROECUADOR** le comunicó, oficialmente, a la **Contratista** su decisión de modificar el **Contrato de Prestación de Servicios** para convertirlo en uno de **Participación**. Dos días después, la **Contratista** aceptó la modificación propuesta.

116. Según se narra detalladamente en los párrafos 57 a 63, esa transformación del **Contrato de Prestación de Servicios** en un **Contrato de Participación** fue consultada por **PETROECUADOR** y por la **Contratista** a las autoridades correspondientes de la República del Ecuador, entre ellas el Consejo de

Administración de **PETROECUADOR**, el Ministro de Energía y Minas, el Procurador General del Estado y el Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. Todas manifestaron su asentimiento.

117. El propio 22 de agosto de 1996, representantes de las partes iniciaron negociaciones referentes al proceso de conversión del **Contrato de Prestación de Servicios en Contrato de Participación** y en cuanto al contenido del contrato que se firmaría con ese objeto, el cual posteriormente fue llamado el **Contrato Modificadorio**.

118. Esas negociaciones culminaron el 24 de octubre de 1996 con la firma del "Acta Resumen de Negociación", que fue suscrita por el Ingeniero Patricio Larrea, en su calidad de Jefe del Equipo Negociador de **PETROECUADOR** y por el Doctor Francisco Roldán, en su condición de representante de la Contratista. Este documento es el antecedente directo de la firma del **Contrato Modificadorio** que ocurre el 27 de diciembre de 1996 y que convierte el **Contrato de Prestación de Servicios** en uno de **Participación**.

119. De lo dicho en los párrafos precedentes no le queda la menor duda al Tribunal de Arbitraje de que el proceso de transformación del **Contrato de Prestación de Servicios en Contrato de Participación** fue impulsado por **PETROECUADOR** y por otras autoridades de la República del Ecuador; fue negociado minuciosamente por representantes altamente calificados de cada una de las partes y analizado en detalle, no solo por los equipos negociadores sino, además, por los más altos personeros de **PETROECUADOR** y del Gobierno de la República del Ecuador.

120. Ni las peculiaridades del proceso de formación de la voluntad previo al perfeccionamiento del contrato, ni la existencia de cláusulas que preservan para la Administración Pública la posibilidad de ejercer ciertas prerrogativas dentro del régimen contractual, ni cualquiera otra de las características diferenciales de los

contratos llamados administrativos, trae como consecuencia que a estos contratos dejen de aplicarse los principios generales de la contratación y las disposiciones del Código Civil ecuatoriano relativas a la interpretación de los contratos y al efecto y la fuerza obligatoria de sus estipulaciones. La primacía del interés público sobre el interés privado se refleja en el contenido del contrato, precisamente en las llamadas por la doctrina cláusulas exorbitantes, pero no le confiere a la administración poder para apartarse del contrato, ni para decidir unilateralmente sobre su validez, ni sobre el alcance y efecto de sus disposiciones invocando sus potestades públicas. Estas han de ejercitarse de manera que no interfieran con lo que contractualmente se ha convenido. En caso contrario, si de hecho se produce tal interferencia, el acto de autoridad en cuestión, lejos de modificar o de prevalecer sobre el contrato, se constituye en la evidencia de su violación.

121. En este proceso se ha debatido mucho sobre la naturaleza jurídica de la cláusula **Vigésimo Sexta del Contrato Modificador** especialmente por la denominación de "transitoria" que las partes le dieron. En lo referente a este extremo; el Tribunal estima que esa cláusula contiene una disposición contractual clara y que el calificativo de "transitoria" no desdice en absoluto su validez ni su fuerza vinculante, sino que alude, simplemente, al hecho de que, a diferencia de las demás disposiciones contractuales, llamadas a ser aplicadas a un número indeterminado de situaciones susceptibles de producirse en el futuro, durante el plazo de vigencia del nuevo régimen contractual, la transitoria habría de aplicarse solamente a una situación concreta, cuyas características jurídicas habían quedado ya definidas y que no volvería a producirse en el futuro como efecto de la vigencia del contrato. Según lo indica el numeral 26.1 de esa cláusula, **PETROECUADOR** pagaría a la Contratista, de acuerdo al Anexo XI de dicho contrato, las sumas de 74,322,902,092 Suces y US\$86,789,105.84 las cuales, expresadas en español, corresponden a Suces 74.322.902.092,00 y US\$86.789.105,84.

122. El Tribunal estima en consecuencia que la alegación de **PETROECUADOR** en el sentido de que esta cláusula habría prorrogado la vigencia de las normas aplicables al **Contrato de Prestación de Servicios**, no tiene sustento jurídico. En efecto, la suscripción del nuevo contrato puso fin al régimen contractual anterior. La cláusula transitoria no persigue prorrogar la vigencia de éste, sino que obedece a la intención de liquidarlo, determinando lo que una parte queda obligada a pagar a la otra como resultado del cierre de cuentas correspondientes al régimen extinguido. Tiene, pues, las características de un finiquito, como se advierte de la lectura del numeral 26.1. de dicha cláusula, que dice: "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".

123. Esta clara intención de los contratantes de finiquitar mediante una cláusula transitoria las cuentas pendientes debe, a criterio del Tribunal, considerarse necesariamente al analizar el alcance y las consecuencias jurídicas del contenido del Anexo XI y particularmente de las notas o aclaraciones citadas en los párrafos 71 y 72 anteriores.

c) **El conflicto y los medios para resolverlo**

124. Durante los primeros meses de 1997, después de que el **Contrato Modificatorio** había entrado en vigencia el primero de enero de ese año y de que **PETROECUADOR** había efectuado varios pagos a su deuda con **REPSOL**, funcionarios de **PETROECUADOR** le manifestaron a **REPSOL** que algunas liquidaciones que los representantes de ambas partes habían realizado, y cuyos resultados se habían plasmado en el Anexo XI, estaban equivocadas. Para corregir esa situación, el 25 de marzo de 1997 el Presidente Ejecutivo de **PETROECUADOR** ordenó la revisión de las reliquidaciones correspondientes a los períodos de 1994 a 1996. Este hecho inició las discrepancias entre las partes.

125. El 15 de julio de 1997, la **Contratista** expresó su protesta por la reliquidación efectuada y solicitó solucionar el desacuerdo en la forma prevista en el **Contrato Modificatorio**.

126. Según se narra en el párrafo 77 anterior, el 16 de julio de 1997 los delegados de las partes le presentaron a funcionarios de **PETROECUADOR**, con el objeto de que las sometiera al Presidente Ejecutivo de esa entidad para su aprobación, las reliquidaciones provisionales de las sumas adeudadas por **PETROECUADOR** a la **Contratista** como consecuencia de la actividad desplegada por esta durante los años 1994, 1995 y 1996. En la comunicación respectiva se dejó constancia de que la **Contratista** no estaba “[...] de acuerdo con la revisión que se ha efectuado a estas últimas reliquidaciones [...]” y que se reservaba “[...] el derecho a cualquier reclamo en la forma que fuere pertinente”.

127. El 10 de noviembre de 1997 (párrafo 83 anterior), la **Contratista** le solicitó a **PETROECUADOR** que, de conformidad con lo establecido en la cláusula Vigésima, numeral 20.1 del **Contrato Modificatorio**, si el diferendo no era resuelto por los representantes de las partes, se sometiera a la consultoría prevista en esa cláusula. Posteriormente insistió en su planteamiento mediante cuatro comunicaciones adicionales (párrafo 84).

128. Luego de sucesivas negativas de **PETROECUADOR** a someter el asunto a consultoría, y ante la insistencia de la **Contratista**, el nuevo Presidente Ejecutivo de **PETROECUADOR** (como se narra con más detalle en el párrafo 90 anterior), decidió consultar la cuestión al Ministro de Energía y Minas, superior jerárquico del Director Nacional de Hidrocarburos, quien el 20 de mayo de 1999 contestó la consulta así:

“De los antecedentes expuestos, se aprecia que existe un desacuerdo entre las partes contratantes: **PETROECUADOR** y la **Contratista**, sobre el procedimiento para la revisión de la reliquidación. Al estar identificada la materia de la controversia, y teniendo un procedimiento de solución previsto en el contrato, resulta improcedente someter este desacuerdo a terceros que no estén establecidos en el contrato, siendo lo pertinente aplicar las

disposiciones contractuales, que es Ley para las partes, y criterio que ha manifestado el propio Procurador de PETROECUADOR, como consta de los antecedentes" (párrafo 91).

129. Con ese fundamento, el 27 de mayo de 1999, el Presidente Ejecutivo de **PETROECUADOR** y el Apoderado General de YPF Ecuador Inc. se dirigieron al doctor Marcelo Merlo Jaramillo, para comunicarle su interés en designarlo como Consultor con el objeto de que dictaminara sobre el desacuerdo existente entre las partes, relacionado con "las reliquidaciones correspondientes al período 1994 a 1996 provenientes del Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 16".

130. La cláusula Vigésima, numeral 20.1, del **Contrato Modificatorio** establece lo siguiente:

"Consultoría: Los desacuerdos sobre asuntos de carácter técnico que involucren aspectos de carácter económico y viceversa, excepto los asuntos técnicos que por este Contrato o por la Ley deban ser decididos por autoridad competente, surgidos de la aplicación de este Contrato, se someterán a los representantes legales de las Partes para su resolución. Si dentro del plazo de diez (10) días de haberse remitido el desacuerdo, éste no hubiere sido resuelto, las Partes someterán los desacuerdos sobre los asuntos expresamente indicados en este Contrato, así como aquellos que mutuamente convinieren a un consultor".

131. Según lo transcrito, el Consultor debía resolver:

- a) Desacuerdos sobre asuntos de carácter técnico que involucren aspectos de carácter económico, excepto los asuntos técnicos que, por disposición contractual o mandato legal, deban ser decididos por autoridad competente.
- b) Desacuerdos sobre asuntos de carácter económico que involucren aspectos técnicos, y
- c) Cualquier otro desacuerdo que las partes mutuamente acordaren.

132. En la cláusula **Vigésima**, numeral 20.1.1, se desarrollan ciertas reglas relativas a la Consultoría, entre las cuales merece destacarse la contenida en la letra g), cuyo texto es el siguiente:

“La opinión del consultor tendrá efecto final y obligatorio para las Partes, a menos que mutuamente y de manera previa al sometimiento del desacuerdo al consultor, las partes convengan lo contrario”.

133. El Diccionario de la Lengua Española (Vigésima Segunda Edición, 2001) contiene las siguientes definiciones:

- a) **CONSULTOR**: “Persona experta en una materia sobre la que asesora profesionalmente” (3ª acepción).
- b) **ASESORAR**: “Dar consejo o dictamen” (1ª acepción).
- c) **ARBITRO**: “Persona que arbitra en un conflicto entre partes” (3ª acepción).
- d) **ARBITRAR**: “Resolver, de manera pacífica, un conflicto entre partes” (3ª acepción).

134. El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas de la Cueva (Sexta Edición, 1998, tomo II) contiene las siguientes definiciones:

- a) **ARBITRO**: “Juez nombrado por las mismas partes, para decidir una diferencia o un asunto litigioso entre las mismas”.
- b) **CONSULTOR**: “El que opina al ser consultado”.

135. Del análisis de los anteriores conceptos, el Tribunal llega a la conclusión de que, si bien en la cláusula **Vigésima**, numerales 20.1 y 20.1.1 se habla de un “consultor” a quien los interesados “someterán los desacuerdos”, para que rinda una opinión que “tendrá efecto final y obligatorio para las Partes” lo que ellas quisieron fue crear contractualmente un mecanismo *sui géneris* para resolver eventuales conflictos que surgieran. En efecto, independientemente de la denominación que le dieran las partes al procedimiento que establecieron en esas dos cláusulas y a la persona encargada de resolver los desacuerdos que se

presentaren, lo cierto es que ellas, en uso de su libertad contractual, pactaron una forma de resolver sus desacuerdos.

136. De esta manera, en el **Contrato Modificador** existen dos mecanismos de resolución de conflictos: la llamada "consultoría", regida exclusivamente por la legislación ecuatoriana y creada contractualmente por las partes para resolver los "[...] desacuerdos sobre asuntos de carácter técnico que involucren aspectos de carácter económico y viceversa, excepto los asuntos técnicos que por este Contrato o por la ley deban ser decididos por autoridad competente, [...]" y el previsto en la cláusula **Vigésima**, numerales 20.2 y 20.3 y siguientes para resolver los desacuerdos referentes a "[...] cualquier asunto que no esté incluido dentro del alcance de la cláusula veinte.uno (20.1) o si por cualquier razón, el sometimiento a un consultor no da como resultado una resolución final y obligatoria [...]", el cual se rige por el **Convenio del CIADI** y las Reglas de Arbitraje del **Centro**.

137. En la decisión sobre jurisdicción dictada en este asunto el 23 de enero del 2003, el Tribunal analizó detenidamente el segundo mecanismo. En los párrafos siguientes examinará el primero designado como "consultoría" en la cláusula **Vigésima**, numerales 20.1 y 20.1.1.

138. Aún cuando las partes denominaran "consultoría" al mecanismo que ellas crearon para resolver eventuales conflictos que se presentaran, es lo cierto que ese mecanismo, sin ser propiamente un arbitraje porque **PETROECUADOR** y la **Contratista** decidieron suprimirle al sistema en el que convinieron algunos de los formalismos propios de esa institución, guarda muchas similitudes con el arbitraje. La fundamental de esas semejanzas es que ambas (el arbitraje y el mecanismo creado contractualmente por las partes), tienen la finalidad de "resolver, de manera pacífica, un conflicto entre partes". Además como lo afirmó el Procurador General del Estado (párrafo 98), en la época en la que se suscribió el **Contrato Modificador** la propia Constitución Política del Ecuador en su artículo 191 autorizaba el uso del arbitraje, la mediación y cualquier otro procedimiento

alternativo de resolución de conflictos. Por la obvia similitud existente entre el mecanismo creado por las partes y el arbitraje, para analizar la factibilidad legal que existía para que **PETROECUADOR** y la **Contratista** resolvieran sus diferencias en la forma convenida por ellas, deben tomarse en cuenta, como se explicará, las normas de la Ley de Arbitraje y Mediación del sistema legal ecuatoriano el cual, por disposición de las contratantes, rige el fondo de esta controversia y, particularmente, este mecanismo de resolución de disputas convenido por las partes.

139. Respecto de la capacidad de **PETROECUADOR** de transigir, es necesario dividir el análisis en dos partes:

- a) Si **PETROECUADOR** necesitaba obtener autorización de la Procuraduría General del Estado para hacerlo y
- b) Si la materia controvertida era transigible.

140. Sobre la primera cuestión (necesidad de autorización de la Procuraduría General del Estado), la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado,¹ que estaba vigente cuando las partes designaron al Dr. Marcelo Merlo, establecía en su artículo 18 lo siguiente:

“En las controversias judiciales derivadas de actos administrativos o de contratos, el Procurador General del Estado podrá autorizar a los representantes legales de las dependencias, entidades u organismos del sector público, a petición de estos y previo informe favorable del Director o Asesor Jurídico respectivo, a allanarse o desistir de la demanda, **transigir** o terminar el juicio por mutuo consentimiento, cuando la cuantía sea superior a 2.000 salarios mínimos vitales del trabajador en general, o cuando sea de cuantía indeterminada que pueda exceder de dicho monto. El Procurador podrá ejercer también esta facultad cuando directamente comparezca como actor o demandado en el juicio.

En los juicios de cuantía inferior a la prevista en el inciso precedente, los representantes legales de las entidades del sector público, actuarán bajo su propia responsabilidad, administrativa, civil y penal.

¹ Ley 91, publicada en el Registro Oficial del 9 de junio de 1998 y reemplazada por la Ley 2001-45, Registro Oficial del 19 de julio del 2001.

En los casos en los que se hubiere previsto el arbitraje como medio de solución, se estará a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación". (Lo destacado no aparece en el original).

141. Consecuentemente, hay que buscar la norma aplicable en la citada Ley de Arbitraje y Mediación, cuyo artículo 4 dice:

"Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo los requisitos que establece la misma.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

Pactar un convenio arbitral con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento.

La relación jurídica a la cual se refiera el convenio deberá ser de carácter contractual. En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros. El convenio arbitral, por medio de la cual la Institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada a contratar por dicha institución. El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral".

142. De la simple lectura de la norma transcrita se hace evidente que **PETROECUADOR** no necesitaba obtener autorización alguna de la Procuraduría General del Estado, pues el pacto de someter a "Consultoría" ciertas discrepancias que pudieran surgir con la **Contratista** fue celebrado antes del **surgimiento de la controversia**.

143. Sobre la segunda cuestión (si la materia era transigible), hay que considerar, en primer lugar, que el desacuerdo se produjo con posterioridad a la suscripción del **Contrato Modificatorio** y que versó sobre el alcance y efectos de su cláusula Vigésimo Sexta así como sobre la interpretación del Anexo XI del mismo contrato. Al respecto, la **Contratista** afirmaba que, si bien los montos que debía pagarle **PETROECUADOR**, según dicho anexo, estaban sujetos a reliquidación, ésta sólo debía hacerse mediante el ajuste de las variables provisionales en definitivas, una

vez que se las conociera en forma definitiva. En cambio, **PETROECUADOR** consideraba procedente, para el cálculo definitivo de los montos adeudados, realizar una revisión integral de ellos, incluso mediante el cambio de la metodología usada inicialmente por las partes.

144. Esta diferencia ocasionó que, mediante oficio No. GTPYPF-002 de 16 de julio de 1997, los ingenieros Manuel Romoleroux y Ramiro Meneses, delegados, respectivamente, de **PETROECUADOR** y de YPF Ecuador Inc., se dirigieran al Ing. Patricio Larrea, Jefe de la Administración de contratos de **PETROECUADOR**, para comunicarle que habían realizado las respectivas reliquidaciones provisionales de 1994-1995 y 1996 del Bloque 16, que adjuntaban, y requerían que fueran sometidas a la aprobación de la Presidencia Ejecutiva de **PETROECUADOR**. Sin embargo, en dicha comunicación el delegado de la **Contratista**, Ing. Ramiro Meneses, señaló que **no estaba de acuerdo** con la revisión que se había efectuado a estas últimas reliquidaciones, en vista de que no se había procedido con los mismos principios ni metodología de liquidación que fueron utilizados en las liquidaciones provisionales y que sirvieron de base para establecer el Anexo XI, el cual estaba sujeto exclusivamente a las modificaciones que resultaren de cambiar las variables provisionales por las definitivas. Agregó que, por ese motivo, la **Contratista** se reservaba el derecho de formular cualquier reclamo, en la forma que fuere pertinente.

145. En ese momento el desacuerdo versaba claramente sobre la interpretación y los efectos que las partes daban a la cláusula Vigésimo Sexta del **Contrato Modificadorio** y a su Anexo XI.

d) **La auditoría de la Dirección Nacional de Hidrocarburos y la consultoría**

146. El asunto se complicó cuando la Dirección Nacional de Hidrocarburos (DNH) efectuó unas auditorías de los resultados de los años 1994, 1995 y 1996, en las que cuestionó la metodología usada por las partes para establecer las cifras que constaban en el Anexo XI del **Contrato Modificadorio**. **PETROECUADOR**

argumentó entonces que, según el artículo 56 de la Ley de Hidrocarburos, esas auditorías tenían efecto vinculante por no haber sido impugnadas por la **Contratista**, y que, por tanto, ellas habían resuelto definitivamente la discrepancia existente entre las partes.

147. El citado artículo 56 dice lo siguiente:

“Los contratistas o asociados deberán dar las facilidades necesarias para los controles y fiscalizaciones por parte del Ministerio del Ramo, el que podrá proceder a la revisión retroactiva de los datos y registros, según los requerimientos del caso.

Las auditorías realizadas por la Dirección Nacional de Hidrocarburos, ya sea directamente o mediante la contratación de auditores independientes de probada competencia, previamente calificados por la Dirección Nacional de Hidrocarburos, serán actos administrativos vinculantes y se considerarán firmes, a menos que se ejerza el derecho de impugnación de conformidad con la ley”.

148. La cuestión relativa al alcance y consecuencias del ejercicio de las facultades conferidas a la DNH por el artículo 56 de la Ley de Hidrocarburos debe examinarse, en el contexto de los principios jurídicos consignados en los párrafos 120, 121, 122 y 123 de este laudo y, consecuentemente, mediante la aplicación al caso de las normas contenidas en la Constitución Política de la República del Ecuador y en los artículos 1588, 1589 y 1603 a 1607 del Código Civil de ese país.

149. A juicio del Tribunal, la decisión de la DNH no ha generado para este procedimiento los efectos de la cosa juzgada, porque lo que aquí se debate tiene que ver con el alcance y efectos de una cláusula contractual contentiva de un finiquito de cuentas, propósito del todo ajeno a los supuestos normativos considerados por la Ley de Hidrocarburos como antecedente fáctico para el ejercicio de las facultades de la DNH.

150. Ciertamente, la DNH estaba facultada por la ley para fiscalizar las cuentas provenientes de las operaciones previstas en el **Contrato de Prestación de Servicios**. Pero de allí no se puede deducir que sus facultades comprendan la de modificar las cantidades constantes en la liquidación aprobada por las partes al

concluir dicho contrato. En efecto, cuando la DNH emitió sus resoluciones, la Constitución ecuatoriana, en virtud de las reformas vigentes desde agosto de 1998, había reconocido a la seguridad jurídica como un derecho garantizado a todas las personas (artículo 23, número 26). La misma Constitución (artículo 244, número 1) compromete al Estado –y consiguientemente a los órganos del poder público- a garantizar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones que generen confianza, reconociendo a las actividades empresariales pública y privada el mismo tratamiento legal. Estos principios deben considerarse necesariamente al examinar las consecuencias jurídicas de las decisiones administrativas expedidas por la DNH.

151. Al Tribunal le parece innecesario analizar si la tarea fiscalizadora de la DNH podía jurídicamente realizarse con posterioridad a la modificación del régimen contractual anterior o si, por el contrario, al haber terminado el régimen del **Contrato de Prestación de Servicios**, las facultades de la DNH inherentes a él concluyeron con la suscripción del nuevo convenio. Lo que el Tribunal estima es que en cualquiera de los dos supuestos, si la modalidad contractual de prestación de servicios ya no estaba vigente y se había suscrito un finiquito, iría contra la seguridad jurídica, garantizada explícitamente por la Constitución ecuatoriana, pretender que los efectos del acto administrativo prevalezcan sobre lo definido en el finiquito. Aún admitiendo que la DNH pudiera ejercitar sus facultades fiscalizadoras con posterioridad a la vigencia del **Contrato de Prestación de Servicios**, los efectos de los actos administrativos expedidos como resultado de la auditoría serían distintos; así, la Administración podría hacer efectiva la responsabilidad en contra de sus funcionarios, si actuaron con negligencia y, aún contra particulares, si estableciere que obraron con dolo. Podría también ciertamente acudir ante los órganos competentes de la administración de justicia, si de la auditoría surgieran elementos que le permitan sustentar jurídicamente pretensiones para que se enerve, limite o modifique lo indebidamente consignado en el finiquito. Pero el efecto jurídico del acto resultante de la auditoría, no puede ser la modificación unilateral del finiquito ni, mucho menos, la transformación de

una cuestión de naturaleza convencional y, consiguientemente, susceptible de transacción y arbitraje, en un acto de autoridad extraño a la órbita contractual.

152. De otro lado, es preciso considerar que después de emitida la resolución administrativa de la DNH la cual según la posición de **PETROECUADOR**, habría tenido el efecto de zanjar la diferencia, tanto **PETROECUADOR** como el Ministro de Energía decidieron someter la discrepancia al procedimiento previsto en el **Contrato Modificatorio**, es decir, a la decisión vinculante de un tercero, a quien ese contrato llama Consultor. En consecuencia, los efectos supuestamente definitivos de la resolución de la DNH, quedaron enervados por obra de la propia Administración, ya que mediante un acto posterior, sometió la divergencia a la decisión vinculante del Consultor.

153. Sobre este asunto el Código Civil del Ecuador dice en su artículo 2381 que es nula la transacción:

“[...] si al tiempo de celebrarse estuviere ya terminado el litigio por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y de que las partes o alguna de ellas no hayan tenido conocimiento al tiempo de transigir”.

154. Consecuentemente, aún si se aceptara que el acto administrativo de la DNH está “firme” (supuestamente con carácter de cosa juzgada administrativa), que surte efectos equivalentes al de la cosa juzgada judicial y, por tanto, que a este caso le es aplicable el citado artículo 2381 del Código Civil, concluiríamos necesariamente que el sometimiento a la consultoría del Dr. Merlo no tendría motivo de invalidez, pues al acudir a tal consultoría las partes conocían perfectamente la existencia de las auditorías de la Dirección Nacional de Hidrocarburos.

155. Como se expresa en el párrafo 95, el 7 de julio de 1999, el Dr. Merlo emitió su opinión la cual, según advirtió, tendría “[...] efecto final y obligatorio para **PETROECUADOR** e **YPF INC**”. En esencia el Dr. Merlo afirmó que en el Anexo XI

consta la deuda que **PETROECUADOR** tiene con la **Contratista** y que las cifras que constan en ese anexo admiten únicamente el ajuste de ciertas variables.

156. Si se considera que las partes le pidieron al Consultor, siguiendo el tenor literal del Contrato, que emitiese una opinión a la cual ambas le reconocerían fuerza obligatoria, al haberla expedido el Dr. Merlo con ese carácter, razonablemente podía considerarse que la divergencia había quedado resuelta. Esta idea indudablemente se vio reforzada después de que, respondiendo a una consulta de **PETROECUADOR**, el Procurador General del Estado, el 14 de octubre de 1999, manifestó que "[...] el procedimiento de consultoría acordado por **PETROECUADOR** y la contratista, [...] 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 modificatorio de la referencia y en el oficio 156-PRO-A-99-1812 suscrito por el Presidente de **PETROECUADOR** y el Apoderado General de YPF Ecuador Inc. En tal virtud los contratantes están obligados a dar cumplimiento de la opinión del 7 de julio del consultor designado de mutuo acuerdo".

157. Sin embargo, **PETROECUADOR** ha argumentado en este procedimiento que la opinión del Consultor no ha generado para ella ninguna obligación, por tratarse de un criterio meramente referencial. Apoya su argumento en la opinión del Procurador General del Estado, Subrogante, quien, el 5 de mayo de 2000 y en respuesta a una solicitud de reconsideración presentada por **PETROECUADOR**, modificó el criterio de la Procuraduría emitido el 14 de octubre de 1999 y sostuvo que la opinión del Consultor tiene un alcance meramente referencial.

158. A criterio del Tribunal, aunque se tratase de una opinión referencial, no por ello habría podido ignorarla **PETROECUADOR**, como si tal opinión nunca se hubiese emitido. En efecto, el término "referencial" aplicado a un medio de solución de controversias, alude a un criterio ofrecido a las partes como marco dentro del cual han de encontrar solución a la divergencia. Referir, dice la Real

Academia Española, en las acepciones más próximas al tema, es "dirigir, encaminar u ordenar una cosa a cierto y determinado fin u objeto" así como "remitirse, atenerse a lo dicho o hecho". En este sentido, el calificativo de referencial no puede entenderse como un sinónimo de intrascendente, sino de un criterio al cual las partes han de remitirse para poner fin a la controversia; criterio que, a diferencia del laudo arbitral, no es susceptible de ejecución forzosa, pero sí deja zanjada la controversia.

159. Como las partes solicitaron del Consultor una opinión vinculante, es decir que manifestaron de antemano que acatarían su parecer como fórmula de solución de sus divergencias, y como, además, el Consultor expidió su dictamen con ese carácter, la fuerza vinculante de la opinión emitida no puede ser unilateralmente desconocida por **PETROECUADOR**. Cualquier defecto jurídico que, a criterio de la empresa estatal demandada, afecte tanto la decisión administrativa mediante la cual se sometió la diferencia a la opinión vinculante del Consultor, como a lo decidido por éste, debería haber dado lugar a una acción encaminada a lograr un pronunciamiento judicial o arbitral que declare nula la opinión del Dr. Merlo, tal como lo propuso el asesor legal de la misma empresa demandada, en el Memorando No. 160 PRO – P- 2000 de 18 de febrero del 2000, en el cual expresó:

"**PETROECUADOR** deberá buscar un acercamiento con la compañía YPF a fin de que, vista la falta de competencia de los consultores, de común acuerdo, se nombren otros [...] En caso de que la compañía YPF no aceptare, **PETROECUADOR** deberá presentar ante uno de los señores Jueces de lo Civil de Pichincha, una demanda contra dicha Empresa, a fin de que declare la invalidez de los dictámenes [...]"

160.- Más allá de su explícita reticencia al acatamiento de lo resuelto, **PETROECUADOR** no inició acción judicial alguna para atacar el dictamen del Consultor. Tampoco lo hizo ante este Tribunal, cuando presentó su reconvención. Su argumentación en el sentido de que la opinión del Consultor carecía de valor legal y de que era meramente referencial, no le da al Tribunal competencia para

revisar o invalidar lo que, por aceptación explícita de ambas partes, debió haber dejado zanjada la controversia.

161. Es importante destacar en esta etapa del análisis de la cuestión un hecho fundamental para su debida resolución: cuando **PETROECUADOR** aún no había aceptado acudir al Dr. Merlo para que resolviera el conflicto, ante una petición de la **Contratista** en ese sentido **PETROECUADOR** la instó para que presentara su reclamo ante el Ministro de Energía y Minas "como instancia superior administrativa" (párrafo 88). Ante una consulta de **PETROECUADOR** en igual sentido, el Ministro de Energía y Minas les recomendó a las partes que utilizaran el mecanismo establecido en el contrato. Por ello, este Tribunal estima que **PETROECUADOR** no puede desconocer la autoridad del Ministro ni la decisión del Dr. Merlo y pretender, que sea el Director Nacional de Hidrocarburos, inferior jerárquico del Ministro, quien resuelva la disputa.

e) **Pacta Sunt Servanda**

162. Uno de los fundamentos esenciales de todo sistema jurídico es el de que los contratos deben cumplirse. Este principio que en los sistemas de derecho continentales proviene de la evolución del derecho romano y que se refuerza con el aporte del derecho canónico, el cual enfatizó que **todos los pactos debían cumplirse**, es conocido por su designación latina de **Pacta Sunt Servanda**.

163. Según lo que se deduce del expediente, la demandante suscribió, junto con la parte demandada, un Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el llamado "Bloque 16". Aunque la prueba que existe en autos al respecto no es concluyente, queda la impresión de que las autoridades del Gobierno ecuatoriano insistieron ante la **Contratista** para que accediera a convertir ese **Contrato de Prestación de Servicios** en un **Contrato**

de Participación. De lo que no hay duda es que el 20 de agosto de 1996 **PETROECUADOR** le comunicó oficialmente a la **Contratista** su decisión de convertir el **Contrato de Prestación de Servicios** en uno de **Participación**. También es indudable, como está demostrado de manera categórica en los autos, que esa conversión del contrato fue consultada a las correspondientes autoridades del Estado ecuatoriano y que todas la aprobaron. Además, hay demostración documental de que las partes iniciaron el propio 22 de agosto de 1996, negociaciones para hacer la conversión del contrato existente y de que ambas estuvieron representadas en esas negociaciones por funcionarios altamente calificados, quienes culminaron el proceso de negociación con la firma del acta de fecha 24 de octubre de 1996 en la que, incluso, consignaron algunas cláusulas del contrato que habían merecido su atención de manera especial.

164. También está probado en autos, mediante la presentación de los llamados "**Contrato Modificatorio**" y "**Anexo XI**" que ambos fueron suscritos por los funcionarios autorizados para hacerlo, en presencia de un notario público, y que las sumas consignadas en ese anexo solo podían ser ajustadas cuando se determinaran las variables definitivas.

165. Existe, además, prueba incuestionable en el expediente de que, ante un nuevo desacuerdo que surgió entre las partes, ellas decidieron, libre y voluntariamente, y previa opinión favorable del Ministro de Energía y Minas, superior jerárquico del ramo, utilizar el instrumento que contractualmente habían creado para ese efecto y someter el asunto a la "consulta" de un profesional prestigioso y altamente calificado como el Dr. Marcelo Merlo Jaramillo. Asimismo está demostrado que el procedimiento seguido ante el Dr. Merlo fue aprobado por el Procurador General del Estado ecuatoriano.

166. Al Tribunal le resulta difícil entender cómo, después de ocurrido lo que se narra en los tres párrafos precedentes **PETROECUADOR** alega que existieron

errores en la manera de hacer los cálculos e inobservancia de procedimientos legales. Si el cumplimiento estricto de lo acordado por los contratantes es una base fundamental de todo sistema jurídico, más lo es tratándose de Estados soberanos y de sus instituciones. Si cada nuevo gobierno pretendiera volver a examinar las obligaciones adquiridas por su antecesor, para decidir si las cumple o no, el comercio internacional y, particularmente, la inversión extranjera se tornarían imposibles. Ante ese proceder, el régimen jurídico internacional colapsaría ya que le bastaría a un nuevo gobierno alegar que su antecesor se equivocó al hacer determinada negociación para desconocer una situación jurídica existente. Indudablemente que, además de los enormes perjuicios que sufrirían las personas o entidades que hubieren invertido sumas de dinero, pequeñas o grandes (en este caso particular, sumamente cuantiosas) en un país, el deterioro que sufriría la imagen de ese Estado sería tan grande que, prácticamente, quedaría aislado del concierto de las naciones.

f) **Deuda de PETROECUADOR**

167. La parte medular de la "opinión" del Dr. Merlo dispuso que el Anexo XI consagra la obligación de **PETROECUADOR** de pagarle a la demandante una suma de dinero y que las partes debían respetar los valores a que llegaron "[...] en forma transaccional al elaborarse el Anexo XI dentro de las negociaciones previas al **Contrato Modificador**". Agrega que "[...] las cifras constantes en el Anexo 11 admiten solamente el reajuste de las variables que según la Dirección Nacional de Hidrocarburos lo indica en su informe de Auditoría del año 1996 son producción fiscalizada, porcentajes de aporte a mercado interno, precios, costos de transporte y costos de comercialización".

168. La "opinión" del Dr. Merlo define el conflicto con absoluta claridad. Sin embargo, no precisa una suma de dinero líquida que la parte demandada debe pagar a la demandante.

169. En vista de que en su "opinión" el Dr. Merlo no fijó una suma líquida que **PETROECUADOR** debía pagar a la **Contratista** y de que ésta demanda el pago de determinada cantidad y sus intereses, el Tribunal emitió la Orden Procesal No. 5 en la cual, en síntesis, le pidió a las partes que le presentaran al Tribunal una lista de todos los pagos hechos por **PETROECUADOR** a **REPSOL** después de ser suscrito el **Contrato Modificatorio**, con indicación del monto de cada pago y la fecha en que se efectuó. En respuesta a esa orden, **REPSOL** presentó varios cuadros que contienen la información sobre los pagos y las compensaciones referentes a la deuda que **PETROECUADOR** tiene con ella.

170. En criterio del Tribunal, si bien los cuadros citados en el párrafo anterior ayudaban mucho a aclarar la situación, no permitían fijar, con absoluta certeza, el monto de la deuda. Por ello promulgó la Orden Procesal No. 6 referida en el párrafo 36 anterior. En respuesta a esa Orden, el 20 de agosto del 2003 **REPSOL** presentó un escrito, respaldado por tres anexos con los cuales demostró, a satisfacción del Tribunal, que el monto de la obligación que **PETROECUADOR** tiene pendiente con ella es de US\$13.684.279,23 (trece millones seiscientos ochenta y cuatro mil doscientos setenta y nueve dólares, con veintitrés céntimos moneda de los Estados Unidos de América). A juicio del Tribunal es esta la primera ocasión en que se establece con certeza el monto preciso de lo adeudado por **PETROECUADOR** a **REPSOL**.

171. El documento que **PETROECUADOR** presentó el 9 de setiembre del 2003 (párrafo 110) no desvirtúa, en absoluto, lo demostrado por la **Contratista** en cuanto al monto de la deuda y se limita a reiterar su argumento de que "[...] los valores y volúmenes que allí constan (en el anexo C) [...] deberán reajustarse cuando se disponga de los informes finales de auditoría de la DNH [...]".

2. Supuesto adelanto de criterio

172. En su Memorial de Contestación fechado 14 de abril del 2003, **PETROECUADOR** afirmó que "al dictar ustedes la decisión sobre la competencia,

han expresado criterios de valor y adelantado opiniones sobre el asunto de fondo que constituye la controversia entre **REPSOL YPF Ecuador, S.A.** y **PETROECUADOR**".

173. **PETROECUADOR** argumenta que el supuesto adelanto de criterio por parte del Tribunal de Arbitraje se dio porque este expresó, en su decisión sobre jurisdicción dictada en el mes de enero del año 2003, en resumen, que consideraba que la diferencia entre las partes era de naturaleza jurídica, por referirse al supuesto incumplimiento por parte de **PETROECUADOR** de una obligación originada en el **Contrato Modificatorio**.

174. **PETROECUADOR** había fundamentado la objeción a la competencia del Tribunal de Arbitraje que hizo en su escrito del 24 de abril del año 2002 en algunas consideraciones sobre la vigencia en Ecuador del **Convenio del CIADI** y, fundamentalmente, en su afirmación de que **REPSOL** debió impugnar en sede administrativa el dictamen de la DNH que contenía el resultado de la auditoría referente a los gastos de operación y otros extremos y que, al no hacerlo, perdió la oportunidad de combatirlo en vía arbitral.

175. Cada vez que una de las partes opone una excepción a la jurisdicción, el Tribunal de Arbitraje necesita examinar cuidadosamente los hechos en que se basa y el fundamento legal de esa excepción. Cuando el Tribunal decide resolver la excepción planteada antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto debe, necesariamente, analizar la situación existente hasta ese momento; estudiar lo dicho por las partes en cuanto al tema en particular y basar su decisión en los materiales que contenga el expediente hasta esa fecha. Evidentemente, su decisión deberá estudiar minuciosamente todos los extremos del tema debatido para acoger o rechazar la excepción planteada.

176. Es obvio que para juzgar si la tesis de **PETROECUADOR** tenía fundamento o no, el Tribunal debió, de manera inexorable, analizar algunos de los temas que se

han debatido en este asunto. Si no lo hubiera hecho y se hubiera limitado a pronunciarse sobre su competencia sin dar razonamiento alguno, la parte perdedora hubiera podido objetar, en el momento oportuno, su decisión, afirmando que carecía de fundamento.

177. Es evidente que el hecho de que el Tribunal haya resuelto que la controversia que aquí se dilucida se origina en el **Contrato Modificador** no prejuzga, en lo absoluto, sobre cuál de las partes tenga razón en cuanto al fondo de la controversia. El Tribunal simplemente se manifestó sobre uno de los aspectos debatidos cuyo análisis era imprescindible para juzgar sobre el tema de su propia competencia.

178. Por lo expuesto, el Tribunal considera que es infundada la afirmación que planteó **PETROECUADOR** en el sentido de que este Tribunal había adelantado criterio sobre el fondo del asunto.

3. Reconvención

179. En su memorial de contestación fechado 14 de abril del 2003 (párrafo 101), **PETROECUADOR** presentó una reconvención contra **REPSOL**. En síntesis, esta reconvención se fundamenta en que, como la parte demandante "[...]de manera expresa y categórica reconoce que el Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el bloque 16 [...] terminó su vigencia el 31 de diciembre de 1996", **REPSOL** debe entregarle a **PETROECUADOR**, sin costo y en buen estado de producción, los pozos y los otros bienes que enumera y pagarle el lucro cesante y el daño emergente por el uso indebido que ha hecho de esos bienes".

180. **REPSOL** dio respuesta a la reconvención y afirmó, en síntesis, que la relación entre las partes cambió de naturaleza con la firma del **Contrato Modificador** pero continúa vigente hasta el treinta y uno de enero del año dos mil doce, por lo que la reconvención debe rechazarse.

18. Es cierto que, según lo dispuesto en la cláusula Cuarta del **Contrato Modificadorio**, "[...] El Contrato de Prestación de Servicios terminará en la Fecha Efectiva de este Contrato". También lo es que, según la Cláusula Tercera, numeral 3.1.15, la "Fecha Efectiva" del Contrato Modificadorio es el primero de enero de mil novecientos noventa y siete. Sin embargo, según la Cláusula Sexta, numeral 6.2, de **propio Contrato Modificadorio**, el período de explotación del **Contrato de Participación** que, en lo sucesivo, regiría las relaciones entre **PETROECUADOR** y a **Contratista**, duraría hasta el treinta y uno de enero del año dos mil doce. Consecuentemente, como la relación en las partes no ha terminado sino que pasó de estar regida por un tipo contractual a otro, no existe ninguna obligación de la demandante-reconvenida de devolver los bienes mencionados en la contravención. Por ello la reconvenición debe declararse sin lugar.

4. Honorarios y gastos del Arbitraje

19. La cláusula Vigésima del **Contrato Modificadorio** regula los medios de solución de conflictos que eligieron las partes contratantes, la consultoría y el arbitraje. Con respecto al arbitraje, pactaron varios aspectos sobre el procedimiento y en el numeral 20.2.14 dispusieron que:

"[...] cada Parte deberá pagar los honorarios del árbitro designado por ella, o del que hubiere sido designado a nombre de ella, cualquiera que sea el resultado del arbitraje. Los honorarios del presidente de la comisión de arbitraje serán divididos en partes iguales y pagados por las Partes. Los gastos anticipados que demande el proceso de arbitraje serán pagados en forma provisional por la Parte que solicitó tal arbitraje".

20. La citada cláusula del **Contrato Modificadorio** es clara en cuanto a la intención de las partes y, como ambas nombraron a los árbitros Alberto Wray y Eduardo Carmigniani de común acuerdo, las dos deben compartir el pago de los honorarios de los tres árbitros y, por igual razón, los gastos del proceso.

VI. DECISIÓN

14. Por las razones expuestas, el Tribunal de Arbitraje unánimemente resuelve:

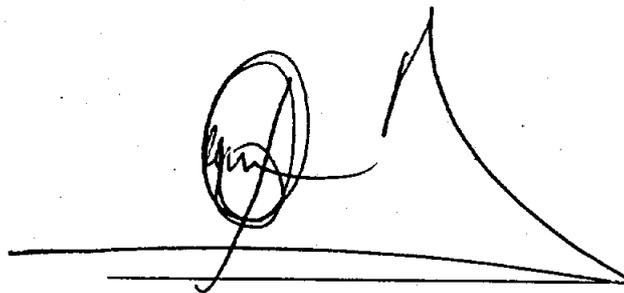
A. La **Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)** deberá pagar al **Consorcio** integrado actualmente por las compañías Repsol YPF Ecuador S.A., Overseas Petroleum and Investment Corporation, Murphy Ecuador Oil Company, Canam Offshore Limited y CSR Resources (Ecuador) LDC, la suma de trece millones seiscientos ochenta y cuatro mil doscientos setenta y nueve dólares con veintitrés céntimos, moneda de los Estados Unidos de América (US \$13.684.279,23).

B. También deberá pagar **Petroecuador** al **Consorcio** los intereses correspondientes sobre el monto adeudado, al tipo que rige en la República del Ecuador para el interés legal, desde la fecha en que este laudo le sea notificado hasta el momento en que el pago efectivamente se realice.

C. **Petroecuador** deberá efectuar los pagos dichos en un plazo máximo de sesenta días naturales a partir de la fecha en la que el **Centro** le notifique este laudo.

D. Se rechaza la reconvencción en todos sus extremos.

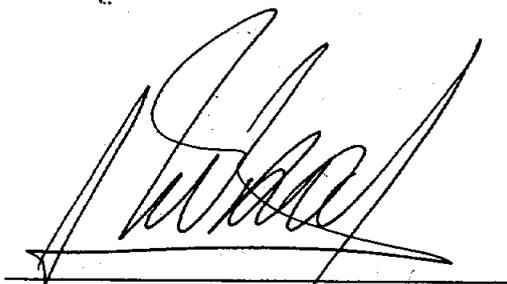
E. PETROECUADOR y la Contratista deberán cubrir, por iguales partes, la totalidad de los honorarios y gastos de este proceso arbitral. Cada una de ellas pagará los honorarios de los abogados que la hayan representado.



Rodrigo Oreamuno Blanco

Presidente del Tribunal

Fecha: 16/2/04



Alberto Wray Espinosa

Árbitro

Fecha: 02/18/04



Eduardo Carmigniani Valencia

Árbitro

Fecha: Febrero 13/2004