

**Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a
Inversiones**

Burlington Resources Inc.

Demandante

c.

República del Ecuador

Demandada

Caso CIADI N.º ARB/08/5

**DECISIÓN SOBRE RECONSIDERACIÓN
Y LAUDO**

Tribunal Arbitral
Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Presidente
Prof. Brigitte Stern, Árbitro
Sr. Stephen Drymer, Árbitro

Secretario del Tribunal
Sr. Marco Tulio Montañés-Rumayor

Asistente del Tribunal
Dr. Magnus Jesko Langer

Fecha: 7 de febrero de 2017

ÍNDICE DE CONTENIDOS

I.	LAS PARTES.....	9
A.	La Demandante.....	9
B.	La Demandada	9
II.	ANTECEDENTES PROCESALES	10
A.	Decisiones sobre Jurisdicción y Responsabilidad.....	10
B.	Decisión sobre Reconvenciones	10
C.	Fase Escrita sobre Cuantificación de Daños	10
D.	Audiencia sobre Cuantificación de Daños	13
E.	Fase Posterior a la Audiencia	15
III.	PETITORIOS.....	16
A.	Petitorio de Burlington.....	16
B.	Petitorio de Ecuador	18
IV.	ALCANCE DEL PRESENTE LAUDO	21
V.	CUESTIONES PRELIMINARES.....	21
A.	Derecho Aplicable al Fondo	21
B.	Cuestiones No Controvertidas.....	21
C.	Relevancia de las Decisiones de Otros Tribunales y Cortes Internacionales	22
D.	Idioma de las Decisiones y del Laudo.....	22
VI.	PETICIÓN DE RECONSIDERACIÓN DE ECUADOR	23
A.	Posiciones de las Partes	23
1.	Posición de Ecuador	23
2.	Posición de Burlington.....	27
B.	Discusión.....	33
1.	Marco legal aplicable.....	33
2.	Análisis	35
2.1	Facultad de reconsiderar la Decisión sobre Responsabilidad.....	35
2.2	El Tribunal se equivocó como cuestión de derecho	45
2.3	El Tribunal fue engañado en cuanto a los hechos.....	47

2.4 Conclusión.....	49
VII. CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS	50
A. Resumen de las Posiciones de las Partes	50
1. Resumen de la posición de Burlington	50
2. Resumen de la posición de Ecuador	52
B. Estándar de Compensación	53
1. Posición de Burlington.....	53
2. Posición de Ecuador	58
3. Análisis	64
C. Categorías de Pérdidas Indemnizables.....	73
1. Cuotas abonadas conforme a la Ley 42 en el pasado	73
1.1 Posición de Burlington	73
1.2 Posición de Ecuador	81
1.3 Análisis	89
2. Valor de los activos operativos (lucro cesante en virtud de los CP)	93
2.1 Posición de Burlington	93
2.2 Posición de Ecuador	94
2.3 Análisis	95
3. La pérdida de oportunidad para prorrogar el CP del Bloque 7.....	96
3.1 Posición de Burlington	96
3.1.1 El Tribunal tiene jurisdicción sobre esta reclamación.....	96
3.1.2 En el mundo “contrafáctico”, Burlington habría gozado de un derecho a negociar la prórroga del CP para el Bloque 7	98
3.1.3 “En toda probabilidad” Burlington habría obtenido una prórroga de ocho años bajo términos contractuales modificados.....	101
3.1.4 Los tribunales han reconocido la importancia de la pérdida de oportunidades en la valuación de una inversión	102
3.2 Posición de Ecuador	103
3.2.1 La reclamación por la pérdida de oportunidad de Burlington constituye una reclamación contractual sobre la cual el Tribunal carece de jurisdicción	103
3.2.2 En subsidio, la reclamación de Burlington es inadmisibles o fracasa en el fondo	104
3.3 Análisis	108
D. Valuación	114
1. Resumen de las valuaciones de las Partes.....	115
1.1 Resumen de la valuación de Burlington	115
1.2 Resumen de la valuación de Ecuador	117
2. Método de valuación FCD.....	119
2.1 Posición de Burlington	119

2.2	Posición de Ecuador	120
2.3	Análisis	121
3.	Fecha de la valuación	122
3.1	Posición de Burlington	122
3.2	Posición de Ecuador	126
3.3	Análisis	130
4.	¿Deben considerarse los efectos económicos de la Ley 42?	138
4.1	Posición de Burlington	138
4.2	Posición de Ecuador	142
4.3	Análisis	147
5.	Cálculo de los flujos de caja	152
5.1	El Modelo Actualizado	152
5.2	Variables y supuestos para los flujos de caja	154
5.2.1	Perfil de producción	154
a.	<i>Posición de Burlington</i>	154
b.	<i>Posición de Ecuador</i>	171
c.	<i>Análisis</i>	183
(i)	Bloque 7	186
(ii)	Bloque 21	187
(iii)	Objeciones de Ecuador al uso del Modelo Actualizado para proyectar la producción	208
5.2.2	Precios del crudo	210
5.2.3	Gastos operativos (OPEX)	215
5.2.4	Gastos de capital (CAPEX) y depreciación	218
5.2.5	Tributación	219
5.2.6	Secuencia de variables en el análisis de FCD	220
5.3	Cálculo de flujos de caja pasados y futuros	223
5.3.1	Flujos de caja anteriores a la expropiación	223
5.3.2	Tasa de descuento aplicable a flujos de caja futuros	224
5.3.3	Tasa de actualización aplicable a flujos de caja pasados	226
a.	<i>Posición de Burlington</i>	226
b.	<i>Posición de Ecuador</i>	230
c.	<i>Análisis</i>	234
5.3.4	Cálculo de los flujos de caja perdidos	239
6.	La pretensión de Burlington mediante la que solicita que el Laudo quede protegido contra la tributación	240
E.	¿Debe Reducirse la Compensación en vista de la Presunta Contribución de Burlington a sus Propias Pérdidas?	241
1.	Posición de Ecuador	241
1.1	Como cuestión de derecho, la compensación debe reflejar la contribución del damnificado a sus propias pérdidas	241

1.2	Como cuestión de hecho, Burlington contribuyó a sus propias pérdidas de manera sustancial	242
1.2.1	Burlington contribuyó a sus propias pérdidas al dejar de pagar las cuotas de la Ley 42 y suspender las operaciones.....	243
1.2.2	Burlington contribuyó a sus propias pérdidas al boicotear las negociaciones con el Estado	245
1.2.3	Burlington contribuyó a sus propias pérdidas debido a su conducta durante los juicios de coactiva.....	246
2.	Posición de Burlington.....	247
3.	Análisis	249
F.	Intereses posteriores al laudo.....	253
VIII.	COSTAS.....	254
A.	Posición de Burlington	254
B.	Posición de Ecuador	259
1.	Costas relacionadas con las reclamaciones principales	259
2.	Costas incurridas por Petroecuador	262
3.	Costas relacionadas con las reconvencciones	262
C.	Análisis	268
1.	Estándares aplicables	268
2.	Costas incurridas por Petroecuador	270
3.	Costas pertenecientes a las reclamaciones y reconvencciones.....	271
IX.	PARTE DISPOSITIVA	273

TABLA DE ABREVIACIONES Y DEFINICIONES

Aguilar IP2	Segundo Informe Pericial del Dr. Juan Pablo Aguilar Andrade del 7 de enero de 2011
Aguilar IP3	Tercer Informe Pericial del Dr. Juan Pablo Aguilar Andrade del 23 de mayo 2014
Aguilar IP4	Cuarto Informe Pericial del Dr. Juan Pablo Aguilar Andrade del 12 de enero de 2015
Anexo	Anexo Documental
Anexo C-	Anexos Documentales de la Demandante [Burlington]
Anexo CL-	Anexos Legales de la Demandante [Burlington]
Anexo E-	Anexos Documentales de la Demandada [Ecuador]
Anexo EL-	Anexos Legales de la Demandada [Ecuador]
Audiencia	Audiencia sobre cuantificación de daños y petición de reconsideración de los días 2 a 6 de marzo de 2015, a menos que se indique otra cosa
Brent	Crudo "Brent" del Mar del Norte
Burlington	Burlington Resources, Inc.
CAPEX	Gastos de Capital (por sus siglas en inglés)
C-EPA	Escrito Posterior a la Audiencia de Burlington sobre cuantificación de daños y reconsideración del 29 de mayo de 2015
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
Compass Lexecon IP1	Primer Informe Pericial sobre Valuación de Daños de Compass Lexecon del 24 de junio 2013
Compass Lexecon IP2	Primer Informe Pericial sobre Valuación de Daños de Compass Lexecon del 2 de octubre del 2014
Convenio CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados
Consortio	Consortio formado por Perenco Ecuador Limited y Burlington Resources Oriente Limited
CP	Contrato de Producción Compartida
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
Crick DT1	Primera Declaración Testimonial del Sr. John Crick del 24 de junio de 2013
Crick DT2	Segunda Declaración Testimonial del Sr. John Crick del 3 de octubre de 2014
Crick DT3	Declaración Testimonial Complementaria del Sr. John Crick del 16 de febrero de 2015

DJ	Decisión sobre Jurisdicción del 2 de junio de 2010
DR	Decisión sobre Responsabilidad del 14 de diciembre de 2012
DT	Declaración Testimonial
Dúplica	Dúplica sobre Cuantificación de Daños y Petición de Reconsideración de Ecuador del 12 de enero de 2015
EPA	Escrito Posterior a la Audiencia
EUR	Recuperación Final Estimada (por sus siglas en inglés)
Fair Links IP2	Primer Informe Pericial sobre Valuación de Daños de Fair Links del 23 de mayo de 2014
Fair Links IP3	Segundo Informe Pericial sobre Valuación de Daños de Fair Links del 12 de enero de 2015
FCD	Flujo de Caja Descontado
IP	Informe Pericial
Johnson DT	Declaración Testimonial del Sr. James Johnson del 3 de octubre de 2014
LH	Ley de Hidrocarburos
Martinez DT1 Supl.	Primera Declaración Testimonial Suplementaria del Sr. Alex Martinez del 17 de abril de 2009
Martinez DT4 Supl.	Cuarta Declaración Testimonial Suplementaria del Sr. Alex Martinez del 20 de junio de 2013
Martinez DT5 Supl.	Quinta Declaración Testimonial Suplementaria del Sr. Alex Martinez del 26 de septiembre 2014
Mem.	Memorial de Burlington sobre Cuantificación de Daños de 24 de junio de 2013
Modelo	Modelo Conjunto de Valuación de 24 de abril de 2015, preparado por Compass Lexecon y Fair Links
Modelo Actualizado	Modelo Conjunto de Valuación Actualizado de 20 de septiembre de 2016, preparado por Compass Lexecon y Fair Links
Moyes IP1	Primer Informe Pericial del Dr. Christopher P. Moyes del 21 de junio de 2013
Moyes IP2	Segundo Informe Pericial del Dr. Christopher P. Moyes del 3 de octubre de 2014
OPEX	Gastos operacionales (por sus siglas en inglés)
Perenco	Perenco Ecuador Limited
Pérez Loose IP	Informe Pericial del Dr. Hernán Pérez Loose del 3 de octubre de 2014
Petición	Petición de Reconsideración de la Decisión sobre Responsabilidad de Ecuador

RAF	Factor de Ajuste de Reservas (por sus siglas en inglés)
Réplica	Réplica sobre Cuantificación de Daños y Memorial de Contestación sobre Reconsideración de Burlington de 3 de octubre de 2014
R-EPA	Escrito Posterior a la Audiencia de Ecuador sobre reconsideración y cuantificación de daños del 29 de mayo de 2015
RP [N.º]	Resolución Procesal [número]
RPS IP3	Informe Pericial de RPS de 23 de mayo de 2014
RPS IP4	Informe Pericial de RPS de 9 de enero de 2015
Strickland IP	Informe Pericial del Dr. Richard F. Strickland de 3 de octubre de 2014
TBI	Tratado Bilateral de Inversión; específicamente, “Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección de Inversiones” de 11 de mayo de 1997
TIR	Tasa Interna de Retorno
Tr. Cuantificación [(Día)] [(Idioma)], [pág.: renglón]	Transcripción de la audiencia sobre cuantificación de daños y petición de reconsideración de los días 2 a 6 de marzo de 2015, versión en español o en inglés, según sea indicado
Tr. Medidas Provisionales [(Día)] [(Idioma)], [pág.: renglón]	Transcripción de la audiencia sobre medidas provisionales del día 17 de abril de 2009, versión en español o en inglés, según sea indicado
Tr. Responsabilidad [(Día)] [(Idioma)], [pág.: renglón]	Transcripción de la audiencia sobre responsabilidad de los días 8-11 de marzo de 2011, versión en español o en inglés, según sea indicado
USD	Dólares Estadounidenses
VJM	Valor Justo de Mercado

I. LAS PARTES

A. LA DEMANDANTE

1. La Demandante es Burlington Resources Inc. (“Burlington” o la “Demandante”), sociedad constituida de conformidad con la legislación del estado de Delaware, Estados Unidos de América, en el año 1988 y activa en la explotación de recursos naturales. El día 31 de marzo de 2006, Burlington fue adquirida por ConocoPhillips, empresa multinacional de energía con sede en el estado de Texas, Estados Unidos de América.
2. En el contexto de la presente fase del arbitraje, la Demandante se encuentra representada por el Sr. Nigel Blackaby, el Sr. Elliot Friedman, el Sr. Carlos Ramos-Mrosovsky, el Sr. Leon Skornicki y la Sra. Bonnie Doyle de la firma de abogados FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER US LLP; por el Sr. Craig Miles, el Sr. Wade Coriell, la Sra. Kate Hill, la Sra. Jamie Miller y la Sra. Elizabeth Silbert de la firma de abogados KING & SPALDING LLP; por el Sr. Jan Paulsson de la firma de abogados THREE CROWNS LLP; y por el Sr. Javier Robalino de la firma de abogados FERRERE (ECUADOR).

B. LA DEMANDADA

3. La Demandada es la República del Ecuador (“Ecuador” o “Demandada”).
4. En el contexto del presente arbitraje, la Demandada se encuentra representada por Dr. Diego García Carrión, Procurador General del Estado, la Dra. Blanca Gómez de la Torre, Directora de Asuntos Internacionales y Arbitraje, Dra. Christel Gaibor y Dra. Diana Moya de la PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, REPÚBLICA DEL ECUADOR; por el Prof. Eduardo Silva Romero, el Sr. Philip Dunham, el Sr. José Manuel García Represa, el Sr. Alvaro Galindo, la Sra. Erica Stein, la Sra. Maria Claudia Procopiak, y la Sra. Audrey Caminades, de la firma de abogados DECHERT (Paris) LLP; y por el Profesor Pierre Mayer, quien dejó DECHERT (Paris) LLP el día 1 de junio de 2015.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

A. DECISIONES SOBRE JURISDICCIÓN Y RESPONSABILIDAD

5. El día 2 de junio de 2010, el Tribunal emitió su Decisión sobre Jurisdicción, mediante la cual informó a las Partes de que adoptaría las medidas necesarias a efectos de la continuación del procedimiento hacia la fase de fondo.
6. El día 14 de diciembre de 2012, el Tribunal emitió su Decisión sobre Responsabilidad e informó a las Partes de que adoptaría las medidas necesarias a efectos de la continuación del procedimiento hacia la fase de cuantía de daños.
7. Las Decisiones sobre Jurisdicción y Responsabilidad son parte integrante del presente Laudo.

B. DECISIÓN SOBRE RECONVENCIONES

8. En el curso del presente arbitraje, el día 17 de enero de 2011, Ecuador interpuso reconvenciones a fin de solicitar compensación por el daño al medioambiente y a la infraestructura de los campos petrolíferos que presuntamente había causado el Consorcio. Luego, las Partes celebraron un acuerdo en virtud del cual le concedían jurisdicción respecto de las reconvenciones a este Tribunal, tal como lo relata la Resolución Procesal N.º 8 de fecha 21 de julio de 2011 (en el presente Laudo, las Resoluciones Procesales reciben la denominación “RP” seguida de sus números respectivos).¹
9. El procedimiento en materia de reconvenciones dio lugar a una Decisión sobre Reconvenciones que se emitió poco antes del presente Laudo. La Decisión sobre Reconvenciones es parte integrante del presente Laudo.

C. FASE ESCRITA SOBRE CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS

10. El día 28 de enero de 2013, Ecuador pidió autorización para presentar (i) solicitudes de documentos adicionales, y (ii) una petición de reconsideración de la Decisión sobre Responsabilidad. Ecuador también le pidió al Tribunal que suspendiera el procedimiento en materia de cuantificación de daños o, en subsidio, que organizara un procedimiento paralelo, estableciera un calendario de presentación de escritos e hiciera reserva de 2-3 días a efectos de una audiencia sobre la petición de

¹ Las RPs que no se mencionan aquí, por ejemplo las RP N.º 9, 10, 13, 14, 16, 17, 19, 20, 21, 24, 30, 31, trataron sobre otro aspecto del procedimiento que nos ocupa, por ejemplo, las reconvenciones.

reconsideración. En sus cartas de fechas 1 y 5 de febrero de 2013, Burlington respondió que no se oponía a las solicitudes de exhibición de documentos adicionales ni objetaba al derecho de cualquiera de las Partes de presentar solicitudes de reconsideración o aclaración, pero sí se oponía a la suspensión del procedimiento en materia de cuantificación de daños solicitado por la Demandada.

11. El día 22 de marzo de 2013, el Tribunal estableció un calendario de exhibición de documentos que les permitía a las Partes presentar solicitudes antes de la primera ronda de escritos en materia de cuantificación de daños. En la RP11, el Tribunal autorizó a Ecuador a presentar una petición de reconsideración, aunque rechazó la suspensión del procedimiento en materia de cuantificación de daños o la tramitación de un procedimiento paralelo.
12. El día 30 de abril de 2013, el Tribunal emitió la RP12 que abordaba las solicitudes de documentos en materia de cuantificación de daños de Burlington.
13. El día 24 de junio de 2013, Burlington presentó su Memorial sobre Cuantificación de Daños.
14. El día 24 de julio de 2013, Ecuador propuso la recusación del Profesor Orrego Vicuña, luego de la cual, el día 25 de julio de 2013, el Tribunal informó a las Partes de que el procedimiento se suspendía conforme a la Regla 9(6) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (“Reglas de Arbitraje”). El día 13 de diciembre de 2013, el Centro emitió su decisión de recusación del Profesor Orrego Vicuña. El día 11 de enero de 2014, el Centro informó a las Partes de que el procedimiento se reanudaba tras la aceptación por parte del Sr. Stephen Drymer de su nombramiento en calidad de árbitro en reemplazo del Profesor Orrego Vicuña.
15. El día 31 de enero de 2014, las Partes aceptaron un calendario modificado que establecía los pasos procesales a seguir tanto en cuanto a las reconveniones como respecto del procedimiento en materia de cuantía de daños. El día 10 de febrero de 2014, el Tribunal emitió la RP15 que abordaba las solicitudes de documentos en materia de cuantificación de daños de Ecuador.
16. En la RP18, emitida el día 22 de abril de 2014, el Tribunal se ocupó de la solicitud renovada de Ecuador que pretendía una decisión del Tribunal que le ordenara a Burlington que cumpliera con la RP15.

17. El día 23 de mayo de 2014, Ecuador presentó su Memorial de Contestación sobre Cuantificación de Daños acompañado de una Petición de Reconsideración. Asimismo, Ecuador hizo un nuevo intento de bifurcar su petición de reconsideración, suspender el procedimiento en materia de cuantificación de daños o, en subsidio, organizar un procedimiento paralelo que le permitiera al Tribunal pronunciarse respecto de la petición de consideración con carácter de urgencia. El día 7 de julio de 2014, el Tribunal emitió la RP22 que rechazaba la solicitud por parte de Ecuador de bifurcar la petición de reconsideración de los procedimientos sobre la cuantificación de daños.
18. El día 9 de agosto de 2014, el Tribunal emitió la RP23 que abordaba la solicitud de documentos actualizados de Burlington.
19. El día 3 de octubre de 2014, Burlington presentó su Réplica sobre Cuantificación de Daños y Memorial de Contestación sobre Reconsideración.
20. En la RP24 emitida el día 22 de diciembre de 2014, el Tribunal se pronunció respecto de la solicitud de documentos en materia de cuantificación de daños de Burlington, mientras que, en la RP25 emitida el día 23 de diciembre de 2014, el Tribunal resolvió las solicitudes de documentos en materia de cuantificación de daños de Ecuador.
21. Posteriormente, Ecuador presentó su Dúplica sobre Cuantificación de Daños y Petición de Reconsideración el día 12 de enero de 2015.
22. El día 20 de enero de 2015, el Tribunal y las Partes celebraron una conferencia telefónica a fin de analizar los aspectos procesales relativos a la organización de la audiencia sobre cuantificación de daños y la petición de reconsideración de Ecuador.
23. El día 29 de enero de 2015, el Tribunal emitió la RP26 que establecía los aspectos organizativos de la próxima audiencia.
24. El día 11 de febrero de 2015, el Tribunal emitió la RP27 mediante la cual se pronunciaba respecto de la solicitud de Burlington de incorporar pruebas nuevas al expediente y, el día 18 de febrero de 2015, el Tribunal resolvió la solicitud de Ecuador de incorporar pruebas nuevas a través de la emisión de la RP28.
25. En la misma fecha, el día 18 de febrero de 2015, Burlington presentó una declaración testimonial complementaria del Sr. Crick.

D. AUDIENCIA SOBRE CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS

26. La audiencia sobre cuantificación de daños y sobre la petición de reconsideración de Ecuador tuvo lugar en París, entre los días 2 y 6 de marzo de 2015 (la “Audiencia”). Las siguientes personas asistieron a la Audiencia:

El Tribunal

Miembros del Tribunal

Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler, Presidente

Profesora Brigitte Stern, Árbitro

Sr. Stephen Drymer, Árbitro

Secretario del Tribunal

Sr. Marco Tulio Montañés-Rumayor

Asistente del Tribunal

Sr. Magnus Jesko Langer

Por la Demandante

Por Burlington

Sr. Kerr Johnson	ConocoPhillips, Presidente, Otros Asuntos Internacionales
Sra. Janet Kelly	ConocoPhillips, Vicepresidente Senior de Asuntos Legales, Consejera General y Secretaria Corporativa
Sra. Laura Robertson	ConocoPhillips, Subconsejera General Litigios y Arbitraje
Sra. Suzana Blades	ConocoPhillips, Consejera Principal de Arbitrajes
Sr. Fernando Avila	ConocoPhillips, Consejero Senior E&P América

Abogados

Sr. Nigel Blackaby	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Sr. Elliot Friedman	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Sr. Carlos Ramos-Mrosovsky	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Sr. Leon Skornicki	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Sra. Lauren Friedman	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Sra. Bonnie Doyle	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Sra. Janet Tasigianis	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Sra. Cassia Cheung	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Sr. Alkesh Mcween	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Sra. Mandeep Dhaliwal	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Sr. Craig S. Miles	King & Spalding

Sr. Wade M. Coriell	King & Spalding
Sra. Elizabeth Silbert	King & Spalding
Sra. Kate E. Hill	King & Spalding
Sra. Jamie M. Miller	King & Spalding
Sra. Lisa Wong	King & Spalding
Sr. Jan Paulsson	Three Crowns LLP
Sr. Constantine Partasides	Three Crowns LLP
Sr. Javier Robalino Orellana	Paz Horowitz Robalino Garcés

Abogados de Perenco

Sra. Terra L. Gearhart-Serna	Debevoise & Plimpton LLP
------------------------------	--------------------------

Por la Demandada

Por Ecuador

Dr. Diego García Carrión	Procuraduría General de la República del Ecuador
Dra. Blanca Gómez de la Torre	Procuraduría General de la República del Ecuador
Dra. Diana Moya	Procuraduría General de la República del Ecuador

Abogados

Prof. Pierre Mayer	Dechert (Paris) LLP
Sr. Eduardo Silva Romero	Dechert (Paris) LLP
Sr. Philip Dunham	Dechert (Paris) LLP
Sr. José Manuel García Represa	Dechert (Paris) LLP
Sra. Erica Stein	Dechert (Paris) LLP
Sra. Audrey Caminades	Dechert (Paris) LLP
Sra. Véronique Moutot	Dechert (Paris) LLP
Sra. Marie Bouchard	Dechert (Paris) LLP
Sra. Gabriela González Giráldez	Dechert (Paris) LLP

27. Las siguientes personas le brindaron apoyo técnico a la Demandantes durante la Audiencia: Sr. James Haase de la firma Immersion Legal, y Sr. Matt Simmons de la firma FTI Consultants.

28. Los siguientes secretarios jurídicos de Dechert (Paris) LLP brindaron apoyo durante la Audiencia: Sr. Hugo Garcia Larriva, Sra. Ruxandra Esanu, Sra. Djamila Rabhi y Sra. Katherine Marami. Los siguientes empleados de Dechert (Paris) LLP le brindaron apoyo técnico a la Demandada durante la Audiencia: Sr. Loic Cropage (IT), Sr. Sébastien Brondy (IT), Sra. Isabelle Riviere, Sra. Mariele Coulet Diaz, Sra. Jessica Mutton y Sra. Raphaelle Legru.

29. Burlington presentó los siguientes testigos: Sr. John Crick (Perenco), Sr. James Johnson (ConocoPhillips), Sr. Alex Martínez (ConocoPhillips) y Sr. Eric d'Argentré (Perenco). Burlington también presentó los siguientes peritos: Sr. Manuel Abdala (Compass Lexecon), Sr. Pablo López Zadicoff (Compass Lexecon), Sr. Mark S. Sheiness (Compass Lexecon), Dr. Geoffrey Egan (Papanui Resources), Sr. Christopher P. Moyes (Moyes & Co.), Dr. Hernán Pérez Loose (Coronel y Pérez Abogados) y Dr. Richard Strickland (The Strickland Group).
30. Ecuador presentó los siguientes peritos: Sr. Juan Pablo Aguilar (perito jurídico), Sr. René Daigre (RPS), Sr. Ivor Ellul (RPS), Sr. Anton Mélard de Feuarent (Fair Links), Sr. Benjamin Roux (Fair Links), Sr. Arthur Salaun (Fair Links) y Sr. Antoine Antoun (Fair Links).

E. FASE POSTERIOR A LA AUDIENCIA

31. El día 29 de mayo de 2015, las Partes presentaron simultáneamente sus Escritos Posteriores a la Audiencia ("EPA").
32. Las Partes presentaron simultáneamente sus presentaciones sobre costas el 2 de mayo de 2016, y sus presentaciones de réplica el 23 de mayo de 2016.
33. A solicitud del Tribunal (tal como se discutiera y acordara con las Partes y sus peritos con anterioridad al cierre de la Audiencia), con arreglo a la RP29 de fecha 13 de marzo de 2015, el día 24 de abril de 2015, los peritos de las Partes presentaron un modelo de valuación conjunto que permitía la estimación de los daños posibles conforme a la metodología FCD en virtud de distintos supuestos y escenarios (el "Modelo"). El Tribunal entiende que, en la medida en que los supuestos de cada Parte se apliquen de la manera descrita en el informe individual de cada perito, el resultado del modelo sustituye las cifras anteriores en materia de daños de los peritos. Esto es de especial relevancia para las valuaciones que utilizan la fecha del laudo o las valuaciones de intereses, que varían con el tiempo.
34. El día 27 de julio de 2016, el Tribunal invitó a los peritos a actualizar el Modelo, y proporcionó para estos efectos supuestos y especificaciones adicionales (el "Modelo Actualizado"). Los peritos lo hicieron el día 20 de septiembre de 2016, en tanto que las Partes realizaron comentarios acerca del Modelo Actualizado el día 4 de octubre de 2016.

35. En varias ocasiones luego de los Escritos Posteriores a la Audiencia, en particular, los días 25 de febrero de 2016, 27 de julio de 2016 y 29 de noviembre de 2016, el Tribunal informó a las Partes acerca del avance de sus deliberaciones.
36. El 25 de enero de 2017, el Tribunal declaró el cierre del procedimiento.

III. PETITORIOS

A. PETITORIO DE BURLINGTON

37. Burlington presentó el siguiente Petitorio en su Memorial:²

“Por las razones expuestas supra, Burlington solicita respetuosamente que el Tribunal:

- (a) *ORDENE a Ecuador que le pague a Burlington una indemnización de daños por el monto de USD 1.139,1 millones;*
- (b) *ORDENE a Ecuador a pagar intereses compuestos respecto de la suma otorgada en (a) supra, hasta la fecha de pago efectivo y completo, a una tasa del 12,1 por ciento capitalizada en forma anual, o a la tasa y durante el período de capitalización que el Tribunal considere justos y apropiados en las circunstancias del caso;*
- (c) *DECLARE que:*
 - i. El Laudo se otorga neto de todos los impuestos ecuatorianos aplicables;*
 - ii. Ecuador no podrá aplicar o intentar aplicar impuestos al Laudo;*
y
 - iii. Burlington no tiene obligaciones tributarias adicionales frente a Ecuador;*
- (d) *ORDENE a Ecuador que pague todos los costos y gastos del presente arbitraje, incluidos los honorarios de los abogados y peritos de Burlington, los honorarios y gastos de los peritos nombrados por el Tribunal, así como los demás costos del CIADI;*
- (e) *ORDENE a Ecuador que pague intereses compuestos respecto de la suma otorgada en (d) supra, hasta la fecha de pago efectivo y completo, a una tasa del 4 por ciento capitalizada en forma anual, o a la tasa y durante el período de capitalización que el Tribunal considere justos y apropiados en las circunstancias del caso; y*
- (f) *OTORGUE cualquier otro resarcimiento que el Tribunal considere apropiado”.*

² Mem., ¶ 208. Nota del Tribunal: todas las citas, tales como esta, contenidas en el presente Laudo entre comillas y en bastardillas corresponden a una traducción del Tribunal.

38. En su Réplica, Burlington presentó el siguiente Petitorio:³

“Por las razones expuestas supra, al igual que las que se plantearon en el Memorial sobre Cuantía de Daños, Burlington solicita respetuosamente que el Tribunal:

- (a) RECHACE la petición de reconsideración de Ecuador;*
- (b) ORDENE a Ecuador que le pague a Burlington una indemnización de daños por el monto de USD 1.350,3 millones;*
- (c) ORDENE a Ecuador a pagar intereses compuestos respecto de la suma otorgada en (b) supra, hasta la fecha de pago efectivo y completo, a una tasa del 12,5 por ciento capitalizada en forma anual, o a la tasa y durante el período de capitalización que el Tribunal considere justos y apropiados en las circunstancias del caso;*
- (d) DECLARE que:*
 - i. El Laudo se otorga neto de todos los impuestos ecuatorianos aplicables;*
 - ii. Ecuador no podrá aplicar o intentar aplicar impuestos al Laudo;*
y
 - iii. Burlington no tiene obligaciones tributarias adicionales frente a Ecuador;*
- (e) ORDENE a Ecuador a pagar todas las costas y gastos del presente arbitraje, incluyendo los honorarios de los abogados y peritos de Burlington y los gastos de los peritos nombrados por el Tribunal, así como las demás costas del CIADI;*
- (f) ORDENE a Ecuador a pagar intereses compuestos respecto de la suma otorgada en (e) supra, hasta la fecha de pago efectivo y completo, a la tasa y durante el período de capitalización que el Tribunal considere justos y apropiados en las circunstancias del caso; y*
- (g) OTORGUE cualquier otro resarcimiento que el Tribunal considere apropiado”.*

39. En su Escrito Posterior a la Audiencia, Burlington solicitó el siguiente resarcimiento:⁴

“Por las razones expuestas supra, al igual que las que se plantearon en sus escritos anteriores, Burlington solicita respetuosamente que el Tribunal:

- (a) RECHACE la petición de reconsideración de Ecuador;*

³ Réplica, ¶ 364.

⁴ C-EPA, ¶ 249.

- (b) *ORDENE a Ecuador que le pague a Burlington una indemnización de daños por el monto de USD 1.318.755.933;*
- (c) *ORDENE a Ecuador que pague intereses compuestos respecto de la suma otorgada en (b) supra, hasta la fecha de pago efectivo y completo, a una tasa del 12,5 por ciento”*
- (d) *DECLARE que el Laudo es neto de todo impuesto Ecuatoriano aplicable;*
- (e) *ORDENE a Ecuador a pagar todas las costas y gastos de este arbitraje, incluyendo los honorarios de los abogados y peritos de Burlington;*
- (f) *ORDENE a Ecuador a pagar intereses compuestos sobre la suma otorgada en (e) supra, a la tasa y por el período de capitalización que el Tribunal considere justo y apropiado en las circunstancias del caso; y*
- (g) *OTORGUE el cualquier otro resarcimiento que el Tribunal considere apropiado”.*

B. PETITORIO DE ECUADOR

40. Ecuador presentó el siguiente Petitorio en su Memorial de Contestación:⁵

“603. Por las razones expuestas supra, Ecuador solicita respetuosamente que el Tribunal Arbitral dicte un laudo en el que resuelva que Ecuador no expropió en forma ilícita la inversión de Burlington en los Bloques 7 y 21 en virtud del Artículo III del Tratado:

604. Sin embargo, si el Tribunal Arbitral se inclinara por pronunciarse en favor de Burlington en cuanto a su reclamación de expropiación (contrariamente a las pruebas ofrecidas por Ecuador según las cuales no hubo violación del Tratado), Ecuador solicita respetuosamente que no se le otorgue compensación alguna a Burlington en función del comportamiento que derivó en su pérdida.

605. No obstante, si el Tribunal Arbitral se inclinara por otorgarle una compensación a Burlington, Ecuador solicita respetuosamente que se calcule de conformidad con esta presentación, y, en cualquier caso, que cualquier compensación se reduzca sustancialmente en virtud del comportamiento de Burlington que derivó en su pérdida.

606. Por último, Ecuador solicita respetuosamente que el Tribunal Arbitral:

- (a) *Ordene a Burlington a pagar todas las costas y gastos del presente arbitraje, incluyendo los honorarios de los abogados y peritos de Ecuador, así como las demás costas del CIADI, más intereses a una tasa de interés comercial adecuada; y*

⁵ MC, ¶¶ 603-606.

(b) *Otorgue cualquier otro resarcimiento que el Tribunal Arbitral considere apropiado*”.

41. En su Dúplica, Ecuador presentó el siguiente Petitorio:⁶

“964. Por las razones expuestas supra, Ecuador solicita respetuosamente que el Tribunal dicte un laudo en el que resuelva que Ecuador no expropió en forma ilícita la inversión de Burlington en los Bloques 7 y 21 en virtud del Artículo III del Tratado:

965. Sin embargo, si el Tribunal se inclinara por pronunciarse en favor de Burlington en cuanto a su reclamación de expropiación (contrariamente a las pruebas que ofreció Ecuador según las cuales no hubo violación del Tratado), Ecuador solicita respetuosamente que el Tribunal:

- (c) *Declare que las reclamaciones de Burlington vinculadas a la Ley 42 y a la pretendida pérdida de la oportunidad de negociar una prórroga del Contrato de Participación del Bloque 7 se encuentran fuera de su jurisdicción;*
- (d) *En subsidio, declare que las reclamaciones de Burlington vinculadas a la Ley 42 y a la pretendida pérdida de la oportunidad de negociar una prórroga del Contrato de Participación del Bloque 7 son inadmisibles; y*
- (e) *No entienda respecto de las reclamaciones renovadas de Burlington en materia de trato justo y equitativo, trato arbitrario, al igual que protección y seguridad plenas.*

966. No obstante, si el Tribunal Arbitral se inclinara por otorgarle una compensación a Burlington, Ecuador solicita respetuosamente que cualquier compensación se calcule de conformidad con esta presentación y, en cualquier caso, que cualquier compensación se reduzca sustancialmente en virtud del comportamiento de Burlington que derivó en su pérdida.

967. En el supuesto de que el Tribunal decidiera otorgarle intereses respecto de cualquier compensación a Burlington, Ecuador solicita respetuosamente que se otorguen exclusivamente intereses simples, a la tasa de interés comercialmente razonable de LIBOR + 2% o, en subsidio, a otra tasa comercialmente razonable, desde el día 30 de agosto de 2009 hasta la fecha de pago.

968. Por último, Ecuador solicita respetuosamente que el Tribunal:

- (a) *Ordene a Burlington a pagar todas las costas y gastos del presente arbitraje, incluyendo los honorarios de los abogados y peritos de Ecuador, así como las demás costas del CIADI, más intereses a la tasa de interés comercialmente razonable de LIBOR + 2% o, en subsidio, a otra tasa comercialmente razonable, desde la fecha del presente Laudo hasta la fecha de pago; y*

⁶ Dúplica, ¶¶ 964-968.

(b) *Otorgue cualquier otro resarcimiento que el Tribunal considere apropiado”.*

42. En su Escrito Posterior a la Audiencia, Ecuador solicitó el siguiente resarcimiento:⁷

“372. Por las razones expuestas supra, Ecuador solicita respetuosamente que el Tribunal dicte un laudo en el que resuelva que Ecuador no expropió en forma ilícita la inversión de Burlington en los Bloques 7 y 21 en virtud del Artículo III del Tratado.

373. Sin embargo, si el Tribunal se inclinara por pronunciarse en favor de Burlington en cuanto a su reclamación de expropiación (contrariamente a las pruebas que ofreció Ecuador según las cuales no hubo violación del Tratado), Ecuador solicita respetuosamente que el Tribunal:

- a) declare que las reclamaciones de Burlington vinculadas a la Ley 42 y la pretendida pérdida de la oportunidad de negociar una prórroga del Contrato de Participación del Bloque 7 se encuentran fuera de su jurisdicción;*
- b) en subsidio, declare que las reclamaciones de Burlington vinculadas a la Ley 42 y la pretendida pérdida de la oportunidad de negociar una prórroga del Contrato de Participación del Bloque 7 son inadmisibles;*
y
- c) no entienda respecto de las reclamaciones renovadas de Burlington en materia de trato justo y equitativo, trato arbitrario, al igual que protección y seguridad plenas.*

374. No obstante, si el Tribunal Arbitral se inclinara por otorgarle una compensación a Burlington, Ecuador solicita respetuosamente que cualquier compensación se calcule de conformidad con la presentación de Ecuador y, en cualquier caso, que cualquier compensación se reduzca sustancialmente en virtud del propio comportamiento de Burlington que derivó en su pérdida.

375. En el supuesto de que el Tribunal decidiera otorgarle intereses respecto de cualquier compensación a Burlington, Ecuador solicita respetuosamente que se otorguen exclusivamente intereses simples, a la tasa de interés comercialmente razonable de LIBOR + 2% o, en subsidio, a otra tasa comercialmente razonable, desde el día 30 de agosto de 2009 hasta la fecha de pago.

376. Por último, Ecuador solicita respetuosamente que el Tribunal ordene a Burlington que pague todas las costas y gastos del presente arbitraje, incluidos los honorarios de los abogados y peritos de Ecuador, así como los demás costos del CIADI, más intereses a la tasa de interés comercialmente razonable de LIBOR + 2% o, en subsidio, a otra tasa comercialmente razonable, desde la fecha del presente Laudo hasta la fecha de pago”.

⁷

R-EPA, ¶¶ 372-376.

IV. ALCANCE DEL PRESENTE LAUDO

43. El presente Laudo aborda y resuelve la petición de Ecuador que se reconsidere la Decisión sobre Responsabilidad, la cuantificación de las reclamaciones de Burlington de acuerdo con la Decisión sobre Responsabilidad, y las costas del arbitraje en su totalidad, incluyendo los procedimientos en materia de las reclamaciones de Burlington (jurisdicción, responsabilidad y cuantificación de daños) y las reconveniones de Ecuador. Tal como se menciona *supra*, la Decisión sobre Jurisdicción, la Decisión sobre Responsabilidad y la Decisión sobre Reconveniones forman parte integral del presente Laudo.

V. CUESTIONES PRELIMINARES

A. DERECHO APLICABLE AL FONDO

44. El Tribunal hace referencia a los párrafos 177 a 179 de la Decisión sobre Responsabilidad. Allí, el Tribunal arribó a la conclusión de que aplicaría lo siguiente: (i) en primer lugar el TBI y, de ser necesario, (ii) el derecho ecuatoriano y las normas de derecho internacional “que pudieren ser aplicables”. En este último sentido, el Tribunal también sostuvo que consideraba que la segunda oración del Artículo 42(1) del Convenio CIADI no establece que las controversias deban asignarse a uno u otro ordenamiento. Por lo tanto, es tarea de los árbitros determinar si una cuestión se encuentra sujeta al derecho nacional o internacional, si bien se entiende que una parte no puede basarse en su derecho interno para escapar a una obligación en virtud del derecho internacional.

B. CUESTIONES NO CONTROVERTIDAS

45. Al momento de aplicar el derecho (sea nacional o internacional), ya sea en este Laudo o en sus decisiones anteriores, el Tribunal considera que no está obligado a seguir los argumentos y fuentes invocados por las Partes. El principio *iura novit curia* – o en la presente instancia, *iura novit arbiter* – le permite al Tribunal formar su propia opinión acerca del sentido del derecho, siempre que no se ampare en una teoría jurídica que no fue objeto de debate o que las Partes no pudieron anticipar o abordar.⁸

⁸ Véase, por ejemplo: *Daimler Financial Services AG c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/05/1 (“*Daimler c. Argentina*”), Decisión sobre Anulación del 7 de enero de 2015, ¶ 295 (“[...] un tribunal arbitral no se limita a referirse o basarse únicamente en las autoridades citadas por las partes. Puede, por iniciativa propia, basarse en otras autoridades públicamente disponibles, aun si no han sido citadas por las partes, siempre que la cuestión

C. RELEVANCIA DE LAS DECISIONES DE OTROS TRIBUNALES Y CORTES INTERNACIONALES

46. Tal como se expresara en las Decisiones sobre Jurisdicción y Responsabilidad, el Tribunal considera que no está obligado a seguir las decisiones anteriores de tribunales internacionales.⁹ Sin embargo, la mayoría considera que, siempre con sujeción a las particularidades de un tratado determinado y a las circunstancias del caso, tiene el deber de adoptar soluciones establecidas en una serie de casos similares consistentes, si existieran, a menos que existan motivos convincentes en contrario. La árbitro Stern no percibe el rol de los árbitros de la misma manera, ya que considera que es su deber decidir cada caso exclusivamente de acuerdo a sus propios méritos, tal como se argumentara ante ella, con independencia de cualquier tendencia jurisprudencial aparente.

D. IDIOMA DE LAS DECISIONES Y DEL LAUDO

47. De acuerdo con la cláusula 7 del Acta de la Primera Sesión, el Tribunal dicta el presente Laudo, y ha dictado sus decisiones anteriores, tanto en inglés como en español. Sin embargo, observa que el idioma en el que originalmente se redactó el presente Laudo, así como las decisiones anteriores, es el inglés. En consecuencia, en caso de alguna discrepancia entre ambas versiones, la versión en inglés debe considerarse que refleja el sentido deseado por el Tribunal, y por lo tanto dicha versión prevalecerá.

haya sido planteada ante el tribunal y que se haya conferido a las partes la oportunidad de tratarlas”). Véanse también: *Caso Relativo a la Jurisdicción en Materia de Pesquerías (República Federal de Alemania c. Islandia)* (“Caso de las Pesquerías”), Fondo, Fallo del 25 de julio de 1974, ¶ 18 (“[p]uesto que el deber de la propia Corte consiste en determinar y aplicar el derecho pertinente en las circunstancias del caso en cuestión, la carga de establecer o probar las normas de derecho internacional no puede imponerse a ninguna de las Partes, en tanto el derecho se encuentra dentro del conocimiento judicial de la Corte”); *Albert Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. La República Eslovaca*, Caso CNUDMI (“*Oostergetel c. República Eslovaca*”), Laudo del 23 de abril de 2012, ¶ 141; *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, Caso CIADI N.º ARB/10/3 (“*Metal-Tech c. Uzbekistán*”), Laudo del 4 de octubre de 2013, ¶ 287; *Vestey Group Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/06/4 (“*Vestey c. Venezuela*”), Laudo del 15 de abril de 2016, ¶ 118.

⁹ DJ, ¶ 100; DR, ¶ 187.

VI. PETICIÓN DE RECONSIDERACIÓN DE ECUADOR

48. En su Petición de Reconsideración (la “Petición”), Ecuador solicita que el Tribunal reconsidere su Decisión sobre Responsabilidad en función de dos circunstancias excepcionales.

A. POSICIONES DE LAS PARTES

1. Posición de Ecuador

49. Ecuador solicita que la Decisión sobre Responsabilidad sea reconsiderada por ser “*fundamental y fatalmente defectuosa*” con respecto a la cuestión de si hubo una expropiación.¹⁰ Ecuador plantea esencialmente dos “*circunstancias excepcionales*”, las que afirma justifican una reconsideración “*aunque una conclusión en favor de Ecuador sobre la base de cualquiera de los dos cargos bastará para revocar la determinación de expropiación ilícita*”:¹¹

(i) *el Tribunal basó su decisión sobre expropiación en un argumento jurídico relativo al Artículo 74(4) de la Ley de Hidrocarburos (la “LH”) que ninguna de las Partes había planteado;*¹² y/o

(ii) *el Tribunal arribó a su decisión sin el conocimiento pleno de los riesgos significativos, reales e inmediatos creados por la suspensión, dado que Burlington retuvo pruebas claves en este aspecto.*¹³

50. Según Ecuador, la Decisión sobre Responsabilidad no es un laudo, sino una “*decisión preliminar a un laudo*” que no tiene efectos de cosa juzgada,¹⁴ tal como confirmara recientemente el tribunal en el marco del caso *Standard Chartered Bank (“SCB”) c. Tanesco*.¹⁵ Por lo tanto, es susceptible de reconsideración a discreción del Tribunal. Aquí, el Tribunal debería ejercer su discrecionalidad para reconsiderar como consecuencia de las circunstancias excepcionales mencionadas *supra*.¹⁶

¹⁰ Carta del 28 de enero de 2013 de Ecuador al Tribunal, págs. 1-5; MC, ¶ 25; Dúplica, ¶ 30; R-EPA, ¶ 13.

¹¹ Dúplica, ¶ 30.

¹² *Id.*, ¶¶ 18-20.

¹³ *Id.*, ¶¶ 21-25.

¹⁴ *Id.*, ¶ 46. MC, ¶¶ 26-28.

¹⁵ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania Electric Supply Company Limited (Tanesco)*, Caso CIADI N.º ARB/10/20 (“SCB c. Tanesco”), Laudo del 12 de septiembre de 2016, ¶ 318. Comentarios de la Demandada sobre SCB c. Tanesco, págs. 2-3.

¹⁶ MC, ¶¶ 51-52.

51. Ecuador también argumenta que la Petición es admisible y que el Tribunal goza de la facultad de reconsiderar la Decisión sobre Responsabilidad.¹⁷ En particular, destaca que Burlington aceptó expresamente que ambas Partes podían solicitar la reconsideración y, por ende, no puede ahora objetar que la Petición es inadmisibile.¹⁸ Asimismo, explica que existen “*facultades de reconsideración*” en circunstancias excepcionales, tales como las receptadas en los Artículos 49(2), 51 y 52 del Convenio CIADI, así como en las Reglas 25 y 38(2) de las Reglas de Arbitraje CIADI.¹⁹ En cualquier caso, Ecuador alega que el Artículo 44 del Convenio CIADI le confiere al Tribunal la facultad inherente de reconsiderar decisiones anteriores.
52. Según Ecuador, el caso *SCB c. Tanesco* confirma que el Tribunal goza de la facultad de reabrir y modificar la Decisión sobre Responsabilidad.²⁰ Ecuador admite que dicha facultad se limita a circunstancias excepcionales,²¹ si bien argumenta que no se encuentra sujeta a los requisitos del Artículo 51 ni del Artículo 52 aplicado por analogía ni a cualquier otra disposición del Convenio CIADI.²² En el supuesto de que, *par impossible*, el Tribunal resolviera que la Decisión sobre Responsabilidad tiene efectos de cosa juzgada, aún podría reconsiderar la decisión, en virtud del estándar más elevado del Artículo 51.²³ A diferencia del tribunal del caso *Perenco*, que simplemente evaluó si alguna de las disposiciones invocadas por Ecuador eran aplicables a la petición de reconsideración en dicho caso, el Tribunal debe concentrarse en la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la reconsideración.²⁴ Según la Demandada, existen circunstancias excepcionales si “*cualquiera de los fundamentos para reabrir un laudo o una decisión en virtud del Convenio son aplicables o si, de otro modo, es en aras de la justicia*”.²⁵
53. Pasando al fondo de la Petición, Ecuador afirma que su intervención en los Bloques 7 y 21 no constituyó una expropiación ilícita.²⁶ Según Ecuador, las condiciones en

¹⁷ Dúplica, ¶¶ 41-42.

¹⁸ R-EPA, ¶¶ 14-15; Comentarios de la Demandada sobre *SCB c. Tanesco*, pág. 1, haciendo referencia a Carta de fecha 1 de febrero de 2013 de Burlington al Tribunal (**Anexo E-569**); Carta de fecha 5 de febrero de 2013 de Burlington al Tribunal (**Anexo E-570**).

¹⁹ R-EPA, ¶ 26.

²⁰ Comentarios de la Demandada sobre *SCB c. Tanesco*, pág. 2.

²¹ *Id.*, pág. 3.

²² *Id.*, pág. 4.

²³ *Ibid.*

²⁴ R-EPA, ¶ 24.

²⁵ *Id.*, ¶ 20.

²⁶ R-EPA, ¶ 38; Comentarios de la Demandada sobre *SCB c. Tanesco*, pág. 3.

que podía intervenir en los Bloques se cumplieron, y los riesgos significativos de daño que planteaba la suspensión justificaban su intervención inmediata. Ecuador también resalta que el tribunal en el caso *SCB c. Tanesco* reconsideró su decisión anterior en circunstancias similares a las del presente caso.²⁷

54. Primero, Ecuador alega que el Tribunal debe reconsiderar su decisión sobre expropiación y resolver que Ecuador tenía derecho a intervenir en los Bloques “*luego de la suspensión por parte del Consorcio*”.²⁸ Ecuador invoca esencialmente cinco razones en sustento de esta alegación:²⁹ (i) el Tribunal, en violación del debido proceso, arribó a su decisión realizando una interpretación del Artículo 74 de la LH “*que ninguna de las partes había planteado en el marco del procedimiento que nos ocupa*”;³⁰ (ii) el Artículo 74(4) de la LH se relaciona exclusivamente con la caducidad, y no con la suspensión o la intervención;³¹ (iii) Ecuador tenía derecho a intervenir en los Bloques a fin de garantizar la continuidad de la producción de hidrocarburos tal como lo requieren su Constitución, el derecho ecuatoriano y los CP;³² (iv) la intervención no es una sanción, sino una medida coercitiva destinada a proteger los activos estratégicos de Ecuador en una situación de urgencia, y Ecuador gozaba de facultades inherentes para sustituir a un contratista petrolero privado en situación de incumplimiento;³³ y (v) las disposiciones del derecho ecuatoriano contemplan facultades inherentes del Estado para cumplir con su deber de minimizar “*la totalidad del impacto negativo en la producción de hidrocarburos*”.³⁴
55. Además, Ecuador solicita que el Tribunal reconsidere su decisión de no evaluar argumentos basados en la *exceptio non adimpleti contractus*. Por el contrario, debiera resolver que el Consorcio no podía invocar tal defensa por las siguientes razones: (i) Burlington admitió que “*el único motivo*” por el cual el Tribunal concluyó que existía justa causa para suspender las operaciones era que Ecuador había incumplido sus compromisos contractuales, lo que supone precisamente una aplicación de la *exceptio*;³⁵ (ii) la *exceptio* no es aplicable en las circunstancias del

²⁷ Comentarios de la Demandada sobre *SCB c. Tanesco*, págs. 3-4.

²⁸ R-EPA, ¶ 40.

²⁹ *Id.*, ¶¶ 41-65. Véase también: Tr. Cuantificación (Día 5) (ESP), 1488:4-1493:5 (Alegato de Cierre, Silva Romero).

³⁰ MC, ¶ 57; Dúplica, ¶ 126; R-EPA, ¶¶ 41-43.

³¹ R-EPA, ¶¶ 44-46.

³² *Id.*, ¶¶ 47-50.

³³ *Id.*, ¶¶ 51-53.

³⁴ *Id.*, ¶¶ 54-58.

³⁵ *Id.*, ¶ 60.

presente caso, puesto que las operaciones hidrocarburíferas se encuentran sujetas al principio de continuidad;³⁶ (iii) no existen casos ecuatorianos en los que se le permita a un contratista oponer la *exceptio* en contra del Estado;³⁷ y (iv) Burlington debería haber solicitado la autorización del Tribunal para suspender las operaciones.³⁸

56. Segundo, Ecuador argumenta que la suspensión de las operaciones petrolíferas creó riesgo de daños tan significativos como para justificar una intervención inmediata. Según Ecuador, el plan de acción técnica de fecha 3 de junio de 2009 a efectos de suspender las operaciones en los Bloques 7 y 21 (conforme a la abreviación de Ecuador, el “*Plan de Suspensión*” o, con arreglo a la terminología de Burlington, el “*Borrador de Plan de Acción*”) que Burlington dio a conocer en forma tardía y del que, por consiguiente, el Tribunal no tuvo conocimiento al momento de dictar la Decisión sobre Responsabilidad constituye “*una prueba sumamente relevante*”.³⁹ Demuestra la existencia de riesgos significativos de daño a los reservorios,⁴⁰ mecánicos⁴¹ y ambientales.⁴² También muestra que el Consorcio estaba al tanto de estos riesgos. Por lo tanto, la Decisión sobre Responsabilidad se basó en pruebas incompletas y engañosas.⁴³ Contrariamente a la opinión de Burlington, ese documento no es privilegiado, en tanto aborda los riesgos técnicos de una suspensión.⁴⁴

57. En respuesta a las preguntas del Tribunal acerca de la relevancia del Artículo 51 del Convenio CIADI, Ecuador alega que el Plan de Suspensión constituye un hecho que prueba que la suspensión conllevaba “*riesgos graves*” de los que el Consorcio

³⁶ *Id.*, ¶¶ 61-62.

³⁷ *Id.*, ¶ 63.

³⁸ Dúplica, ¶ 180; R-EPA, ¶¶ 64-65. Véase también: Tr. Cuantificación (Día 5) (ESP), 1493:6-1494:7 (Alegato de Cierre, Silva Romero).

³⁹ MC, ¶ 52.

⁴⁰ Dúplica, ¶¶ 253-270.

⁴¹ *Id.*, ¶¶ 271-290.

⁴² *Id.*, ¶¶ 291-302.

⁴³ MC, Sección 2.2.2.1, ¶¶ 94-123; Comentarios de la Demandada sobre *SCB c. Tanesco*, págs. 3-4.

⁴⁴ Dúplica, ¶ 209, haciendo referencia al derecho de Nueva York como el derecho aplicable acordado respecto de la exhibición [de documentos] por parte de Burlington de conformidad con la RP5, ¶ 25. También señala: *U.S. v. Walker*, 243 Fed. Appx. 621 (2nd Cic. 2007), 18 de junio de 2007 (**Anexo EL-367**); *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 395, 101 S. Ct. 677, 66 L. Ed. 2d 584 (1981) (**Anexo EL-368**). Véanse también: Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 224:17-227:5 (Alegato de Apertura, Dunham); Tr. Cuantificación (Día 5) (ESP), 1518:11-1519:19 (Alegato de Cierre, Stein); R-EPA, ¶ 95.

estaba al tanto.⁴⁵ Si bien el Artículo 51 es aplicable exclusivamente a los laudos, la regla prevista en tal disposición también debiera aplicarse a las decisiones anteriores al laudo. Por consiguiente, la revisión debiera estar disponible cuando se descubre un hecho que pudiera influir decisivamente en una decisión anterior al laudo.⁴⁶ Ecuador también argumenta que, en tanto Burlington exhibió el Plan de Suspensión en forma tardía, los plazos establecidos en el Artículo 51 no son aplicables.

58. Asimismo, tal como asevera la Demandada, el Plan de Suspensión prueba que el Consorcio planeó de manera imprudente abandonar los Bloques, ya que no llevó a cabo una evaluación de riesgos profunda.⁴⁷ En síntesis, el Plan de Suspensión identificó “*riesgos reales y significativos*” vinculados a la suspensión, en particular, riesgos para los reservorios, mecánicos y ambientales. Estos riesgos justificaban la intervención inmediata de Ecuador⁴⁸ a fin de evitar daños y pérdidas económicas significativos.⁴⁹

2. Posición de Burlington

59. Burlington argumenta que la Petición de Reconsideración es inadmisibile como cuestión de derecho, dado que el sistema del CIADI no prevé un mecanismo de revisión semejante. En cualquier caso, Burlington alega que el Borrador de Plan de Acción no afecta la conclusión de expropiación ilícita por parte del Tribunal.
60. En primer lugar, Burlington afirma que el Convenio CIADI “*excluye firmemente*” las reconsideraciones interlocutorias, tal como la que pretende Ecuador. El Convenio CIADI dispone que la revisión puede tener lugar sólo después de un laudo definitivo y es “*extremadamente restrictiva*”.⁵⁰ El Tribunal no goza de la facultad de inventar recursos que no se encuentran presentes en el marco del CIADI.⁵¹ Asimismo, las facultades implícitas o inherentes del Tribunal no son más que “facultades para llenar vacíos”; no pueden funcionar de manera “contraria a la arquitectura positiva

⁴⁵ R-EPA, ¶¶ 31, 96.

⁴⁶ *Id.*, ¶ 34.

⁴⁷ Tr. Cuantificación (Día 5) (ESP), 1520:22-1522:14 (Alegato de Cierre, Stein).

⁴⁸ R-EPA, ¶¶ 74-87.

⁴⁹ Dúplica, ¶ 302.

⁵⁰ Tr. Cuantificación (Día 5) (ENG), 1429:15-18 (Alegato de Cierre, Blackaby). El Tribunal observa que la versión en español de la transcripción (Tr. Cuantificación (Día 5) (ESP), 1435:8-11) no refleja exactamente lo dicho por el Sr. Blackaby en idioma inglés (“*extremely circumscribed*”), por lo que el Tribunal ha traducido desde la versión en inglés de dicha transcripción.

⁵¹ Tr. Cuantificación (Día 5) (ESP), 1435:16-17 (Alegato de Cierre, Blackaby).

de las reglas y el convenio del CIADI”.⁵² El tipo de “reconsideraciones abiertas” que solicita Ecuador derivaría en una “parálisis procesal”, en particular, en el marco de casos bifurcados o trifurcados.⁵³

61. Más específicamente, Burlington asevera lo siguiente: (i) que el sistema del CIADI no permite la reconsideración de decisiones definitivas;⁵⁴ (ii) que la Decisión sobre Responsabilidad es definitiva según el principio de cosa juzgada;⁵⁵ y (iii) que el Tribunal carece de facultades inherentes en virtud del Artículo 44 del Convenio CIADI o, de otro modo, para entender de la Petición de Ecuador.⁵⁶ Para Burlington, la Decisión sobre Responsabilidad no es un borrador. Aunque no se trata de un laudo definitivo, es definitiva en cuanto a la responsabilidad “*al igual que la Decisión sobre Jurisdicción lo era para la jurisdicción*”.⁵⁷ La naturaleza definitiva y de cosa juzgada de las decisiones anteriores al laudo fue confirmada en el contexto de los casos *ConocoPhillips c. Venezuela* y *Perenco c. Ecuador*,⁵⁸ al igual que en otros casos.⁵⁹ Además, Burlington subraya que Ecuador reconoció el carácter definitivo de las decisiones anteriores al laudo que resuelven cuestiones en el presente caso cuando se opuso a la supuesta nueva presentación de reclamaciones que habían sido descartadas en la etapa jurisdiccional.⁶⁰

⁵² Tr. Cuantificación (Día 5) (ESP), 1434:20-1435:2 (Alegato de Cierre, Blackaby).

⁵³ Tr. Cuantificación (Día 5) (ESP), 1435:4-7, 1438:22-1439:14 (Alegato de Cierre, Blackaby). Véase también: Alegato de Cierre de Burlington, Diapositiva 74.

⁵⁴ Réplica, ¶ 268.

⁵⁵ *Id.*, ¶ 269; Comentarios de la Demandante sobre *SCB c. Tanesco*, pág. 1.

⁵⁶ Réplica, ¶¶ 287-288.

⁵⁷ C-EPA, ¶ 181.

⁵⁸ C-EPA, ¶¶ 192-183, haciendo referencia a *ConocoPhillips Petrozuata et al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/07/30 (“*ConocoPhillips c. Venezuela*”), Decisión sobre la Solicitud de Reconsideración de la Demandada del 10 de marzo de 2014, ¶¶ 23-24 (**Anexo EL-237**); *Perenco Ecuador Limited c. República del Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/08/6 (“*Perenco c. Ecuador*”), Decisión sobre la Solicitud de Reconsideración del Ecuador del 10 de abril de 2013, ¶ 42 (**Anexo EL-390**).

⁵⁹ Réplica, ¶ 269, haciendo referencia a *Compañía de Aguas del Aconquija y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/97/3 (Nueva Presentación del Caso) (“*Vivendi c. Argentina II*”), Decisión sobre Jurisdicción del 14 de noviembre de 2005, ¶¶ 71-78 (**Anexo CL-340**); *Electrabel S.A. c. República de Hungría*, Caso CIADI N.º ARB/07/19 (“*Electrabel c. Hungría*”), Decisión sobre Jurisdicción, Derecho Aplicable y Responsabilidad del 30 de noviembre de 2012, ¶ 10.1 (**Anexo CL-349**); *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos [II]*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/3 (“*Waste Management c. México*”), Decisión sobre la Objeción Preliminar de México relativa al Procedimiento Previo del 26 de junio de 2002, ¶ 45 (**Anexo EL-141**); *CMS Gas Transmission Company c. La República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/8 (“*CMS c. Argentina*”), Laudo del 12 de mayo de 2005, ¶ 126 (**Anexo CL-99**).

⁶⁰ C-EPA, ¶ 183.

62. Para Burlington, el caso *SCB c. Tanesco* no puede interpretarse como un “*apoyo de la reconsideración generalizada*”.⁶¹ Dicha decisión confirma que los tribunales CIADI sólo asumen la facultad de reconsiderar decisiones definitivas “*en circunstancias de la injusticia más extrema*”, por ejemplo, la perpetración de fraude al tribunal.⁶² A diferencia de la presente controversia, afirma Burlington, el caso *SCB c. Tanesco* presentaba un “*conjunto de hechos extremo*”, en el que el tribunal fue engañado deliberadamente respecto de un hecho sustancial, lo que requirió que el tribunal formulara un “*recurso igualmente extremo – y sin precedentes –*”.⁶³ Al hacerlo, el Tribunal advirtió que la facultad de reconsiderar no es ilimitada, en tanto una facultad irrestricta derivaría en una incertidumbre considerable. Por lo tanto, estableció un “*umbral sumamente elevado*” para la reconsideración, que no se alcanza aquí.⁶⁴
63. En respuesta a las preguntas del Tribunal acerca de la pertinencia del Artículo 51 del Convenio CIADI, Burlington alega que: (i) la revisión no está permitida si el hecho en cuestión se conoció con anterioridad a la emisión de un laudo;⁶⁵ (ii) Ecuador no ha invocado un hecho que pueda sustentar la aplicación del Artículo 51 por analogía;⁶⁶ y (iii) Ecuador no actuó en forma oportuna, puesto que tuvo el Borrador de Plan de Acción en su poder durante 135 días antes de presentarlo.⁶⁷ Si bien Ecuador ahora argumenta que ese documento es “*decisivo*”, “*no pensó eso en el momento*”.⁶⁸ Independientemente de los motivos de Ecuador, Burlington insiste en que “*si una parte que solicita la reapertura de una decisión pasada estaba o debió haber estado al tanto antes de que se emitiera la decisión de los hechos en función de los cuales se pretende la reconsideración, dicha solicitud debe rechazarse*”.⁶⁹
64. En cuanto al fondo, Burlington opina que la Petición no debe prosperar ni sobre la base del derecho ni de los hechos. En cuanto al derecho y, más específicamente, con respecto a la queja de que la interpretación por parte del Tribunal del Artículo 74 de la LH vulneró el debido proceso, la Petición es una “*apelación directa*” de una

⁶¹ Comentarios de la Demandante sobre *SCB c. Tanesco*, pág. 2.

⁶² *Id.*, pág. 1.

⁶³ *Id.*, pág. 2.

⁶⁴ *Ibid.*, pág. 2.

⁶⁵ C-EPA, ¶¶ 191-194.

⁶⁶ *Id.*, ¶¶ 195-199.

⁶⁷ *Id.*, ¶¶ 200-202; Comentarios de la Demandante sobre *SCB c. Tanesco*, pág. 5.

⁶⁸ Comentarios de la Demandante sobre *SCB c. Tanesco*, pág. 5.

⁶⁹ *Ibid.*

decisión jurídica, que se encuentra “*categoricamente excluida*” en virtud del sistema del CIADI.⁷⁰ Tal como se confirmara en el caso *SCB c. Tanesco*, la facultad de reconsideración, en caso de existir, no puede comprender la situación en que “*una parte vencida simplemente quiere argumentar nuevamente una cuestión*”.⁷¹ En cualquier caso, la decisión del Tribunal fue “*absolutamente correcta*”, puesto que (i) la conducta de Ecuador estaba “*expresamente prohibida*” bajo el derecho ecuatoriano y, por lo tanto, vulneraba el principio de legalidad;⁷² (ii) ninguna facultad inherente autorizaba de otro modo a Ecuador a intervenir en los Bloques;⁷³ y (iii) la investigación por parte del Tribunal en virtud del Artículo 74 de la LH evitaba la necesidad de evaluar la aplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*.⁷⁴

65. En cuanto a los hechos, Burlington argumenta que el Borrador de Plan de Acción carece de relevancia para la Decisión sobre Responsabilidad.⁷⁵ Por un lado, el plan es privilegiado y se encuentra protegido por la doctrina del producto del trabajo del abogado.⁷⁶ Por ende, fue retenido correctamente hasta que Perenco lo exhibió el día 1 de agosto de 2012.⁷⁷ Por otro lado, el Borrador de Plan de Acción “*no habría logrado que el Tribunal alterara las conclusiones incluidas en la Decisión sobre Responsabilidad, y no puede procurarlo ahora*”.⁷⁸ En consecuencia, a diferencia del caso *SCB c. Tanesco*, el Borrador de Plan de Acción “*no era ni ‘sustancial’ ni podría haber tenido ‘un impacto’ en la decisión sobre responsabilidad del Tribunal*”.⁷⁹ El Plan era sólo el punto de partida a efectos de los debates dentro del Consorcio y no estaba destinado a reflejar las opiniones ni de Burlington ni del Consorcio acerca de los riesgos de la suspensión planeada.⁸⁰ Seguía siendo un borrador que enumeraba una serie de cuestiones. Dicho borrador fue dejado sin efecto por las conversaciones que tuvieron lugar en la ciudad de Bogotá los días 18-19 de junio de 2009,⁸¹ por la revisión del plan de suspensión por parte de Ecuador del 30 de

⁷⁰ C-EPA, ¶ 205.

⁷¹ Comentarios de la Demandante sobre *SCB c. Tanesco*, pág. 2.

⁷² Énfasis en el original. C-EPA, ¶¶ 206-209.

⁷³ C-EPA, ¶¶ 210-215.

⁷⁴ *Id.*, ¶ 216.

⁷⁵ *Id.*, ¶ 217.

⁷⁶ *Id.*, ¶ 218; Comentarios de la Demandante sobre *SCB c. Tanesco*, pág. 4.

⁷⁷ C-EPA, ¶¶ 219-220.

⁷⁸ *Id.*, ¶ 221.

⁷⁹ Comentarios de la Demandante sobre *SCB c. Tanesco*, pág. 3.

⁸⁰ C-EPA, ¶ 222.

⁸¹ Correo electrónico interno de Perenco relativo a Ecuador – borrador de acta de asamblea en Bogotá, 18-19 de junio de 2009 (**Anexo E-534**).

junio de 2009;⁸² por la decisión de los representantes del Consorcio intitulada “Acción de Consentimiento de los Representantes” del 8 de julio de 2009 que autorizaba la suspensión;⁸³ y por el organigrama del equipo posterior a la suspensión del Consorcio.⁸⁴ La condición de borrador del plan es demostrada por el hecho de que diversas propuestas contenidas en él, por ejemplo, la rescisión de los contratos de trabajo, no fueron conservadas.⁸⁵ Tal como declaró el Sr. d’Argentré, “pasamos nosotros a un plan nuevo”.⁸⁶

66. En las circunstancias, Burlington alega que “Ecuador no puede ahora argumentar que desconocía estos supuestos riesgos, o que surgieron recién con la exhibición del Borrador de Plan de Acción, cuando Ecuador, en realidad, afirmó (incorrectamente) que los riesgos de suspender las operaciones justificaban sus acciones, y presentó extensos escritos y prueba pericial acerca de la cuestión antes de la Decisión sobre Responsabilidad”.⁸⁷ De hecho, tal como afirma Burlington, RPS aseveró que el Borrador de Plan de Acción “confirmaba” sus “conclusiones anteriores”, lo que demostraba que “no agregaba nada sustancial”.⁸⁸
67. Con respecto a los riesgos que alega Ecuador, Burlington afirma que la suspensión no habría incrementado el riesgo de daño a los reservorios, mecánico o ambiental. Destaca que la “suspensión controlada de las operaciones es rutinaria y no crea ningún daño significativo”.⁸⁹ También resalta que el Consorcio suspendió las operaciones durante una semana en la totalidad del Bloque 7 en el año 2005, así como en la totalidad del Bloque 21 y en partes del Bloque 7 en el año 2006, sin daño sustancial alguno para los campos petrolíferos.⁹⁰
68. Con respecto al daño a los reservorios más específicamente, el Dr. Strickland declaró que los supuestos riesgos de flujo cruzado e invasión de aguas no eran sustanciales y, en cualquier caso, se habrían estabilizado en cuestión de horas.⁹¹

⁸² Revisión del Plan de Suspensión de Ecuador, 30 de junio de 2009 (**Anexo C-200**).

⁸³ Acción de Consentimiento de los Representantes, Comité Operativo Bloque 7 y Bloque 21 (**Anexo C-206**).

⁸⁴ Consorcio Bloques 7 y 21, Equipo Posterior a la Suspensión en Quito (**Anexo C-452**).

⁸⁵ C-EPA, ¶ 223.

⁸⁶ Tr. Cuantificación (Día 2) (ESP), 598:1-4 (Contrainterrogatorio, d’Argentré).

⁸⁷ Comentarios de la Demandante sobre *SCB c. Tanesco*, pág. 4.

⁸⁸ *Id.*, pág. 4, nota 17.

⁸⁹ Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 173:4-6 (Alegato de Apertura, Sr. Blackaby).

⁹⁰ C-EPA, ¶ 224.

⁹¹ *Id.*, ¶¶ 228-230. Véanse también, con respecto al flujo cruzado: Tr. Cuantificación (Día 3) (ESP), 857:8-859:22, 860:11-861:15 (Interrogatorio Directo, Dr. Strickland), 896:22-897:22

Los cierres de los años 2005 y 2006 demostraron que no existían riesgos semejantes.⁹²

69. En relación con el daño ambiental, Burlington argumenta que los riesgos de sabotaje y saqueo durante la suspensión ya se abordaron en la Decisión sobre Responsabilidad, en que el Tribunal reconoció la intención del Consorcio de mantener personal *in situ* en aras de supervisar los campos.⁹³ Al argumento de Ecuador según el cual los pozos con surgencia natural podían contaminar el entorno circundante, Burlington responde que la presión de estos pozos asciende a 400 psi y que cualquier crudo con surgencia natural habría estado contenido por bocas de pozo que resistían 5000 psi.⁹⁴ Tal como admite RPS, puede haber filtraciones “*sea que las operaciones se suspendan o no*”, lo que desacredita la afirmación de que la suspensión incrementa los riesgos ambientales de los pozos con surgencia natural. Diversos pozos se habían cerrado previamente sin daño ambiental emergente de los pozos con surgencia natural.⁹⁵
70. Por último, con respecto al daño mecánico, el testimonio del Dr. Egan demostró que la suspensión habría reducido la tensión sobre las bombas electrosumergibles (ESPs, por sus siglas en inglés).⁹⁶ Además, se ha probado que la alegación de riesgo de ruptura de oleoductos es incorrecta en tanto el Consorcio, como operador de campos profesional y experimentado, sabía perfectamente bien cómo aumentar gradualmente la producción luego de reiniciar las operaciones sin romper el oleoducto.⁹⁷
71. Por estas razones, Burlington solicita al Tribunal que declare la Petición inadmisibles o, en subsidio, que la desestime por considerarla carente de fundamento.⁹⁸

(Tribunal, Dr. Strickland); y, con respecto a la invasión de aguas: Tr. Cuantificación (Día 3) (ESP), 860:1-10 (Interrogatorio Directo, Dr. Strickland), 897:10-15 (Tribunal, Dr. Strickland).

⁹² C-EPA, ¶ 230.

⁹³ *Id.*, ¶ 233.

⁹⁴ *Id.*, ¶ 232.

⁹⁵ Réplica, ¶ 346.

⁹⁶ C-EPA, ¶ 235; Tr. Cuantificación (Día 3) (ESP), 907:9-14, 908:13-909:20 (Interrogatorio Directo, Dr. Egan).

⁹⁷ *Id.*, ¶¶ 236-237.

⁹⁸ *Id.*, ¶ 240.

B. DISCUSIÓN

1. Marco legal aplicable

72. Ecuador invoca los Artículos 49(2), 51 y 52 del Convenio CIADI, así como las Reglas 25 y 38(2) de las Reglas de Arbitraje CIADI en sustento de la Petición.⁹⁹ Ecuador también invoca el Artículo 44 del Convenio CIADI para argumentar que el Tribunal goza de facultades inherentes para entender de la Petición. Por su parte, Burlington invoca el Artículo 53 del Convenio para argumentar que la Petición es inadmisibile.

73. El Artículo 44 del Convenio CIADI, que aborda las facultades procesales de los tribunales CIADI, reza como sigue:

“Todo procedimiento de arbitraje deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje. Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal”.

74. El Artículo 49(2) del Convenio CIADI vinculado a la rectificación de laudos, está redactado del siguiente modo:

“A requerimiento de una de las partes, instado dentro de los 45 días después de la fecha del laudo, el Tribunal podrá, previa notificación a la otra parte, decidir cualquier punto que haya omitido resolver en dicho laudo y rectificar los errores materiales, aritméticos o similares del mismo. [...]”.

75. El Artículo 51 del Convenio CIADI, que es la disposición sobre revisión de laudos, tiene la siguiente redacción pertinente:

“(1) Cualquiera de las partes podrá pedir, mediante escrito dirigido al Secretario General, la revisión del laudo, fundada en el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo, y siempre que, al tiempo de dictarse el laudo, hubiere sido desconocido por el Tribunal y por la parte que inste la revisión y que el desconocimiento de ésta no se deba a su propia negligencia.

(2) La petición de revisión deberá presentarse dentro de los 90 días siguientes al día en que fue descubierto el hecho y, en todo caso, dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo.

⁹⁹ Ecuador también invocó varias disposiciones adicionales, tales como los Artículos 14 y 48 del Convenio CIADI, así como la Regla 12 de las Reglas de Arbitraje CIADI, que el Tribunal no considera necesario exponer en más detalle en esta etapa.

[...].

76. El Artículo 52 del Convenio CIADI acerca de la anulación de laudos, reza, en su parte pertinente, lo siguiente:

“(1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas:

[...]

(b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;

[...]

(d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o

(e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde

[...].

77. El Artículo 53 del Convenio CIADI, que prevé el carácter definitivo de los laudos CIADI, está redactado del siguiente modo:

“(1) El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio.

(2) A los fines previstos en esta Sección, el término “laudo” incluirá cualquier decisión que aclare, revise o anule el laudo, según los Artículos 50, 51 o 52”.

78. La Regla 25 de las Reglas de Arbitraje, titulada “Corrección de errores”, tiene el siguiente contenido:

“Cualquier error accidental en un documento o documento justificativo podrá ser corregido, si la otra parte consiente en ello o el Tribunal no lo objeta, en cualquier momento antes que se dicte el laudo”.

79. Por último, la Regla 38 de las Reglas de Arbitraje, que se ocupa del cierre del procedimiento, reza lo siguiente:

“(1) Cuando las partes hayan terminado de hacer las presentaciones, se declarará cerrado el procedimiento.

(2) Excepcionalmente, el Tribunal podrá, antes de dictar el laudo, reabrir el procedimiento en vista de que se ha de obtener nueva prueba que por su naturaleza constituye un factor decisivo, o porque es de necesidad imperiosa aclarar ciertos puntos específicos”.

2. Análisis

80. El Tribunal abordará su facultad de reconsiderar la Decisión sobre Responsabilidad (2.1) para luego proceder a revisar los dos aspectos principales de la Petición, a saber, la alegación de que el Tribunal se equivocó como cuestión de derecho (2.2) y de que fue engañado por Burlington y arribó a su decisión sobre la base de hechos incompletos (2.3).

2.1 Facultad de reconsiderar la Decisión sobre Responsabilidad

81. En principio, el Tribunal destaca que, contrariamente a la alegación de Ecuador, Burlington no ha aceptado la admisibilidad de la Petición. En efecto, Burlington simplemente aceptó que Ecuador formulara la Petición en paralelo con el procedimiento de cuantía de daños. Específicamente, Burlington afirmó que *“no [tenía] objeción alguna a que cualquiera de las partes formulara solicitudes de reconsideración o aclaración en el contexto de sus escritos durante la fase de cuantía de daños”*.¹⁰⁰ La ausencia de objeciones se relacionaba con el escenario procesal de la solicitud de reconsideración, y no con la admisibilidad.
82. Ni el Convenio CIADI ni las Reglas de Arbitraje contienen disposiciones que traten la facultad de los tribunales de reconsiderar sus decisiones.¹⁰¹ A diferencia de la mayoría de las legislaciones nacionales en materia de arbitraje y la Convención de Nueva York, el marco legal del CIADI establece una distinción entre “decisiones” y “laudos”. El término “laudo” se reserva para la decisión que pone fin al arbitraje, lo que, en virtud de otros regímenes, se denomina laudo definitivo. Entonces, a modo de ejemplo, una decisión que rechaza la jurisdicción respecto de la controversia en su totalidad (Regla 41(6) de las Reglas de Arbitraje) o una decisión sobre el fondo que resuelve todas las reclamaciones o todas las reclamaciones pendientes ante el Tribunal constituye un “laudo” (Artículo 48(3) del Convenio CIADI). Por otro lado, una decisión preliminar que confirma la jurisdicción o resuelve otras cuestiones que surgen “de camino” al laudo definitivo, p. ej., en materia de derecho aplicable o responsabilidad, o parte de las reclamaciones, constituye una “decisión” (anterior al

¹⁰⁰ Carta del 1 de febrero de 2013 de Burlington al Tribunal, pág. 1.

¹⁰¹ Con excepción del Artículo 39(3) de las Reglas de Arbitraje, que dispone que el tribunal “[p]odrá modificar o revocar sus recomendaciones [sobre medidas provisionales] en cualquier momento”.

laudo) a efectos del CIADI. Bajo otros regímenes, estas decisiones serían designadas por términos tales como laudos provisionales, preliminares, interlocutorios o parciales.

83. Las decisiones anteriores al laudo también deben distinguirse de las resoluciones procesales que organizan el procedimiento y de las medidas provisionales. Debido a su naturaleza, dichas resoluciones procesales y órdenes sobre recursos provisionales pueden reconsiderarse en cualquier momento si las circunstancias así lo requieren.¹⁰² De hecho, la Regla 39(3) de las Reglas de Arbitraje autoriza expresamente a un tribunal a reabrir una decisión sobre medidas provisionales.¹⁰³ Esta es la única disposición en el marco legal del CIADI que faculta expresamente a un tribunal a reconsiderar una decisión que ha emitido.
84. Una vez efectuadas estas distinciones, se advierte que el marco del CIADI guarda silencio en cuanto a la posibilidad de reabrir una decisión anterior al laudo.
85. La mayoría en el caso *ConocoPhillips c. Venezuela* sostuvo que las decisiones preliminares a un laudo “que resuelven cuestiones controvertidas entre las Partes” tienen efectos de cosa juzgada y, por ende, no pueden reabrirse.¹⁰⁴ En el caso *Perenco c. Ecuador*¹⁰⁵ se adoptó una opinión similar, aunque el tribunal previó la posibilidad de que “un caso excepcional” pueda requerir que un tribunal “[vuelva] a analizar sus conclusiones anteriores”.¹⁰⁶ Por el contrario, el tribunal del caso *SCB c. Tanesco* sostuvo recientemente que las decisiones anteriores al laudo no tienen efectos de cosa juzgada y que “puede haber circunstancias en las que un tribunal deba considerar la posibilidad de reabrir una decisión que ha adoptado”.¹⁰⁷ Esta

¹⁰² Véase, por ejemplo, con respecto a las resoluciones procesales: *Churchill Mining Plc y Planet Mining Pty Ltd c. República de Indonesia*, Caso CIADI N.º ARB/12/14 y 12/40 (“*Churchill c. Indonesia*”), Resolución Procesal N.º 13 del 18 de noviembre de 2014, ¶ 33(1).

¹⁰³ Artículo 39(3) de las Reglas de Arbitraje CIADI. Véase: nota 101 *supra*.

¹⁰⁴ *ConocoPhillips c. Venezuela*, Decisión sobre la Solicitud de Reconsideración de la Demandada, 10 de marzo de 2014, ¶ 21 (**Anexo EL-237**). En aras de la integridad, cabe resaltar que el tribunal del caso *Conoco* posteriormente se negó a reconsiderar tal decisión (*ConocoPhillips Petrozuata c. Venezuela*, Decisión sobre la Solicitud de la Demandada de Reconsideración de la Decisión del Tribunal del 10 de marzo de 2014 del 9 de febrero de 2016, ¶ 37).

¹⁰⁵ El tribunal aseveró que “[e]xiste amplio consenso respecto de que una vez que un tribunal resuelve cualquiera de las cuestiones de hecho o de derecho sometidas a su consideración por las partes [...], su decisión tiene carácter de cosa juzgada”. *Perenco c. Ecuador*, Decisión sobre la Solicitud de Reconsideración del Ecuador del 10 de abril de 2015, ¶ 43 (**Anexo CL-390**).

¹⁰⁶ *Id.*, ¶ 42.

¹⁰⁷ *SCB c. Tanesco*, Laudo del 12 de septiembre de 2016, ¶¶ 318, 320 (**Anexo TL-001**).

opinión había sido expresada anteriormente en la opinión disidente del Profesor Abi-Saab¹⁰⁸ en el marco del caso *Conoco* mencionado *supra*.¹⁰⁹

86. El Tribunal coincide con el tribunal del caso *SCB c. Tanesco* cuando afirma que una decisión anterior al laudo no tiene efecto de cosa juzgada, por razones esencialmente vinculadas a la estructura o arquitectura del Convenio CIADI. Primero, además de las resoluciones sobre cuestiones procesales en virtud del Artículo 44 y en virtud de otras reglas que abordan la organización del procedimiento y con excepción de las decisiones sobre medidas provisionales, el marco del CIADI contempla que el procedimiento de arbitraje da lugar exclusivamente a lo siguiente: (i) una decisión sobre excepciones preliminares si dichas excepciones se plantean y no se deciden junto con el fondo de la diferencia (Regla 41(4) de las Reglas de Arbitraje), y (ii) un laudo (definitivo) (Artículo 48 del Convenio CIADI, y Reglas 46 y ss. de las Reglas de Arbitraje).¹¹⁰ También establece que el laudo debe tratar “todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal” (Artículo 48(3)) y contener la “decisión del Tribunal sobre cada cuestión que le haya sido sometida” (Regla 47(1)(i) de las Reglas de Arbitraje). A efectos de cumplir con estas disposiciones, la práctica habitual consiste en que los tribunales incorporan las decisiones anteriores en su laudo (definitivo).
87. Segundo, los recursos, a saber, rectificación, solicitudes de decisiones suplementarias, aclaración, revisión y anulación, se encuentran disponibles exclusivamente a partir del momento en que se dicta el laudo. En otras palabras, una decisión que confirma la jurisdicción, a modo de ejemplo, puede impugnarse sólo en el marco de un procedimiento de anulación iniciado una vez dictado el laudo (definitivo) al que se incorpora.
88. Tercero, siguiendo la misma lógica, el deber de los Estados Contratantes del CIADI de reconocer las decisiones que emanan del Centro y de hacer ejecutar las

¹⁰⁸ *ConocoPhillips c. Venezuela*, Opinión Disidente de Georges Abi-Saab del 10 de marzo de 2014, ¶ 57 (**Anexo EL-237**).

¹⁰⁹ En aras de la integridad, cabe destacar que el Prof. Bucher disintió en la misma línea en ocasión de la segunda decisión sobre reconsideración en el caso *Conoco* (*ConocoPhillips c.*, Opinión Disidente de Andreas Bucher del 9 de febrero de 2016).

¹¹⁰ Por ejemplo, esta posición restrictiva se adoptó en el caso *Tanesco c. Independent Power Tanzania*: “[L]as Reglas de Arbitraje CIADI no contienen disposiciones que permitan o siquiera contemplen laudos ‘Parciales’ o ‘Provisionales’; en efecto, al Tribunal le pareció que las Reglas contemplaban sólo uno, el Laudo Definitivo”. *Tanzania Electric Supply Company Ltd. c. Independent Power Tanzania Ltd.*, Caso CIADI N.º ARB/98/7 (“*Tanesco c. Independent Power Tanzania*”), Laudo Definitivo del 22 de junio de 2001, ¶ 32 (**Anexo TL-001**).

obligaciones pecuniarias impuestas por dichas decisiones en virtud del Artículo 54(1) del Convenio es aplicable exclusivamente a los laudos, y no a las decisiones anteriores si bien estas podrían incluir obligaciones pecuniarias, por ejemplo, una resolución sobre costas contenida en una decisión que acepta la jurisdicción.

89. En opinión del Tribunal, el requisito de incorporación de las decisiones anteriores en el laudo, la ausencia de recursos en contra de estas decisiones y el hecho de que la obligación de los Estados Contratantes de reconocer y hacer ejecutar sólo se aplica al laudo, y no a las decisiones anteriores, demuestran que el efecto de cosa juzgada adhiere al “laudo” en el sentido del CIADI y no a las decisiones anteriores.
90. Habiendo dicho esto, la falta de efecto de cosa juzgada no implica que las decisiones sobre excepciones preliminares y aquéllas que, en virtud de otras reglas, se denominarían laudos provisionales o preliminares sobre cuestiones que no sean la jurisdicción y la admisibilidad, puedan necesariamente ser reabiertos. En efecto, los tribunales CIADI no han dudado en concluir que las decisiones preliminares obligan tanto a las partes como al tribunal en el curso del procedimiento. A veces, dicha opinión se pone en términos de cosa juzgada (*quod non*, tal como se concluyera *supra*).¹¹¹ En ocasiones, también se expresa como una manifestación de las intenciones del tribunal, por ejemplo, en el contexto del caso *Electrabel c. Hungría*:

*“Si bien necesariamente se describe como “Decisión” y no “Laudo” en virtud del Convenio CIADI y de las Reglas de Arbitraje CIADI, el Tribunal pretende que las diversas decisiones y razones contenidas en esta Decisión sean definitivas y no sean retomadas ni por las Partes ni por el Tribunal en cualquier fase ulterior del procedimiento de arbitraje que nos ocupa”.*¹¹²

91. En palabras del segundo tribunal del caso *Amco Asia*, el enfoque se expone como principio general: *“que un derecho, una cuestión o un hecho planteado en forma independiente y resuelto en forma independiente no puede cuestionarse”*.¹¹³

¹¹¹ *Waste Management c. México II*, Decisión sobre la Objeción Preliminar de México relativa al Procedimiento Previo del 26 de junio de 2002, ¶ 45 (**Anexo EL-141**) (*“Pero cualquiera que sea la etapa del proceso en que se tome la decisión, una decisión sobre un punto determinado constituye res judicata entre las partes en relación con tal decisión si es una parte necesaria de la determinación y es abordada como tal por el tribunal”*).

¹¹² *Electrabel c. Hungría*, Decisión sobre Jurisdicción, Derecho Aplicable y Responsabilidad del 30 de noviembre de 2012, ¶ 10.1 (**Anexo CL-349**).

¹¹³ *Amco Asia Corporation c. República de Indonesia*, Caso CIADI N.º ARB/81/1 (Nueva Presentación del Caso) (*“Amco Asia c. Indonesia I”*), Decisión sobre Jurisdicción del 10 de mayo de 1988, ¶ 30 (**Anexo CL-330**). Véase también: *CMS c. Argentina*, Laudo del 12 de mayo de 2005, ¶ 126 (**Anexo CL-99**) (*“También cabe señalar que, en relación con el fondo, el Demandado planteó igualmente determinados aspectos de jurisdicción que ya se habían*

Cualquiera que sea la justificación, estos tribunales expresan la opinión de que, en principio, una cuestión resuelta una vez en el curso de un arbitraje no debería retomarse en el marco del mismo procedimiento. Sin perjuicio de la cosa juzgada, el fundamento de esta opinión resulta evidente: una visión contraria frustraría el propósito del arreglo eficaz de diferencias, lo que supondría la re-litigación constante de cuestiones ya resueltas, con consecuencias adversas inevitables en términos de costos más elevados y procedimientos más extensos. Asimismo, la posibilidad de re-litigar cuestiones pondría en peligro la seguridad jurídica y, en definitiva, menoscabaría la confianza de los usuarios en el sistema.

92. Habiendo llegado a la conclusión de que las decisiones de los tribunales CIADI (con excepción de las resoluciones sobre procedimiento y medidas provisionales) que no constituyen laudos definitivos no tienen efectos de cosa juzgada, pero son vinculantes tanto para las partes como para el tribunal dentro del procedimiento en que se emitieron, el Tribunal también coincide con la conclusión del caso *SCB c. Tanesco* según la cual “*puede haber circunstancias en las que un tribunal deba considerar la posibilidad de reabrir una decisión que ha adoptado*”.¹¹⁴
93. El tribunal del caso *SCB* encontró ventajas prácticas en aceptar una facultad de reconsideración semejante, ya sea en función del Artículo 51(1) o del Artículo 44 del Convenio CIADI: “*Ello evita hacer que el Tribunal decida cuestiones sobre el fondo sobre la base de una decisión que se ha cuestionado seriamente y luego hacer que las partes esperen hasta que toda la cuestión se haya incluido en su laudo definitivo antes de procurar la reapertura o anulación de su decisión, lo que posiblemente supondría un desperdicio del tiempo y gasto en que se ha incurrido desde que el Tribunal tomó conocimiento de que su decisión podía ser cuestionada. Los fundamentos de eficacia por sí solos sugieren que puede haber circunstancias en las que un tribunal deba considerar la posibilidad de reabrir una decisión que ha adoptado*”.¹¹⁵ En otras palabras, la eficacia procesal, que exige que una decisión provisional sea vinculante para el tribunal que ha emitido una decisión de tal naturaleza puede, al mismo tiempo, requerir una excepción al principio de fuerza vinculante en determinadas circunstancias. El Tribunal coincide con esta opinión.

tratado en la fase de jurisdicción en este caso, como el relativo al jus standi del Demandante. Estos aspectos se decidieron en esa etapa y no serán reexaminados en este Laudo”.

¹¹⁴ *SCB c. Tanesco*, Laudo del 12 de septiembre de 2016, ¶ 320 (**Anexo TL-001**).

¹¹⁵ *Ibid.*

94. Por ende, la cuestión consiste en determinar las circunstancias excepcionales que puedan justificar la reapertura de una decisión que obliga a un tribunal CIADI. Al responder esta pregunta, el Tribunal coincide con la decisión del caso *SCB*, de conformidad con la cual “*debe guiarse por las limitaciones aplicables a los laudos, aunque no estar sujeto a ellas*”, agregando que la facultad de reconsiderar se extiende “*al menos [...] a los fundamentos para reabrir un laudo previstos en el Artículo 51*”.¹¹⁶ Las limitaciones aplicables a los laudos incluyen la prohibición de apelaciones contenida en el Artículo 53(1), los restrictivos fundamentos de revisión previstos en el Artículo 51 y, posiblemente, las limitadas causales de anulación establecidas en el Artículo 52 del Convenio CIADI, a lo que el Tribunal revertirá.
95. Ecuador hace referencia a una serie de disposiciones citadas *supra* para sustanciar su argumento según el cual circunstancias excepcionales pueden justificar la reconsideración de decisiones preliminares a un laudo. Si bien Ecuador admite que ninguna de estas disposiciones es aplicable específicamente a las decisiones anteriores al laudo, argumenta que “*circunstancias excepcionales*” justifican la reapertura de una decisión anterior al laudo en todos los casos en que puede demostrarse “*que cualquiera de los fundamentos para reabrir un laudo o una decisión en virtud del Convenio son aplicables*”,¹¹⁷ o si ello es “*en aras de la justicia de alguna otra manera*”.¹¹⁸ Ecuador también alega que el estándar de revisión a efectos de reconsiderar la Decisión sobre Responsabilidad “*debe ser necesariamente inferior en circunstancias anteriores al cierre que el estándar de revisión en la etapa de anulación posterior al laudo (o incluso en circunstancias posteriores al cierre)*”.¹¹⁹
96. El Tribunal no puede adherir a la interpretación de amplio alcance de Ecuador de la facultad de un tribunal de reconsiderar decisiones anteriores al laudo, ni al estándar de revisión propuesto. El tribunal del caso *SCB c. Tanesco* sostuvo correctamente que una facultad de reconsideración irrestricta derivaría en “*una incertidumbre considerable*”.¹²⁰ En el presente caso, la Decisión sobre Responsabilidad es vinculante tanto para el Tribunal como para las Partes; no es un borrador que puede reabrirse a voluntad.

¹¹⁶ *Id.*, ¶ 322 (**Anexo TL-001**).

¹¹⁷ R-EPA, ¶ 20.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Dúplica, ¶ 115.

¹²⁰ *SCB c. Tanesco*, Laudo del 12 de septiembre de 2016, ¶ 322 (**Anexo TL-001**).

97. Tal como se mencionara anteriormente, debe buscarse orientación por analogía en las limitaciones aplicables a la reconsideración de laudos. En este aspecto, el Artículo 51(1) le permite a una parte que solicita la revisión de un laudo “fundada en el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo”, siempre que, “al tiempo de dictarse el laudo, hubiere sido desconocido por el Tribunal y por la parte que inste la revisión y que el desconocimiento de ésta no se deba a su propia negligencia”. El Artículo 51(2) requiere que la petición se presente dentro de los 90 días siguientes al día en que fue descubierto el hecho y hasta tres años después de dictarse el laudo. El caso *Venezuela Holdings* resumió los requisitos de conocimiento y oportunidad contenidos en el primer párrafo del Artículo 51 del siguiente modo:

“Sólo un hecho que existía cuando se dictó el laudo podría haber sido conocido en ese momento. Sólo la ignorancia de un hecho que existía cuando se dictó el laudo podría ser producto de la negligencia. De ello se deduce que sólo un hecho que existía cuando se dictó el Laudo puede ser la base de una solicitud de revisión de conformidad con el artículo 51(1) del Convenio del CIADI”.¹²¹

98. El Tribunal opina que esta disposición, aunque se encuentra redactada como un recurso posterior al laudo, puede aplicarse por analogía a las decisiones anteriores al laudo. Esta opinión se basa, en particular, en el Artículo 51(3), que favorece una solución en la que, en la medida de lo posible, el tribunal que dictó el laudo se reconstituye a fin de abordar una solicitud de revisión. Cuando el arbitraje aún está en curso y el tribunal todavía se encuentra constituido, parece aún más imperioso que el tribunal tenga la oportunidad de revisar una decisión anterior al laudo si un hecho decisivo y antes desconocido sale a la luz.

99. Esta opinión es reconfirmada cuando se observa que se acepta generalmente en los procedimientos ante tribunales tanto internacionales como nacionales que un órgano decisorio puede reabrir una sentencia o un laudo que ha dictado en el contexto de un procedimiento de revisión.

100. La Corte Internacional de Justicia resolvió que no puede excluirse la posibilidad de que el mismo tribunal revise una sentencia “*en circunstancias especiales en las que se han descubierto hechos nuevos de importancia decisiva*”, proceso que no puede asimilarse a una apelación y que “*cumplir[ía] con reglas previstas generalmente en*

¹²¹ *Venezuela Holdings, B.V. et al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/07/27 (“*Venezuela Holdings c. Venezuela*”), Decisión sobre Revisión del 12 de junio de 2015, ¶ 3.1.11.

leyes emitidas para tribunales de justicia".¹²² Las comisiones de reclamaciones mixtas, al igual que el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, también han aceptado la existencia de una facultad de revisar sus decisiones o laudos anteriores en circunstancias excepcionales, tales como la aparición de pruebas nuevas decisivas, incluso en ausencia de una facultad expresa bajo las normas aplicables.¹²³ El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos limitó las circunstancias excepcionales que justifican la revisión de un laudo a situaciones en las que la decisión impugnada fue inducida por fraude o perjurio, y a casos de "descubrimiento de algún hecho de naturaleza tal como para ser un factor decisivo",¹²⁴ siempre que el desconocimiento del hecho nuevo no se debiera a la negligencia de la solicitante y que el hecho se planteara de manera oportuna.¹²⁵

101. Una razón adicional para aceptar la aplicación del Artículo 51 por analogía es la oportunidad que prevé. Ecuador argumenta que, a menos que un recurso análogo al del Artículo 51 estuviera disponible, una parte se vería privada de la oportunidad de solicitar la revisión cuando el solicitante y el Tribunal tomaran conocimiento del hecho pertinente después de la decisión preliminar, pero antes del laudo.¹²⁶
102. Al cierre de la Audiencia sobre cuantía de daños y reconsideración, el Tribunal preguntó a las Partes si la ausencia de un recurso análogo no podría alentar a una parte que descubre un hecho decisivo a ocultar ese descubrimiento hasta después del dictado del laudo.¹²⁷ Las Partes no cuestionaron que el Artículo 51 pudiera encontrar aplicación por analogía, si bien Ecuador argumentó que las condiciones expuestas en el Artículo 51 no deberían aplicarse como tales a las solicitudes de revisión anteriores al laudo, mientras que Burlington alegó que la solicitud de Ecuador no reunía las condiciones establecidas en tal disposición.

¹²² Efectos de los Fallos del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas en los que se Fijan Indemnizaciones, Opinión Consultiva del 13 de julio de 1954, I.C.J. Reports 1954, pág. 55 (**Anexo EL-310**).

¹²³ Véase, por ejemplo: *Lehigh Valley Railroad Company et al. (Estados Unidos) c. Alemania (Casos de Sabotaje)*, Decisión del 15 de diciembre de 1933, R.I.A.A., Tomo VIII, pág. 188 (**Anexo EL-238**).

¹²⁴ Véase, en particular: *Ram International Industries, Inc., Universal Electronics, Inc., General Aviation Supply, Inc., Galaxy Electronics Corp. c. La Fuerza Aérea de la República Islámica de Irán*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, Caso N.º 148 ("Ram c. Irán"), Decisión N.º Dec 118-148-1 del 28 de diciembre de 1993, ¶ 20.

¹²⁵ *Ram c. Irán*, Decisión N.º Dec 118-148-1 del 28 de diciembre de 1993, ¶ 24; *Los Estados Unidos de América c. La República Islámica de Irán*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, Caso N.º B36, Decisión N.º Dec 126-B36-2, 17 de marzo de 1997, ¶ 15.

¹²⁶ Dúplica, ¶ 58.

¹²⁷ Resolución Procesal N.º 29, ¶ 4(a).

103. Más específicamente, con respecto al plazo fijado en el Artículo 51(2), Ecuador asevera que “*no es aplicable*”, dado que sólo se estipuló para evitar revisiones indefinidas luego del dictado de un laudo. Puesto que el arbitraje que nos ocupa todavía está en curso, el plazo “*carece de todo fundamento*”, tal como afirma Ecuador. Esta posición parece tener el sustento del caso *SCB c. Tanesco*, en que el tribunal resolvió que las restricciones de los requisitos del Artículo 51 no se aplican si no se considera que las decisiones anteriores al laudo tienen efecto de cosa juzgada.
104. En opinión del Tribunal, el descubrimiento de hechos determinantes del resultado desconocidos por el Tribunal y por la solicitante con anterioridad a la emisión de una decisión anterior al laudo debería abrir la posibilidad de revisar tal decisión antes del dictado del laudo, mediante la aplicación del Artículo 51 por analogía. Sin embargo, esta excepción a la naturaleza vinculante de una decisión preliminar debe equilibrarse con los intereses de seguridad jurídica y eficacia procesal. Estos intereses militan en favor de mantener los requisitos expuestos en el Artículo 51(1), así como el plazo de 90 días a partir del descubrimiento del hecho decisivo establecido en el Artículo 51(2). Mientras que los plazos a efectos de la revisión de un laudo (90 días después del descubrimiento y, en todo caso, no más de tres años después del laudo) están destinados a evitar que un laudo investido de efecto de cosa juzgada pueda ser cuestionado indefinidamente, consideración que no es aplicable aquí, hay no obstante buenas razones para adherir al período de tiempo de 90 días incluso cuando el procedimiento aún está en curso. En efecto, cuanto antes se someta el descubrimiento a la atención del tribunal, menos serán las posibles consecuencias en el procedimiento, tal como bien demuestra el presente caso. Además, la existencia de un plazo alienta el “buen comportamiento” y desalienta el “mal comportamiento”, por ejemplo, ocultar el hecho hasta el momento en que una parte considere estratégico o táctico darlo a conocer. No puede decirse que dicha limitación restrinja de manera indebida los derechos de la solicitante, en tanto las partes y sus consejeros parecen estar en mejores condiciones de evaluar sin demora el descubrimiento de un hecho nuevo y actuar en consecuencia mientras todavía participan activamente en la prosecución de su caso que cuando el caso ha llegado a su fin.
105. En síntesis, el Tribunal considera que una decisión anterior al laudo (que no sea una resolución procesal o una decisión sobre medidas provisionales) puede ser revisada en virtud del Artículo 51 aplicado por analogía, siempre que se reúnan las

siguientes condiciones: (i) que se descubra un hecho; (ii) de tal naturaleza que pueda influir decisivamente en una decisión anterior al laudo; (iii) que hubiere sido desconocido por el Tribunal y por la parte que inste la revisión al tiempo de dictarse la decisión anterior al laudo; (iv) que el desconocimiento de la parte que inste la revisión no se deba a su propia negligencia; y (v) que la solicitud de reconsideración se presente dentro de los 90 días siguientes al descubrimiento del hecho.

106. Pasando ahora a analizar el resto de las disposiciones que Ecuador invoca en sustento de la Petición de Reconsideración, el Tribunal considera que la invocación por parte de la Demandada del Artículo 49(2) del Convenio y de la Regla 25 de las Reglas de Arbitraje es en vano, puesto que Ecuador no alega que el Tribunal omitiera pronunciarse respecto de una cuestión en particular en la Decisión sobre Responsabilidad ni solicita la rectificación de un error material, aritmético o similar. Ecuador también acepta que el Artículo 38(2) de las Reglas de Arbitraje no es aplicable a las decisiones anteriores al laudo y que, en el caso que nos ocupa, no puede aplicarse en tanto el procedimiento aún no se ha cerrado. En el mejor de los casos, la Regla 38(2) podría haberse aplicado por analogía si Ecuador hubiera solicitado autorización para ofrecer pruebas nuevas justo antes de la emisión de la Decisión sobre Responsabilidad, lo que no hizo.
107. Por último, el Artículo 52 del Convenio CIADI se ocupa del procedimiento de anulación. A diferencia del procedimiento de revisión que, como regla, es llevado adelante por el tribunal que emitió la decisión litigiosa, las acciones de anulación se entablan ante un órgano diferente, a saber (en virtud del régimen del CIADI), ante un comité de anulación. Si asumiera la facultad de pronunciarse respecto de una impugnación basada en causales que se encuentran dentro del alcance del Artículo 52, el Tribunal ejercería efectivamente una competencia reservada para otro órgano, desconociendo la organización de facultades en virtud del Convenio CIADI.
108. Para concluir, el Tribunal opina que una decisión preliminar a un laudo CIADI (que no sea una resolución procesal o una decisión sobre medidas provisionales) no tiene efectos de cosa juzgada hasta tanto se incorpore en el laudo con arreglo al Artículo 48(3) del Convenio, pero no obstante obliga tanto a las partes como al tribunal. Por lo tanto, esas decisiones pueden reconsiderarse sólo en circunstancias excepcionales y muy limitadas. En ausencia de cualquier regla específica en el marco del CIADI, el enfoque más razonable consiste en aplicar por analogía el criterio de revisión dispuesto en el Artículo 51 del Convenio. Esto se debe principalmente a que, conforme al Artículo 51, en principio la facultad de revisión se

le confía al tribunal que emitió la decisión litigiosa. Por el contrario, no parece apropiado recurrir al Artículo 52 por analogía, ya que la facultad de anular laudos recae en un órgano distinto del tribunal que emitió la decisión. Por ende, una analogía con las causales del Artículo 52 perturbaría la asignación de facultades dispuesta por el Convenio CIADI. Asimismo, consideraciones relativas a la eficacia del proceso de arreglo de diferencias y a la capacidad de gestión del procedimiento requieren la aplicación de límites estrictos de modo de evitar abrir las compuertas de las solicitudes de reconsideración.

109. Luego de haber arribado a estas conclusiones, el Tribunal procederá a revisar las dos causales de reconsideración planteadas por Ecuador.

2.2 El Tribunal se equivocó como cuestión de derecho

110. Ecuador alega que el Tribunal se equivocó como cuestión de derecho con respecto a su “interpretación *sua sponte*” del Artículo 74 de la LH y la contradicción relativa a la *exceptio non adimpleti contractus*. En este contexto, Ecuador argumenta que el Tribunal vulneró los derechos de debido proceso de las Partes, dado que las Partes sólo analizaron el Artículo 74 de la LH en el marco de la caducidad, mientras que la interpretación por parte del Tribunal de esa disposición abordó la suspensión y la intervención.
111. En la medida en que Ecuador afirma que la interpretación por parte del Tribunal del Artículo 74 de la LH y la decisión de prescindir del análisis de si Burlington también podía invocar la *exceptio non adimpleti contractus* constituyen errores de derecho, el Tribunal coincide con Burlington en que estas presentaciones suponen una apelación. Tal como se analizara *supra*, las apelaciones son inadmisibles en virtud del Artículo 53 del Convenio CIADI.
112. Pasando entonces al debido proceso, Ecuador se queja de que la interpretación por parte del Tribunal del Artículo 74(4) de la LH “nunca fue debatida ni tampoco propuesta por las partes en la etapa de responsabilidad”.¹²⁸ Para Ecuador, tal disposición no aborda la facultad de intervenir en los Bloques y asumir el control de las operaciones, sino que se relaciona exclusivamente con la caducidad. Según Ecuador, sujeto al caso fortuito y a la fuerza mayor (*force majeure*), el derecho ecuatoriano y los CP impedían que el Consorcio suspendiera sus operaciones, sobre la base del principio de continuidad. En función de eso, Ecuador argumenta

¹²⁸ Tr. Cuantificación (Día 5) (ESP), 1488:14-15 (Alegato de Cierre, Silva Romero).

que gozaba de facultades inherentes o implícitas de ejecutar los CP en lugar del Consorcio en situación de incumplimiento y que, por lo tanto, podía intervenir en los Bloques y asumir las operaciones en el momento en que lo hizo.

113. Siguiendo el enfoque descrito brevemente *supra*, esta queja se encuentra dentro del alcance del Artículo 52 y, por consiguiente, dentro del ámbito de competencia de un comité *ad hoc*. En este contexto, el Tribunal tiene en cuenta la decisión del caso *SCB* que no parece descartar totalmente el recurso al Artículo 52 por analogía. En efecto, el párrafo 320 citado *supra* hace referencia a la “*reapertura o anulación*” de la decisión. Con esta opinión en mente y si bien favorece la limitación de la facultad de reconsideración a los casos dentro del ámbito del Artículo 51 por las razones explicadas *supra*, el Tribunal abordará brevemente esta queja, en aras de la integridad.
114. El expediente demuestra que el Artículo 74(4) de la LH se debatió con anterioridad a la emisión de la Decisión sobre Responsabilidad en relación con la suspensión y la intervención. El segundo informe pericial del perito de Ecuador, Dr. Aguilar, analiza el Artículo 74(4) de la LH en el contexto del principio de continuidad y de la suspensión de las operaciones.¹²⁹ Asimismo, Ecuador citó el texto del Artículo 74(4) de la LH en su Memorial de Contestación y agregó que “*la decisión unilateral de Burlington de suspender las operaciones en los Bloques 7 y 21, sin causa, era ilegal en virtud tanto de la Constitución Ecuatoriana como de la LH*”.¹³⁰
115. Además, el cumplimiento de los principios fundamentales de procedimiento y, en particular, la oportunidad de las partes de ser escuchadas no implica que un tribunal no pueda adoptar su propio razonamiento.¹³¹ La máxima de *iura novit curia* le permite al Tribunal establecer y evaluar el contenido del derecho sin estar restringido por los argumentos de las Partes, en tanto se mantenga dentro del marco legal que estipularon las Partes.¹³² Puesto que ambas Partes expresaron sus opiniones acerca del alcance del Artículo 74(4) de la LH durante la etapa de responsabilidad, la interpretación por parte del Tribunal de tal disposición se

¹²⁹ Aguilar IP2, ¶ 89.

¹³⁰ Memorial de Contestación sobre Responsabilidad de la Demandada, corregido, ¶ 600. Véanse también: R-EPA sobre Responsabilidad, ¶ 411; Tr. Cuantificación (Día 5) (ESP), 1488:22-1489:2 (Alegato de Cierre, Silva Romero). Véase también: Memorial Complementario sobre Responsabilidad de la Demandante, nota 134.

¹³¹ *Caratube International Oil Company LLP c. República de Kazajstán*, Caso CIADI N.º ARB/08/12 (“*Caratube c. Kazajstán*”), Decisión sobre la Solicitud de Anulación de Caratube International Oil Company LLP del 21 de febrero de 2014, ¶ 94 (**Anexo CL-335**).

¹³² Réplica, ¶ 301 y nota 583.

encuentra claramente dentro del marco legal que establecieron las Partes. Lo mismo es cierto con respecto a los argumentos relativos al principio de continuidad¹³³ y las disposiciones en materia de suspensión e intervención en el sector hidrocarburífero.¹³⁴

116. En conclusión, este aspecto de la Petición de Ecuador es rechazado.

2.3 El Tribunal fue engañado en cuanto a los hechos

117. En subsidio, Ecuador argumenta que Burlington retuvo en forma ilegal pruebas claves y engañó al Tribunal. Ecuador invoca el Plan de Suspensión como el hecho decisivo que afectaría el resultado de la decisión del Tribunal según la cual Burlington sufrió la expropiación ilícita de sus activos. Este aspecto fundamental de la Petición se encuentra dentro del alcance del Artículo 51 aplicado por analogía. Por ende, el Tribunal debe revisar si los argumentos de Ecuador cumplen con los requisitos del Artículo 51. No lo hacen.
118. En efecto, Ecuador sabía de la existencia del Plan de Suspensión desde el año 2011¹³⁵ cuando Burlington advirtió que era privilegiado y se encontraba en su lista de documentos privilegiados (*privilege log*). Ecuador luego obtuvo el Plan de Suspensión el día 1 de agosto de 2012 a través de la exhibición de documentos en el marco del caso paralelo *Perenco*.¹³⁶ Posteriormente, Burlington exhibió el documento en el contexto del presente arbitraje el día 14 de noviembre de 2012 ante Ecuador,¹³⁷ y Ecuador lo presentó el día 14 de diciembre de 2012,¹³⁸ fecha de

¹³³ De conformidad con el Artículo 314 de la Constitución del año 2008, sólo los servicios públicos se rigen por el principio de continuidad, y el perito de Ecuador, Dr. Aguilar, admitió que la explotación de hidrocarburos no es un servicio público (Aguilar IP4, ¶ 30). También confirmó que los CP eran distintos de los servicios públicos descritos en el Artículo 249 de la Constitución del año 1998, que fue reemplazado posteriormente por el Artículo 314 de la Constitución del año 2008. Véase también: Aguilar IP2, ¶¶ 36-37.

¹³⁴ La facultad de intervenir en los sectores económicos – tales como las bolsas de valores, el sector eléctrico, el sector de telecomunicaciones o el sector minero – se encuentra regulada explícitamente en el derecho ecuatoriano tal como lo demuestra en forma concluyente el Dr. Pérez Loose (Pérez Loose IP, ¶¶ 13-21), pero en el momento pertinente no existía disposición expresa con respecto a las operaciones petrolíferas y es revelador que Ecuador modificara el Artículo 11 de la LH en el año 2010 a fin de prever la intervención en el sector hidrocarburífero. En otras palabras, en el mes de julio de 2009, las únicas disposiciones vigentes eran el Artículo 74(4) de la LH en conjunción con el Artículo 75. (Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno, Registro Oficial N.º 244, 27 de julio de 2010, Artículo 5(g) (**Anexo Pérez-13**)).

¹³⁵ Carta del 21 de febrero de 2011 de Burlington a Ecuador, pág. 007, punto 99 (**Anexo C-472**).

¹³⁶ Carta del 31 de agosto de 2012 de Perenco a Ecuador (**Anexo E-311**).

¹³⁷ Carta del 14 de noviembre de 2012 de Burlington a Ecuador (**Anexo E-310**).

¹³⁸ *Ibid.*

emisión de la Decisión sobre Responsabilidad. Por consiguiente, transcurrieron 135 días entre el momento en que Ecuador tomó conocimiento del contenido del Plan de Suspensión y el momento en que exhibió dicho documento en el arbitraje que nos ocupa. Entre los meses de agosto y diciembre de 2012, Ecuador tuvo amplias oportunidades de notificar el Tribunal de que tenía en su poder un documento que consideraba decisivo para el resultado del caso.

119. Sobre la base de este único fundamento, este aspecto de la Petición de Ecuador fracasa, y el Tribunal podría prescindir de cualquier análisis adicional. Dicho esto, el Tribunal reconoce que existe otra opinión acerca de la idoneidad de aplicar el plazo del Artículo 51(2) del Convenio a las solicitudes de revisión de decisiones anteriores al laudo, y, ya que las Partes han argumentado *in extenso* esta parte de la Petición, el Tribunal considerará brevemente los argumentos adicionales planteados por las Partes.
120. El Tribunal coincide con Burlington en que Ecuador no puede ahora alegar que ingresó a los Bloques 7 y 21 debido a supuestos riesgos que justificaban la intervención, y argumentar, al mismo tiempo, que descubrió estos riesgos cuando obtuvo una copia del Plan de Suspensión.
121. Es verdad que Ecuador alega que su capacidad de invocar el Plan de Suspensión durante la etapa de responsabilidad se vio comprometida por la invocación supuestamente ilegal de privilegio por parte de Burlington. No obstante, dicho argumento fracasa, puesto que el Tribunal considera que el Plan de Suspensión es efectivamente privilegiado en virtud de la doctrina del producto del trabajo del abogado, en tanto fue generado por consejeros internos y externos de Perenco a efectos del procedimiento de arbitraje en curso.¹³⁹ Por consiguiente, sólo podría haber sido exhibido una vez que Perenco hubiera consentido en levantar el privilegio.
122. Además, el Tribunal también destaca que el Plan de Suspensión no contiene información fáctica alguna que fuera anteriormente desconocida por las partes o Tribunal, ni era susceptible de influir decisivamente en el resultado de la Decisión sobre Responsabilidad.

¹³⁹ El documento lleva un número de identificación de Debevoise & Plimpton, lo que demuestra que fue generado por abogados con el aporte de técnicos (Plan de Suspensión) de fecha 3 de junio de 2009 (**Anexo E-309**). Véase: Tr. Cuantificación (Día 5) (ESP), 1444:10-1445:7 (Alegato de Cierre, Blackaby).

123. Primero, Burlington demostró que el Plan de Suspensión fue el punto de partida de los análisis en materia de riesgos vinculados a la suspensión, que fue luego dejado sin efecto por otros debates entre los socios del Consorcio, tales como la reunión celebrada en Bogotá los días 18-19 de junio de 2009 y la revisión del Plan de Suspensión el día 30 de junio de 2009.¹⁴⁰ Segundo, el Consorcio se ofreció en dos ocasiones a proporcionarle a Ecuador “más detalles sobre esta suspensión”, pero Ecuador no procedió al seguimiento de estos ofrecimientos antes de intervenir en los Bloques el día 16 de julio de 2009.¹⁴¹ Tercero, para el perito de Ecuador, RPS, el Plan de Suspensión demostró que el Consorcio llevó a cabo una evaluación de riesgos en el mes de junio de 2009 o alrededor de esa fecha.¹⁴² El perito agregó que ese documento “*reconoce expresamente los riesgos e incertidumbres*” que RPS había identificado previamente durante la fase de responsabilidad en relación con el daño a los reservorios, el daño mecánico y la pérdida económica grave, al igual que los riesgos de sabotaje y saqueo.¹⁴³ RPS también insistió en que, con anterioridad a la Decisión sobre Responsabilidad, “*carecía de los datos específicos necesarios para refutar de manera decisiva el testimonio del Sr. Martinez*” según el cual no había riesgos significativos asociados a la suspensión.¹⁴⁴ Sea como fuere, estos riesgos fueron debatidos *in extenso* con anterioridad a la Decisión sobre Responsabilidad, y el Plan de Suspensión no agrega nada nuevo en este sentido, menos aún proporciona los “*datos específicos*” que RPS necesitaba para evaluar la concreción de los riesgos que había identificado.
124. En consecuencia, el Tribunal llega a la conclusión de que este aspecto de la Petición de Ecuador no reúne las condiciones del Artículo 51 aplicado por analogía y, por lo tanto, debe rechazarse.

2.4 Conclusión

125. Por estas razones, la Petición es rechazada.

¹⁴⁰ Borrador de Acta de Asamblea en Bogotá, 18-19 de junio de 2010 (**Anexo E-534**); Revisión del Plan de Suspensión de Ecuador, 30 de junio de 2009 (**Anexo C-200**).

¹⁴¹ Carta del 13 de julio de 2009 de Burlington y Perenco al Ministerio de Minas y Petróleos (**Anexo C-208**); Carta de fecha 15 de julio de 2009 del Consorcio al Ministerio de Minas y Petróleos (**Anexo C-213**).

¹⁴² RPS IP2, ¶ 45; RPS IP3, ¶ 16.

¹⁴³ RPS IP2, ¶ 47; RPS IP3, ¶¶ 15-16.

¹⁴⁴ RPS IP2, ¶ 41.

VII. CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS

126. En su Decisión sobre Responsabilidad, el Tribunal determinó que, al tomar posesión de los Bloques 7 y 21 (cuya toma de control se tornó permanente el día 30 de agosto de 2009), Ecuador expropió las inversiones de Burlington,¹⁴⁵ y que dicha expropiación fue ilícita.¹⁴⁶ La tarea del Tribunal en esta etapa consiste en determinar la indemnización adeudada a Burlington debido a la violación del tratado por parte de Ecuador.
127. En primer lugar, el Tribunal brindará un resumen de las posiciones de las Partes (Sección A) y abordará la cuestión del estándar de compensación (Sección B). También determinará si las pretensiones de daños y perjuicios planteadas por Burlington son indemnizables (Sección C), y determinará la valuación de las reclamaciones que pasen tal prueba (Sección D). Concluirá su análisis con la evaluación de la defensa de Ecuador sobre culpa concurrente (Sección E) y la solicitud de Burlington de intereses posteriores al laudo (Sección F).

A. RESUMEN DE LAS POSICIONES DE LAS PARTES

1. Resumen de la posición de Burlington

128. Burlington argumenta que tiene derecho a recibir una reparación íntegra por las pérdidas resultantes de la expropiación ilícita de su inversión por parte del Ecuador, la que (según Burlington) el Tribunal definió expresamente de manera tal que los derechos contractuales de Burlington se vieron incluidos.¹⁴⁷
129. Burlington pretende una indemnización por las siguientes tres categorías de daños y perjuicios:
- i. **Cuotas pasadas de la Ley 42** abonadas o incautadas por Ecuador, es decir, “[l]os montos devengados adeudados a Burlington al momento de la expropiación como resultado del hecho de que Ecuador no indemnizó a Burlington por los pagos y las incautaciones en virtud de la Ley 42 efectuadas anteriormente”.¹⁴⁸ El perito de cuantificación de Burlington, el Dr. Abdala de Compass Lexecon, denomina este concepto de reclamación como “*deudas tributarias previas a la expropiación*” y las ha calculado desde el día en el que

¹⁴⁵ DR, ¶ 535.

¹⁴⁶ *Id.*, ¶¶ 543-545.

¹⁴⁷ C-Mem., ¶ 72, en referencia a: *Id.*, ¶¶ 36-40.

¹⁴⁸ Mem., ¶ 72(b).

los impuestos entraron en vigor (20 de abril de 2006) hasta la fecha de la expropiación (30 de agosto de 2009).¹⁴⁹ Burlington caracteriza estas pérdidas como “*derechos contractuales perdidos*”.¹⁵⁰

- ii. El **lucro cesante** que Burlington podría haber recibido en virtud de los Contratos de Producción Compartida ante la ausencia (o “de no ser por”) los actos ilícitos de Ecuador. Compass Lexecon se refiere a este rubro de daño como el valor de los activos operativos de Burlington que fueron expropiados.¹⁵¹ Conforme a Burlington, la valuación de dicho lucro cesante debe tener en cuenta el derecho contractual de Burlington para ser indemnizado de cara a la Ley 42. En consecuencia, Compass Lexecon calcula dicho lucro cesante neto de los efectos económicos de la Ley 42.
- iii. La **pérdida de la oportunidad** de participar en negociaciones de buena fe respecto de una prórroga del Contrato de Participación del Bloque 7.¹⁵² Compass Lexecon se refiere a este rubro de daño como el “*Valor de la Prórroga del Bloque 7*”.¹⁵³

130. En su Segundo Informe, Compass Lexecon cuantifica estos daños y perjuicios de la siguiente manera:

Table 1: Summary of Damages to Burlington as of September 15, 2014

US\$ millions				
		Block 7	Block 21	Total
a	Pre-Expropriation Tax Debts	113.9	124.9	238.7
b	Value of Operating Assets	244.0	567.1	811.1
	<i>Historical Lost Profits (pre-September 2014)</i>	244.0	388.6	632.6
	<i>Fair Market Value as of September 2014</i>	-	178.5	178.5
c	Value of Block 7 Extension	300.5	n.a.	300.5
a+b+c	Total Damages	658.4	692.0	1,350.3

Source: Compass Lexecon Second Valuation Model. (CLEX-49)

¹⁴⁹ Compass Lexecon IP1, ¶ 2(ii).

¹⁵⁰ Mem., título B en página 48.

¹⁵¹ Compass Lexecon IP1, ¶ 2(i).

¹⁵² Mem., ¶ 72(c).

¹⁵³ Compass Lexecon IP1, ¶ 2(iii).

131. Burlington reclama intereses compuestos sobre todos estos montos, y solicita que el laudo quede protegido contra toda tributación.
132. En el Modelo Actualizado, al aplicar una fecha de valuación del 31 de agosto de 2016 y todos los supuestos de Compass Lexecon, los daños de Burlington se cuantifican en un total de **USD 1.515.603.095**, lo cual incluye intereses anteriores al laudo.

2. Resumen de la posición de Ecuador

133. Ecuador niega que Burlington tenga derecho a ser indemnizado por las deudas tributarias previas a la expropiación, o por la pérdida de la oportunidad de prorrogar el Contrato de Participación del Bloque 7. En primer lugar, sostiene que el Tribunal no tiene jurisdicción sobre tales pretensiones, las que a su criterio son reclamaciones contractuales y no reclamaciones que surgen del tratado. Ecuador afirma que aún bajo el supuesto de que el Tribunal resolviese que tiene jurisdicción, ambas reclamaciones fracasan por cuestiones de fondo.
134. Por el contrario, y por supuesto sujeto a su petición de reconsideración, Ecuador reconoce que Burlington tiene derecho a recibir el valor justo de mercado (VJM) de su inversión expropiada (el cual Ecuador pareciera aceptar que se encuentra reflejado en el valor de sus derechos en virtud de los CP de los Bloques 7 y 21 a la fecha de la expropiación). No obstante, afirma que la valuación por parte de Burlington de tales activos es extremadamente exagerada, principalmente debido a que Burlington aplica de manera incorrecta el estándar de compensación pertinente, utiliza una fecha de valuación equivocada, adopta supuestos falsos (en especial, la falta de contabilización de los impuestos que surgen de la Ley 42 al proyectar las ganancias futuras) y aplica una tasa de interés exagerada.

135. En su Segundo Informe, el perito de Ecuador, el Sr. Mélard de Feuarent de la firma Fair Links, cuantifica los daños y perjuicios sufridos por Burlington de la siguiente manera.¹⁵⁴

		Fair Market Value of Burlington's assets as of August 2009 (a)	Post-expropriation interest August 2009 - August 2015 (b)	Total damage value as of August 2015 (c) = (a) + (b)
High case production scenario	MS	28.8	4.3	33.1
Base case production scenario	MS	26.3	3.9	30.2
Low case production scenario	MS	20.6	3.1	23.7

136. Ecuador sostiene que, en todo caso, la indemnización que se conceda a Burlington debe reflejar la contribución de Burlington a sus propias pérdidas.
137. Por último, Ecuador afirma que el reclamo de Burlington por intereses no es razonable.
138. En el Modelo Actualizado, al aplicar una fecha de valuación de fecha 30 de agosto de 2009 y todos los supuestos de Fair Links, la valuación de Ecuador del escenario base de Burlington es de **USD 27.597.980**, incluyendo intereses anteriores al laudo.

B. ESTÁNDAR DE COMPENSACIÓN

1. Posición de Burlington

139. Burlington sostiene que, debido a que el Tribunal determinó que la expropiación fue ilícita, el estándar adecuado de compensación es el estándar del derecho internacional consuetudinario de reparación íntegra. Basándose en especial en el caso *Chorzów*,¹⁵⁵ así como en los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado (los "Artículos de la CDI"),¹⁵⁶ Burlington sostiene que este estándar requiere que el laudo elimine completamente las consecuencias de la conducta ilícita del

¹⁵⁴ El Tribunal entiende que tales cifras están expresadas en millones de USD.

¹⁵⁵ Mem., ¶¶ 49, 110, en referencia a: *Caso relativo a la Fábrica de Chorzów (Alemania c. Polonia)* (Reclamo de Indemnización) (Fondo), Corte Permanente Internacional de Justicia, Serie A, No. 17, Decisión del 13 de septiembre de 1928 ("*Chorzów*"), pág. 47 (**Anexo CL-102**); así como a: *Vivendi c. Argentina II*, Laudo del 20 de Agosto de 2007, ¶ 8.2.7 (**Anexo CL-123**); *Dictamen sobre los Casos de Lusitania*, Comisión Mixta de Reclamaciones entre Alemania y los Estados Unidos, 1 de noviembre de 1923, 7. *Informes de Laudos Arbitrales Internacionales de las Naciones Unidas* 32 (1932), pág. 39 (**Anexo CL-124**).

¹⁵⁶ Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (los "Artículos de la CDI") (**Anexo CL-127**).

Ecuador y restablezca la situación que hubiese existido en ausencia de dicho comportamiento ilícito.¹⁵⁷

140. En el contexto de una expropiación ilícita, “[l]a tarea del tribunal consiste en exigir al Estado que sitúe al inversionista en la posición económica que habría disfrutado si los hechos ilícitos nunca hubieran ocurrido, es decir, la situación que hubiera existido ‘a no ser por’ la expropiación ilegal”.¹⁵⁸ Si la restitución es imposible o impracticable, como en este caso, el Tribunal debe otorgar una indemnización “equivalente al valor actual de la inversión tomada, más la indemnización por cualquier pérdida que no hubiera sido incurrida sino hubiese sido por las actividades ilícitas del Estado”.¹⁵⁹
141. Según Burlington, este estándar es aplicable a todas las expropiaciones ilícitas, independientemente del incumplimiento que causó dicha ilicitud. Sostiene que el Artículo III(1) del TBI establece que todas las expropiaciones son ilícitas (siendo ésta la posición que por defecto fue acordada por los Estados contratantes), salvo que se cumplan cuatro condiciones acumulativas: la privación debe efectuarse (i) con fines de interés público, (ii) de manera no discriminatoria, (iii) de conformidad con el debido procedimiento legal, y (iv) mediante el pago de una indemnización.¹⁶⁰ Dicho de otra manera, si alguna de estas condiciones no se cumple, la expropiación es ilícita. Burlington sostiene que el Tratado no traza distinción entre estas condiciones, y que no existe autoridad alguna bajo el derecho internacional para hacerlo.¹⁶¹ Por lo tanto, no existe fundamento para la teoría del Ecuador de que el hecho de no pagar una indemnización “de alguna manera hace que una expropiación ‘sea menos ilícita’”.¹⁶²
142. Debido a que el propio Tratado no establece el estándar de compensación para las expropiaciones ilícitas, Burlington sostiene que el Tribunal debe recurrir al estándar del derecho internacional consuetudinario. Toda expropiación efectuada en violación del Artículo III(1) desencadena así el estándar de reparación íntegra establecido en el caso *Chorzów*. Debido a que la restitución no es factible, el Tribunal debe otorgar una indemnización suficiente para eliminar todas las consecuencias del acto ilícito.

¹⁵⁷ Réplica, ¶ 2.

¹⁵⁸ Mem., ¶ 52.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ Réplica, ¶¶ 28-29.

¹⁶¹ *Id.*, ¶ 31.

¹⁶² *Ibid.*

143. Burlington sostiene que, al igual que en el caso de los demás requisitos para la configuración de una expropiación ilícita, el requisito de compensación no tendría ningún propósito práctico si una expropiación que *violara* el requisito derivara en las mismas consecuencias correctivas que una expropiación que *cumpliera con* el requisito; lo que resultaría en que los Estados carecerían de incentivos para abonar una indemnización rápida, adecuada y efectiva.¹⁶³ Hacer lugar a la posición del Ecuador incitaría a los Estados a expropiar industrias con probables aumentos de valor para limitar su responsabilidad al valor correspondiente al momento de la toma de control inicial, e impondría una “jerarquía de ilicitud” que no existe en el TBI ni en ningún otro tratado de inversión.¹⁶⁴
144. Según Burlington, lejos de ser una “anomalía” tal como lo afirma Ecuador, tribunales arbitrales han otorgado regularmente una reparación íntegra en casos de expropiación ilícita debido a la falta de compensación, como se demuestra en *ConocoPhillips* (caso invocado por Ecuador, salvo respecto de este punto específico), *Unglaube*, *Siemens* y *Funnekotter*.¹⁶⁵ Asimismo, comentaristas destacados tales como Dolzer y Schreuer no apoyan “*la noción de que algunas expropiaciones ilícitas se remedian de una manera diferente de otras*”.¹⁶⁶
145. Burlington sostiene que la jurisprudencia mencionada por Ecuador no resulta convincente en este sentido. Para Burlington, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que distingue entre “*desposesión inherentemente ilícita*” y expropiación ilícita por falta de pago de indemnización, proporciona “*una guía limitada, de haber alguna, sobre las obligaciones de remediación que le corresponden a un Estado respecto de inversionistas extranjeros en virtud de tratados de inversión*”.¹⁶⁷ El TEDH se ocupa de las expropiaciones por parte de un Estado de los bienes de sus propios nacionales y, por lo tanto, aplica normas de protección diferentes de aquellas aplicables en el derecho internacional relativo a las inversiones. La doctrina del “margen de apreciación” y, por lo tanto, de un mayor

¹⁶³ *Id.*, ¶ 32; Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 16:13-18:4 (Alegato de Apertura, Paulsson).

¹⁶⁴ *Id.*, ¶ 56.

¹⁶⁵ *Id.*, ¶¶ 38-41, citando: *ConocoPhillips c. Venezuela*, Decisión sobre Jurisdicción y Fondo del 3 de septiembre de 2013, ¶¶ 342-43, 401 (**Anexo CL-343**); *Unglaube y Unglaube c. República de Costa Rica*, Casos CIADI No. ARB/08/1 y ARB/09/20, Laudo del 6 de mayo de 2012 (“*Unglaube c. Costa Rica*”), ¶ 305 (**Anexo CL-243**); *Siemens AG c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo del 6 de febrero de 2007 (“*Siemens c. Argentina*”), ¶ 273 (**Anexo CL-79**); *Bernardus Henricus Funnekotter y otros c. República de Zimbabue*, Caso CIADI N.º ARB/05/6 (“*Funnekotter c. Zimbabue*”), Laudo del 22 de abril de 2009, ¶¶ 98, 107 (**Anexo CL-150**).

¹⁶⁶ Réplica, ¶ 43.

¹⁶⁷ *Id.*, ¶ 47.

grado de deferencia hacia el Estado, carece de utilidad en el contexto de las inversiones internacionales, tal como lo confirman los casos *Siemens y Quasar*,¹⁶⁸ así como el propio TEDH en *Lithgow*.¹⁶⁹

146. Burlington añade que, de igual manera, la doctrina invocada por Ecuador no es persuasiva. La defensa por parte de Audley Sheppard de la abolición de *cualquier* distinción entre tipos de expropiación en el contexto del TCE hace caso omiso del Artículo 31 de la CVDT y no encuentra apoyo en el texto y la estructura del Artículo III(1) del TBI, el cual aclara que “*los elementos de una expropiación lícita son acumulativos y de igual importancia*”.¹⁷⁰ Por su parte, si bien Brownlie describe el incumplimiento del pago de una compensación como un acto ilícito *sub modo*, reconoce que cualquier expropiación violatoria de una disposición de un tratado es *per se* ilegal.¹⁷¹
147. Burlington sostiene que, en todo caso, los argumentos Ecuador son en última instancia irrelevantes, debido a que la expropiación no cumplió con *ninguno* de los cuatro criterios establecidos en el Artículo III(1) del TBI.¹⁷²
- i. En primer lugar, no tuvo ningún fin de interés público. El Tribunal determinó que Burlington tenía justa causa para suspender las operaciones. También sostuvo que las pruebas no sustentaban la afirmación de que la suspensión generaba riesgos significativos. Debido a que Ecuador violó sus propias leyes, la expropiación no tuvo ningún fin *legítimo* de interés público.¹⁷³

¹⁶⁸ *Id.*, ¶¶ 48-49, en referencia a: *Siemens c. Argentina*, ¶ 354 (**Anexo CL-79**); *Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A., ALOS 34 S.L. c. Federación Rusa*, Arbitraje SCC No. 24/2007, Laudo del 20 de julio de 2012 (“*Quasar c. Rusia*”), ¶¶ 21-23 (**Anexo CL-276**); R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles Of International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2da ed. 2012) (“Dolzer & Schreuer”), pág. 107 (**Anexo CL-348**).

¹⁶⁹ Réplica, ¶ 49, en referencia a: *Case of Lithgow y otros c. Reino Unido*, TEDH, Sentencia del 8 de julio de 1986, ¶ 112 (**Anexo CL-336**).

¹⁷⁰ Réplica, ¶ 55, en referencia a: Audley Sheppard, “The distinction between lawful and unlawful expropriation”, en *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, JurisNet LLC, 2006, pág. 171 (**Anexo EL-259**). Burlington también argumenta que, en su artículo, Sheppard replica una postura que había defendido en nombre de la Demandada en el caso *ADC* y que fue rechazada explícita y enérgicamente por el Tribunal en dicho caso.

¹⁷¹ Réplica, ¶ 55, nota 65, en referencia a: Ian Brownlie, *The Rule Of Law In International Affairs: International Law At The Fiftieth Anniversary Of The United Nations* (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1998), pág. 143 (**Anexo CL-154**).

¹⁷² Réplica, ¶¶ 57-71.

¹⁷³ *Id.*, ¶ 61.

- ii. En segundo lugar, la expropiación fue discriminatoria.¹⁷⁴ Ecuador ofreció indemnización a otras compañías petroleras, pero no a Burlington.
- iii. En tercer lugar, Ecuador admite que no ofreció una indemnización.¹⁷⁵
- iv. En cuarto lugar, no se cumplió con el debido proceso legal, debido a que no se cursó una notificación previa razonable, no se realizó una audiencia justa y no medió un juez imparcial.¹⁷⁶ De hecho, Ecuador, a través del presidente Correa, admitió que el Decreto 662 era una medida “de presión” destinada a obligar a los inversionistas a abandonar sus contratos.¹⁷⁷ Ecuador tampoco cumplió con la orden sobre medidas provisionales emitida por el Tribunal a través de la RP1 de 29 de junio de 2009, al persistir en incautaciones coactivas violando de esta manera los derechos procesales de Burlington.¹⁷⁸ Según Burlington, “[u]na expropiación efectuada mediante la violación de los derechos procesales de un inversionista y el incumplimiento de las órdenes de un tribunal internacional no puede considerarse como realizada de acuerdo con el debido proceso legal”.¹⁷⁹
- v. Por último, la expropiación también infringió el estándar de TJE establecido en el Artículo II(3) del TBI, que se incorpora expresamente en el Artículo III(1) del TBI.¹⁸⁰ Específicamente, Ecuador violó el estándar de TJE al no respetar el debido proceso, así como mediante su comportamiento conducente a la expropiación, el cual “*anuló por medio de acto soberano los derechos fundamentales de Burlington*”¹⁸¹ tal como lo fue reconocido por el Tribunal. Al concluir que Burlington tenía “*justa causa*” para suspender las operaciones, el Tribunal “*necesariamente*” reconoció que la privación “*estaba vinculada a, y*

¹⁷⁴ *Id.*, ¶ 62, también en referencia a: *Fireman’s Fund Insurance Company c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/02/1 (“*Fireman’s Fund c. México*”), Laudo del 17 de julio de 2006, ¶ 203 (**Anexo EL-81**).

¹⁷⁵ Réplica, ¶ 63.

¹⁷⁶ Réplica, ¶¶ 64-68, en referencia a: *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría*, Caso CIADI N.º ARB/03/16 (“*ADC c. Hungría*”), ¶ 435 (**Anexos EL-26 y CL-101**).

¹⁷⁷ Réplica, ¶ 66, también en referencia a: *Mohammad Ammar Al-Bahoul c. República de Tayikistán*, Arbitraje SCC No. V (064/2008), Laudo Final del 8 de junio de 2010 (“*Al-Bahloul, c. Tayikistán*”), ¶ 221 (**Anexo CL-361**).

¹⁷⁸ Réplica, ¶ 67.

¹⁷⁹ *Id.*

¹⁸⁰ *Id.*, ¶ 68.

¹⁸¹ *Id.*, ¶ 69.

basada en, conductas estatales” violatorias del Artículo II(3) del TBI.¹⁸² En particular, la negativa a absorber tanto la Ley 42 como las incautaciones “fueron eslabones necesarios en la cadena que finalmente resultó en la expropiación formal”.¹⁸³

148. En consecuencia, Burlington sostiene que el Tribunal debería conceder una indemnización equivalente a la “reparación íntegra”, es decir, una indemnización que elimine por completo las consecuencias económicas de los actos ilícitos de Ecuador. Si bien Burlington concuerda con que dicha compensación debe reflejar el VJM de su inversión perdida,¹⁸⁴ resalta que lo que importa a la hora de otorgar una indemnización por una expropiación ilícita es aquello que el inversionista haya perdido como resultado de la conducta ilícita del Estado.¹⁸⁵

2. Posición de Ecuador

149. Ecuador argumenta que el estándar de compensación aplicable no se encuentra en el derecho internacional consuetudinario sino en el propio Artículo III(1), el cual dispone lo siguiente:

“La indemnización equivaldrá el valor justo en el mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que se tome la acción expropiatoria o de que ésta se llegue a conocer, si ello ocurre con anterioridad; se calculará en una moneda autorizable libremente, al tipo de cambio vigente en el mercado en ese momento; se pagará sin dilación; incluirá los intereses devengados a un tipo de interés comercialmente razonable desde la fecha de la expropiación; será enteramente realizable, y será transferible libremente”.¹⁸⁶

150. En consecuencia, según la Demandada, a Burlington sólo tiene derecho a obtener el valor justo de mercado de su inversión, valuado a la fecha de la expropiación, más el interés devengado a partir de la fecha de la expropiación.
151. El argumento principal de Ecuador radica en que dicho estándar es aplicable a todas las expropiaciones, ya sean lícitas o ilícitas, e independientemente de la violación que haya resultado en la ilicitud.¹⁸⁷ Ecuador sostiene que Burlington se

¹⁸² *Id.*, ¶ 70.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ *Id.*, ¶¶ 19-20.

¹⁸⁵ Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 16:13-18:4 (Alegato de Apertura, Paulsson).

¹⁸⁶ Artículo III(1) del Tratado.

¹⁸⁷ Ecuador se funda en *Funnekotter c. Zimbabwe*, Laudo del 22 de abril de 2009 ¶ 110 (**Anexo CL-150**); W. M. Reisman, R. D. Sloane, “Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation”, 74 BYIL (2004), pág. 133 (**Anexo CL-177**); A. Sheppard, “The distinction between lawful and unlawful expropriation”, en *Investment Arbitration and the Energy*

equivoca al argumentar que la simple falta de pago de la compensación deriva inexorablemente en un estándar de compensación diferente de aquel dispuesto por el TBI. Las autoridades citadas por Burlington no respaldan dicha proposición, ni tampoco el texto del Tratado conlleva a dicho resultado. Tal como demuestra *Funnekotter*, el precedente “no es totalmente claro” respecto de si el estándar de compensación contenido en un tratado resulta aplicable o no en casos de expropiación ilícita, “en particular en casos de falta de compensación”.¹⁸⁸ El Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU, y en particular las opiniones expresadas por el Juez Brower, demuestran que el estándar del tratado, no el derecho internacional consuetudinario, fue aplicado en casos de expropiaciones lícitas salvo por la falta de compensación.¹⁸⁹ Audley Sheppard ha opinado que, “en ausencia de una redacción clara en contrario”, el estándar del tratado resulta aplicable en todos los casos de expropiación, independientemente de su licitud.¹⁹⁰ Esta postura ha sido adoptada en una “larga línea de casos”, tales como *Wena*, *Middle East Cement*, *Tecmed*, *Goetz*, *Rumeli*, *CME*, y *Sistem* en el marco de un TBI (en los cuales no existía diferencia sustancial alguna entre la redacción del TBI respectivo y la

Charter Treaty, JurisNet LLC, 2006, p. 196 (**Anexo EL-259**); *Wena Hotels Ltd. c. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4 (“*Wena c. Egipto*”), Laudo del 8 diciembre de 2000, ¶ 118 (**Anexo EL-200**); *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/99/6 (“*Middle East Cement c. Egipto*”), Laudo del 12 de abril de 2002, ¶ 107 (**Anexo CL-271**); *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2 (“*Tecmed c. México*”), Laudo del 29 mayo de 2003, ¶¶ 187, 189 (**Anexo EL-23**); *Antoine Goetz y otros c. República de Burundi*, Caso CIADI No. ARB/95/3 (“*Goetz c. Burundi*”), Laudo del 10 febrero de 1999, ¶ 135 (**Anexo EL-22**); *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16 (“*Rumeli c. Kazajstán*”), Decisión del Comité *ad hoc* del 25 de marzo de 2010, ¶¶ 785-793 (**Anexo CL-158**); *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, (CNUDMI) (“*CME c. República Checa*”), Laudo Parcial del 13 de septiembre de 2001, ¶ 497 (**Anexo CL-174**); *Sistem Mühendislik İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. c. República Kirguisa*, Caso CIADI No. ARB(AF)/06/1 (“*Sistem c. Kirguistán*”), Laudo del 9 de septiembre de 2009 ¶ 156 (**Anexo EL-393**); *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/97/1 (“*Metalclad c. México*”), Laudo del 30 de agosto de 2000, ¶ 118 (**Anexo CL-110**); *S.D. Myers, Inc. c. Canadá*, CNUDMI (TLCAN) (“*S.D. Myers c. Canadá*”), Laudo Parcial del 13 de noviembre de 2000, ¶ 308 (**Anexo EL-127**); *Phillips Petroleum Company Iran c. República Islámica de Irán y National Iranian Oil Company* (“*Phillips Petroleum c. Irán*”), Laudo No. 425-39-2 del 29 de junio de 1989, ¶ 109 (**Anexo CL-157**).

¹⁸⁸ Dúplica, ¶ 463, en referencia a: *Funnekotter c. Zimbabue*, ¶ 110 (**Anexo CL-150**); W. M. Reisman, R. D. Sloane, “Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation”, 74 *BYIL* (2004), pág. 133 (**Anexo CL-177**).

¹⁸⁹ Dúplica, ¶¶ 466-479.

¹⁹⁰ Dúplica, ¶ 474, en referencia a: A. Sheppard, “The distinction between lawful and unlawful expropriation”, in *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, JurisNet LLC, 2006, pág. 196 (**Anexo EL-259**).

correspondiente al presente caso), y *Metalclad* o *SD Myers* en el marco del TLCAN.¹⁹¹

152. Citando la Opinión Disidente del Juez Brower en *Amoco*, Ecuador sostiene que recurrir al derecho internacional consuetudinario sería “*ignorar el hecho de que los Estados Parte del Tratado [...] han negociado minuciosamente un compromiso expreso en dicho Tratado precisamente con el propósito de evitar en la mayor medida posible toda referencia futura al derecho internacional consuetudinario*”.¹⁹² Amparándose en *Phillips Petroleum*, Ecuador sostiene que “*cuando las Partes Contratantes hayan estipulado un estándar de compensación en su Tratado, se requiere la identificación de un elemento adicional en el texto propio Tratado que permita ignorar la aplicación de dicho compromiso estipulado y negociado de forma minuciosa entre los Estados Parte*”.¹⁹³ En el presente caso, “[e]l texto del Tratado no revela criterio alguno por medio del cual se limite la aplicación del estándar de compensación conforme al Artículo III(1) respecto de algunas pero no de todas las expropiaciones ilícitas”.¹⁹⁴ Burlington está solicitando al Tribunal que redacte nuevamente el TBI.¹⁹⁵
153. Ecuador argumenta que, “*como mínimo, el estándar previsto en el Artículo III(1) resulta aplicable a aquellas expropiaciones en las cuales, habiendo dado cumplimiento a los requisitos de conducta del Tratado, no estuvieron acompañadas por una compensación*”, tal como ocurre en el presente caso.¹⁹⁶ Ello resulta evidente en virtud del requisito del Artículo III(1) que dispone que se debe abonar un interés desde la fecha de la expropiación: si el estándar del tratado no fuera aplicable a las expropiaciones que carecen de compensación, no habría habido necesidad de establecer que la compensación debería incluir un interés desde la fecha de la expropiación. “*Por consiguiente, incluso si, quod non, Burlington pudiera*

¹⁹¹ Dúplica, ¶¶ 475-578, en referencia a: *Wena c. Egipto*, Laudo del 8 de diciembre de 2000, ¶ 118 (**Anexo EL-200**); *Middle East Cement c. Egipto*, Laudo del 12 de abril de 2002, ¶ 107 (**Anexo CL-271**); *Tecmed c. México*, Laudo del 29 de mayo de 2003, ¶¶ 187, 189 (**Anexo EL-23**); *Goetz c. Burundi*, Laudo del 10 de febrero de 1999, ¶ 135 (**Anexo EL-22**); *Rumeli c. Kazajstán*, Laudo del 29 de julio de 2008, ¶¶ 785-793 (**Anexo CL-158**); *CME c. República Checa*, Laudo del 14 de marzo de 2003, ¶ 497 (**Anexo CL-174**); *Sistem c. Kirguistán*, Laudo del 8 de septiembre de 2009, ¶ 156 (**Anexo EL-393**); *Metalclad c. México*, Laudo del 30 de agosto de 2000, ¶ 118 (**Anexo CL-110**); *S.D. Myers c. Canadá*, Laudo Parcial del 13 de noviembre de 2000, ¶ 308 (**Anexo EL-127**).

¹⁹² Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 256:18-257:2 (Alegato de Apertura, Silva Romero).

¹⁹³ Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 257:10-17 (Alegato de Apertura, Silva Romero).

¹⁹⁴ Dúplica, ¶ 488.

¹⁹⁵ *Id.*, ¶¶ 484-485.

¹⁹⁶ *Id.*, ¶ 487.

persuadir al Tribunal que reconsidere sus decisiones en materia de responsabilidad y resolviera que la alegada expropiación de la inversión de Burlington fue ilícita por motivos diferentes a que dicha expropiación no estuvo acompañada de una compensación pronta, adecuada y efectiva, el estándar de compensación del Tratado resultaría aún aplicable con exclusión del derecho internacional consuetudinario".¹⁹⁷

154. Subsidiariamente, Ecuador sostiene que el derecho internacional consuetudinario lleva al mismo resultado. Basándose en *Chorzów*, Ecuador argumenta que “[l]a respuesta correctiva ante una expropiación ilícita difiere conforme al derecho internacional consuetudinario dependiendo de si la expropiación habría sido lícita ‘excepto por’ el pago de la compensación”.¹⁹⁸ Cuando (como ocurre en el presente caso) la expropiación habría sido lícita si se hubiese pagado compensación, la obligación del Estado se “limita al valor del proyecto al momento de la desposesión, más un interés hasta la fecha de pago”.¹⁹⁹
155. Ecuador niega que la expropiación pueda caracterizarse como ilícita como consecuencia de otras violaciones del Artículo III(1), tal como alega Burlington. En primer lugar, el Tribunal resolvió que carece de jurisdicción *ratione materiae* para analizar el reclamo de Burlington en materia de trato justo y equitativo, trato arbitrario, y protección y seguridad plenas; conceptos basados en las nociones jurídicas de “interés público”, “discriminación”, “debido proceso legal”, “justicia” y “equidad”. Burlington no puede, en este momento, volver a presentar dichos reclamos por la puerta trasera.²⁰⁰
156. En segundo lugar, el Tribunal ya ha desestimado las alegaciones de Burlington. En la Decisión sobre Responsabilidad, el Tribunal consideró las mismas alegaciones que Burlington pretende repetir en este momento, pero declaró que la pretendida expropiación por parte de Ecuador fue ilícita sólo en virtud de la ausencia de compensación. Ello significa que el Tribunal no aceptó las alegaciones de Burlington según las cuales la expropiación habría violado otras condiciones del Artículo III(1). No se puede inferir ninguna otra conclusión a partir del silencio del Tribunal. La parte dispositiva de la Decisión sobre Responsabilidad confirma que

¹⁹⁷ *Id.*, ¶ 491.

¹⁹⁸ MC, ¶ 353.

¹⁹⁹ MC, ¶ 357; Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 260:17-20; Dúplica, ¶ 498, citando *Chorzów*, pág. 46 (**Anexo CL-102**).

²⁰⁰ Dúplica, ¶¶ 386-387.

las otras alegaciones de Burlington respecto de la ilicitud de la expropiación fueron desestimadas.²⁰¹

157. En tercer lugar, Burlington no ha presentado una petición de reconsideración en virtud de dichas supuestas ilicitudes.
158. Por último, si, *par impossible*, el Tribunal decidiese considerar el fondo del argumento subsidiario de Burlington, debería proceder a desestimarlo por los siguientes motivos:
 - i. Ecuador ha demostrado, por medio de su Petición de Reconsideración, que conforme a la legislación ecuatoriana le asistía el derecho de tomar posesión de los Bloques 7 y 21 debido a los riesgos identificados en el Plan de Suspensión del Consorcio (entre otros documentos).²⁰²
 - ii. No obra prueba alguna en el expediente que respalde la alegación de que la expropiación fue discriminatoria. Las otras empresas referidas por Burlington como receptoras de compensación por parte de Ecuador no se encontraban en las mismas circunstancias que Burlington, particularmente debido a que éstas aceptaron renegociar los contratos de hidrocarburos, transformarlos en contratos de prestación de servicios y abonar los tributos conformes a la Ley N.º 42, mientras que Burlington no procedió en el mismo sentido.²⁰³
 - iii. Si bien no constituye materia de controversia el hecho de que Burlington no haya percibido compensación por la pretendida expropiación por parte de Ecuador, tampoco es materia de controversia que, si Burlington no hubiese saboteado las negociaciones entre el Consorcio y Ecuador, el Consorcio habría celebrado acuerdos transitorios con el Estado y, en última instancia, habría continuado ya sea con la operación de los Bloques conforme a los contratos de prestación de servicio, o discutido con el Estado la liquidación de los CP, lo cual, de conformidad con el nuevo marco legal en materia de hidrocarburos de Ecuador, habría derivado en compensación. Dicho esto, Ecuador enfatiza que no se le adeuda compensación alguna a Burlington

²⁰¹ *Id.*, ¶¶ 388-391, c DR, ¶¶ 541-545 y 546 (C) 1 y 2.

²⁰² Dúplica, ¶ 394, en referencia a: MC, ¶¶ 88-167.

²⁰³ Dúplica, ¶¶ 395-396.

conforme al Artículo 75 de la Ley de Hidrocarburos y a los Decretos de Caducidad.²⁰⁴

iv. Por último, no obra prueba alguna en el expediente que acredite que la pretendida expropiación por parte de Ecuador fue llevada a cabo en violación al debido proceso legal o a cualquiera de los elementos del Artículo II(3). Resulta indefendible que Burlington haya abandonado los campos petrolíferos y luego alegue que el Estado, quien no quedaba con más alternativa que intervenir en los Bloques, no haya cumplido con el “debido proceso legal”. En todo caso, Ecuador dio cumplimiento al procedimiento para situaciones de emergencia.²⁰⁵ Según Ecuador, Burlington ignora asimismo cinco hechos relevantes.²⁰⁶ A saber:

- a. El Consorcio (como lo fue reconocido por el tribunal en *Perenco*) no proporcionó al Estado el estudio económico necesario para la activación de las cláusulas de renegociación tributaria. Así, fue responsabilidad del Consorcio el que las Partes no hayan cumplido el procedimiento contractual previsto en las Cláusulas 11.12 y 15.2 del CP para el Bloque 7 o las Cláusulas 11.7 y 15.2 del CP para el Bloque 21.²⁰⁷
- b. Ecuador consideró, conforme al Convenio CIADI, que las medidas provisionales adoptadas en la RP1 constituían “*meras recomendaciones y, por lo tanto, no eran vinculantes para el Estado*”.²⁰⁸ Según Ecuador, “[n]o puede haber violación al debido proceso legal por no haber dado cumplimiento a ciertas recomendaciones. Sin embargo, si dichas medidas provisionales fuesen consideradas vinculantes respecto del Ecuador (*quod non*), su incumplimiento no constituiría una violación de ninguno de los elementos (*derecho a la defensa, equidad de las partes, etc.*) que conforman el principio del debido proceso”.²⁰⁹

204 Dúplica, ¶ 397.

205 *Id.*, ¶ 398.

206 *Ibid.*

207 *Ibid.*

208 *Ibid.*

209 *Ibid.*

- c. En diversas oportunidades y sin éxito alguno, Ecuador invitó al Consorcio a retomar las operaciones en los Bloques. La reacción de Burlington fue desproporcionada dadas las circunstancias.²¹⁰
- d. La tasa interna de retorno ofrecida por Ecuador para los contratos de prestación de servicios era la misma que la que se encontraba implícita en la economía de los CP,²¹¹ y
- e. Si el debido proceso hubiese sido violado por la supuesta expropiación por parte de Ecuador, Burlington tenía el derecho de procurar recursos ante los tribunales administrativos de Ecuador; opción que prefirió no adoptar.²¹²

159. Por estos motivos, Ecuador sostiene que “*las renovadas intenciones de Burlington de eludir la jurisdicción del Tribunal y sus conclusiones en materia de responsabilidad deberían ser ignoradas*”.²¹³

3. Análisis

160. En opinión del Tribunal, el estándar de compensación apropiado para este caso es el estándar de reparación íntegra conforme al derecho internacional consuetudinario. El Artículo III(1) sólo describe las condiciones respecto de las cuales la expropiación se considera lícita; no dispone el estándar de compensación para aquellas expropiaciones que resulten de violaciones al Tratado. Esta conclusión ha sido reafirmada en diversos casos en los cuales el tratado en cuestión tenía una redacción similar.²¹⁴ Las autoridades citadas por Ecuador al

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ *Ibid.*

²¹² *Ibid.*

²¹³ *Id.*, ¶ 399.

²¹⁴ Véase, por ejemplo: *Siemens AG c. Argentina*, Laudo del 6 de febrero de 2007, ¶ 349 (**Anexo C-79**) (“La legislación aplicable para la determinación de la compensación por violaciones a las obligaciones de dicho tratado es el derecho internacional consuetudinario. El Tratado per se sólo dispone la compensación por la expropiación en virtud de los términos del Tratado”). Véanse también: *ADC c. Hungría*, Laudo del 2 de octubre de 2006, ¶ 483 (**Anexo CL-101**) (“Debido a que el TBI no contiene normas *lex specialis* que rijan la cuestión del estándar para la determinación de daños en caso de expropiación ilícita, el Tribunal debe aplicar en el presente caso el estándar por defecto contenido en el derecho internacional consuetudinario”); *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/05/15 (“*Siag c. Egipto*”), Laudo del 1 de junio de 2009, ¶ 540; *Saipem S.p.A. c. República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI N.º ARB/05/7 (“*Sapiem c. Bangladesh*”), Laudo del 30 de junio de 2009, ¶ 201 (**Anexo CL-243**); *Unglaube c. Costa Rica*, Laudo del 16 de mayo de 2012, ¶ 306 (**Anexo CL-244**); *Azurix Corporation c. La República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/12 (“*Azurix c. Argentina*”), Decisión sobre la Solicitud de Anulación del 1 de septiembre de 2009, ¶ 324 y nota 254 (**Anexo CL-123**);

respecto son poco convincentes: resulta evidente en el presente caso que el Tratado dispone las normas primarias del derecho internacional, es decir, las obligaciones sustantivas del Estado; pero no las normas secundarias, es decir, aquéllas que determinan la responsabilidad del Estado en virtud de las violaciones a dichas obligaciones. En ausencia de dicha normativa secundaria en el Tratado, el Tribunal debe recurrir al derecho internacional consuetudinario.

161. Sin embargo, durante la fase de cuantificación, Ecuador argumentó que el estándar de compensación conforme al derecho internacional consuetudinario resulta diferente para las expropiaciones que son ilícitas sólo como consecuencia de la falta de pago de compensación en contraposición a las expropiaciones que son ilícitas por otros motivos.²¹⁵ Ésta es una cuestión que no fue planteada durante la fase de responsabilidad y que la Decisión sobre Responsabilidad no analizó. Debido a que las condiciones establecidas en el Artículo III(1) del Tratado son de carácter acumulativo, en la Decisión sobre Responsabilidad, el Tribunal concluyó su análisis respecto de la licitud de la expropiación luego de decidir que Ecuador había violado una de las referidas condiciones (específicamente, el requisito de abonar u ofrecer una compensación). Esto se hizo así en aras de la eficiencia procesal, no debido a que la falta de pago de compensación por parte de Ecuador fuera necesariamente la única violación al Artículo III(1). En ese entonces, las alegaciones de las Partes no requerían que el Tribunal se extendiera en su análisis de legalidad. Dicho esto, dada la argumentación de Ecuador durante la presente fase según la cual la naturaleza de la ilicitud de la expropiación impacta la cuantificación de daños, el Tribunal ha examinado una vez más los argumentos y prueba presentados por las Partes y concluye que Ecuador incumplió con otras condiciones previstas en el Artículo III(1) para una expropiación lícita.
162. Contrariamente a lo que sugiere Ecuador, al hacer esto el Tribunal no está contradiciendo ni reconsiderando la Decisión sobre Responsabilidad. En dicha Decisión, el Tribunal declaró que “Ecuador violó el Artículo III del Tratado al expropiar de manera ilegítima la inversión de Burlington en los Bloques 7 y 21 a

Vivendi c. Argentina II, Laudo del 20 de agosto de 2007, ¶¶ 8.2.3–8.2.7 (**Anexo CL-92**); *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile*, Caso CIADI N.º ARB/01/7 (“*MTD c. Chile*”), Laudo del 25 de mayo de 2004, ¶ 238; *Quiborax S.A. y Non Metallic Minerals S.A. c. El Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI N.º ARB/06/2 (“*Quiborax c. Bolivia*”), Laudo del 16 de septiembre de 2015, ¶ 326.

²¹⁵ El Tribunal entiende que ello constituye el argumento en subsidio de Ecuador (siendo su posición principal que se debería aplicar el estándar del tratado).

partir del 30 de agosto de 2009”;²¹⁶ no declaró que la expropiación por parte de Ecuador fuera ilícita sólo por el hecho de la ausencia de compensación. En igual sentido, el Tribunal declaró que “todos los petitorios diferentes o contrarios con respecto a la responsabilidad de Ecuador son desestimados”;²¹⁷ no desestimó las alegaciones de Burlington en el sentido de que la expropiación fue ilícita también por otros motivos. La conclusión del Tribunal de que la expropiación fue ilícita debido a que no cumplió con una de las condiciones previstas en el Artículo III(1) del Tratado resultó suficiente para su Decisión sobre Responsabilidad. La determinación de si Ecuador violó las restantes condiciones del Artículo III(1) es ahora presentada por Ecuador como un factor presuntamente relevante a fin de establecer el estándar de compensación, que es una cuestión que corresponde a la fase de cuantificación del arbitraje, tal como lo demuestra el hecho de que las Partes han presentado argumentos extensos al respecto en la presente fase. El Tribunal procede a abordar dicha cuestión.

163. El Artículo III(1) del Tratado reza, en su parte relevante, lo siguiente:

Las inversiones no se expropiarán ni nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo que ello se efectúe con fines de interés público, de manera equitativa y mediante pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 3 del Artículo II.

164. Tal como indica dicho texto, el Artículo III(1) incorpora de forma expresa el requisito de que, para ser lícita, la expropiación debe ser llevada a cabo conforme a los principios generales de trato consagrados en el Artículo II(3) del Tratado, que dispone lo siguiente:

- (a) Las inversiones, a las que se concederá siempre un trato justo y equitativo, gozarán de protección y seguridad plenas y, en ningún caso, se le concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional.
- (b) Ninguna de las Partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el mantenimiento, la utilización, el usufructo, la adquisición, la expansión o la enajenación de las inversiones. Para los fines de la solución de diferencias, de conformidad con los Artículos VI y VII, una medida podrá tenerse por arbitraria o discriminatoria aun cuando una parte haya tenido o ejercido la oportunidad de

²¹⁶ DR, ¶ 546(C)(1).

²¹⁷ *Id.*, ¶ 546(C)(2).

que dicha medida se examine en los tribunales o en los tribunales administrativos de una de las Partes.

- (c) Cada Parte cumplirá los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones.

165. En opinión del Tribunal, la combinación de estas dos disposiciones implica en que, para ser lícita, la expropiación debe llevarse a cabo (i) con fines de interés público; (ii) de manera equitativa (el Tribunal observa que la versión en inglés del Tratado dice “no discriminatoria”); (iii) mediante pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva; (iv) de conformidad con el debido procedimiento legal; (v) de conformidad con el principio de trato justo y equitativo, el que incluye en particular el requisito de que la expropiación no sea arbitraria²¹⁸ y que sea llevada a cabo de conformidad con el estándar mínimo de trato; (vi) de conformidad con el principio de protección y seguridad plenas; y (viii) sin incumplir los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones.
166. El Tribunal rechaza el argumento de Ecuador según el cual el Tribunal carece de jurisdicción para determinar si la expropiación fue llevada a cabo conforme a los principios generales dispuestos en el Artículo II(3). Es cierto que, en su Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal sostuvo que carecía de jurisdicción respecto de los reclamos independientes de Burlington en materia de trato justo y equitativo, trato arbitrario, y protección y seguridad plenas.²¹⁹ No obstante, confirmó su jurisdicción respecto del reclamo de Burlington en materia de expropiación, y el estándar del Tratado dispone de forma expresa que para que una expropiación sea lícita debe ser llevada a cabo, *inter alia*, conforme a los principios generales contenidos en el Artículo II(3). Ignorar lo anterior contrariaría el tenor literal del Artículo III(1) y dejaría sin *effet utile* la frase “de conformidad con [...] los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 3 del Artículo II”. Ello no significa que Burlington pueda restablecer sus reclamos en materia de TJE por la puerta trasera. El análisis del Tribunal se limita a determinar si la expropiación (que el Tribunal concluyó que tuvo lugar cuando la toma de posesión física de los Bloques se tornó permanente)²²⁰ fue llevada a cabo conforme a dichos principios generales.
167. Surge del expediente subyacente a la Decisión de Responsabilidad y al presente Laudo que la expropiación no fue llevada a cabo conforme a los principios generales de trato dispuestos en el Artículo II(3). En efecto, el Tribunal concluye

²¹⁸ En opinión del Tribunal, la prohibición relativa a la conducta arbitraria ya se halla incluida en el estándar de trato justo y equitativo.

²¹⁹ DJ, ¶ 342(D).

²²⁰ DR, ¶¶ 530-537.

que la expropiación no se efectuó de acuerdo con el principio del trato justo y equitativo, obligación que constituye una condición de una expropiación lícita conforme al Artículo III(1) en referencia al Artículo II(3), incluso bajo una interpretación rigurosa del estándar.

168. El tribunal en *Waste Management II* definió el estándar mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario (que proporciona el parámetro mínimo del estándar de trato justo y equitativo) del siguiente modo:

[E]l nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo.²²¹

169. Dicho esto, Mondev aclaró que “a ojos modernos, aquello que resulta injusto o inequitativo no necesariamente debe ser equivalente a lo indignante o atroz”, y que “el Estado puede tratar a la inversión extranjera de forma injusta e inequitativa sin necesariamente proceder de mala fe”.²²² Asimismo, observó que “el juicio sobre lo que resulta justo y equitativo no puede llevarse a cabo en abstracto; debe depender de los hechos del caso en particular”.²²³ El Tribunal concuerda.

170. Burlington sostiene que “bajo cualquier interpretación del estándar [de TJE], el uso del Estado de su facultad soberana de expropiar una inversión en retribución a la negativa por parte del inversionista de renunciar a sus derechos consagrados en instrumentos legales específicamente concebidos para, y conferidos a, el inversionista por parte del Estado, constituye ciertamente una violación de dicho estándar”.²²⁴ El Tribunal concuerda. En efecto, al haber analizado la totalidad de las circunstancias relativas a la toma de posesión de los Bloques, el Tribunal concluye que la toma de posesión permanente de los Bloques por parte de Ecuador, la que el Tribunal consideró fue sin sustento alguno de hecho y de derecho,²²⁵ constituyó la etapa final de una serie de medidas de hostigamiento cuya intención era forzar a

²²¹ *Waste Management c. México II*, Laudo del 30 de abril de 2004, ¶ 98 (**Anexo CL-179**).

²²² *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/2 (“*Mondev c. Estados Unidos*”), Laudo del 11 de octubre de 2002, ¶ 116.

²²³ *Id.*, ¶ 118.

²²⁴ Suplemento del Memorial sobre Responsabilidad, ¶ 108.

²²⁵ Véase: DR, ¶ 529.

Burlington a transformar los CP en contratos de prestación de servicios, o abandonarlos por completo.

171. Tal como fue reconocido en *Al-Bahloul c. Tayikistán*, la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo incluye “[l]a obligación de no ejercer una presión irrazonable sobre el inversionista para lograr ciertos objetivos”.²²⁶ Si bien dicho tribunal consideró que este tipo de conducta constituía una violación al debido proceso (que es uno de los aspectos del estándar de trato justo y equitativo), otros tribunales han considerado que dicho hostigamiento es violatorio del trato justo y equitativo o, de forma más general, de los estándares mínimos de trato. A modo de ejemplo, el tribunal en *Tecmed* concluyó que la denegación de la extensión de una licencia por parte de la entidad estatal constituyó “un medio de presión [al inversionista] para inducir[e] a asumir una operación similar en otro sitio con las erogaciones económicas y riesgos propios”, y que “[b]ajo tales circunstancias, ese tipo de presión evoca formas de coerción que podrían considerarse irreconciliables con el [estándar de] trato justo y equitativo”.²²⁷
172. En el presente caso, el expediente demuestra que la toma de posesión de los Bloques por parte de Ecuador constituyó la etapa final de una serie de actos de hostigamiento dirigidos en contra de Burlington con el propósito de forzarlo a renegociar los CP. Tal como fuera informado por la prensa de Ecuador, el Presidente Correa declaró que el Decreto 662, que incrementara las cuotas de la Ley 42 al 99%, “solo fue una ‘medida de presión’ para que las compañías se sienten a negociar”.²²⁸ Ello no constituye materia de controversia para Ecuador. En efecto, en el marco de su análisis respecto de si la Ley 42 era de carácter expropiatorio, el Tribunal observó que “Ecuador aleg[ó] que la Ley 42 pretendía hacer que las compañías petroleras negociasen con el Estado”.²²⁹ El Tribunal razonó que “[s]i bien este objetivo podría haber estado relacionado con la opinión de Ecuador de que la asignación de ganancias del petróleo en virtud de los CP fue injusta, no provee ningún fundamento para desestimar los derechos de Burlington en virtud de los CP”,²³⁰ y agregó que “Ecuador parece haber promulgado la Ley 42 sin pretender aplicar el factor de corrección requerido por las cláusulas de

²²⁶ *Al-Bahloul c. Tayikistán*, Laudo Parcial sobre Jurisdicción y Responsabilidad del 2 de septiembre de 2009, ¶ 221 (**Anexo CL-361**). El Tribunal observa que el referido tribunal lo consideró como una forma de violación al debido proceso.

²²⁷ *Tecmed c. México*, Laudo del 29 de mayo de 2003, ¶ 163.

²²⁸ Anexo C-182.

²²⁹ DR, ¶ 455.

²³⁰ *Ibid.*

absorción de impuestos de los CP”, lo cual “d[io] credibilidad a las alegaciones de Burlington acerca de que la Ley 42 pretendió forzar a Burlington a renunciar a sus derechos en virtud de los CP”.²³¹

173. En este contexto, cabe repetir que el Tribunal ha concluido que “al promulgar la Ley 42 y luego negarse a absorber sus efectos en virtud de las cláusulas de absorción de impuestos, de hecho, Ecuador ha anulado el derecho de Burlington a un factor de corrección al impedir el ejercicio de este derecho. Asimismo, esta anulación fue posible gracias a la facultad soberana de Ecuador. Si bien ambas partes de los CP pueden invocar la cláusula de absorción de impuestos, solo Ecuador, como Estado soberano, puede incrementar los impuestos y desestimar esta cláusula”.²³² Si bien esta conducta puede no haber tenido un efecto expropiatorio, sin lugar a dudas ha generado un impacto en el negocio de Burlington. Visto conjuntamente con las declaraciones del Presidente Correa citadas *supra*, ello confirma que Ecuador utilizó sus facultades soberanas a fin de presionar a Burlington para que se sentara a negociar.
174. Si bien el Tribunal ha desestimado el argumento de expropiación progresiva, ello fue porque la toma de posesión física de los Bloques constituyó una expropiación en sí misma.²³³ Ello no le impide al Tribunal evaluar si la expropiación fue llevada a cabo conforme a un trato justo y equitativo. Esta evaluación no puede realizarse de forma aislada; requiere la revisión de la totalidad de los hechos y circunstancias relativas a la expropiación. Habiendo procedido en tal sentido, el Tribunal concluye que la toma de posesión de los Bloques por parte de Ecuador fue llevada a cabo en violación al principio de trato justo y equitativo.
175. Asimismo, el Tribunal considera que ninguno de los argumentos adicionales de Ecuador justifica la conducta en violación al TJE en el transcurso de la expropiación. A saber:
- i. En primer lugar, Ecuador argumenta que (tal como fuera reconocido por el tribunal en *Perenco*), el Consorcio no proporcionó al Estado el estudio económico necesario para que se aplicaran las cláusulas de renegociación tributaria y, así, fue responsabilidad del mismo Consorcio si las Partes no cumplieron el procedimiento contractual previsto en los CP. Las decisiones

²³¹ *Ibid.*

²³² DR, ¶ 418.

²³³ *Id.*, ¶ 538.

del tribunal en *Perenco* no son vinculantes para el presente Tribunal, pero aún si lo fueran, el hecho de que el procedimiento contractual para la aplicación del factor de corrección no se hubiese iniciado no justificaría la adopción de medidas tendientes a presionar y forzar al inversionista a renegociar o abandonar su inversión.

- ii. Los argumentos de Ecuador respecto de su incumplimiento con las medidas provisionales adoptadas por el Tribunal son irrelevantes en este contexto, como también lo son los argumentos de Burlington. Si bien el incumplimiento de las medidas provisionales del Tribunal por parte de Ecuador podría haber violado los derechos procesales de Burlington, no constituye en sí mismo una violación al debido proceso respecto de la expropiación.
- iii. En cuanto a las alegaciones de Ecuador consistentes en que el Consorcio se negó a retomar las operaciones a pesar de la invitación de Ecuador a tales efectos, el Tribunal, en su Decisión sobre Responsabilidad, concluyó que la carta del Ministro Pinto de fecha 19 de agosto de 2009 en la que Ecuador instaba al Consorcio a retomar las operaciones dentro de un plazo máximo de 10 días era “inconsistente con el derecho de Burlington a suspender las operaciones con ‘justa causa’ a raíz de las violaciones de los CP por parte de Ecuador y de la orden de medidas provisionales”, y, en consecuencia, “Burlington no tenía compromiso alguno de aceptar la exigencia de Ecuador”.²³⁴ En cualquier caso, la alegación de Ecuador es incorrecta: tal como quedara asentado en la Decisión sobre Responsabilidad, el día 28 de agosto de 2009 el Consorcio respondió que “estarían preparados para resumir sus operaciones” siempre que Ecuador cumpliera con sus obligaciones legales y contractuales; y no hay prueba alguna que evidencie que Ecuador haya respondido a dicha carta o se haya comunicado de otro modo con el Consorcio al respecto.²³⁵
- iv. La determinación de si la tasa interna de retorno ofrecida por Ecuador para los contratos de prestación de servicios era la misma que la que se

²³⁴ DR, ¶ 533, en referencia a: **Anexo C-223**. De forma más específica, el Tribunal resolvió que “[d]ado que, en ese momento, Ecuador no había saneado su incumplimiento ni expresado la intención de hacerlo en un futuro, Burlington aún poseía ‘justa causa’ para suspender las operaciones. En otras palabras, el *status quo* al momento de esta demanda no difería del que había dado lugar al derecho de Burlington a suspender las operaciones con ‘justa causa’ en un primer momento”. DR, ¶ 533.

²³⁵ DR, ¶ 534, en referencia a: **Anexo C-224**.

encontraría implícita en la economía de los CP resulta irrelevante para efectos del trato justo y equitativo o del debido proceso.

176. Así, el Tribunal arriba a la conclusión de que la expropiación fue ilícita no sólo por la falta de pago de compensación. En consecuencia, puede prescindir de la determinación de si el estándar de compensación conforme al derecho internacional consuetudinario es diferente para las expropiaciones que son ilícitas sólo como consecuencia de la falta de pago de compensación, en contraposición a las expropiaciones que son ilícitas por otras causales.
177. Por consiguiente, el estándar de compensación apropiado es el estándar de reparación íntegra conforme al derecho internacional consuetudinario dispuesto en el Artículo 31 de los Artículos de la CDI, aplicado por analogía. Si bien la Segunda Parte de los Artículos de la CDI, que establece las consecuencias legales de los actos ilícitos internacionales y a la que pertenece el Artículo 31, no resulta aplicable a la responsabilidad internacional de los Estado *vis-à-vis* a entidades que no son Estados,²³⁶ es generalmente aceptado que los Artículos de la CDI puedan ser extrapolados al contexto de controversias inversionista-estado.²³⁷ El Artículo 31 de la CDI dispone que “[e]l Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito”. En virtud de dicho principio, articulado por primera vez en el emblemático caso *Chorzów*, “la reparación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, en toda probabilidad, habría existido si dicho acto no se hubiera cometido”.²³⁸

²³⁶ Véase: Artículo 33(2) de la CDI, y comentario (3) al Artículo 28.

²³⁷ Véanse, por ejemplo: *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. y S.C. Multipack S.R.L. c. Rumania*, Caso CIADI N.º ARB/05/20 (“*Micula c. Rumania*”), Laudo Definitivo del 11 de diciembre de 2013, nota 172; *Vestey c. Venezuela*, Laudo del 15 de abril de 2016, ¶ 326.

²³⁸ *Chorzów*, pág. 47. La CPJI agregó que “la restitución en especie o, si esta no es posible, el pago de una suma que coincida con el valor que tendría una restitución en especie; el otorgamiento, en el caso de ser necesario, de una indemnización de daños por la pérdida sufrida que no sería cubierta por la restitución en especie o el pago en su lugar – esos son los principios que servirían para determinar el importe de la compensación adeudada para un acto contrario al derecho internacional”. *Chorzów*, pág. 47. La CPJI indicó, asimismo, que “[e]l cálculo de la suma de dinero total a la que se hace referencia supra [el valor del proyecto] se vincula solamente con el proyecto de *Chorzów*, y no excluye la posibilidad de considerar otro daño que las Empresas hayan sufrido debido a la desposesión, pero que es ajeno al proyecto en sí mismo”. *Chorzów*, pág. 49. Véase también: *Amoco International Finance Corp. c. La República de Irán*, Caso N.º 56 (“*Amoco c. Irán*”), Laudo Parcial N.º ITL 310-56-3 del 14 de julio de 1987, 15 IRAN U.S. C.T.R 189, Opinión Concorrente del Juez Brower, ¶ 18 (**Anexo CL-173**) (“*En mi opinión Chorzów Factory presenta un esquema simple: si la expropiación es lícita, la parte a la cual se priva del proyecto debe percibir un*

C. CATEGORÍAS DE PÉRDIDAS INDEMNIZABLES

178. Aplicando el estándar de compensación correspondiente, Burlington tiene derecho a una reparación íntegra por las pérdidas resultantes de la expropiación ilícita de su inversión por parte de Ecuador.
179. Tal como se anticipara en la Sección A *supra*, Burlington reclama tres categorías de daños y perjuicios: (i) las cuotas relativas a la Ley 42 abonadas o incautadas en el pasado (lo que el perito de la Demandante, Compass Lexecon, define como “*deudas tributarias previas a la expropiación*”); (ii) su lucro cesante en virtud de los CP (que Compass Lexecon define como “el valor de los activos operativos”), y (iii) la pérdida de la oportunidad de prorrogar el CP del Bloque 7 (que Compass Lexecon denomina como “el valor de la prórroga del Bloque 7”).
180. El Tribunal determinará en primer lugar si Burlington tiene derecho a cada una de los rubros indemnizatorios que pretende (en la presente Sección B), comenzando por las cuotas abonadas conforme la Ley 42 en el pasado (Sección 1 *infra*), refiriéndose luego al valor de los activos operativos de Burlington (Sección 2 *infra*), y en última instancia al reclamo de Burlington por la oportunidad perdida de prorrogar el CP del Bloque 7 (Sección 3 *infra*). Si determinase que cualquiera de estas categorías de reclamaciones constituye una pérdida indemnizable, procederá a analizar su valuación en la subsiguiente Sección C.

1. Cuotas abonadas conforme a la Ley 42 en el pasado

1.1 Posición de Burlington

181. Burlington afirma que tiene derecho a “*ser resarcido por los daños y perjuicios equivalentes a todas las sumas relativas a la Ley 42 abonadas bajo protesta o extraídas en especie a través de incautaciones coactivas*”,²³⁹ las que Burlington caracteriza como “*derechos contractuales perdidos*” y Compass Lexecon denomina

resarcimiento equivalente al ‘valor del proyecto’ que haya perdido, con inclusión de cualquier ganancia potencial futura, a partir de la fecha de la toma de posesión; sin embargo, en caso de una toma de posesión ilícita, se le debe efectivamente restituir el goce de su propiedad a la parte damnificada, o, en caso de que ello sea imposible o impracticable, debe percibir un resarcimiento equivalente al valor que resulte mayor entre (i) el valor del proyecto a la fecha de su pérdida (con inclusión, una vez más, del lucro cesante) determinado en base a la información disponible a dicha fecha, y (ii) el valor (con inclusión, asimismo, del lucro cesante) tal como fuera demostrado por su desempeño probable con posterioridad a la fecha de la pérdida y con anterioridad a la fecha del otorgamiento, en base a la experiencia real posterior a la toma de posesión, más (en cualquier caso) todo tipo de daño directo”.

²³⁹

Réplica, ¶ 108.

como “*deudas tributarias previas a la expropiación*”. En el Modelo Actualizado, al aplicar los supuestos de Compass Lexecon, tal reclamación se cuantifica en un monto de **USD 298.639.960**, incluidos los intereses anteriores al laudo. En tal sentido, Burlington plantea cinco argumentos principales.

182. En primer lugar, Burlington sostiene que dichos derechos contractuales perdidos eran activos que fueron expropiados y que, como tales, debe ser indemnizado por ellos. Según Burlington, cuando Ecuador expropió su inversión, “*tomó todo lo que tenía valor en relación con las inversiones de Burlington en los Bloques 7 y 21, incluyendo los derechos contractuales de Burlington*”.²⁴⁰ Burlington afirma que, en particular, Ecuador expropió su derecho bajo los CP a la aplicación de un factor de corrección para la absorción de los efectos de la Ley 42, un derecho que según el Tribunal era un “componente esencial” de la inversión de Burlington.²⁴¹ Burlington considera que tal derecho era una protección contra los impuestos pasados y futuros. Por consiguiente, “*al expropiar ilícitamente los CP, Ecuador no sólo privó a Burlington de sus derechos futuros bajo tales contratos, sino que también privó a Burlington de sus derechos adquiridos: el derecho a ser indemnizado por Ecuador por las sumas pagadas y confiscadas en virtud de la Ley 42*”.²⁴² Burlington también arguye que “*no puede permitirse que Ecuador elimine sus propias deudas mediante la expropiación ilícita de los contratos en virtud de los cuales esas deudas resultan pagaderas*”.²⁴³
183. Según Burlington, la Decisión sobre Responsabilidad confirma que las cuotas abonadas en el pasado conforme a la Ley 42 fueron expropiadas. La Decisión sobre Responsabilidad determinó que la inversión se debía considerar “como un todo” y no como partes aisladas. También resolvió que se había expropiado la totalidad de la inversión, debido a que no especificó qué partes de la inversión no fueron confiscadas. En consecuencia, ahora el Tribunal evaluar dicha inversión “como un todo”.²⁴⁴
184. Burlington añade que la Decisión sobre Responsabilidad también confirma que la Demandante perdió todo lo que constituía su inversión, incluyendo todos los derechos relativos a la inversión. El Tribunal sostuvo expresamente que “[s]i bien

²⁴⁰ Mem., ¶ 93.

²⁴¹ *Id.*, ¶ 93, citando: DR, ¶ 405.

²⁴² Mem., ¶ 94 (énfasis en el original).

²⁴³ *Id.*, ¶ 94.

²⁴⁴ Tr. Cuantificación (Día 5) (ESP), 1389:15-1392:9 (Alegato de Cierre, Coriell), en referencia a: DR, ¶ 257.

Burlington aún poseía los derechos de su subsidiaria en los CP, al igual que las acciones de su subsidiaria, estos derechos y acciones carecían de valor sin la posesión de los yacimientos de petróleo y sin acceso al petróleo”, y que “[a] pesar de que estos derechos contractuales permanecían nominalmente vigentes después de la toma [...], habían sido privados de todo su valor real desde que Burlington perdió permanentemente el uso y control efectivo de su inversión”, lo que, según el Tribunal, ocurrió cuando Ecuador ingresó a los campos petrolíferos y ocupó físicamente los Bloques, situación que se volvió permanente el día 30 de agosto de 2009.²⁴⁵

185. Además, continúa Burlington, la Decisión sobre Responsabilidad confirma que lo que se expropió “*no fue una simple deuda acumulada*”, sino “*un ajuste contractual que requiere un mecanismo contractual*”.²⁴⁶ Específicamente, al analizar el contenido de la cláusula de absorción de impuestos y el impacto de la Ley 42 sobre los CP, el Tribunal consideró que las partes debían calcular de manera conjunta el reajuste y que “la Ley 42 impulsó los mecanismos contractuales aplicables en el caso de una modificación del régimen tributario”, en particular un proceso administrativo para “la aplicación [obligatoria] de un factor de corrección”, el cual Burlington argumenta que constituye un mecanismo contractual que surgió y dependió de la existencia del CP.²⁴⁷ Ecuador debía aplicar dicho mecanismo contractual, pero no lo hizo y, por ende, no cumplió con el CP. En la fecha de la expropiación, Ecuador aún se encontraba obligado a cumplir con la aplicación de este mecanismo. Sin embargo, cuando los CP fueron expropiados, también se expropiaron los medios a través de los cuales Burlington podía exigir su aplicación. Para Burlington, “*la expropiación y el incumplimiento con la aplicación del factor de corrección y el mecanismo contractual para obtenerlo estaban inextricablemente vinculados*”.²⁴⁸ El derecho a un mecanismo para obtener el factor de corrección se encontraba “envuelto” en la inversión y en la operación de los Bloques, las que se perdieron con la incautación de los campos petrolíferos el día 30 de agosto de 2009. Tal como fuera determinado por el Tribunal, los derechos continuaron “nominalmente” vigentes (dado que la caducidad se declaró casi un año después), “privados de todo su valor real”, ya que había desaparecido el medio para obtener

²⁴⁵ Tr., Cuantificación (Día 5) (ESP), 1392:9-1399:19 (Alegato de Cierre, Coriell), en referencia a: DR, ¶¶ 530-531, 536.

²⁴⁶ Tr., Cuantificación (Día 5) (ESP), 1396:17-19 (Alegato de Cierre, Coriell).

²⁴⁷ Tr., Cuantificación (Día 5) (ESP), 1395:22-1397:6 (Alegato de Cierre, Coriell), en referencia a: DR, ¶¶ 412, 415.

²⁴⁸ Tr. Cuantificación (Día 5) (ESP), 1397:7-1398:16 (Alegato de Cierre, Coriell).

la corrección “obligatoria”. Si bien Burlington podía no haber necesitado el acceso al petróleo para obtener los pagos abonados conforme a la Ley 42 en el pasado, ciertamente necesitaba los CP en sí mismos.²⁴⁹

186. En consecuencia, la Demandante afirma que su reclamación de indemnización por las cuotas abonadas conforme a la Ley 42 con anterioridad forma parte de la inversión expropiada y que, por lo tanto, el Tribunal debería concederla. Este fue el enfoque adoptado por el Tribunal en el caso *Tidewater c. Venezuela*, el cual sostuvo que, debido a que Venezuela había expropiado la empresa de la demandante “en su totalidad, al asumir el control de hecho de su negocio y todos sus activos”, “la inversión que se perdió deb[ía] incluir las cuentas por cobrar”.²⁵⁰
187. En cualquier caso, la Demandante afirma que, “*asimismo, el derecho internacional requiere que el valor de la ‘inversión’ de Burlington incluya el valor de cualquier pago devengado que Ecuador adeudara a Burlington a la fecha de la expropiación, el derecho al cual fue confiscado junto con los Bloques*”.²⁵¹ Invocando los casos *Tidewater, Siemens y Tippetts*, inter alia, Burlington argumenta que los tribunales internacionales regularmente conceden indemnizaciones a las partes expropiadas por los servicios impagos o las deudas devengadas. De hecho, hacer lo contrario generaría incentivos perversos ya que ello permitiría a los Estados eliminar deudas contractuales devengadas a través de expropiaciones.²⁵² Asimismo, apoyándose en los casos *Phillips Petroleum, American International Group y Azurix*, Burlington afirma que los tribunales excluyen del cálculo de la indemnización cualquier reducción del valor que resulte de actos ilícitos previos del Estado en relación con la expropiación o con la empresa en cuestión.²⁵³
188. El segundo argumento de Burlington a favor de la indemnización de las cuotas abonadas conforme a la Ley 42 en el pasado es que, debido a que sus derechos contractuales fueron anulados por un acto soberano, los efectos de la conducta de Ecuador deben eliminarse. Burlington recuerda que en la Decisión sobre Jurisdicción el Tribunal sostuvo que sólo podría configurarse una violación del estándar de trato justo y equitativo si Ecuador hubiese ejercido su poder

²⁴⁹ Tr. Cuantificación (Día 5) (ESP), 1399:4-1401:4 (Alegato de Cierre, Coriell).

²⁵⁰ C-EPA, ¶ 91, citando: *Tidewater Investment SRL y Tidewater Caribe, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/10/5 (“*Tidewater c. Venezuela*”), Laudo del 13 de marzo de 2015, ¶ 175 (**Anexo EL-422**).

²⁵¹ C-EPA, ¶ 98.

²⁵² Mem., ¶¶ 96-100; C-EPA, ¶¶ 100-103.

²⁵³ C-EPA, ¶¶ 104-108; Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 92:19-96:9 (Alegato de Apertura, Coriell).

soberano.²⁵⁴ Luego, en su Decisión sobre Responsabilidad, el Tribunal determinó que el incumplimiento por parte de Ecuador de la cláusula de absorción impositiva constituyó una medida adoptada en el ejercicio de sus facultades soberanas.²⁵⁵ En consecuencia, la falta de absorción de los efectos de la Ley 42 constituyó “*un hecho internacionalmente ilícito que involucró al poder soberano de Ecuador*”.²⁵⁶

189. Esto es relevante, afirma Burlington, porque el Artículo III(1) del Tratado incorpora el requisito de que las expropiaciones se realicen de manera justa y equitativa.²⁵⁷ Las conclusiones del Tribunal confirman que la expropiación no cumplía ese requisito, ya fue precedida por actos soberanos que anulaban los “derechos fundamentales” de Burlington.²⁵⁸ Burlington señala que el propio Ecuador reconoció que la Ley 42 formaba parte de un “*plan para inducir a los inversionistas extranjeros a abandonar sus derechos*”.²⁵⁹ Burlington también se refiere al caso *Occidental II*, en el cual el tribunal sostuvo que la Ley 42 no cumplió el CP y las expectativas legítimas del inversionista, violando así el estándar de trato justo y equitativo bajo el TBI.²⁶⁰
190. En tercer lugar, Burlington alega que su postura es consistente con el hecho de que la jurisdicción del Tribunal sólo abarca violaciones de los Tratados. Explica que “[l]a conducta por la que Burlington reclama un resarcimiento no es un incumplimiento contractual sino la destrucción de derechos contractuales por una acción soberana, [...] la anulación de tales derechos”, la que “por su esencia debe ser una violación de tratado porque sólo un soberano puede destruir derechos contractuales debido a su accionar”.²⁶¹ Burlington no reclama más que el valor de los CP que fueron ilícitamente expropiados, y una parte significativa de ese valor es el derecho adquirido al reembolso por los pagos de la Ley 42 y las incautaciones que

²⁵⁴ Mem., ¶ 101, citando: DR, ¶ 204.

²⁵⁵ Mem., ¶ 102, citando: DR, ¶¶ 418-419 (“esta anulación fue posible gracias a la facultad soberana de Ecuador” y “sólo Ecuador, en su calidad de Estado soberano, puede incrementar los impuestos y desestimar esta cláusula”).

²⁵⁶ Mem., ¶ 105.

²⁵⁷ *Id.*, ¶ 106.

²⁵⁸ *Id.*, ¶ 107.

²⁵⁹ *Id.*, ¶ 109, en referencia a: Memorial de Burlington sobre Responsabilidad, ¶¶ 221-256.

²⁶⁰ Mem., ¶ 104, citando: *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11 (“*Occidental c. Ecuador II*”), Laudo del 5 de octubre de 2012, ¶¶ 522-527 (**Anexo CL-240**).

²⁶¹ Tr. Cuantificación (Día 1) (ENG), 64:15-21 (Alegato de Apertura, Blackaby). El Tribunal ha traducido desde la transcripción en inglés ya que considera que la versión en español (Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP) 69:18-70:1) no refleja fielmente el alegato del Sr. Blackaby, que fue presentado en inglés.

ocurrieron antes de la expropiación.²⁶² Esto no significa que se trate de un reclamo contractual; se trata de determinar el valor de la inversión expropiada.²⁶³

191. Ecuador no aprecia, alega Burlington, que los tribunales arbitrales rutinariamente incluyen el valor de los derechos contractuales perdidos cuando valoran los activos expropiados, incluso cuando no se presentaron reclamos contractuales ante tales tribunales o cuando han carecido de jurisdicción sobre reclamos contractuales.²⁶⁴ Por ejemplo, en el caso *Tippetts*, el tribunal no tenía jurisdicción sobre el contrato, que era la fuente del derecho sobre las deudas reclamadas; no obstante, incluyó facturas impagas en su valuación.²⁶⁵ Lo mismo ocurrió en *SPP c. Egipto*, así como en arbitrajes derivados de la crisis de la deuda de la República Argentina.²⁶⁶ “Esto no quiere decir [...] que los tribunales en esos casos estaban considerando reclamaciones contractuales. [...] En el lugar, simplemente reconocieron que la mayoría de las inversiones comprenden toda una serie de derechos contractuales y que los incumplimientos internacionales de los estados con frecuencia tienen el objetivo de repercutir en el valor o destruir esos derechos”.²⁶⁷
192. En cuarto lugar, Burlington objeta la afirmación de Ecuador de que esta reclamación está precluida como consecuencia de la presunta renuncia de Burlington a los derechos contractuales en el presente arbitraje. Burlington presenta principalmente los siguientes argumentos en sustento de ello:
- i. Ecuador confunde las reclamaciones que surgen de contratos y de tratados. Burlington pide una indemnización por dichas sumas “*como parte del valor de*

²⁶² Mem., ¶ 98.

²⁶³ Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 68:12-16 (Alegato de Apertura, Blackaby).

²⁶⁴ Réplica, ¶¶ 98-104, en referencia a: *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton (TAMS) c. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, y otros.*, Caso N.º 7 (“*Tippetts c. Irán*”), Laudo N.º 141-7-2 del 22 de junio de 1984, 6 Iran-U.S. C.T.R. 219, pág. 227 (incluidas las cuentas por cobrar contractuales aunque el tribunal no tenía jurisdicción sobre los reclamos contractuales) (**Anexo CL-264**); *Siemens c. Argentina*, ¶ 329 (incluidos los servicios facturados impagos) (**Anexo CL-79**); *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/3 (“*Enron c. Argentina*”), Decisión sobre Jurisdicción del 14 de enero de 2004, ¶ 445 (incluidos los aumentos tarifarios programados pero congelados) (**Anexo CL-81**); *Sempra Energy International c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/16 (“*Sempra c. Argentina*”), Laudo del 28 de septiembre de 2007, ¶¶ 188, 467 (incluidos los aumentos de tarifas diferidos y los subsidios no reembolsados) (**Anexo CL-80**).

²⁶⁵ Mem., ¶¶ 99-100, citando: *Tippetts c. Irán*, pág. 227 (**Anexo CL-264**).

²⁶⁶ Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 68:16-69:17 (Alegato de Apertura, Blackaby).

²⁶⁷ Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 69:7-17 (Alegato de Apertura, Blackaby).

su inversión en la fecha de la expropiación”, no para obtener una indemnización contractual.²⁶⁸

- ii. Asimismo, aunque desistió de su derecho a presentar una reclamación en virtud de los CP, Burlington no renunció al derecho subyacente a recibir una indemnización por los pagos relativos a la Ley 42. El Tribunal ya ha resuelto que Burlington sólo renunció a la posibilidad de volver a presentar sus reclamaciones en virtud de los CP, pero que no renunció a sus derechos subyacentes y, por lo tanto, puede basarse en ellos para llevar adelante sus reclamaciones en virtud del Tratado.²⁶⁹ Esto es confirmado por el derecho ecuatoriano: en su informe pericial, el Dr. Pérez Loose explica que el derecho ecuatoriano distingue entre los derechos legales sustantivos y los “vehículos procesales que transmiten esos derechos”, por lo que diferencia (a) el derecho material subyacente, (b) el derecho de acción, (c) la pretensión, y (d) la demanda.²⁷⁰ El desistimiento de una demanda o pretensión no destruye en modo alguno el derecho material.²⁷¹ Por otra parte, la postura de Ecuador se no se acomoda a la jurisprudencia que sostiene que un inversionista no puede - incluso explícitamente - renunciar a sus derechos sustantivos que surgen de tratados; sólo puede renunciar a sus derechos procesales.²⁷² Por último, resulta indiscutible que el día 30 de agosto de 2009, “la fecha determinante para la identificación de los bienes expropiados”, Burlington gozaba del derecho contractual a la absorción impositiva.²⁷³
- iii. Asimismo, Burlington sostiene que las reclamaciones contractuales de las Subsidiarias de Burlington²⁷⁴ fueron desistidas como resultado de la expropiación, ya que se habían tornado “superfluas”.²⁷⁵ A partir de ese

²⁶⁸ Réplica, ¶ 110.

²⁶⁹ Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 22:3-10 (Alegato de Apertura, Paulsson), en referencia a: DR, ¶ 199.

²⁷⁰ Réplica, ¶ 115, en referencia a: Pérez Loose IP, ¶¶ 219-223.

²⁷¹ *Id.*, ¶ 115.

²⁷² Réplica, ¶ 116, en referencia a: *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/04/5 (“ADM c. México”), Laudo del 21 de noviembre de 2007, ¶¶ 173-174 (**Anexo EL-257**); *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas*, Caso CIADI N.º ARB/02/6 (“SGS c. Filipinas”), Decisión sobre Jurisdicción del 29 de enero de 2004, ¶ 154 (**Anexo EL-73**).

²⁷³ Réplica, ¶ 120.

²⁷⁴ *Id.*, nota 173, en la cual Burlington especifica que las reclamaciones contractuales fueron desistidas por las Demandantes en virtud del Contrato, no por la demandante bajo el tratado.

²⁷⁵ *Id.*, ¶ 112.

momento, Burlington intentó recuperar el valor de sus derechos de absorción de impuestos que formaban parte de su inversión como elemento de su demanda sobre expropiación, y no como una reclamación independiente por daños y perjuicios. El desistimiento por parte de Burlington de las reclamaciones contractuales es irrelevante a los efectos de valorar la inversión expropiada debido a que, “de no haber sido” por la expropiación, Burlington no habría renunciado a su derecho a presentar la reclamación contractual.²⁷⁶ Los tribunales, acertadamente, se han mostrado reacios a cuestionar las decisiones estratégicas de litigio. Sea como fuere, lo relevante aquí es que Burlington aclaró en declaraciones escritas remitidas al Tribunal y a Ecuador que el desistimiento de sus reclamaciones contractuales se basaba en la conducta de Ecuador.²⁷⁷ Burlington subraya que “[a]l estar de acuerdo en que la conclusión que resultó en el desistimiento de Burlington de la reclamación era correcta, a saber, que Burlington se enfrentó a una expropiación ilícita, no se puede solicitar al Tribunal que sancione a Burlington a través de su valuación de daños por un hecho que no hubiese ocurrido de no ser por la conducta ilícita de Ecuador”.²⁷⁸

- iv. Por último, Burlington argumenta que, en cualquier caso, tiene derecho a ser indemnizado por los efectos de la Ley 42 que surgen *después* del desistimiento de sus reclamaciones contractuales, debido a que dicho desistimiento sólo sería aplicable a las reclamaciones existentes que derivan de la conducta de Ecuador previa a tal desistimiento, no a las potenciales reclamaciones futuras que surgen de su conducta posterior a él. Es decir, incluso si el Tribunal considerara que el desistimiento derivó en algún tipo de renuncia a los derechos materiales de Burlington (*quod non*), aún debería hacer caso omiso de los efectos de la Ley 42 con posterioridad a la fecha del desistimiento. Esto se debe a que una violación de los derechos contractuales de Burlington posterior a tal fecha justificaría la presentación de nuevas reclamaciones por parte de Burlington o cualquier adquirente de la inversión. Burlington afirma que no tendría sentido permitir que Ecuador se beneficiara “*de futuros actos ilícitos mediante la eliminación del valor futuro de las cláusulas de absorción impositiva con base (en el mejor de los casos) en una*

²⁷⁶ *Id.*, ¶ 121.

²⁷⁷ *Id.*, ¶ 122, en referencia a: Carta de la Demandante de fecha 18 de septiembre de 2009 (**Anexo E-544**); Carta de la Demandante de fecha 10 de octubre de 2009 (**Anexo C-190**).

²⁷⁸ Réplica, ¶ 112.

renuncia de reclamaciones por incumplimientos pasados".²⁷⁹ En el caso de un comprador potencial, las cláusulas de absorción impositiva de los CP incluiría "un gran valor futuro" independientemente del desistimiento de cualquier reclamación contractual *pre-existente*.²⁸⁰ Tal como se señalara *supra*, el Dr. Pérez Loose explica que el derecho ecuatoriano establece que el desistimiento de una demanda implica la pérdida del derecho a volver a presentar la misma demanda, no demandas futuras, y en ningún caso afecta los derechos materiales subyacentes, los cuales siguen formando parte de los activos.²⁸¹

- v. En quinto y último lugar, Burlington niega que los derechos contractuales que dan lugar a su reclamación por las cuotas de la Ley 42 abonadas en el pasado sean controvertidas, tal como alega Ecuador. En su Decisión sobre Responsabilidad, el Tribunal determinó el significado de las cláusulas de absorción impositiva y dicha determinación es vinculante: "Por lo tanto si ha habido impugnación ya esto se resolvió y se zanjó a favor de Burlington".²⁸²

1.2 Posición de Ecuador

193. Ecuador se opone a la reclamación de Burlington relativa a las cuotas abonadas conforme a la Ley 42 en el pasado. Su principal argumento es que se trata de reclamaciones contractuales que ahora Burlington pretende reintroducir a través de la puerta trasera y sobre las cuales el Tribunal carece de jurisdicción. En subsidio, Ecuador aduce que esta alegación es inadmisibles debido a que se refiere a la reivindicación de derechos contractuales controvertidos entre las Partes. En subsidio alternativo, sostiene que dicha reclamación carece de fundamento en cuanto al fondo porque (i) se trata de créditos que no forman parte de los activos expropiados y que aún son poseídos por las Demandantes Contractuales,²⁸³ y (ii) en cualquier caso, las Demandantes Contractuales han renunciado a su derecho a exigir el cumplimiento de su derecho contractual de indemnización contra los pagos abonados conforme a la Ley 42.

²⁷⁹ *Id.*, ¶ 127.

²⁸⁰ *Id.*, ¶¶ 127-128.

²⁸¹ *Id.*, ¶ 128, en referencia a: Pérez Loose IP, ¶¶ 247-249.

²⁸² Tr. Cuantificación (Día 5) (ESP), 1388:15-16 (Alegato de Cierre, Coriell).

²⁸³ Tal como se encuentra definido el término en la carta de Freshfields de fecha 18 de septiembre de 2009, a saber, Burlington Resources Inc., Burlington Resources Oriente Limited, Burlington Resources Andean Limited y Burlington Resources Ecuador Limited.

194. El argumento principal de Ecuador es que las reclamaciones de Burlington relacionadas con la Ley 42 (incluyendo la reclamación de Burlington por su derecho adquirido a recibir un reembolso por los pagos realizados en virtud de la Ley 42 o mediante incautaciones coactivas) son reclamaciones contractuales y no reclamaciones bajo un tratado. En consecuencia, el Tribunal carece de jurisdicción sobre tales reclamaciones.²⁸⁴
195. En términos generales, Ecuador argumenta que todas las reclamaciones de Burlington relacionadas con los pagos realizados conforme a la Ley 42 (ya sean pasados o futuros) son de naturaleza contractual. Burlington intenta eludir la falta de jurisdicción del Tribunal disfrazando tales reclamaciones como reclamaciones bajo el tratado, cuando de hecho se basan plenamente en los CP.²⁸⁵ Según Ecuador, las reclamaciones que surgen de contratos y de tratados tienen “*diferentes bases jurídicas y dan lugar a análisis jurídicos separados, con pruebas y reglas aplicables distintas*”, tal como se reconoce en la jurisprudencia y en la doctrina.²⁸⁶ Tal como se confirmara en *Pantechniki*, la clave para realizar la distinción es la “*fuerza normativa*” de la que derivan las reclamaciones y la evaluación de si la reclamación “*tiene realmente una existencia autónoma fuera del contrato*”.²⁸⁷ Los laudos y los escritos de doctrina han confirmado que debe adoptarse una prueba objetiva, lo cual significa que los tribunales no están vinculados por la caracterización de las Partes del fundamento legal de sus reclamaciones.²⁸⁸ En el presente caso, el

²⁸⁴ Ecuador también plantea los argumentos resumidos más adelante en la presente sección, en respuesta a los planteos de Burlington relacionados con el impacto futuro de la Ley 42 sobre su reclamo de lucro cesante.

²⁸⁵ Dúplica, ¶ 320.

²⁸⁶ *Id.*, ¶¶ 321-323, en referencia a: *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal*, Caso CIADI N.º ARB/97/3 (“*Vivendi c. Argentina I*”), Decisión sobre Anulación del 3 de julio 2002, ¶ 96 (**Anexo EL-61**); *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI N.º ARB/03/29 (“*Bayindir c. Pakistán*”), Decisión sobre Jurisdicción del 14 de noviembre de 2005, ¶ 137 (**Anexo CL-149**); *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI N.º ARB/03/3 (“*Impregilo c. Pakistán*”), Decisión sobre Jurisdicción del 22 de abril de 2005, ¶ 258 (**Anexo EL-60**); *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. República de Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/04/19 (“*Duke Energy c. Ecuador*”), Laudo del 18 de agosto de 2008, ¶ 342 (**Anexo EL-46**); *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) c. República de Albania* (“*Pantechniki c. Albania*”), Caso CIADI N.º ARB/07/21, Laudo del 30 de julio de 2009, ¶¶ 61-62 (**Anexo EL-58**); C. H. Schreuer y otros, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2ª edición, 2009), pág. 373 (**Anexo EL-370**).

²⁸⁷ Dúplica, ¶ 322, citando: *Pantechniki c. Albania*, Laudo del 30 de julio de 2009, ¶¶ 61-62 (**Anexo EL-58**).

²⁸⁸ Dúplica, ¶ 323, en referencia a: *Plataformas de Petróleo (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América)*, CIJ, Objeción Preliminar, Sentencia del 12 de diciembre de 1996, pág. 810; *Legalidad del Uso de la Fuerza (Yugoslavia c. Italia)*, Medidas Provisionales del 2 de junio de 1999, ¶ 25 (**Anexo EL-373**); *Caso Relativo a la Jurisdicción en Materia de Pesquerías (España c. Canadá)*, Jurisdicción de la Corte, Sentencia del 4 de diciembre de

fundamento legal de las reclamaciones de Burlington relativas a la Ley 42 revela que son de naturaleza contractual.²⁸⁹

196. Según Ecuador, Burlington se equivoca al afirmar que sus reclamaciones relativas a la Ley 42 forman parte del valor de la inversión al momento de la expropiación. Dichas reclamaciones son idénticas a sus anteriores reclamaciones contractuales para obtener el cumplimiento de las cláusulas de renegociación tributaria presentes en los CP, tal como ya lo ha resuelto el Tribunal en su Decisión sobre Jurisdicción (“este reclamo gira en torno a una cuestión contractual, no en torno a una ‘cuestión tributaria’”).²⁹⁰ Cuentan con “*los mismos predicados fácticos, la misma base jurídica y pretenden el mismo resarcimiento*” que las reclamaciones contractuales presentadas por las Subsidiarias de Burlington y que la reclamación de la cláusula paraguas de Burlington.²⁹¹ Si bien las Subsidiarias desistieron de sus reclamaciones contractuales y el Tribunal desestimó la reclamación de la cláusula paraguas, Burlington ahora pretende reintroducir estas mismas reclamaciones por la puerta trasera. Si el Tribunal colocara a Burlington en la posición pecuniaria en la que se habría encontrado si se hubiese llevado a cabo la renegociación tributaria, en efecto haría lugar a una reclamación contractual.²⁹²
197. Dado que las Demandantes Contractuales ya no son partes en el arbitraje, el Tribunal no tiene jurisdicción sobre las reclamaciones contractuales de Burlington.²⁹³ Según Ecuador, tales reclamaciones deben desestimarse debido a que (i) las reclamaciones contractuales no pueden ser adjudicadas por el Tribunal en los casos en que las Partes del procedimiento no son también partes del contrato, (ii) el Tribunal también sostuvo que Burlington no puede basarse en la cláusula paraguas para solicitar el cumplimiento de las reclamaciones contractuales de las Subsidiarias, y (ii) si bien el Tribunal consideró que los derechos contractuales controvertidos eran hechos, no puede tener en cuenta el valor de tales derechos controvertidos para determinar el monto de los daños y perjuicios,

1998, pág. 449 (**Anexo EL-374**); *SGS c. Filipinas*, Decisión sobre Jurisdicción del 29 de enero de 2004, ¶ 157 (**Anexo EL-73**); *Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/13 (“*Pan American Energy c. Argentina*”), Decisión sobre Objeciones Preliminares del 27 de julio de 2006, ¶ 50 (**Anexo CL-362**); Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), ¶ 503 (**Anexo EL-241**).

²⁸⁹ Dúplica, ¶ 324.

²⁹⁰ *Id.*, ¶ 326, citando: DJ, ¶ 181.

²⁹¹ Dúplica, ¶¶ 327-329.

²⁹² *Id.*, ¶ 338.

²⁹³ *Id.*, ¶¶ 346-362.

debido a que ello significaría conceder las reclamaciones contractuales de Burlington.²⁹⁴

198. Las supuestas consideraciones de equidad de Burlington no pueden superar la falta de jurisdicción del Tribunal.²⁹⁵ Tal como lo reconociera la profesora Stern en su opinión en disidencia en el caso *Occidental*, no hay injusticia si Burlington no es concedido el derecho a una indemnización por reclamaciones contractuales debido a la jurisdicción limitada del Tribunal.²⁹⁶ En todo caso, el hecho de conceder las reclamaciones contractuales de Burlington sería “*injusto e inequitativo*”, ya que tales reclamaciones fueron desistidas (en inglés, “*withdrawn with prejudice*”) en el momento en que se esperaba que Burlington presentara su respuesta a las objeciones planteadas por Ecuador respecto de la jurisdicción (incluida la jurisdicción sobre las reclamaciones contractuales).²⁹⁷
199. En subsidio, Ecuador sostiene que, aún si el Tribunal considerara que el fundamento de la reclamación de Burlington es una obligación que surge del tratado, dicha reclamación será inadmisibles porque (i) se “*refiere a la reivindicación de derechos contractuales y (ii) existe una controversia genuina sobre la existencia y el alcance de tales derechos*”.²⁹⁸ En relación con el punto (i), Ecuador afirma que “*una reclamación se refiere a la reivindicación de derechos contractuales cuando la Demandante se basa en derechos contractuales en la formulación de su reclamación bajo un tratado de inversión*”,²⁹⁹ como en el presente caso. Respecto del punto (ii), según Ecuador, “*existe indudablemente una controversia genuina entre las Partes en cuanto a la existencia y el alcance de los alegados derechos contractuales de Burlington presuntamente afectados por la Ley 42*”,³⁰⁰ tal como se reconociera en la Decisión sobre Responsabilidad.³⁰¹
200. Ecuador afirma que en aquellos casos en los que, como en el caso que nos ocupa, “*las reclamaciones bajo el tratado se refieren a la reivindicación de derechos*

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ *Id.*, ¶¶ 363-369.

²⁹⁶ Dúplica, ¶ 368, refiriéndose a: *Occidental c. Ecuador II*, Opinión Disidente de la Prof. Stern, ¶¶ 167-168 (**Anexo CL-240**).

²⁹⁷ Dúplica, ¶ 369.

²⁹⁸ *Id.*, ¶ 370. Ecuador formula este argumento frente a todas las reclamaciones relacionadas con la Ley 42, así como también frente a la reclamación por la pérdida de la oportunidad de prorrogar el Bloque 7.

²⁹⁹ Dúplica, ¶ 371, citando: Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), ¶¶ 698-699 (**Anexo EL-379**).

³⁰⁰ Dúplica, ¶ 375.

³⁰¹ *Id.*, en referencia a: DR, ¶ 21.

contractuales auténticamente controvertidos, un tribunal constituido de conformidad con un tratado no puede examinar tales reclamaciones, salvo que tenga jurisdicción para pronunciarse sobre los derechos contractuales controvertidos".³⁰² Se trata de un principio bien establecido, "especialmente en los casos en que el contrato relevante contiene una cláusula de selección de foro", el cual "se aplica a fortiori en los supuestos en que las partes de las obligaciones contractuales controvertidas ya no forman parte del procedimiento, como sucede en este caso. En ambas instancias, el tribunal constituido en virtud del tratado carece de jurisdicción para resolver la controversia contractual, la cual debe ser resuelta por un tribunal diferente".³⁰³ Si bien, en la mayoría de los casos, el tribunal constituido con arreglo a un tratado puede generalmente suspender el procedimiento y esperar a que otro tribunal encargado de resolver las reclamaciones contractuales de las partes se pronuncie al respecto, ésta no es una opción aquí debido a que las reclamaciones contractuales no están tramitando ante ningún tribunal, ni podrán estarlo, porque se renunció a la posibilidad de volver a presentar tales reclamaciones con desistimiento (en inglés, "withdrawal with prejudice").³⁰⁴

201. Ante el argumento de Burlington de que el Tribunal ya ha resuelto la controversia entre las Partes en relación con tales derechos contractuales, Ecuador reconoce que "el Tribunal realizó algunos pronunciamientos en su Decisión sobre Responsabilidad respecto del efecto de las cláusulas de renegociación, pero todos sabemos que este tribunal muy distinguido no tiene jurisdicción sobre las Reclamaciones Contractuales". Ecuador afirma que, por consiguiente, "[n]o puede haber ninguna Decisión, ni adjudicación de cualquier naturaleza, en la Decisión sobre Responsabilidad o en cualquier otro escrito sobre las reclamaciones Contractuales", en virtud de la cual tales derechos sigan siendo objeto de controversia.³⁰⁵
202. En subsidio alternativo, en el supuesto de que el Tribunal tuviera jurisdicción sobre la reclamación de Burlington respecto de los pagos relativos a la Ley 42 y que esta reclamación fuera admisible, Ecuador opina que la reclamación fracasa en cuanto al fondo por dos razones principales.

³⁰² Dúplica, ¶ 377.

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ Dúplica, ¶ 378.

³⁰⁵ Tr. Cuantificación (Día 5) (ESP), 1483:19-1484:9 (Alegato de Cierre, Silva Romero).

203. En primer lugar, los derechos respecto de los cuales Burlington pretende una indemnización nunca fueron expropiados.³⁰⁶ Ecuador observa que, debido a que el Tribunal desestimó sus reclamaciones de trato justo y equitativo y de la cláusula paraguas y determinó que la Ley 42 no constituía una expropiación, en efecto la Demandante no tiene más opción que argumentar que el derecho adquirido por Burlington Oriente relativo a la absorción de impuestos forma parte de la inversión expropiada. Este argumento no prospera porque, en los hechos, Ecuador no tomó estos derechos contractuales pasados al expropiar la inversión de Burlington. El Tribunal consideró que la expropiación tuvo lugar el día 30 de agosto de 2009 cuando la toma de posesión física de los Bloques se tornó permanente. Como consecuencia de ello, a partir de ese día en adelante los CP no podrían ser una fuente de beneficios para Burlington. En otras palabras, “[l]o que Ecuador tomó fue el derecho a, en lo subsiguiente, explorar y explotar las campos petrolíferos, mantener una parte del petróleo y venderla para beneficio propio. No tomó ningún otro activo de Burlington Oriente”.³⁰⁷ Según Ecuador, los párrafos 530³⁰⁸ y 536³⁰⁹ de la Decisión sobre Responsabilidad confirman que “los derechos que se habían cristalizado antes de la pérdida de control por parte de Burlington, no se ven afectados por la toma de posesión”.³¹⁰
204. Ecuador resalta que no expropió Burlington Oriente como una sociedad con la totalidad de sus activos; sólo expropió los CP. Burlington Oriente retuvo sus restantes activos y, en especial, sus cuentas por cobrar.³¹¹ Ello queda confirmado

³⁰⁶ Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 239:15-252:14 (Alegato de Apertura, Mayer).

³⁰⁷ Tr. Cuantificación (Día 1) (ENG), 235:9-12 (Alegato de Apertura, Mayer). El Tribunal ha traducido desde la versión en inglés de la transcripción, ya que considera que la versión en español (Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 242:9-13) no refleja fielmente el alegato del Sr. Mayer, que fue presentado en inglés.

³⁰⁸ DR, ¶ 530 (“Como una cuestión meramente fáctica, el ingreso y la ocupación de Ecuador en los Bloques 7 y 21 desposeyó a Burlington de sus yacimientos de petróleo. Esta desposesión no sólo privó a Burlington de su participación en la producción de petróleo, y por lo tanto de sus ganancias, sino también de los medios de producción que hicieron posible esas ganancias. En resumen, la ocupación de los Bloques privó a Burlington de todos los bienes tangibles que componían su inversión en Ecuador. Si bien Burlington aún poseía los derechos de su subsidiaria en los CP, al igual que las acciones de su subsidiaria, estos derechos y acciones carecían de valor sin la posesión de los yacimientos de petróleo y sin acceso al petróleo”).

³⁰⁹ DR, ¶ 536 (“A pesar de que estos derechos contractuales permanecían nominalmente vigentes después de la toma (dado que la caducidad se declaró un año después, en julio de 2010), habían sido privados de todo su valor real desde que Burlington perdió permanentemente el uso y control efectivo de su inversión”).

³¹⁰ Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 243:4-7 (Alegato de Apertura, Mayer).

³¹¹ Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 244:19-245:1 (Alegato de Apertura, Mayer).

por el hecho de que Burlington ha declarado repetidamente en este arbitraje que aún es titular de sus derechos contractuales.³¹²

205. También debe desestimarse el argumento de Burlington de que lo que fue expropiado en este sentido fue un mecanismo contractual, en oposición a una simple deuda. Burlington hace caso omiso de que “[cuando] un contrato [se] rescinde[,] [l]a rescisión no es retroactiva y por supuesto el Tribunal Arbitral todavía puede aplicar sus cláusulas a obligaciones que surgieron antes de la rescisión”.³¹³ Al momento de la expropiación, Burlington tenía derecho a exigir el cumplimiento forzado de estas obligaciones contractuales preexistentes y, puesto que Ecuador se negó a cumplirlas, adquirió el derecho a una indemnización por daños y perjuicios en reemplazo de dicho cumplimiento forzado. Según Ecuador, este derecho a una indemnización por daños y perjuicios se origina en el incumplimiento de una obligación contractual anterior a la expropiación; “[l]a expropiación no tiene nada que ver con esto”.³¹⁴
206. En consecuencia, debido a que el derecho de Burlington a ser reembolsado por las cuotas pasadas relativas a la Ley 42 no fue expropiado, Burlington no puede presentar una reclamación bajo el tratado por tales derechos; sólo podrá presentar una reclamación contractual sobre la cual el Tribunal no goza de jurisdicción.³¹⁵
207. Según Ecuador, la segunda razón por la cual esta reclamación debe fracasar en cuanto al fondo radica en que se trata de una reclamación contractual que ha sido desistida por Burlington y que, por lo tanto, ya no puede ser planteada. El día 10 de octubre de 2009, las Subsidiarias de Burlington desistieron (en inglés, “*withdrew with prejudice*”) de sus reclamaciones para recuperar los pagos relativos a la Ley 42. Las consecuencias de tal desistimiento quedaron asentadas en la RP2, la que indicó que Burlington Oriente, Burlington Andean y Burlington Ecuador habían dejado de ser partes en este arbitraje a partir del día 6 de noviembre de 2009 y que, por lo tanto, el arbitraje abordaría exclusivamente las reclamaciones de Burlington bajo del tratado.³¹⁶
208. Según Ecuador, Burlington se equivoca cuando argumenta que no renunció a su derecho subyacente de ser indemnizado. Tal como lo determinara el Tribunal, las

³¹² Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 239:17-241:15 (Alegato de Apertura, Mayer).

³¹³ Tr. Cuantificación (Día 5) (ESP), 1512:18-22 (Alegato de Cierre, Mayer).

³¹⁴ Tr. Cuantificación (Día 5) (ESP), 1512:22-1513:1-20 (Alegato de Cierre, Mayer).

³¹⁵ Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 241:13-18 (Alegato de Apertura, Mayer).

³¹⁶ Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 252:15-253:8 (Alegato de Apertura, Mayer).

Subsidiarias de Burlington “han renunciado a la posibilidad de volver a presentar sus reclamos bajo los [CP] en cualquier forma en el futuro”.³¹⁷ En consecuencia, los derechos subyacentes son inexigibles y, por ende, carecen de valor. El derecho ecuatoriano confirma que el desistimiento de una reclamación (en inglés, “*withdrawal with prejudice*”) implica una renuncia a los derechos subyacentes; el Dr. Pérez Loose no cita una sola decisión en sentido contrario.³¹⁸

209. Ecuador también objeta al argumento en subsidio de Burlington de que tiene derecho a recibir una indemnización posterior al desistimiento.³¹⁹ En la medida en que este argumento se relaciona con las deudas tributarias previas a la expropiación, es absurdo. Los pagos relativos a la Ley 42 se devengaron *antes* del desistimiento de las reclamaciones y *con anticipación* a la fecha de expropiación determinada por el Tribunal. El fundamento legal de tales reclamaciones continúa siendo el presunto incumplimiento de las cláusulas de renegociación tributaria y, por consiguiente, dichas reclamaciones no son nuevas.³²⁰
210. Asimismo, Ecuador destaca que las razones por las cuales Burlington desistió de sus reclamaciones contractuales son irrelevantes. No importa si lo hizo como resultado de la expropiación, ya que las cuotas pasadas, en todo caso, no forman parte de la inversión expropiada. Independientemente de las razones, “[l]as consecuencias del desistimiento son explícitas. Burlington Oriente no es una parte. Las Reclamaciones Contractuales han sido retiradas por cualquier motivo acertado o no, y el Tribunal no puede revivir lo que está muerto”.³²¹
211. Ecuador pareciera reconocer que otros tribunales han concedido el valor de cuentas por cobrar devengadas en carácter de indemnización para una expropiación. No obstante, argumenta que “[n]inguno de los casos en los que se basa Burlington para afirmar que debe pagarse indemnización por derechos contractuales expropiados aborda la situación en la que tales derechos contractuales fueron renunciados por la parte demandante”.³²² También añade que,

³¹⁷ Dúplica, ¶¶ 411-412, citando: DR, ¶ 199.

³¹⁸ Dúplica, ¶ 423, citando: *Corte Suprema de Justicia*, Quito, 20 de diciembre de 1935, Gaceta Judicial, Año XXXV, Serie V, N.º 131, pág. 3129 (**Anexo EL-382**).

³¹⁹ Dúplica, ¶¶ 446-449.

³²⁰ *Id.*, ¶ 449.

³²¹ Tr. Cuantificación (Día 1) (ENG), 247:3-7 (Alegato de Apertura, Mayer). El Tribunal ha traducido desde la transcripción en inglés ya que considera que la versión en español (Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 254:17-19) no refleja fielmente el alegato del Sr. Mayer, que fue presentado en inglés.

³²² MC, ¶ 189, nota 182.

contrariamente a lo que sucede en el presente caso, en dichos casos las deudas no eran objeto de controversia.³²³

1.3 Análisis

212. En un principio, cabe recordar que el Tribunal determinó que carecía de jurisdicción sobre las reclamaciones de Burlington sobre TJE y la cláusula paraguas,³²⁴ que no está resolviendo sobre reclamaciones contractuales,³²⁵ y que la Ley 42 y hecho de que Ecuador no haya absorbido sus efectos no configuraron una expropiación.³²⁶ El único acto ilícito identificado en la Decisión sobre Responsabilidad fue la expropiación de la inversión de Burlington a través de la toma de posesión física permanente de los Bloques por parte de Ecuador. En consecuencia, la tarea del Tribunal se circunscribe al otorgamiento de una indemnización por daños y perjuicios “causado[s] por un hecho ilícito e imputable[s] al hecho”.³²⁷
213. Para llevar a cabo esta tarea, el Tribunal debe proceder a la valuación de la inversión expropiada de Burlington, aun si la valuación implica considerar derechos contractuales que presuntamente forman parte de la inversión expropiada.³²⁸ Al considerar los derechos contractuales en este contexto, el Tribunal no ejerce jurisdicción sobre los CP; realiza la valuación de una reclamación de expropiación sobre la cual no cabe duda de que goza de jurisdicción. Por ende, el Tribunal desestima la objeción jurisdiccional de Ecuador.
214. Asimismo, el Tribunal desestima la objeción de admisibilidad de Ecuador. Al resolver la reclamación de Burlington bajo el tratado y al determinar la responsabilidad de Ecuador en virtud del Tratado, el Tribunal efectuó ciertas determinaciones sobre el contenido y el alcance de los derechos que surgen de las cláusulas de absorción impositiva de los CP.³²⁹ Por consiguiente, el contenido y el alcance de tales derechos contractuales ya no son controvertidos a los efectos de

³²³ Dúplica, ¶ 565.

³²⁴ DJ, ¶¶ 208, 342(D)(1); DR, ¶¶ 220, 234, 546(B)(1).

³²⁵ DR, ¶¶ 220, 234, 546(B)(1).

³²⁶ *Id.*, ¶¶ 419, 430, 433, 456-457.

³²⁷ El Comentario 9 al Artículo 31 de los Artículos de la CDI especifica que “[s]ólo debe repararse íntegramente ‘el perjuicio [...] causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado’. Se usa esta frase para dejar en claro que el objeto de la reparación es, en términos generales, el perjuicio causado por un hecho ilícito e imputable al hecho, más que todas y cada una de las consecuencias dimanadas de un hecho internacionalmente ilícito”.

³²⁸ Véase, por ejemplo: *Tippetts c. Irán*, pág. 227 (**Anexo CL-264**), *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/84/3 (“*SPP c. Egipto*”), Laudo sobre el Fondo del 20 de mayo de 1992 (**Anexos CL-162 y CL-376**).

³²⁹ Véase, por ejemplo: DR, ¶¶ 334-335 (*inter alia*).

esta etapa del procedimiento y el Tribunal se basa en su evaluación en la Decisión sobre Responsabilidad en la medida en que sea necesario en el contexto presente.

215. Habiendo dicho esto, el Tribunal concuerda con Ecuador en que la reclamación de Burlington fracasa por cuestiones de fondo. El Tribunal sólo puede conceder una indemnización por los daños y perjuicios causados por el acto internacionalmente ilícito. En el presente caso, el acto internacionalmente ilícito fue la toma de posesión física permanente de los Bloques, la que el Tribunal ha sostenido constituyó una expropiación ilícita de la inversión de Burlington. La consecuencia de dicha toma de posesión física fue que Burlington, a través de sus Subsidiarias, perdió la capacidad de operar los Bloques y, por lo tanto, de obtener ingresos en virtud de los CP. Tal como se estableciera en la Decisión sobre Responsabilidad:

“Como una cuestión meramente fáctica, el ingreso y la ocupación de Ecuador en los Bloques 7 y 21 desposeyó a Burlington de sus yacimientos de petróleo. Esta desposesión no solo privó a Burlington de su participación en la producción de petróleo, y por lo tanto de sus ganancias, sino también de los medios de producción que hicieron posible esas ganancias. En resumen, la ocupación de los Bloques privó a Burlington de todos los bienes tangibles que componían su inversión en Ecuador. Si bien Burlington aún poseía los derechos de su subsidiaria en los CP, al igual que las acciones de su subsidiaria, estos derechos y acciones carecían de valor sin la posesión de los yacimientos de petróleo y sin acceso al petróleo”.³³⁰

216. Esto sólo puede significar que la toma de posesión física por parte de Ecuador de los Bloques destruyó el valor de los derechos de Burlington en virtud de los CP hacia adelante, es decir, su posibilidad de producir petróleo y obtener ingresos de las ventas de petróleo en el futuro. La Decisión sobre Responsabilidad aclara este punto al afirmar que “[a] partir de esa fecha, [30 de agosto de 2009], Ecuador privó a Burlington del uso y control efectivo de los Bloques 7 y 21 de manera permanente y, por ende, expropió su inversión Ecuador”.³³¹
217. Por el contrario, la toma de posesión física de los Bloques no podía *per se* destruir el valor de los créditos por cobrar de Burlington para el reembolso de las cuotas relativas a la Ley 42 que se habían devengado *antes* de la fecha de la expropiación. Las Subsidiarias de Burlington retuvieron su derecho a reclamar el pago de tales créditos por cobrar devengados. Si Ecuador hubiera expropiado las acciones de las Subsidiarias de Burlington, la situación podría haber sido diferente. Y aunque el Tribunal sostuvo que, como resultado de la expropiación, los derechos de las

³³⁰ *Id.*, ¶ 530.

³³¹ *Id.*, ¶ 535 (énfasis agregado).

Subsidiarias de Burlington bajo los CP “carecían de valor sin la posesión de los yacimientos de petróleo y sin acceso al petróleo”,³³² tal declaración sólo resulta aplicable a partir del día 30 de agosto de 2009.

218. El hecho de que el Tribunal sostuviera que el derecho de Burlington a la absorción de impuestos en virtud de los CP era un “componente esencial” del valor de su inversión³³³ y que constituía “la parte más valiosa”³³⁴ de dicha inversión, no asiste al argumento de Burlington. La expropiación hizo que Burlington perdiera este derecho a partir del día 30 de agosto de 2009; no habría impedido que las Subsidiarias de Burlington lo ejercieran respecto de las deudas devengadas con anterioridad a tal fecha si no hubieran renunciado a su derecho a presentar la reclamación.
219. Durante la Audiencia, Burlington planteó un nuevo argumento, según el cual su derecho sobre las cuotas pasadas de la Ley 42 “[n]o es sencillamente una deuda devengada”, sino el derecho a la aplicación de un “un ajuste contractual que requiere un mecanismo igualmente contractual” que fue expropiado junto con los CP.³³⁵ Burlington argumenta que, debido a que ha perdido los CP, ya no puede solicitar a Ecuador que aplique dicho mecanismo contractual. El Tribunal no concuerda. Tal como señala Ecuador,³³⁶ el derecho de las Subsidiarias de Burlington a solicitar el cumplimiento forzado de un mecanismo contractual se convirtió en el derecho a reclamar una indemnización por el incumplimiento de Ecuador que sobrevivió al contrato (de lo contrario, ninguna demandante contractual podría reclamar una indemnización por daños y perjuicios sobre la base de un contrato extinguido).
220. Los argumentos suplementarios de Burlington también fracasan. Si bien el Tribunal sostuvo que “al promulgar la Ley 42 y luego negarse a absorber sus efectos en virtud de las cláusulas de absorción de impuestos, de hecho, Ecuador ha anulado el derecho de Burlington a un factor de corrección al impedir el ejercicio de este derecho”, y que “esta anulación fue posible gracias a la facultad soberana de

³³² *Id.*, ¶ 530.

³³³ *Id.*, ¶ 405.

³³⁴ *Id.*, ¶ 260. El Tribunal observa que la traducción oficial de la DR erradamente dice “la parte más vulnerable”, pero esto es un error de traducción, ya que la versión en inglés habla de “*the most valuable portion*”.

³³⁵ Tr. Cuantificación (Día 5) (ESP), 1396:17-1401:3 (Alegato de Cierre, Coriell).

³³⁶ Tr. Cuantificación (Día 5), (ESP), 1512:18-1513:20 (Alegato de Cierre, Mayer).

Ecuador”,³³⁷ también resolvió en última instancia que el incumplimiento por parte de Ecuador con la absorción de los efectos de la Ley 42, ya sea con una alícuota del 50% o del 99%, no privó sustancialmente a Burlington de su inversión.³³⁸ Por lo tanto, rechazó la reclamación de expropiación indirecta planteada por Burlington con base en la Ley 42 y en los incumplimientos contractuales de Ecuador.³³⁹

221. Adicionalmente, el Tribunal rechazó expresamente la reclamación de Burlington de que las medidas tomadas por el Ecuador constituían, tomadas en conjunto, una expropiación progresiva.³⁴⁰ En efecto, el Tribunal sostuvo que “Burlington no estaba operando bajo condiciones de privación sustancial *antes* de que Ecuador ocupara físicamente los Bloques”, ni “[t]ampoco se puede concluir que antes de ese momento Burlington había perdido su capacidad para ‘tomar decisiones racionales’”.³⁴¹
222. Por último, en las circunstancias aquí descritas, si el Tribunal concediera una indemnización por las cuotas pasadas de la Ley 42, estaría otorgando un resarcimiento por el incumplimiento de Ecuador con las cláusulas de absorción de impuestos de los CP, cuando ya ha declarado que dicho incumplimiento no constituyó una expropiación y que carecía de jurisdicción sobre otras violaciones de tratados e incumplimientos contractuales. En otras palabras, estaría brindando resarcimiento por un acto respecto del cual ya ha descartado la responsabilidad o sobre el cual carece de jurisdicción.

³³⁷ DR, ¶ 418.

³³⁸ *Id.*, ¶ 419 (donde se determina que la violación por parte de Ecuador de las cláusulas de absorción tributaria de los CP era una “consideración relevante, aunque bajo ningún punto de vista [era] decisiva, para los fines del análisis de la expropiación, que implica una investigación más amplia de la capacidad general de la inversión para generar una rentabilidad comercial en beneficio del inversor”, y donde se observa que “[e]l Tribunal debe determinar si la Ley 42, primero con una alícuota del 50% que luego fue aumentada al 99%, implicó una expropiación de la inversión de Burlington”); ¶ 430 (donde se resuelve que “los efectos de la Ley 42 con una alícuota del 50% no implicaron una privación sustancial del valor de la inversión de Burlington”); y ¶ 456 (donde se sostiene que “el Tribunal no está convencido de que la Ley 42 con una alícuota del 99% privara sustancialmente a Burlington del valor de su inversión”).

³³⁹ *Id.*, ¶ 456 (donde se determina que “no puede haber expropiación en ausencia de una privación sustancial”); ¶ 433 (donde se resuelve que “la Ley 42 con una alícuota del 50% no privó sustancialmente a Burlington del valor de su inversión y, por lo tanto, no fue una medida equivalente a la expropiación”); y ¶ 457 (donde se sostiene que “los efectos de la Ley 42 con una alícuota del 99% no constituyeron una medida equivalente a la expropiación y, por lo tanto, que la Ley 42 con una alícuota del 99% no llevó a la expropiación de la inversión de Burlington”).

³⁴⁰ *Id.*, ¶¶ 538-540.

³⁴¹ *Id.*, ¶ 540.

223. Por tales motivos, el Tribunal determina que la reclamación de Burlington por sus derechos devengados contra Ecuador mediante la cual pretende el reembolso de los pagos o las incautaciones coactivas efectuados conforme a la Ley 42 en el pasado, no constituye una pérdida indemnizable bajo la reclamación de Burlington de acuerdo al tratado.
224. Ello no significa que Burlington (o, mejor dicho, las Subsidiarias de Burlington) no puedan tener una reclamación contractual contra Ecuador. Sin embargo, como resultado del desistimiento de las reclamaciones de las Subsidiarias de Burlington, tales sociedades ya no son parte de este procedimiento arbitral y el Tribunal no puede pronunciarse sobre sus reclamaciones. El presente arbitraje aborda exclusivamente las reclamaciones de Burlington contra Ecuador que surgen del tratado.³⁴²

2. Valor de los activos operativos (lucro cesante en virtud de los CP)

2.1 Posición de Burlington

225. Burlington afirma que Ecuador debe compensarla por el lucro cesante que dejó de obtener “*de la producción prevista*”, que Burlington habría obtenido en virtud de los CP en ausencia de la expropiación, evaluadas en la fecha del laudo. El perito financiero de Burlington, Compass Lexecon, denomina a esta categoría de daños como el “*valor de los activos operativos*”, siendo dichos activos los CP para los Bloques 7 y 21.
226. Burlington sostiene que “[e]l derecho internacional exige que el Estado pague una suma en concepto de indemnización por daños y perjuicios que represente el valor justo de mercado de la inversión afectada”, agregando que “[c]uando (como en el caso que nos ocupa) la inversión era una ‘empresa en marcha’ antes de la expropiación ilícita, la evaluación del valor justo de mercado debe considerar la rentabilidad futura a fin de proporcionar una compensación integral”.³⁴³
227. Ya que Burlington valúa este rubro de daños en la fecha del laudo, su producción perdida puede desglosarse en dos elementos: (i) lucro cesante ya perdido, es decir, pérdidas a la fecha del laudo, con intereses aplicados para actualizar los flujos de

³⁴² RP2, ¶ III.1.

³⁴³ Mem., ¶¶ 53, 55.

caja al valor presente, y Lucro cesante futuro, es decir, pérdidas desde la fecha del laudo hasta el vencimiento de los CP, descontadas a valor presente.³⁴⁴

228. Utilizando el método de flujo de caja descontado (FCD) y los supuestos de Compass Lexecon, en el Modelo Actualizado, este lucro cesante se cuantifica en la suma de **USD 840,9 millones** al día 31 de agosto de 2016 (la fecha usada como referencia para la fecha del laudo), incluyendo los intereses anteriores al laudo. Amparándose en el principio de reparación íntegra, Compass Lexecon ha ignorado los efectos económicos de la Ley 42 al realizar esta cuantificación.

2.2 Posición de Ecuador

229. Ecuador reconoce que “de conformidad con el derecho internacional, la compensación debería corresponder al valor justo de mercado (“VJM”) de la inversión presuntamente expropiada de Burlington” y que, “[e]n el contexto de las empresas en marcha, el tribunal recurrirá a la capacidad de lucro de la inversión durante el resto de su vigencia para evaluar su ‘valor de mercado’”.³⁴⁵
230. Más específicamente, Ecuador acepta que los activos expropiados consisten en los derechos de Burlington de operar los Bloques 7 y 21 en virtud de los CP, y que Burlington tiene derecho al VJM de estos derechos según éste se refleja en los beneficios que Burlington habría percibido en virtud de estos contratos.³⁴⁶ Ecuador no cuestiona que el valor de la inversión expropiada de Burlington deba cuantificarse por referencia a los derechos contractuales de los que Burlington era titular indirecto a través de sus Subsidiarias. Tal como se analiza en mayor detalle *infra*, Ecuador coincide asimismo en que un análisis de FCD es el método de valuación adecuado.³⁴⁷
231. En cambio, Ecuador sostiene que la valuación de Burlington de estos beneficios perdidos es extremadamente exagerada, principalmente porque Burlington aplica de manera errónea los estándares de compensación relevantes, utiliza la fecha de valuación equivocada, y basa su cálculo en supuestos incorrectos (en particular, no

³⁴⁴ *Id.*, ¶ 74. Véase: párrafo 287 *infra*.

³⁴⁵ MC, ¶¶ 8, 327, citando: *Middle East Cement c. Egipto*, ¶ 127 (**Anexo CL-271**).

³⁴⁶ Véanse, por ejemplo: MC ¶¶ 8, 324-327; Dúplica, ¶ 454. Ecuador aclara que no está de acuerdo con que el VJM constituya “*simplemente una referencia para los flujos de caja futuros perdidos*”, ya que, en determinadas circunstancias, “*los flujos de caja futuros perdidos operan como referencia para el VJM*”, y el Dr. Abdala ahora admitió haber calculado el valor de los flujos de caja futuros, no el VJM de la inversión de Burlington. Dúplica, ¶ 455.

³⁴⁷ Véase: Sección VII.D.2.2 *infra*.

considera los impuestos de la Ley 42 cuando proyecta los beneficios futuros), y aplica una tasa de interés exagerada. Según el perito de Ecuador, Fair Links, el VJM de los CP, valuado en la fecha de la expropiación, asciende a USD 26,3 millones. Dado que Ecuador valúa la inversión en la fecha de la expropiación, el Tribunal observa que su valuación se compone solamente de una proyección de beneficios futuros descontados a la fecha de la expropiación.

2.3 Análisis

232. Hay consenso respecto del hecho de que el valor de la inversión de Burlington debe cuantificarse por referencia a la capacidad lucrativa de los CP (de los que Burlington era titular indirecto a través de sus Subsidiarias)³⁴⁸ a la fecha de expropiación y por el resto de su vigencia. Tal como se estableciera en la Decisión sobre Responsabilidad,³⁴⁹ la toma física de los Bloques 7 y 21 por parte de Ecuador privó a Burlington de la posibilidad de percibir ingresos futuros en virtud de los CP. El Tribunal sostuvo además que la toma física de los Bloques 7 y 21 por parte de Ecuador devino permanente el día 30 de agosto de 2009.³⁵⁰ En consecuencia, “[a] partir de esa fecha, Ecuador privó a Burlington del uso y control efectivo de los Bloques 7 y 21 de manera permanente y, por ende, expropió su inversión”.³⁵¹ En otras palabras, la toma física de los Bloques privó a Burlington de la posibilidad de obtener ingresos futuros de los CP a partir del día 30 de agosto de 2009. Sobre esta base, el Tribunal considera que la reclamación de Burlington por beneficios perdidos a partir del día 30 de agosto de 2009 constituye una pérdida pasible de compensación.
233. No está en controversia que Burlington pretende recuperar el valor de su propia inversión, representada por su parte en los ingresos del Consorcio, y no el valor completo de la inversión del Consorcio. Compass Lexecon no deja lugar a dudas sobre este punto cuando señala que “[p]ara calcular los daños incurridos por Burlington, aplico su participación de capital en cada uno de los Bloques: 42.5% en

³⁴⁸ El Tribunal recuerda que el Artículo I(1)(a) del Tratado dispone que “Inversión” significa “todo tipo de inversión que se haga en el territorio de una Parte y que **directa o indirectamente** sea propiedad de nacionales o sociedades de la otra Parte o esté controlada por dichos nacionales o sociedades”, e incluye “todo derecho conferido por la ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la Ley” (énfasis agregado).

³⁴⁹ DR, ¶ 530.

³⁵⁰ *Id.*, ¶ 535.

³⁵¹ *Ibid.*

el Bloque 7 y 46.25% en el Bloque 21 (desde octubre de 2006)".³⁵² Ecuador lo reconoce.³⁵³

234. El Tribunal analizará las objeciones de Ecuador a la valuación de esta reclamación en la Sección C *infra*.

3. La pérdida de oportunidad para prorrogar el CP del Bloque 7

3.1 Posición de Burlington

235. Burlington alega que la “*conducta ilícita*” de Ecuador privó a Burlington de la oportunidad de negociar de buena fe una prórroga del CP del Bloque 7, y Ecuador debe compensarla por esa pérdida de oportunidad.³⁵⁴ Según el estándar de reparación íntegra de *Chorzów*, los daños incluyen todos los beneficios que Burlington habría obtenido en ausencia de la actividad ilícita, la que destruyó la oportunidad de negociar una prórroga del contrato.³⁵⁵ Burlington sostiene que el Tribunal tiene jurisdicción sobre esta reclamación (Sección 3.1.1), que en el mundo “*contrafáctico*”, Burlington habría gozado de un derecho a negociar la prórroga del CP del Bloque 7 (Sección 3.1.2), y que “en toda probabilidad” Burlington habría obtenido una prórroga de ocho años bajo términos contractuales modificados (Sección 3.1.3).

3.1.1 El Tribunal tiene jurisdicción sobre esta reclamación

236. Contrariamente a lo que afirma Ecuador, Burlington sostiene que el Tribunal tiene jurisdicción para compensar la pérdida de oportunidad de prorrogar el CP del Bloque 7.³⁵⁶ En su Decisión sobre Responsabilidad, el Tribunal determinó que debe evaluarse la inversión “en su totalidad” y el valor de la pérdida de oportunidad de negociar la prórroga forma parte del valor del CP que fue expropiado. Por lo tanto, la reclamación por el valor de la prórroga del Bloque 7 es una reclamación que surge de un tratado, no de un contrato. Burlington no está alegando que Ecuador “*violó un acuerdo para la prórroga del contrato*”, sino que Burlington fue privada “*de*

³⁵² Compass Lexecon, IP1, ¶ 9.

³⁵³ Ecuador observa en particular que “[n]o se encuentra controvertido que los flujos de caja libres de Burlington, asumiendo que no existiese la Ley 42, se obtienen luego de deducir de los ingresos brutos del Consorcio (i) la participación del Estado (es decir, su cuota de producción), (ii) los costos operativos (OPEX) y gastos de capital (CAPEX), (iii) la cuota de Perenco en los ingresos de los Bloques (53.75% del Bloque 21 y 57.5% del Bloque 7), y (iv) los impuestos a la renta y a la participación laboral de Burlington” (R-EPA, ¶ 345).

³⁵⁴ Mem., ¶ 112.

³⁵⁵ *Id.*, ¶ 114.

³⁵⁶ Réplica, ¶¶ 200-208.

la valiosa oportunidad de **procurar obtener una prórroga**".³⁵⁷ En otras palabras, Burlington no reclama la violación de una prórroga acordada contractualmente, sino el valor económico del derecho a negociar dicha prórroga, la cual, *probablemente se habría acordado* de no haber sido por la conducta ilícita de Ecuador. El argumento de Ecuador de que Burlington no puede plantear esta reclamación porque no era parte del CP y porque sus Subsidiarias habían retirado sus reclamaciones contractuales fracasa por idénticos motivos.³⁵⁸

237. Según Burlington, es igualmente infundado el argumento de que está interponiendo una nueva reclamación bajo el tratado por pérdida de oportunidad sin haber notificado a Ecuador conforme al Artículo VI del TBI. El término "inversión" se define de manera amplia en el TBI. Incluye "todo derecho conferido por la ley o por contrato", lo que abarca la Cláusula 6.2 del CP que prevé el derecho a una prórroga.³⁵⁹ Por lo tanto, la reclamación existente de Burlington bajo el Tratado cubre la pérdida de oportunidad de Burlington de negociar una prórroga del CP del Bloque 7.
238. Burlington sostiene asimismo que, en el mundo "contrafáctico", habría gozado de un derecho a negociar la prórroga del CP del Bloque 7 CP (Sección 3.1.2),³⁶⁰ y "en toda probabilidad" habría obtenido una prórroga de ocho años bajo términos contractuales modificados (Sección 3.1.3).³⁶¹ Burlington alega además que los tribunales han reconocido la importancia de las oportunidades perdidas en la valuación de una inversión (Sección 3.1.4).³⁶²
239. En sustento de su reclamación, Burlington invoca el informe pericial del Sr. Moyes, que explica los términos en los cuales Burlington "en toda probabilidad" habría obtenido una prórroga del contrato en un contexto de negociaciones de buena fe según exigen los CP y la legislación ecuatoriana.³⁶³

³⁵⁷ *Id.*, ¶ 206 (énfasis en el original).

³⁵⁸ *Id.*, ¶ 207.

³⁵⁹ *Id.*, ¶ 208.

³⁶⁰ *Id.*, ¶¶ 116-124.

³⁶¹ *Id.*, ¶¶ 131-133.

³⁶² *Id.*, ¶¶ 125-130.

³⁶³ *Id.*, ¶¶ 115, 187; Réplica, ¶ 200, en referencia a: Moyes IP2, ¶ 12.

3.1.2 En el mundo “contrafáctico”, Burlington habría gozado de un derecho a negociar la prórroga del CP para el Bloque 7

240. Según Burlington, el Artículo 6.2 del CP del Bloque 7 establece las condiciones para una “*negociación obligatoria con respecto a una prórroga*”. En virtud de esa disposición el plazo del contrato puede prorrogarse en cuatro situaciones: (a) siempre y cuando resulte en el mejor interés del Estado, (b) si el área de producción se encuentra alejada de las infraestructuras hidrocarburíferas existentes, (c) si la contratista propone nuevas inversiones significativas durante los últimos cinco años del contrato, o (d) si se descubren nuevos yacimientos como resultado exclusivo de nuevas exploraciones.
241. Además, el Artículo 1562 del Código Civil ecuatoriano establece la obligación general de ejecutar todos los contratos de buena fe.³⁶⁴ Por lo tanto, una vez que el Consorcio cumpliera con cualquiera de las condiciones establecidas en el Artículo 6.2, Ecuador estaba obligado a negociar una prórroga de buena fe.³⁶⁵
242. Burlington alega que el Consorcio habría cumplido al menos tres de las cuatro condiciones alternativas.³⁶⁶ Primero, tal como explica el Sr. Moyes, prorrogar el CP del Bloque 7 indudablemente habría convenido a los intereses de Ecuador.³⁶⁷ Ecuador se equivoca al argumentar que goza de la potestad discrecional bajo la Cláusula 6.2 de conceder o no una prórroga. El Dr. Pérez Loose explicó que la administración pública de Ecuador se encontraba obligada a proteger la “expectativa legítima” de Burlington y que la legislación ecuatoriana reconoce la compensación por las oportunidades perdidas.³⁶⁸ La sugerencia de Fair Links de que Petroamazonas contaba con la capacidad para operar los Bloques en forma directa olvida el punto central, afirma Burlington. El hecho de que Ecuador celebrara contratos con siete consorcios privados entre los años 2010 y 2012 demuestra que el propio Ecuador consideraba que servía mejor a sus intereses si sus campos petrolíferos eran operados por terceros.³⁶⁹

³⁶⁴ Mem., ¶ 123, citando: Código Civil, Artículo 1562 (**Anexo CL-59**); Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Artículo 101(1) (**Anexo CL-266**).

³⁶⁵ Mem., ¶ 124.

³⁶⁶ *Id.*, ¶ 117; Réplica, ¶¶ 209-226.

³⁶⁷ Mem., ¶¶ 118, 124, 133, en referencia a: Moyes IP1, ¶¶ 6, 44-46, 58-60.

³⁶⁸ Réplica, ¶ 212, en referencia a: Pérez Loose IP, ¶¶ 181-183, 192.

³⁶⁹ Réplica, ¶ 213, en referencia a: Moyes IP2, ¶ 12.

243. Segundo, Burlington y su socio en el Consorcio indiscutiblemente propusieron y efectuaron inversiones significativas durante los últimos cinco años de producción (al menos hasta el mes de octubre de 2007 cuando se impuso el Decreto 662). Burlington invirtió **USD 213 millones** entre los años 2005 y 2007 “*reportando aumentos sustanciales en la producción*”.³⁷⁰
244. El Sr. Crick confirma que, en ausencia de la Ley 42, el Consorcio habría efectuado mayores inversiones mucho más allá del año 2007, lo que habría sustentado los derechos de prórroga del Consorcio.³⁷¹ Sobre este tema, el Sr. Martínez explica que el abandono del programa de inversión del Consorcio no sólo disminuyó el valor de la inversión, sino que perjudicó el ejercicio del derecho de prórroga del Consorcio.³⁷² Además, declaró lo siguiente:
- “El derecho de prórroga se podía activar cuando Burlington Oriente efectuara nuevas inversiones para aumentar la producción, lo que Burlington Oriente esperaba hacer, antes de la introducción de las medidas de Ecuador”.³⁷³
245. Burlington explica que su decisión de dejar de invertir en el Bloque 7 en el mes de diciembre de 2007 “*nada dice respecto de lo que habría hecho en **ausencia***” de la Ley 42.³⁷⁴ Además, tal como afirmara el Sr. Martínez, aun si Burlington “*pudo haber estado interesada en vender, o intentado vender*” los Bloques en los años 2006 y 2007, esto no impide que tuviera “*un incentivo aún mayor en mantener el valor de los Bloques*”.³⁷⁵ A modo de ejemplo, el Sr. Moyes resaltó que la negociación de una prórroga del contrato de Murphy Oil para el Bloque 16 “*aumentó el valor del Bloque 16 aunque los términos del nuevo contrato de prestación de servicios fueran especulativos y aún debían negociarse*”.³⁷⁶
246. Además, contrariamente a lo que alega Ecuador, “*documentos internos de ConocoPhillips prueban que Burlington estaba efectivamente interesada en*

³⁷⁰ Mem., ¶ 119, en referencia a: Estados Contables de Burlington Oriente para los ejercicios 2002-2003, 2003-2004, 2004-2005 (**Anexos C-258 a C-260**); Estados Contables Consolidados de Burlington Oriente, diciembre de 2009 (**Anexo C-273**); Estados Contables del Consorcio 2005-2007 (**Anexos C-418 a C-420**).

³⁷¹ Mem., ¶ 120, en referencia a: Crick DT1, ¶¶ 5-10, 102-107, 274-282.

³⁷² Mem., ¶ 120, que cita a: Martínez DT1 Supl., ¶ 21.

³⁷³ Martínez DT1 Supl., ¶ 21.

³⁷⁴ Réplica, ¶ 216 (énfasis en el original).

³⁷⁵ *Ibid.*, en referencia a: Tr. Responsabilidad (Día 2) (ESP), 407:5-19 (Interrogatorio directo, Martínez).

³⁷⁶ Réplica, ¶ 218, en referencia a: Moyes IP2, ¶ 39.

procurar obtener una prórroga".³⁷⁷ El Memorando de Ventas del año 2007 establecía expresamente que "era posible una prórroga, en especial con un compromiso de mejorar la productividad del campo más allá de la continuación de un programa de perforación convencional", y observaba que "[s]e cree que cualquier nuevo campo descubierto recibirá una prórroga automática de su vigencia hasta el año 2017".³⁷⁸ A su vez, la Presentación del Presupuesto del año 2007 observaba que "10 años de prórroga parecen ser una meta razonable".³⁷⁹

247. Por último, Burlington sostiene que fue legítima su negativa a aceptar el acuerdo transitorio negociado entre Ecuador y Perenco,³⁸⁰ en tanto (i) este acuerdo no protegía los derechos de Burlington en virtud de los CP existentes, y (ii) los términos de la Ley de Equidad Tributaria no eran el único resultado posible. La prueba presentada por el Sr. Moyes demuestra que, más allá de un breve período transitorio, ni una sola prórroga suscripta por Ecuador estuvo sujeta a sus términos.³⁸¹
248. Tercero, según Burlington, las operaciones del Consorcio condujeron asimismo al descubrimiento de grandes yacimientos nuevos.³⁸² En sustento de ello, Burlington se apoya en el testimonio del Sr. Crick, quien explica que fue particularmente así respecto del reservorio Oso, donde el programa de perforación del Consorcio reveló reservas significativamente superiores a lo que se creyó inicialmente, por ejemplo, al descubrir que el reservorio formaba parte del campo Frontino.³⁸³ Según Burlington, estos "descubrimientos extensivos en el Bloque 7 fueron el resultado exclusivo de las operaciones del Consorcio", ya que ninguna otra entidad operaba en el Bloque. Las reservas estimadas aumentaron de una cifra inicial de 33,5 millones de barriles en el año 2004 a 70 millones de barriles en el año 2006, concretamente, un aumento de más del 100%.³⁸⁴

³⁷⁷ Réplica, ¶ 220.

³⁷⁸ Memorando Confidencial, ConocoPhillips: Venta propuesta de sus Participaciones en Ecuador, Harrison Lovegrove & Co., agosto de 2007, en 33 (**Anexo E-214**).

³⁷⁹ Presentación para la Reunión del Comité de Presupuesto, 26-27 de septiembre de 2007 (**Anexo C-470**).

³⁸⁰ Acta de Acuerdo Parcial (**Anexo E-133**).

³⁸¹ Réplica, ¶ 223, en referencia a: Moyes IP2, ¶ 31.

³⁸² Mem., ¶ 121; Réplica, ¶¶ 210-211.

³⁸³ Mem., ¶ 121, en referencia a: Crick DT1, ¶ 150.

³⁸⁴ Mem., ¶ 121, en referencia a: Crick DT1, ¶ 152.

249. Burlington agrega que, contrariamente a lo que sostiene Ecuador, el Consorcio realizó las actividades exploratorias requeridas en Oso.³⁸⁵ El Plan de Desarrollo de Oso del año 2006 “*fue exclusivamente el resultado de las nuevas actividades de exploración del Consorcio*”, que condujeron al descubrimiento y desarrollo del campo Oso norte, lo que era suficiente para “activar” la prórroga conforme con el Artículo 6.2, tal como confirmara el Sr. Moyes.³⁸⁶

3.1.3 “En toda probabilidad” Burlington habría obtenido una prórroga de ocho años bajo términos contractuales modificados

250. Burlington considera que “en toda probabilidad” habría obtenido una prórroga de ocho años del CP del Bloque 7, aunque reconoce que habría tenido que aceptar términos contractuales modificados.³⁸⁷ Según el Sr. Moyes, suponiendo buena fe de ambas partes, las negociaciones contractuales para una prórroga muy probablemente habrían redundado en un contrato modificado con las siguientes características: (a) un contrato de prestación de servicios con una tasa fija por barril, (b) y una tasa de servicios de USD 35 por barril, ajustada por inflación, para los pozos existentes, y una tasa que arrojara un 25% de retorno sobre la inversión para la producción nueva o incremental, (c) por un plazo de ocho años.³⁸⁸

251. El argumento de Burlington es que, si Ecuador hubiese cumplido con su obligación contractual de absorber el impuesto y hubiese actuado como un socio contractual razonable, el Consorcio habría aceptado estos términos modificados, tal como lo confirmó el Sr. Martínez.³⁸⁹ En la opinión experta del Sr. Moyes, estos términos también habrían sido aceptables para Ecuador, ya que se comparan con aquellos logrados en los Bloques 10 (Agip) y 16 (Repsol).³⁹⁰ Estos términos también habrían estado en línea con el nuevo formato contractual de “modelo único” del Presidente Correa.³⁹¹

³⁸⁵ Réplica, ¶ 210.

³⁸⁶ *Id.*, ¶ 211, en referencia a: Moyes IP2, ¶¶ 26, 47.

³⁸⁷ Mem., ¶¶ 131-133.

³⁸⁸ *Id.*, ¶¶ 131, 187, en referencia a: Moyes IP1, ¶¶ 58-60.

³⁸⁹ Mem., ¶ 132, en referencia a: Martínez DT4 Supl., ¶ 12.

³⁹⁰ Mem., ¶ 133, en referencia a: Moyes IP1, ¶¶ 51-57.

³⁹¹ Mem., ¶ 133, en referencia a: *Correa Propone ‘Modelo Único’ para Contratos con Petroleras Extranjeras*, El Diario, 14 de abril de 2008 (**Anexo C-184**); DR, ¶ 42; RP12, Anexo B, Observaciones de la Demandada a la Respuesta de la Demandante a la Solicitud 1, en 6.

3.1.4 Los tribunales han reconocido la importancia de la pérdida de oportunidades en la valuación de una inversión

252. Según Burlington, los tribunales reconocen que la pérdida de oportunidad de percibir beneficios futuros constituye una pérdida pasible de recuperación y que “*la perspectiva de renovación de una autorización para hacer negocios constituye un activo con valor propio*”, y, por lo tanto, un elemento importante de una empresa en marcha.³⁹² Algunos ejemplos incluyen a *Sapphire Petroleum, SPP c. Egipto*, y *CME c. República Checa*. Según Burlington, estos casos demuestran que “*las perspectivas futuras de una inversión, ya sea dependiendo de un contrato o licencia, son centrales para su valor*”.³⁹³ En *Sapphire Petroleum*, el árbitro adjudicó una compensación por la pérdida de oportunidad de generar beneficios a partir de la concesión, aunque las operaciones se encontraban en una etapa temprana y aún no se había descubierto petróleo.³⁹⁴ El árbitro consideró que quedaba claro que la parte actora había perdido la oportunidad de descubrir petróleo, la que consideró era “*muy favorable*”.³⁹⁵ Sostuvo además que, cuando no puede probarse el daño, es suficiente “*poder admitir con probabilidad suficiente la existencia y el alcance del daño*”.³⁹⁶ En *SPP*, el tribunal consideró la pérdida de oportunidad de hacer del proyecto un éxito comercial.³⁹⁷ En *CME*, el tribunal aplicó el escenario “*contrafáctico*” suponiendo que “*en toda probabilidad*” se habría renovado la licencia de radiodifusión, y consideró la “*probabilidad razonable de renovación de la licencia*” en el momento de valorar la inversión.³⁹⁸ En las circunstancias presentes, la situación es mucho más simple, afirma Burlington, ya que el Bloque 7 ya era “*sumamente productivo*” en el momento de la expropiación “*y sigue siéndolo hasta la fecha*”.³⁹⁹ En cambio, *Gemplus*, en el que se apoya Ecuador, debe diferenciarse

³⁹² Mem., ¶ 125.

³⁹³ *Id.*, ¶ 130.

³⁹⁴ *Id.*, ¶ 126, citando: *Sapphire International Petroleum, Ltd. c. National Iranian Oil Company* (“*Sapphire c. NIOC*”), Laudo del 15 marzo de 1963 (1967), ¶¶ 187-188 (**Anexo CL-125**).

³⁹⁵ Mem., ¶ 126.

³⁹⁶ *Ibid.*

³⁹⁷ *Ibid.*, nota 170, en referencia a: *SPP c. Egipto*, Laudo sobre el Fondo del 20 de mayo de 1992, ¶¶ 214-216 (**Anexos CL-162 y CL-376**).

³⁹⁸ Mem., ¶ 129; Réplica, ¶ 201, citando: *CME c. República Checa*, Laudo Final del 14 de marzo de 2003, ¶¶ 605-606 (**Anexo CL-174**).

³⁹⁹ Réplica, ¶ 202.

del presente caso dado que Burlington exhibió “*un cúmulo de pruebas*” que demostraban la “*alta probabilidad*” de obtener una prórroga del contrato.⁴⁰⁰

253. Por último, Burlington se opone a la alegación de Ecuador de que la indemnización por daños y perjuicios por la pérdida de oportunidad sea especulativa.⁴⁰¹ Según Burlington, el derecho internacional consuetudinario, tal como demuestra *SPP*, no requiere que Burlington pruebe sus daños por la pérdida de oportunidad “*con absoluta certeza*”, sino con “*suficiente probabilidad*”.⁴⁰² Esto es especialmente así cuando la incertidumbre resulta de la conducta ilícita de Ecuador. Esta última prueba está “*más que cumplida*”, ya que, en ausencia de la Ley 42, una prórroga era “*razonablemente cierta*”.
254. En consecuencia, Burlington sostiene que el Tribunal “*puede y debe valorar equitativamente*” la pérdida de oportunidad en la suma de **USD 300,5 millones** en el escenario de prórroga.⁴⁰³ En el Modelo Actualizado, suponiendo una valuación el día 31 de agosto de 2016, se actualizó el valor de esta reclamación a **USD 376 millones**, incluidos los intereses anteriores al laudo.

3.2 Posición de Ecuador

255. Ecuador se opone a la reclamación por la pérdida de oportunidad de Burlington con respecto a la prórroga del CP del Bloque 7. En primer lugar, Ecuador alega que se trata de una reclamación contractual sobre la cual el Tribunal carece de jurisdicción (Sección 3.2.1). En subsidio, Ecuador afirma que la reclamación es inadmisibles o fracasa en el fondo (Sección 3.2.2).

3.2.1 La reclamación por la pérdida de oportunidad de Burlington constituye una reclamación contractual sobre la cual el Tribunal carece de jurisdicción

256. El argumento principal de Ecuador es que la reclamación por la pérdida de oportunidad de Burlington es de naturaleza contractual, como consecuencia de lo cual el Tribunal carece de jurisdicción.⁴⁰⁴ Los argumentos de Ecuador respecto de

⁴⁰⁰ *Id.*, ¶ 203, en referencia a: Moyes IP2, ¶ 46. Véase también: *Gemplus, S.A., SLP, S.A. y Gemplus Industrial, S.A. de C.V. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/04/3 & ARB(AF)/04/4 (“*Gemplus c. México*”), Laudo del 16 de junio de 2010, ¶ 12-49 (**Anexo EL-243**).

⁴⁰¹ Réplica, ¶¶ 225-226.

⁴⁰² *Id.*, ¶ 225, en referencia a: *SPP c. Egipto*, Laudo sobre el Fondo del 20 de mayo de 1992, ¶ 218 (**Anexos CL-162 y CL-376**).

⁴⁰³ Réplica, ¶ 226.

⁴⁰⁴ Dúplica, ¶ 324.

las reclamaciones contractuales expuestos en la Sección VII.C.1.2 *supra*, son aplicables *mutatis mutandis* a la presente reclamación.

257. Más específicamente, Ecuador alega que el argumento interesado de Burlington de que la negociación de una prórroga del contrato forma parte del valor de su inversión es “insuficiente” para sustentar la existencia de una reclamación en virtud del tratado. Al recurrir a la definición amplia del término inversión, Burlington intenta introducir por la puerta trasera una reclamación contractual. Si el Tribunal aplica una prueba objetiva, reconocerá que esta reclamación se basa en los CP. Esto queda claro si se considera que la reclamación se basa en la supuesta violación de las cláusulas de renegociación tributarias.⁴⁰⁵

3.2.2 En subsidio, la reclamación de Burlington es inadmisibile o fracasa en el fondo

258. En subsidio, en el supuesto de que el Tribunal considere que la reclamación de Burlington se basa en una obligación en virtud del tratado, esta reclamación sería inadmisibile, ya que “(i) las reclamaciones de Burlington se refieren a la reivindicación de derechos contractuales y (ii) existe una controversia genuina en cuanto a la existencia y alcance de dichos derechos”.⁴⁰⁶ Los argumentos específicos de Ecuador al respecto se plantean en la Sección VII.C.1.2 *supra*.
259. En el supuesto de que Tribunal no rechace la reclamación por falta de jurisdicción o inadmisibilidat, Ecuador sostiene que debe desestimarla sobre el fondo. Según Ecuador, esta reclamación no constituye más que un intento por parte de Burlington de crear daños “*donde no los hay*”.⁴⁰⁷ El Sr. Moyes no es perito en el sector petrolero ecuatoriano, como consecuencia de lo cual su dictamen es irrelevante. Esto es especialmente cierto de sus especulaciones con respecto a la compra de la totalidad de la participación de Murphy Oil en el Bloque 16 y sus tergiversaciones en lo que se refiere al contexto de las negociaciones de los contratos a los que hace alusión.⁴⁰⁸ Tampoco el dictamen del Dr. Pérez Loose brinda sustento alguno a la reclamación imaginaria de Burlington, que aumenta de manera artificial su

⁴⁰⁵ *Id.*, ¶ 343.

⁴⁰⁶ *Id.*, ¶ 370. Ecuador propone este argumento para todas las reclamaciones relacionadas con la Ley 42, así como para la reclamación por la pérdida de la oportunidad de extender el Bloque 7.

⁴⁰⁷ *Id.*, ¶ 751.

⁴⁰⁸ *Id.*, ¶¶ 752-753, en referencia a: Moyes IP2, ¶ 42.

reclamación de una indemnización por daños y perjuicios en “*la impactante suma de USD 300,5 millones (de los cuales USD 135,6 millones son intereses)*”.⁴⁰⁹

260. Para Ecuador, debe desestimarse esta reclamación por tres motivos: (i) Ecuador gozaba de discrecionalidad absoluta para conceder o no la prórroga, (ii) únicamente Burlington es responsable de haber perdido la oportunidad de continuar las operaciones, y (iii) ningún comprador interesado le habría asignado valor alguno a la presunta oportunidad improbable e incierta.
261. Primero, Ecuador afirma que ostenta potestades discrecionales en virtud del Artículo 6.2 del CP del Bloque 7 para decidir “siempre y cuando” conceder la prórroga conviene a sus intereses.⁴¹⁰ Burlington no tenía derecho adquirido alguno, ni siquiera una expectativa legítima de una prórroga del contrato.⁴¹¹ A saber, el Artículo 6.2 dispone que la vigencia del contrato “podrá ser prorrogable, siempre y cuando convenga a los intereses del Estado”.⁴¹² Esta redacción demuestra de manera inequívoca la potestad discrecional del Estado. No crea un “derecho” a una prórroga, tal como argumenta Burlington.⁴¹³ El Prof. Aguilar, el perito jurídico de Ecuador, opinó que la utilización de las palabras “podrá ser” indica que Ecuador no estaba obligada a conceder una prórroga, y que tenía la autoridad de determinar siempre y cuando la prórroga del contrato convenía al interés del Estado.⁴¹⁴ Aun si existiera una obligación de negociar (en francés, *obligation de moyens*), no existe obligación de obtener un resultado específico (en francés, *obligation de résultat*).⁴¹⁵
262. En cualquier caso, Ecuador asevera que Burlington no cumplió con los requisitos técnicos exigidos en el Artículo 6.2 para calificar para una posible prórroga. Pero incluso si lo hubiera hecho, ello aún sería irrelevante a la luz de la potestad discrecional del Estado. Más allá de las consideraciones económicas, Ecuador habría considerado los siguientes aspectos antes de aceptar una prórroga: la imposición de un modelo único de contrato de prestación de servicios, el sabotaje por parte de Burlington de las negociaciones con Perenco, el hecho de que

⁴⁰⁹ Dúplica, ¶¶ 754-755.

⁴¹⁰ *Id.*, ¶¶ 757, 780.

⁴¹¹ *Id.*, ¶¶ 767-768, 780.

⁴¹² [La nota en la versión en inglés del presente Laudo se refiere a las traducciones al inglés de esta frase proporcionadas por el experto de Burlington, el Dr. Pérez Loose (Pérez Loose IP (traducción al inglés), ¶ 159), y por Ecuador (MC, ¶ 230, nota 213), las que son irrelevantes para la presente versión en español del Laudo.]

⁴¹³ Dúplica, ¶ 759, en referencia a: Aguilar IP3, ¶¶ 57-63.

⁴¹⁴ Dúplica, ¶ 763, en referencia a: Aguilar IP4, ¶¶ 77-81; IP3, ¶¶ 60-63.

⁴¹⁵ Dúplica, ¶ 765.

Burlington había dejado de invertir en Ecuador desde diciembre de 2007, y la intención de Burlington de vender sus bienes ecuatorianos.⁴¹⁶ Estos hechos habrían conducido a Ecuador a arribar a la conclusión de que una prórroga no convenía a sus intereses.⁴¹⁷

263. En su Dúplica, Ecuador observa que Burlington ha abandonado su argumento anterior de que calificaba para una prórroga con base en inversiones significativas. En cambio, ahora se limita a alegar que presuntamente descubrió nuevos yacimientos de petróleo.⁴¹⁸ Sin embargo, observa Ecuador, Burlington no ha refutado su argumento de que todo nuevo descubrimiento de petróleo da lugar a la aplicación de un régimen económico específico bajo el Artículo 8.1.1 del CP del Bloque 7 a los fines de asignación del petróleo producido. No obstante, los alegados descubrimientos del campo Oso “*se mantuvieron sujetos al mismo régimen económico*” que el resto del Bloque 7, lo que indica que la propia Burlington no creía verdaderamente haber hecho un nuevo descubrimiento.⁴¹⁹
264. Como segundo motivo sustantivo para que el Tribunal se niegue a adjudicar una indemnización por daños y perjuicios por una eventual prórroga del CP del Bloque 7, Ecuador sostiene que la reclamación de Burlington fracasa por falta de causalidad, ya que la presunta pérdida de Burlington no fue y no pudo haber sido causada por Ecuador. Fue la decisión estratégica de Burlington de irse de Ecuador y destruir el proceso de negociaciones la que condujo a sus supuestas pérdidas. En efecto, Burlington admitió que prefería proceder con su “*estrategia de liquidación de activos*”.⁴²⁰ Ecuador entabló negociaciones con Perenco, quien permanecía abierto, pero Burlington impidió que Perenco aceptara “*términos contractuales más justos*”.⁴²¹ De hecho, a Burlington nunca le interesó arribar a un acuerdo e incluso amenazó con acciones legales contra Perenco. En consecuencia, según Ecuador, Burlington es la única responsable de haber perdido la oportunidad de negociar una prórroga de sus operaciones.
265. Según Ecuador, esta incapacidad de probar causalidad es crucial para la reclamación de Burlington, ya que en el derecho internacional sólo los daños

⁴¹⁶ *Id.*, ¶ 761.

⁴¹⁷ *Id.*, ¶ 762.

⁴¹⁸ *Id.*, ¶¶ 773-774, en referencia a: Réplica, ¶¶ 210-211.

⁴¹⁹ Dúplica, ¶¶ 775-778.

⁴²⁰ *Id.*, ¶ 782, en referencia a: Carta de Burlington Resources a PetroEcuador, 7 de octubre de 2008 (**Anexo E-140**).

⁴²¹ Dúplica, ¶ 783.

causados por un hecho internacionalmente ilícito deben compensarse. La “*mención abusiva por parte de Burlington de supuestas acciones ilícitas, en plural*” no debe considerarse, a la luz de la determinación del Tribunal de que el único hecho internacionalmente ilícito en el presente caso fue la falta de pago de una compensación por parte de Ecuador.⁴²²

266. El tercer argumento de Ecuador es que ningún comprador interesado habría asignado valor alguno a la presunta pérdida de oportunidad en vista de su incertidumbre e improbabilidad.⁴²³ El propio estándar de Burlington de “*certeza razonable*” y “*probabilidad suficiente*” conduce a la conclusión de que esta reclamación debe fracasar. Burlington ni siquiera puede demostrar que procuró una negociación de una prórroga, y los documentos de venta de ConocoPhillips demuestran en cualquier caso que la intención era vender las participaciones del grupo en Ecuador. Además, el verdadero motivo para la decisión de Burlington de dejar de invertir en los Bloques fue la mala calidad de los reservorios y el “*vencimiento inminente*” del CP del Bloque 7, y no la Ley 42.⁴²⁴ Para Ecuador, no puede haber sido la Ley 42, ya que documentación contemporánea muestra que el campo Oso todavía era rentable en el mes de octubre de 2007 y que el Consorcio consideró perforar nuevos pozos incluso en virtud de la Ley 42 al 99%.⁴²⁵
267. A diferencia del presente caso, se otorgó una indemnización por daños y perjuicios en *CME* porque existía “*un alto grado de certeza, sustentado por la práctica en la industria de radiodifusión televisiva*” de que se prorrogaría la licencia del inversionista.⁴²⁶ Además, la opinión del Sr. Moyes en el sentido de que el Consorcio habría obtenido una prórroga a la luz de otras siete prórrogas concedidas por Ecuador es desacertado; no se prorrogó ningún contrato de participación. Todos los ejemplos citados por el Sr. Moyes se refieren a contratos renegociados y modificados que debían migrar al modelo de contrato de prestación de servicios.

⁴²² *Id.*, ¶ 792 (énfasis en el original).

⁴²³ *Id.*, ¶¶ 794-821.

⁴²⁴ *Id.*, ¶¶ 799-800.

⁴²⁵ *Id.*, ¶ 801, en referencia a un correo electrónico interno de ConocoPhillips titulado ‘*Propuesta de Plan de Perforación de Perenco*’, 9 de octubre de 2007 (**Anexo E-523**); Actualización del Mapeo de Yuralpa, enero de 2007 (**Anexo E-555**); ConocoPhillips: *Latin America Reserves Review*, Ecuador, 7 de mayo de 2007, pág. 13 (**Anexo E-553**); Memorando Confidencial, ConocoPhillips: Venta propuesta de sus participaciones en Ecuador, elaborado por Harrison Lovegrove & Co. (**Anexo E-214**); Presentación de la Asamblea del Comité de Presupuesto del Consorcio, 26-27 de septiembre de 2007 (**Anexo C-470**).

⁴²⁶ Dúplica, ¶ 802, en referencia a: Réplica, ¶ 302; *CME c. República Checa*, ¶ 605 (**Anexo CL-174**).

Además, los contratos de prestación de servicios acordados con Eni/Agip y Repsol no pueden utilizarse como referencia en este caso, ya que no se trata de contratos comparables. Repsol arribó a un acuerdo durante el período transitorio en el año 2008, cuando Burlington insistía en obstruir un acuerdo similar.

268. Por último, el análisis del Sr. Moyes de los “*términos probables*” de un contrato renegociado se basa en sus consideraciones personales, y no demostró que sea equivocada la postura de Ecuador respecto de la relevancia de estos “*términos probables*”.⁴²⁷

3.3 Análisis

269. Mediante su reclamación por la pérdida de oportunidad, Burlington en efecto está solicitando al Tribunal que determine que su flujo de beneficios en virtud del CP del Bloque 7 habría continuado durante otros ocho años después del vencimiento del plazo del contrato existente en ese momento, aunque en diferentes términos.⁴²⁸ Por lo tanto, puede entenderse que esta reclamación extiende el perfil de producción en virtud del cual Burlington valúa el CP del Bloque 7, con algunas modificaciones. En este contexto, aunque esta reclamación (al igual que todas las demás reclamaciones de Burlington) se vincula a los CP, el Tribunal considera que se trata en esencia de una reclamación por los por daños y perjuicios causados por la expropiación, esto es, una reclamación en virtud del tratado respecto de la cual el Tribunal efectivamente goza de jurisdicción.
270. A pesar de ello, Ecuador invoca la inadmisibilidad de esta reclamación. El Tribunal ya ha analizado esta objeción en relación con la reclamación de Burlington por cuotas pasadas de la Ley 42 (véase párrafo 214 *supra*), a cuyo análisis se remite. En consecuencia, concluye que esta reclamación es admisible.
271. Con carácter subsidiario de segundo grado, Ecuador considera que esta reclamación fracasa en el fondo. El Tribunal concuerda. De acuerdo con los términos claros e inequívocos del Artículo 6.2 del CP del Bloque 7, Burlington no

⁴²⁷ MC, ¶¶ 280-290; Dúplica, ¶ 808.

⁴²⁸ Invocando el testimonio del Sr. Moyes, Compass Lexecon proyecta el flujo de fondos del CP del Bloque 7 desde el día 16 de agosto de 2010 hasta el día 16 de agosto de 2018 sobre la base de un contrato de prestación de servicios donde el Consorcio recibe (i) “[u]na tasa de servicios de USD 35 por barril bruto producido de todos los pozos que la Demandante habría perforado en ausencia de la prórroga, ajustada parcialmente por inflación”; y (ii) “[u]na tasa de servicios por las inversiones incrementales (es decir, nuevos pozos e instalaciones asociadas que sólo se perforarían en virtud del escenario de la prórroga) lo que le permitiría al Consorcio lograr un retorno del 25% sobre estas inversiones incrementales”. Compass Lexecon IP1, ¶ 56.

gozaba de un derecho a una prórroga del contrato que pudiera haber sido tomada o destruida como consecuencia de la expropiación de Ecuador. Todo lo que tenía, y todo lo que perdió, era un derecho a negociar dicha prórroga. Por lo tanto, su reclamación por los beneficios que presuntamente perdió como consecuencia de la pérdida de su derecho a negociar una prórroga del plazo del contrato fracasa por las razones que se explican a continuación.

272. De la redacción del Artículo 6.2 surge claramente que Ecuador contaba con discrecionalidad absoluta para permitir o no la prórroga del CP del Bloque 7, aun en virtud de un nuevo modelo de contrato de prestación de servicios. El Artículo 6.2 reza lo siguiente:

“El Período de Explotación durará en el presente caso, hasta el dieciséis de agosto de dos mil diez; este plazo podrá ser prorrogable, siempre y cuando convenga a los intereses del Estado por las siguientes causas: Cuando el área de explotación se encuentre alejada de la infraestructura hidrocarburífera petrolera existente, previa aprobación del Ministerio del Ramo y por un período de hasta cinco (5) años. Cuando la Contratista proponga nuevas inversiones significativas en los últimos cinco (5) años del Período de Explotación, previa aceptación del Ministerio del Ramo y aprobación del CEL, siempre y cuando requieran plazos adecuados de amortización para dichas inversiones. Para el caso de eventuales descubrimientos de nuevos Yacimientos de Hidrocarburos Comercialmente Explotables provenientes exclusivamente de trabajos de nueva exploración que realizare la Contratista, el plazo de Período de Explotación se prorrogará previa aceptación del Ministerio del Ramo y aprobación del CEL”.⁴²⁹

273. Según la opinión del Prof. Aguilar, esta cláusula contiene tres normas que deben analizarse por separado: (i) primero, el plazo contractual puede prorrogarse; (ii) segundo, la prórroga sólo se concederá si conviene a los intereses del Estado, y, además, (iii) debe cumplirse al menos uno de tres requisitos.⁴³⁰

274. Con respecto a (i), de la utilización del verbo “podrá” surge que esta disposición le concede al Estado discrecionalidad para conceder o no la prórroga. En el supuesto de que la prórroga hubiese sido obligatoria, la disposición habría utilizado el verbo “deberá”. El Tribunal observa además que la disposición establece que el contrato “podrá ser prorrogable”, lo que estrictamente hablando significa “*podrá estar sujeto a prórroga*”, en lugar de “podrá ser prorrogado”. La utilización de dos términos que

⁴²⁹ Anexo C-1. El Tribunal ha omitido las traducciones de las Partes del Artículo 6.2 del CP del Bloque 7 al inglés y los comentarios del Tribunal sobre dichas traducciones, contenidos en la versión en inglés del presente Laudo, los cuales son innecesarios en la versión en español.

⁴³⁰ Aguilar IP3, ¶ 59.

indican posibilidad en lugar de certeza (“podrá” y “prorrogable”) confirma la opinión del Tribunal de que se trataba de una potestad discrecional.⁴³¹ Esto no significa que el Estado tenga discreción sin restricciones. La discreción del Estado debe ejercerse de forma razonable y los CP imponían determinados límites al ejercicio de esta discrecionalidad, tal como se describirá *infra*.

275. Segundo, la prórroga podrá concederse “siempre y cuando” (*if and when*) convenga a los intereses del Estado. La determinación de cuáles son los mejores intereses del Estado sólo puede corresponderle al propio Estado, lo que refuerza el carácter discrecional de esta prórroga. Tal como explicara el Prof. Aguilar, los intereses del Estado no son meramente económicos, son también sociales y políticos.⁴³² Aun si Burlington pudiera probar que la prórroga del Bloque 7 habría sido racional en términos económicos para Ecuador (una cuestión de hecho que el Tribunal no necesita analizar), no puede presumirse que la prórroga habría necesariamente convenido a los intereses del Estado.
276. Por último, de acuerdo con el Artículo 6.2 del CP del Bloque 7, sólo puede otorgarse la prórroga si se presenta uno de los tres escenarios siguientes:
- i. “Cuando el área de explotación se encuentre alejada de la infraestructura hidrocarburífera petrolera existente, previa aprobación del Ministerio del Ramo y por un período de hasta cinco (5) años”;
 - ii. “Cuando la Contratista proponga nuevas inversiones significativas en los últimos cinco (5) años del Período de Explotación, previa aceptación del Ministerio del Ramo y aprobación del CEL, siempre y cuando requieran plazos adecuados de amortización para dichas inversiones”;
 - iii. “Para el caso de eventuales descubrimientos de nuevos Yacimientos de Hidrocarburos Comercialmente Explotables provenientes exclusivamente de trabajos de nueva exploración que realizare la Contratista, el plazo de Período

⁴³¹ *Id.*, ¶¶ 60-63. El Tribunal observa que el presente párrafo no es idéntico al párrafo correspondiente en la versión en inglés, ya que la versión en inglés contiene una interpretación al inglés de los términos en español, mientras que la presente versión contiene una interpretación directa de los términos en español.

⁴³² *Id.*, ¶ 73 (“[C]uando se trata del interés público, que es el que se valora al momento de ejercer una potestad discrecional, los juicios no responden solo y necesariamente a la racionalidad económica, que sin duda adquiere gran importancia en el Derecho Privado. El interés público consulta no solo esa racionalidad sino, también, la racionalidad social y la racionalidad política, que está obligada a considerar la autoridad administrativa para satisfacer los intereses colectivos y el bien común”).

de Explotación se prorrogará previa aceptación del Ministerio del Ramo y aprobación del CEL”.⁴³³

277. En cada uno de estos tres escenarios, se requiere el consentimiento del Estado. Ninguno da lugar a una prórroga “automática”. Además de la discrecionalidad del Estado a la que recién se hiciera alusión, la prórroga se encuentra sujeta a la “previa aprobación del Ministerio” y en los dos últimos escenarios también a la “aprobación del CEL”. Es cierto que el tercer escenario utiliza un lenguaje más imperativo (“se prorrogará”), pero ello es sólo si se obtiene la aprobación previa del Estado. Aunque el Sr. Moyes posiblemente pudiera tener razón de que en el curso normal del negocio probablemente se habría acordado una prórroga en términos de un contrato de prestación de servicios aceptables para Ecuador y para Burlington (el hecho de que Burlington la haya rechazado en las circunstancias reales no es determinante), continúa siendo el caso de que cualquier prórroga se encontraba sujeta al consentimiento del Estado.
278. Por lo tanto, el Tribunal determina que, aun si Burlington hubiera cumplido alguna de las tres condiciones enumeradas *supra* (una cuestión de hecho a la que, por motivos de eficiencia procesal, el Tribunal no se aboca), Burlington no habría tenido derecho a una prórroga del CP del Bloque 7. En otras palabras, según se explica *supra*, Burlington no tenía derecho a una prórroga contractual que podría haber sido tomada o destruida como consecuencia de la expropiación de Ecuador. A lo sumo, Burlington tenía derecho a negociar una prórroga del contrato – en sus palabras, derecho a una “*negociación obligatoria con respecto a una prórroga*”, (véase párrafo 240 *supra*). En la opinión del Tribunal, Burlington no ha probado, con la certeza razonable que exige el derecho internacional para una reclamación por lucro cesante, que una prórroga pasible de ser “expropiada” se habría efectivamente materializado de su derecho a negociar.⁴³⁴ Tal como se observara en *Merrill Ring*, “*el estado no puede garantizar un beneficio que no es más que una*

⁴³³ Artículo 6.2 del CP del Bloque 7 (**Anexo C-1**).

⁴³⁴ El Artículo 36 de los Artículos de la CDI dispone que “[l]a indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado”. Los Tribunales han determinado de manera consistente que sólo puede adjudicarse el lucro cesante si existe certeza suficiente o razonable de que éste se habría materializado. Véanse, por ejemplo: *Asian Agricultural Products Ltd. c. República de Sri Lanka* (Caso CIADI N.º ARB/87/3), Laudo del 27 de junio de 1990, ¶ 104; *Micula c. Rumania*, Laudo del 11 de diciembre de 2013, ¶¶ 1006-1010. Véase también: M. M. Whiteman, *Damages in International Law*, vol. II (Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1937), pág. 1837 (que observa que la evaluación de beneficios futuros exige prueba de que “*se anticiparon de manera razonable; y que los beneficios anticipados eran probables y no meramente posibles*”; y J. Y. Gotanda, “Recovering Lost Profits in International Disputes”, 36 *Georgetown Journal of International Law* 61 (2004), p. 111.

expectativa en la pizarra y que puede alcanzarse o no".⁴³⁵ Por lo tanto, al igual que en el caso *Gemplus*,⁴³⁶ para valorar el lucro cesante de Burlington en virtud del CP del Bloque 7, el Tribunal proyectará el lucro cesante hasta la fecha de caducidad del plazo del CP del Bloque 7 el día 31 de agosto de 2010 y no más allá de esa fecha.

279. El Tribunal entiende que, aun si Burlington no tenía *derecho* a una prórroga del contrato, podría haber tenido una *oportunidad* de prorrogar el contrato que eventualmente podría tener valor. Los tribunales han reconocido que la pérdida de una oportunidad comercial (o "pérdida de una oportunidad") puede dar lugar a compensación.⁴³⁷ Ello no es equivalente al lucro cesante que habría generado la oportunidad, si se hubiera materializado. En efecto, existe una posibilidad de que la oportunidad no se hubiera materializado. Ese elemento de incertidumbre debe incorporarse a la reclamación.⁴³⁸ Tal uno de los abogados de Burlington ha expresado en una publicación jurídica:

"La pérdida de oportunidad (o chance) es una sub-categoría de lucro cesante donde es dudosa no sólo la magnitud sino incluso la existencia del perjuicio monetario. Normalmente, se la vería como una cuestión de especulación y, por lo tanto, no conduciría a recuperación alguna. Lo que distingue a esta categoría de daños y rescata las perspectivas de recuperación de la demandante es que la

⁴³⁵ *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Gobierno de Canadá* (CNUDMI) ("*Merrill & Ring c. Canadá*"), Laudo del 31 de marzo de 2010, ¶ 149.

⁴³⁶ Véanse: *Gemplus c. México*, Laudo del 16 de junio de 2010, ¶ 12.49 ("La vigencia del Contrato de Concesión era de diez años desde el 15 de septiembre de 1999 hasta el 14 de septiembre de 2009 [...]. Existía la posibilidad de extender el plazo por no más de diez años sujeto (entre otras cosas) a la discreción de la Secretaría. Si bien esa discreción no se ejercía libremente de conformidad con el derecho mexicano, el Tribunal considera que la reclamación de las Demandantes por este segundo periodo de diez años es demasiado contingente, incierta y no demostrada, y carece de suficientes fundamentos fácticos para tomarla en cuenta para la determinación de la indemnización en virtud de los dos TBI. A la fecha relevante, la Concesionaria no tenía derecho a ninguna extensión del periodo de vigencia original de la Concesión de diez años, y los derechos (con arreglo al TBI) de las Demandantes en su calidad de accionistas minoritarias de la Concesionaria eran aún más dudosos y especulativos. Por este motivo, el Tribunal procede sobre la base de que la vigencia del Contrato de Concesión no habría continuado después del 14 de septiembre de 2009, es decir, 8,25 años después de la Requisa del 25 de junio de 2001; y el Tribunal rechaza las reclamaciones de las Demandantes sobre cualquier periodo posterior").

⁴³⁷ Véanse, por ejemplo: *Sapphire c. NIOC*, Laudo del 15 marzo de 1963, págs. 187-188; *SPP c. Egipto*, Laudo del 20 de mayo de 1992; y *Gemplus c. México*, Laudo del 16 de junio de 2010, ¶ 13.98 ("Según el Tribunal, al 24 de junio de 2001 no había por tanto certeza o expectativa realista de rentabilidad de este proyecto como se lo había concebido originalmente, pero sí había, sin embargo, una oportunidad razonable. Esa oportunidad, aunque pequeña, tiene un valor monetario a los efectos del Artículo 36 de los Artículos de la CDI y las indemnizaciones establecidas en los dos TBI").

⁴³⁸ Esto se refleja, por ejemplo, en el Artículo 7.4.3(2) de los Principios de la UNIDROIT, según el cual "[l]a compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca". Véase también: *Gemplus*, Laudo del 16 de junio de 2010, ¶¶ 13.96-13.100.

*propia posibilidad de obtener beneficios tiene un valor. El caso paradigmático es Sapphire, que implicó la cancelación de derechos a explorar y explotar recursos hidrocarbúricos que se hallaban en un área específica. En el momento de la violación, no había manera de saber si habría algún descubrimiento de valor comercial. Sin embargo, la propia chance tenía un valor; un tercero habría pagado alguna suma por los derechos de la licenciataria".*⁴³⁹

280. En este caso, aunque Burlington y su perito legal parecen aceptar que esta reclamación es por la pérdida de una oportunidad,⁴⁴⁰ Burlington no ha cuantificado el valor de esa oportunidad.⁴⁴¹ En cambio, reclama el valor integral del lucro cesante que presuntamente habría obtenido si se hubiera prorrogado el contrato (conforme a los términos previstos por el Sr. Moyes).⁴⁴²
281. Aunque posiblemente el Tribunal podría intentar evaluar la pérdida de oportunidad en términos monetarios, considera que sería demasiado especulativo hacerlo en las circunstancias del caso y sobre la base de la prueba ante él. En efecto, tal como se observara *supra*, el Estado gozaba de discrecionalidad para decidir si se habría prorrogado el contrato, dentro de los límites establecidos en los propios CP, y esta discrecionalidad implicaba la delicada evaluación de los mejores intereses del Estado. Por lo tanto, aun si el Tribunal decidiera que los términos económicos propuestos por el Sr. Moyes eran razonables, no hay manera de que el Tribunal evalúe por sí mismo la probabilidad de que se habría prorrogado el contrato, o en

⁴³⁹ J. Paulsson, "The Expectation Model", en Y. Derains, R.H. Kreindler (eds), *Evaluation of Damages in International Arbitration*, Dossier IV del Instituto del Derecho Mercantil Internacional de la CCI, Publicación de la CCI N.º 668 (2006), pág. 66.

⁴⁴⁰ Véase, por ejemplo: Mem., Título IV C ("Pérdidas de Oportunidades: Ecuador se encuentra obligado a compensar a Burlington por la pérdida de la oportunidad de negociar una prórroga del CP del Bloque 7"); Tr. Cuantificación (Día 3) (ESP), 824:20-825:4 (Contrainterrogatorio del Dr. Aguilar, Blackaby) ("Señor Aguilar: no estoy diciendo que haya un derecho, estoy asumiendo que -- yo entendí que estamos de acuerdo en que es una oportunidad, que podría ser una oportunidad perdida, una oportunidad, y si no tuviera esa oportunidad -- yo compro un ticket en una lotería. Eso me da una oportunidad de ganar o perder. ¿Correcto?"); 715:2-14 (Contrainterrogatorio, Dr. Pérez Loose) ("El derecho del consorcio consiste en que su contrato, verlo prorrogado en el evento de que una de las tres condiciones que se describen en el contrato, y que el propio Estado dice que esas condiciones, si una de ellas se cumple, los intereses del Estado se verían satisfechos, entonces el contrato se vería prorrogado. Ese sería el derecho que tiene, por lo mínimo, una legítima expectativa a que si una de esas condiciones que están en el tratado contrato se cumplen, el contrato -- el ministro o Petroecuador o la autoridad pública procedería a renovar el contrato, ¿verdad? Esa sería mi posición").

⁴⁴¹ Aunque durante la Audiencia el Sr. Moyes sugirió que el Tribunal podría ajustar el valor a 87,5% (porque había declarado que se habían prorrogado 7 de los 8 contratos), y los abogados de Burlington sugirieron además que el Tribunal podría decidir en su discrecionalidad adjudicar el 60% o 70% de la suma reclamada, la reclamación de Burlington es por la suma total de ganancias que generaría la prórroga. Véase: *Compass Lexecon IP1*, ¶¶ 55-63.

⁴⁴² Véase, por ejemplo: *Compass Lexecon IP1*, ¶¶ 55-63.

qué términos. El Tribunal observa en este sentido que no se encuentra preparado para invocar otros contratos que fueran prorrogados por Ecuador. En particular, el Tribunal considera que el contrato de Repsol-Murphy y el contrato de AGIP no son comparables puesto que ya eran contratos de prestación de servicios (AGIP) o presuponían la aceptación de los pagos en virtud de la Ley 42 (Repsol-Murphy).⁴⁴³

282. El Tribunal tampoco puede dejar de observar que, en el momento pertinente, la propia Burlington parece haberle adjudicado valor cero a la posibilidad de una prórroga del contrato. En efecto, aunque el Memorando de Ventas del año 2007 reconoció la posibilidad de una prórroga del contrato,⁴⁴⁴ no proyectó producción alguna más allá de la vigencia original del CP del Bloque 7, es decir, el mes de agosto de 2010.⁴⁴⁵
283. Por estos motivos, el Tribunal desestima la reclamación de Burlington para una indemnización por daños y perjuicios por la pérdida de la oportunidad de prorrogar el CP del Bloque 7.

D. VALUACIÓN

284. El Tribunal procede ahora a abordar la valuación de los bienes expropiados, es decir, el valor de los CP hacia el futuro, según se identificaran en las secciones precedentes. Tal como se observara *supra*, Ecuador coincide en que se trata de una pérdida pasible de compensación, aunque alega que la reclamación de Burlington es extremadamente exagerada.
285. En primer lugar, el Tribunal proporcionará un resumen de las posiciones de las Partes y los dictámenes de sus peritos (Sección 1). Posteriormente tratará el método de valuación (Sección 2), la fecha de valuación (Sección 3), y si acaso los efectos económicos de la Ley 42 deben ser tomados en cuenta (Sección 4). Luego procederá a la computación de los flujos de caja, evaluando las diferentes variables necesarias para determinar ingresos y costos, así como las tasas de actualización y

⁴⁴³ R-EPA, ¶¶ 180-186, citando: Tr. Cuantificación (Día 3) (ENG), 974:19-975:1 (Contrainterrogatorio, Moyes) y (Día 3) (ENG), 1494:15-21 (Alegato de Cierre, Silva Romero).

⁴⁴⁴ El Memorando de Ventas del año 2007 indicaba que “[e]s posible una prórroga, especialmente con un compromiso de mejorar la productividad del campo más allá de la continuación de un programa de perforación estándar. Una oferta de mantenimiento de presión mediante inyección de agua puede ser atractiva para Petroecuador y podría constituir un incentivo para una prórroga del contrato. Se cree que cualquier campo descubierto recibirá una prórroga automática del plazo del contrato hasta el año 2017” (**Anexo E-214**).

⁴⁴⁵ Véase: Memorando de Ventas del año 2007, Apéndice 8, pág. 67 (**Anexo E-214**).

descuento aplicables (Sección 5). Finalmente, el Tribunal revisará la reclamación de Burlington de que el Laudo debe ser protegido contra la tributación (Sección 6).

1. Resumen de las valuaciones de las Partes

1.1 Resumen de la valuación de Burlington

286. Burlington afirma que el valor de los CP es equivalente al lucro cesante “*de la producción perdida*” que habría percibido en virtud de los CP en ausencia de la expropiación.
287. Basándose en el estándar de reparación íntegra, Burlington valúa este lucro cesante a la fecha del laudo. En consecuencia, su pérdida de producción puede desglosarse en dos elementos:⁴⁴⁶
- i. Lucro cesante pasado, es decir, el lucro cesante que se habría acumulado desde el mes de diciembre de 2007 hasta la fecha del laudo, con un factor de interés aplicado para actualizar los flujos de caja a valor presente. Compass Lexecon se refiere a él como “*lucro cesante histórico*”. El Tribunal se referirá a él como “*lucro cesante pasado*”.
 - ii. Lucro cesante futuro, es decir, el lucro cesante que se habría acumulado desde la fecha del laudo hasta la caducidad de los CP, descontado a valor presente. Compass Lexecon se refiere a él como “*valor justo de mercado*” a la fecha de valuación. En aras de la simplificación, el Tribunal hará alusión a ello como “*lucro cesante futuro*”.
288. Mediante la aplicación de principios aceptados de finanza corporativa, Compass Lexecon efectuó un análisis de flujo de caja descontado (“FCD”), simulando en su visión el análisis que habrían emprendido compradores y vendedores interesados “*con una perspectiva de inversión a largo plazo*”, sobre la base de los siguientes elementos:
- i. Se descontaron los flujos de caja futuros a la fecha de valuación a una tasa equivalente al costo promedio ponderado del capital (WACC, por sus siglas en idioma inglés) del proyecto, lo que “*representa el costo de oportunidad de financiar las operaciones de los CP*”. Utilizando el Modelo de Valoración de Activos Financieros (CAPM, por sus siglas en idioma inglés), Compass Lexecon calcula el WACC del proyecto en 12,1% en su Primer Informe (con

⁴⁴⁶ Mem., ¶ 74.

una fecha de valuación en el mes de mayo de 2013) y 12,5% en su Segundo Informe (con una fecha de valuación en el mes de septiembre de 2014).

- ii. Los flujos de caja históricos perdidos se “actualizaron” a la fecha de valuación mediante la aplicación de intereses a la misma tasa;
- iii. Se calculó todo el lucro cesante neto de los efectos económicos de la Ley 42, es decir, con base en el supuesto de que Ecuador habría cumplido con sus obligaciones en virtud de los CP;
- iv. Se calculó la producción “*tal como habría sido, de no haber sido por los efectos abrumadores de los incumplimientos de Ecuador*”. En consecuencia, el análisis del lucro cesante comienza en el mes de diciembre de 2007, cuando el Consorcio suspendió toda inversión en los Bloques como consecuencia del impuesto del 99% que siguiera al Decreto 662. Burlington explica que Compass Lexecon supone de manera correcta que, en este escenario “contrafáctico” el Consorcio habría continuado invirtiendo en lugar de disminuir y finalmente suspender su inversión en los Bloques.⁴⁴⁷ Específicamente, Compass Lexecon basa sus proyecciones en los pronósticos de producción del Sr. Crick, los que Compass Lexecon considera que son consistentes con la información sobre la producción y reservas reales exhibida por Ecuador a partir del año 2010.⁴⁴⁸
- v. Compass Lexecon pronostica los precios futuros del crudo utilizando los precios de North Sea Brent Crudo (Brent) como marcador para el crudo de Oriente (el crudo producido por el Bloque 7) y los precios del crudo de Napo (el crudo producido por el Bloque 21). Para pronosticar los precios de Brent, Compass Lexecon utiliza una media proporcional de las proyecciones publicadas por analistas de la industria y dependencias gubernamentales de los EE. UU. Luego de analizar la relación histórica entre los precios de Brent y los precios de Oriente/Napo, Compass Lexecon computa los cursos esperados del precio para crudos de Oriente y Napo desde la fecha de valuación hasta la caducidad esperada de los CP.⁴⁴⁹
- vi. Compass Lexecon supone costos operativos (OPEX) y gastos de capital (CAPEX) que son consistentes con las erogaciones históricas del Consorcio,

⁴⁴⁷ Mem., ¶ 77.

⁴⁴⁸ Compass Lexecon, IP1, ¶ 6.

⁴⁴⁹ *Id.*, ¶ 5.

actualizados con el IPP de los EE. UU. Con respecto a los pozos existentes en el Bloque 21, también basa sus proyecciones en los costos operativos, de perforación y mantenimiento históricos según fueran incurridos por el Consorcio. Con respecto a los desarrollos adicionales y a la producción de los nuevos pozos proyectados por el Sr. Crick, Compass Lexecon utiliza “*información sobre costos de inversión necesarios con base en los cálculos del Sr. Crick*”, y estima “*costos operativos variables (por barril) que aumentan de manera proporcional a los volúmenes de fluidos producidos de acuerdo con la ratio esperada de agua por extracción de fluido de crudo*”.⁴⁵⁰

289. Compass Lexecon se basa asimismo determinados supuestos con respecto a precios, impuestos y otros, que se analizan en las secciones *infra*.
290. Mediante la utilización de la metodología y los supuestos descritos *supra*, en su Segundo Informe, Compass Lexecon valúa la reclamación de Burlington en la suma de **USD 811,1 millones**. En el Modelo presentado por ambos peritos, se actualiza esta reclamación a la suma de **USD 753,5 millones** con una fecha de valuación de 31 de marzo de 2015.⁴⁵¹ En el Modelo Actualizado se indica que esta suma asciende a **USD 840.954.354**, incluidos los intereses anteriores al laudo.
291. Burlington afirma que sus peritos han empleado estimaciones de producción razonables para calcular las consecuencias financieras de la conducta ilícita de Ecuador y que estas estimaciones han sido “*completamente validadas*”, por documentos que Ecuador tenía obligación de exhibir en el presente procedimiento.⁴⁵² Burlington afirma que pretende nada más que el valor justo de mercado de su inversión según los volúmenes y estimaciones de producción “*según las propias cifras de Ecuador*”.⁴⁵³

1.2 Resumen de la valuación de Ecuador

292. Ecuador reconoce que Burlington tiene derecho a compensación por el valor de los CP, aunque sostiene que su reclamación es extremadamente exagerada. Según Ecuador y su perito, Fair Links, una vez que se calcula correctamente el VJM de los

⁴⁵⁰ *Id.*, ¶ 7.

⁴⁵¹ Si se opta por insertar las hipótesis de Compass Lexecon en el Modelo, el rubro “*Valor de Activos Operativos*” asciende a **USD 753.533.729** con una fecha de valuación de 31 de marzo de 2015.

⁴⁵² Réplica, ¶ 2.

⁴⁵³ *Id.*, ¶ 2.

CP, la reclamación de Burlington por lucro cesante se reduce a USD 26,3 millones.⁴⁵⁴

293. Ecuador coincide en que la indemnización por daños y perjuicios corresponde al VJM de su inversión perdida y que el FCD es el método adecuado en el presente caso. Sin embargo, alega que la valuación de Burlington aplica de manera incorrecta los estándares de compensación relevantes en virtud del Tratado y del derecho internacional, se basa en presunciones falsas, y aplica una tasa de interés exagerada. En particular, alega que:

- i. El estándar adecuado de compensación es aquel dispuesto con arreglo al Artículo III del Tratado, esto es, el valor justo de mercado de la inversión de Burlington en la fecha de la expropiación, con más intereses hasta la fecha de pago (tanto de acuerdo al Tratado como al derecho internacional consuetudinario). El principio de reparación íntegra del derecho internacional consuetudinario no es aplicable al caso que nos ocupa.
- ii. Burlington utiliza de manera equivocada la fecha del laudo como fecha de valuación, cuando debería utilizar la fecha de la expropiación.
- iii. Fair Links calculó el VJM de la inversión de Burlington en los bloques en la suma de USD 26,3 millones (excluidos los intereses) “*considerando toda la información disponible a la fecha de expropiación*”.
- iv. Burlington no da cuenta de los impuestos de la Ley 42 cuando proyecta los beneficios futuros.
- v. La tasa de interés utilizada para actualizar el lucro cesante pasado sólo puede ser una tasa libre de riesgo, en contraposición al WACC.

294. Ecuador discrepa en particular con la aplicación de intereses de Burlington, que Ecuador señala ascienden a USD 366 millones de una valuación total de USD 811,1 millones.⁴⁵⁵

295. Por último, Ecuador reconoce que, con la salvedad de la tasa de interés, los demás factores elegidos por Compass Lexecon tienen “*un impacto menor*” en el cálculo del VJM. Los valores para CAPEX, OPEX, precios del petróleo, y volúmenes de

⁴⁵⁴ Dúplica, ¶ 451.

⁴⁵⁵ *Ibid.*

producción adoptados por Compass Lexecon “sólo afectan el caso base de Fair Links en USD 9,9 millones, aumentándolo de USD 26,3 millones a USD 36,2 millones”.⁴⁵⁶

2. Método de valuación FCD

2.1 Posición de Burlington

296. Burlington solicita que el Tribunal aplique la metodología FCD para cuantificar su reclamación por el lucro cesante. Según Burlington, para calcular el VJM de una empresa en marcha con un historial establecido de flujos de caja históricos, debe tenerse en cuenta el potencial lucrativo futuro de la inversión.⁴⁵⁷ Tal como explica Compass Lexecon, el método FCD constituye la técnica más adecuada en las circunstancias presentes, ya que establece el valor de un bien sobre la base de los flujos de caja futuros esperados, teniendo en cuenta el riesgo y el valor tiempo del dinero.⁴⁵⁸ Este método ha sido aplicado por la mayoría de los laudos más recientes y se ha convertido en un estándar de la industria para la valuación de participaciones de petróleo y gas.⁴⁵⁹ Por ejemplo, en *CMS*, el tribunal sostuvo que el método FCD era “adoptado universalmente”. El tribunal en *Walter Bau* lo consideró el “único método que puede monitorear con precisión el valor a través del tiempo”.⁴⁶⁰ En *Occidental II*, el FCD fue denominado como el “criterio económico estándar”.⁴⁶¹ En consecuencia, los flujos de caja libres esperados generados en virtud de los CP, “en ausencia de [es decir, ‘de no ser por’] la conducta ilícita del gobierno”, deben descontarse “a una tasa que refleje los costos del negocio para obtener capital y los niveles apropiados de riesgo”.⁴⁶²

⁴⁵⁶ *Id.*, ¶¶ 660-661, en referencia a: Fair Links IP2, ¶ 122, Figura 11.

⁴⁵⁷ Mem., ¶ 148.

⁴⁵⁸ *Id.*, ¶ 149. Burlington explica además que una “valuación FCD perspectiva no es lo mismo que el cálculo de una indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante. Se trata de un simple cálculo del valor justo de mercado del bien por referencia a los posibles ingresos futuros del bien”. *Id.*, nota 203.

⁴⁵⁹ *Id.*, ¶ 151, refiriéndose en particular a: *Occidental c. Ecuador II*, Laudo del 5 de octubre de 2012, ¶ 779 (**Anexo CL-240**).

⁴⁶⁰ Mem., ¶ 152, citando: *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/8 (“*CMS c. Argentina*”), Laudo del 12 de mayo de 2005, ¶ 416 (**Anexo CL-99**); *Walter Bau AG c. Reino de Tailandia* (UNCITRAL) (“*Walter Bau c. Tailandia*”), Laudo del 1 julio de 2009, ¶ 14.12 (**Anexo CL-284**).

⁴⁶¹ Mem., ¶ 153, citando: *Occidental c. Ecuador II*, ¶ 708 (**Anexo CL-240**).

⁴⁶² Mem., ¶ 150.

2.2 Posición de Ecuador

297. Ecuador coincide en que el método FCD es el método adecuado en el presente caso.⁴⁶³ Su perito, Fair Links, observa que “[e]l enfoque FCD es un método de valuación ampliamente aceptado e implementado para determinar el Valor Justo de Mercado de un activo.⁴⁶⁴ Sin embargo, Ecuador no está de acuerdo con que el VJM constituya “*simplemente una referencia para los flujos de caja futuros perdidos*”, ya que, en determinadas circunstancias, “*los flujos de caja futuros perdidos operan como una referencia para el VJM*”, y alega que Compass Lexecon ha admitido haber calculado el valor de los flujos de caja futuros, no el VJM de la inversión de Burlington.⁴⁶⁵
298. Además, según Ecuador, Compass Lexecon calcula el VJM tergiversando el impacto de diversas variables. Compass Lexecon “*considera los factores de valor subyacentes a una valuación FCD en una secuencia que no se condice con la forma en que se construye el FCD*”. A modo de ejemplo, el perito de Burlington considera los impuestos – Ley 42 – antes de considerar la producción de petróleo y los precios del petróleo, y, por lo tanto, no muestra su impacto total. Tampoco muestra el impacto total de aplicar una tasa de interés exagerada de 12,5% (actualización) hasta la fecha del laudo.⁴⁶⁶ Tanto la Ley 42 como los intereses deberían considerarse “*al término de la secuencia una vez que se determinen los ingresos (producción y precio)*”.⁴⁶⁷ En efecto, cuando estos factores de valor se analizan en el orden correcto, “*queda claro que las diferencias principales en los cálculos de la indemnización por daños y perjuicios de las Partes radican en (i) la aplicación de la Ley 42 (un impacto de USD 409 millones) y (ii) la utilización por parte de Burlington de una tasa de actualización exagerada de 12,5% para calcular intereses anteriores al laudo (un impacto de USD 366 millones)*”.⁴⁶⁸ En cambio, los demás parámetros (tales como precio, producción, CAPEX, OPEX y tasa de descuento) tienen un impacto menor.⁴⁶⁹

⁴⁶³ Dúplica, ¶ 454.

⁴⁶⁴ Fair Links IP2, ¶ 40.

⁴⁶⁵ Dúplica, ¶ 455.

⁴⁶⁶ *Id.*, ¶ 576.

⁴⁶⁷ *Id.*, ¶ 576.

⁴⁶⁸ *Id.*, ¶ 577, en referencia a: Fair Links IP2, ¶ 60.

⁴⁶⁹ Dúplica, ¶ 578.

2.3 Análisis

299. Las Partes concuerdan en que la inversión de Burlington debe valorarse usando el método FCD. El Tribunal coincide: como han observado los peritos de ambas Partes, el método FCD es ampliamente aceptado como un método apropiado para valorar empresas en marcha, y ha sido avalado por el Banco Mundial.⁴⁷⁰
300. El método FCD es un método de valuación que se basa en ingresos. Como ha explicado Fair Links, este método “valora un activo sobre la base de considerar su capacidad para generar beneficios económicos futuros”.⁴⁷¹ En palabras de Compass Lexecon, “[l]as empresas tienen valor porque se espera que en algún momento produzcan flujos netos de caja al inversionista. El método FCD determina el valor en una fecha específica sobre la base de los flujos netos de caja que se espera que el activo genere a través del tiempo”.⁴⁷² En forma similar, Fair Links explica que “[b]ajo este enfoque, el valor de un activo se relaciona con su beneficio económico esperado, es decir el dinero en caja que le queda al inversionista o acreedor una vez que se han pagado los costos operativos y gastos de capital del activo. Evaluar estos beneficios económicos esperados permite determinar los ‘flujos de caja libres’ generados por el activo”.⁴⁷³
301. A pesar de esto, Ecuador parece oponerse al uso de flujos de caja libres por parte de Compass Lexecon. El Tribunal está un poco desconcertado por este comentario, ya que los peritos de ambas Partes expresamente concuerdan en la utilización del método FCD y por lo tanto necesariamente concuerdan en valorar la inversión sobre la base de sus flujos de caja futuros. Por lo tanto, el Tribunal desestima la objeción de Ecuador, de haberla.
302. Aunque las Partes están de acuerdo sobre el método de valuación, están en desacuerdo respecto de varias variables y supuestos a ser utilizados para llevar a cabo la valuación, en particular la fecha de valuación y si acaso los peritos deben usar información ex ante o ex post, así como respecto de la tasa de actualización a

⁴⁷⁰ El Banco Mundial considera que la determinación de la compensación por el VJM de una empresa en marcha con un historial probado de rentabilidad será considerado razonable si se realiza sobre la base del valor descontado de los flujos de caja. Banco Mundial (1992), “*Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*”, Foreign Investment Law Journal, Chapter IV Expropriation and unilateral alterations or termination of contracts, párrafo 5 and 6 (**Anexo CLEX-12**).

⁴⁷¹ Fair Links IP2, ¶ 40.

⁴⁷² Compass Lexecon IP1, ¶ 17.

⁴⁷³ Fair Links IP2, ¶ 41.

ser aplicada a los flujos de caja pasados. El Tribunal abordará estos supuestos y variables en las secciones que siguen.

303. Ecuador también objeta la secuencia seguida por Compass Lexecon en su cálculo del FCD. El Tribunal trata esta objeción en la Sección VII.D.5.2.6 *infra*.

3. Fecha de la valuación

3.1 Posición de Burlington

304. Tal como se explicara en la Sección VII.B.1 *supra*, Burlington aduce que el estándar de compensación en casos de expropiación ilícita es el principio de reparación íntegra conforme al derecho internacional. Debido a que la compensación debe reemplazar a la restitución, resulta “*apropiado y lógico valorar la inversión a la fecha del laudo*”.⁴⁷⁴
305. Según Burlington, ésta fue la postura adoptada por la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en *Chorzów*, donde la Corte sostuvo que el autor del acto ilícito debería abonar el valor del emprendimiento “*al momento de la indemnización*”.⁴⁷⁵ Dicho enfoque fue adoptado en otros casos tales como *Unglaube*, *Kardassopoulos*, y *ADC*, y fue recientemente confirmado por el tribunal en *Yukos*.
306. Los tribunales, tales como el de *ADC*, han utilizado esta fecha de valuación en particular cuando el valor de los activos expropiados se ha incrementado con posterioridad a la expropiación “*debido a factores objetivos, tales como el mejoramiento de las condiciones del mercado*”.⁴⁷⁶ Si se adoptara otra fecha, alega Burlington, ello permitiría a Ecuador retener el incremento en el valor y de esta manera crearía “*incentivos perversos, premiando financieramente al Estado por su propia conducta ilícita*”.⁴⁷⁷ Burlington argumenta que, en el presente caso, resulta particularmente importante compensar por cualquier incremento en el valor, ya que dicho aumento “*es atribuible a condiciones subyacentes conocidas por el inversionista al momento de la expropiación pero que no fueron totalmente*

⁴⁷⁴ Mem., ¶ 58; Réplica, ¶ 23, citando a: E. Jiménez de Aréchaga, *International Responsibility*, en M. Sørensen, *Manual of Public International Law* (New York: St. Martin's Press, 1968) ¶ 9.18 (**Anexo CL-260**).

⁴⁷⁵ Mem., ¶ 59, citando: *Chorzów*, pág. 48 (**Anexo CL-102**). Asimismo en referencia a: El Arbitraje entre *Lena Goldfields, Ltd. y el Gobierno Soviético*, Laudo del 3 de septiembre de 1930, 36 Cornell Law Quarterly 31 (1950), pp. 51-52 (**Anexo CL-259**).

⁴⁷⁶ Mem., ¶ 61, en referencia a: *ADC c. Hungría*, Laudo del 2 de octubre de 2006, ¶¶ 496-497 (**Anexo CL-101**).

⁴⁷⁷ Mem., ¶ 62.

aprovechadas debido a la desincentivación económica generada por la conducta ilícita del Estado".⁴⁷⁸

307. Asimismo, Burlington alega que el hecho de valuar la inversión expropiada a la fecha del laudo también garantiza que el Tribunal tenga todas las pruebas relevantes a su disposición respecto del valor de los activos al momento de la decisión.⁴⁷⁹ Burlington observa en particular que hoy en día ambas Partes y el Tribunal conocen el monto de lo realmente producido por Ecuador en los campos petrolíferos desde la expropiación, el que respalda las proyecciones de Burlington.⁴⁸⁰
308. Para Burlington, la fecha del laudo constituye la fecha de valuación apropiada independientemente de la naturaleza de la ilicitud que vicia la expropiación. Resulta irrelevante la determinación de si el Estado pagó compensación o incumplió cualquiera de los requisitos de "conducta" del Tratado. Los precedentes confirman esta cuestión. En *ConocoPhillips*, la expropiación fue ilícita debido al incumplimiento del estándar de compensación conforme al tratado, y el tribunal valuó la inversión a la fecha del laudo.⁴⁸¹ De forma similar, en *Unglaube*, el tribunal resolvió que el hecho de que Costa Rica no ofreciera una compensación adecuada y oportuna fue suficiente en sí mismo para tornar ilícita la expropiación, resultando en la aplicación del estándar conforme al derecho internacional consuetudinario.⁴⁸²
309. Los intentos de Ecuador por descartar estos "principios establecidos" a fin de minimizar el valor de los daños resultan inapropiados.⁴⁸³ Tal como se señala en la Sección VII.B.1 *supra*, Burlington considera que los precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el cual distingue entre "*desposesión*

⁴⁷⁸ *Id.*, ¶ 64. Véanse también: Mem., ¶¶ 83-86; Crick DT1, ¶¶ 5-10, 22-24, 39-65, 103-107, 120, 150-172, 187-200, 279-282; Réplica, ¶ 6.

⁴⁷⁹ Mem., ¶ 60, en referencia a: *ADC c. Hungría*, Laudo del 2 de octubre de 2006, ¶¶ 496-499 (**Anexo CL-101**); *CMS c. Argentina*, Laudo del 12 de mayo de 2005, ¶¶ 441-447 (**Anexo CL-99**).

⁴⁸⁰ Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 72:7-73:14 (Alegato de Apertura, Blackaby).

⁴⁸¹ Réplica, ¶¶ 35-37, citando: *ConocoPhillips c. Venezuela*, Decisión sobre Jurisdicción y el Fondo del 3 de septiembre de 2013, ¶¶ 342-343, 401 (**Anexo CL-343**); y Réplica, ¶¶ 38-41, en referencia a: *Unglaube c. Costa Rica*, Laudo del 16 de mayo de 2012, ¶ 305 (**Anexo CL-243**); *Siemens c. Argentina*, Laudo del 6 de febrero de 2007, ¶ 273 (**Anexo CL-79**); *Funnekotter c. Zimbabwe*, Laudo del 22 de abril de 2009, ¶¶ 98, 107 (**Anexo CL-150**).

⁴⁸² Réplica, ¶ 38.

⁴⁸³ *Id.*, ¶ 24, en referencia a: MC, ¶¶ 347-351.

inherentemente ilícita” y expropiación ilícita por falta de pago de compensación, brindan poca orientación en controversias en materia de inversión.⁴⁸⁴

310. En cuanto a los precedentes y la doctrina en materia de inversión, los argumentos de Ecuador son tanto infructuosos como poco convincentes. Burlington hace hincapié en que, si bien el tribunal en *Rurelec* adoptó la fecha de la toma de posesión como la fecha de valuación, dicha solución derivó de la elección de la demandante para que esa fuese la fecha específica de la valuación.⁴⁸⁵ Asimismo, cabe destacar que el tribunal efectivamente resolvió que la posesión había sido ilícita por falta de pago, sin perjuicio del hecho de que Bolivia adoptó las medidas necesarias para procurar una solución.⁴⁸⁶ Y, en *Funnekotter*, la fecha del laudo no fue empleada ya que el valor de los campos no se había incrementado en el transcurso del tiempo. Más bien, dicha decisión respalda la opinión que la fecha que mejor garantice la reparación íntegra es la que debería adoptarse.⁴⁸⁷ Asimismo, apoyarse en *Santa Elena* es inapropiado ya que dicho caso versaba sobre una expropiación lícita en la cual el estado reconoció que se adeudaba la compensación, y la única cuestión a resolver era el importe de la compensación adeudada.⁴⁸⁸

311. Burlington señala que el argumento de Ecuador fundado en *Kardassopoulos*, según el cual la fecha del laudo solamente es apropiada si el inversionista habría retenido la inversión, es errado.⁴⁸⁹ En dicho caso, la determinación de la fecha de valuación apropiada no dependió de si el inversionista *tenía la intención* de retener la inversión, sino de si la *habría* retenido. Allí, el tribunal sostuvo que probablemente los co-inversionistas habrían adquirido la inversión de la demandante. Por el contrario, en el presente caso y al momento de la toma de posesión “*era evidente que Burlington no iba a vender sus derechos en Ecuador, independientemente de su preferencia*”.⁴⁹⁰ Tal como lo confirmara el Sr. Martínez, los compradores potenciales rescindieron sus ofertas con posterioridad a la introducción del Decreto

⁴⁸⁴ Réplica, ¶ 47.

⁴⁸⁵ Réplica, ¶ 51, en referencia a: *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC c. Estado Plurinacional de Bolivia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-17 (“*Rurelec c. Bolivia*”), Laudo del 31 de enero de 2014, ¶ 410 (**Anexo EI-260**). Véase también: MC, ¶ 350, nota 333.

⁴⁸⁶ Réplica, ¶ 52.

⁴⁸⁷ *Id.*, ¶ 53.

⁴⁸⁸ *Id.*, ¶ 54.

⁴⁸⁹ *Id.*, ¶ 72, en referencia a: MC, ¶ 368; *Kardassopoulos and Fuchs c. República de Georgia*, Casos CIADI N.º ARB/05/18 y ARB/07/15 (“*Kardassopoulos c. Georgia*”), Laudo del 3 de marzo de 2010, ¶ 514 (**Anexo CL-261**).

⁴⁹⁰ Réplica, ¶ 73.

662, y a raíz de las incautaciones resultaba evidente que “*Burlington no tenía otra opción más que retener su inversión*”.⁴⁹¹ En consecuencia, si Burlington tuvo la intención de vender su inversión con anterioridad a la expropiación resulta irrelevante respecto de la cuestión de si “*de no haber habido expropiación, habría o podría haber procedido en tal sentido en el plazo entre la fecha de la expropiación y la fecha del laudo*”.⁴⁹²

312. En cuanto a la relevancia de la decisión en *Murphy c. Ecuador*⁴⁹³ en la que Ecuador se apoya, Burlington alega que está sobreestimada ya que dicha decisión no versaba sobre un reclamo en materia de expropiación, y porque las determinaciones del tribunal (en particular su decisión de no basarse en datos *ex-post*), “*son enteramente dependientes de las circunstancias fácticas específicas de dicho caso*”.⁴⁹⁴ En particular, el tribunal decidió que, debido a que *Murphy* había vendido su participación, la producción real posterior a la venta de conforme a nuevas condiciones contractuales no constituía una representación apropiada para el escenario contrafáctico de *Murphy*. En opinión de Burlington, *Murphy* “*respalda el principio relativo a que los datos ex-post deben ser utilizados para determinar el valor de una inversión cuando dichos datos reflejan el escenario contrafáctico, tal como ocurre con el presente arbitraje*”,⁴⁹⁵ y confirma que “*los datos ex-post pueden utilizarse adecuadamente para validar las suposiciones ex-ante*”, tal como ocurre en el presente caso.⁴⁹⁶ Burlington hace hincapié en que “*las proyecciones del Sr. Crick fueron confeccionadas en primera instancia en ausencia de los datos de Petroamazonas. Subsiguientemente, Ecuador luego exhibió esos datos, los que resultaron en una coincidencia prácticamente perfecta con las proyecciones del Sr. Crick. Asimismo, incluso si el presente Tribunal adhiriera a la decisión del tribunal en Murphy respecto de no utilizar información ex-post, la consecuencia sería la misma debido a que el rendimiento de las proyecciones del Sr. Crick resultan ser totalmente consistentes con el desempeño real de los Bloques en manos de Ecuador, y tal como fuera evaluado por Ryder Scott, incluso cuando la*

⁴⁹¹ *Ibid.*, en referencia a: Martínez DT1 Supl., ¶ 27; ConocoPhillips *Resumen de Estudio RCAT*, 23 de junio de 2008 (**Anexo C-468**); Memorando enviado por Roy Lyons en Respuesta al Estudio *RCAT*, 24 de noviembre de 2008 (**Anexo C-469**).

⁴⁹² Réplica, ¶ 73, nota 99.

⁴⁹³ *Murphy Exploration & Production Company International c. República de Ecuador* (Caso CPA N.º AA434) (“*Murphy c. Ecuador*”), Laudo Definitivo Parcial del 6 de mayo de 2016 (**Anexo EL-424**).

⁴⁹⁴ Carta de Burlington del 26 de agosto de 2016, pág. 3.

⁴⁹⁵ *Ibid.*

⁴⁹⁶ *Ibid.*, pág. 4.

información en la que se basó el Sr. Crick se limita a datos técnicos disponibles hasta el mes de julio de 2009.⁴⁹⁷

313. Sobre esa base, Burlington argumenta que la fecha de valuación apropiada es la fecha del laudo, o aquella que la sustituya de forma más cercana en el tiempo. En consecuencia, en su primer informe pericial Compass Lexecon utilizó el día 30 de abril de 2013 como la fecha sustituta; en su segundo informe, el día 15 de septiembre de 2014, y en el Modelo Actualizado, el día 31 de agosto de 2016.
314. Por el contrario, Burlington sostiene que las instrucciones de Ecuador a Fair Links en el sentido de utilizar la fecha de la expropiación a los efectos de la valuación deben ser rechazadas. La totalidad del análisis de daños de Fair Links es erróneo debido a que se fundó en datos antiguos e incorrectos (pronóstico de producción, pronóstico del precio del petróleo, cifras de gastos de capital) que son inconsistentes con las cifras reales.⁴⁹⁸

3.2 Posición de Ecuador

315. Para Ecuador, resulta evidente que, de conformidad con el estándar del TBI y el derecho internacional consuetudinario, los derechos de Burlington respecto de los Bloques 7 y 21 deben ser valuados a la fecha de la “presunta expropiación”, ya que en el presente caso el Tribunal resolvió que la expropiación era ilícita sólo por falta de compensación.⁴⁹⁹
316. Tal como se indicara en la Sección VII.B.2 *supra*, Ecuador alega que el estándar de compensación está establecido en el Artículo III(1) del Tratado. Dicha disposición demuestra que el VJM de los activos expropiados debe ser calculado a la fecha de la expropiación. A saber:

“La indemnización equivaldrá el valor justo en el mercado que tenga la inversión expropiada **inmediatamente antes de que se tome la acción expropiatoria o de que ésta se llegue a conocer, si ello ocurre con anterioridad**; se calculará en una moneda autorizable libremente, al tipo de cambio vigente en el mercado en ese momento; se pagará sin dilación; incluirá los intereses devengados a un tipo de interés comercialmente razonable **desde la fecha de la expropiación**; será enteramente realizable, y será transferible libremente”.⁵⁰⁰

⁴⁹⁷ *Ibid.*, en referencia a: C-EPA, ¶ 63-64 (énfasis en el original).

⁴⁹⁸ Réplica, ¶ 133.

⁴⁹⁹ Dúplica, ¶ 461.

⁵⁰⁰ Artículo III(1) del Tratado (énfasis agregado).

317. Según Ecuador, esto es así particularmente en el caso de las expropiaciones que son ilícitas sólo por falta de pago de la compensación, tal como ocurre con el presente caso. Ello queda confirmado por la referencia al interés el cual devenga desde la fecha de la expropiación.⁵⁰¹
318. Ecuador sostiene que el derecho internacional consuetudinario conlleva al mismo resultado. Según Ecuador, “*Burlington continua dedicando la totalidad de su análisis a la evaluación de la compensación conforme al derecho internacional consuetudinario sin hacer la distinción que constituye el elemento central del caso sobre el cual su análisis pretende fundarse*”,⁵⁰² es decir, el caso Chorzów. En dicho caso, la CPJI trazó una distinción fundamental entre las expropiaciones que habrían sido lícitas si la compensación se hubiera abonado, y las expropiaciones que habrían sido ilícitas incluso si se hubiere efectuado el pago. La CPJI “*hizo todo lo posible para clarificar que cuando el acto ilícito consiste en la falta de pago de la compensación por la expropiación, el derecho internacional consuetudinario limita la compensación al valor del emprendimiento al momento de la desposesión, más un interés calculado a la fecha de pago*”.⁵⁰³
319. Asimismo, Ecuador hace referencia a la distinción efectuada por el TEDH entre “*desposesión inherentemente ilícita*” y “*expropiación ilícita per se*”, al tiempo que algunos comentaristas se refieren a las expropiaciones que son ilícitas solamente por falta de pago de compensación sólo como “*ilícitas sub modo*” o “*provisionalmente ilícitas*”.⁵⁰⁴ Ecuador hace hincapié en que “[*l]o fundamental del principio no radica [...] en la caracterización de expropiación, sino en el reconocimiento universal de que el fenómeno que se describe difiere de (y da lugar a recursos diferentes a) las expropiaciones que habrían sido ilícitas independientemente de que se haya abonado la compensación*”.⁵⁰⁵
320. Ecuador enfatiza asimismo que Burlington no ha citado ningún caso que involucre la expropiación de una empresa en marcha que haya sido ilícita sólo por la falta de pago de la compensación y en el cual el tribunal haya valuado la inversión a la fecha del laudo, y concedido una indemnización que haya correspondido al valor de

⁵⁰¹ Véase: Sección VII.B.2 *supra*.

⁵⁰² Dúplica, ¶ 499.

⁵⁰³ *Id.*, ¶ 499.

⁵⁰⁴ *Id.*, ¶ 500, en referencia a: *Scordino c. Italia* (N.º 1), N.º 36813/97, CEDH, Gran Sala, 29 de marzo de 2006, ¶¶ 254-255 (**Anexo EL-262**); *Former King of Greece and Others c. Grecia* (Satisfacción Equitativa), N.º 25701/94, CEDH, Gran Sala, 28 de noviembre de 2002, ¶ 78 (**Anexo EL-261**).

⁵⁰⁵ Dúplica, ¶ 501.

la restitución en especie. A pesar de los argumentos esgrimidos por Burlington, *ConocoPhillips* no cumple con dichas características, debido a que el tribunal resolvió que la expropiación era ilícita no a raíz de la falta de compensación, sino porque Venezuela había violado el requisito del TBI que exigía negociar de buena fe en cuanto al importe de la compensación.⁵⁰⁶ Burlington tampoco puede fundarse en *Siemens*, *ADC* o *Kardassopoulos*, los cuales versaban sobre expropiaciones que eran ilícitas por motivos distintos a la falta de pago de compensación.⁵⁰⁷ *Funnekotter* tampoco ayuda a Burlington; en dicho caso el valor de la inversión no se había modificado entre la fecha de la expropiación y la fecha del laudo, por lo que el tribunal resolvió que no se planteaba la cuestión de si la cuantificación sería diferente dependiendo de la licitud o ilicitud de la expropiación.⁵⁰⁸ Por último, la “*absoluta invocación*” de *Yukos* por parte de Burlington también es inapropiada, ya que “*manifiestamente no se trata de un caso en el cual la expropiación haya sido ilícita sólo por no haber sido acompañada de una compensación pronta, adecuada y efectiva*”.⁵⁰⁹

321. En el presente caso, según Ecuador el Tribunal resolvió que la expropiación fue ilícita sólo por el hecho de que Ecuador no pagó compensación. En consecuencia, independientemente de si el Tribunal aplica el estándar del Tratado o aquél del derecho internacional consuetudinario, a Burlington sólo tiene derecho de ser compensado por su inversión valuada a la fecha de la expropiación, más intereses.⁵¹⁰
322. En cualquier caso, Burlington no puede pretender beneficiarse del supuesto incremento en el valor de los activos con posterioridad a la expropiación. Según Ecuador, “[l]a compensación por el incremento en el valor entre la fecha de la expropiación y la fecha del laudo se basa en el hecho de que el inversionista tenía la intención de conservar sus activos”.⁵¹¹ Ello fue confirmado en *Kardassopoulos*,

⁵⁰⁶ *Id.*, ¶ 504, en referencia a: *ConocoPhillips, ConocoPhillips et al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Decisión sobre Jurisdicción y el Fondo del 3 de septiembre de 2013, ¶¶ 342 y 401 (**Anexo CL-343**).

⁵⁰⁷ MC, ¶ 361, en referencia a: *ADC c. Hungría*, Laudo del 2 de octubre de 2006 (**Anexo CL-101**); *Siemens c. Argentina*, Laudo y Opinión Disidente del 6 de febrero de 2007, (**Anexo CL-79**), y *Kardassopoulos c. Georgia*, Laudo del 3 de marzo de 2010 (**Anexo CL-261**).

⁵⁰⁸ Dúplica, ¶ 508, en referencia a: *Funnekotter c. Zimbabwe*, Laudo del 22 de abril de 2009, ¶ 112 (**Anexo CL-150**).

⁵⁰⁹ Dúplica, ¶ 510, en referencia a: *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. La Federación Rusa*, CNUDMI, Caso CPA N.º AA 227, Laudo Definitivo del 18 de julio de 2014, ¶¶ 1580-1585 (**Anexo CL-384**).

⁵¹⁰ Dúplica, ¶ 512.

⁵¹¹ MC, ¶ 368.

donde el tribunal señaló con claridad que este razonamiento sólo es aplicable “en aquellos casos en los cuales se demuestra que las Demandantes habrían retenido su inversión de no haber sido por la toma de posesión”.⁵¹² Esto no ocurre en el presente caso: las pruebas obrantes en el expediente demuestran que, incluso con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 42, Burlington tenía la intención de vender sus participaciones en los Bloques y continuó intentando vender en los años 2007 y 2008.⁵¹³

323. Asimismo, Ecuador se funda en *Murphy c. Ecuador*⁵¹⁴ para argumentar que el Tribunal debe valorar la inversión expropiada a la fecha de la expropiación. Ecuador hace hincapié en que la decisión en *Murphy* “considera exactamente las mismas cuestiones legales y los mismos antecedentes fácticos que este Tribunal analiza actualmente”.⁵¹⁵ En particular, Ecuador observa que el tribunal en *Murphy* aplicó el Tratado que rige el presente caso y analizó el efecto que la Ley 42 tiene sobre contratos de participación similares, si bien en el contexto de violaciones al Artículo III(2) del Tratado. Para Ecuador, el caso *Murphy* respalda una valuación a la fecha de la expropiación empleando información *ex ante* debido a que dicho tribunal:

- i. “[D]ecidió que, si bien Chorzów resultaba aplicable en el referido caso, el estándar de reparación íntegra tiene por objeto una “reparación íntegra” del daño concreto y real en el que se haya incurrido, y que proporciona un gran margen de apreciación a los tribunales respecto de la selección del método de valuación apropiado”, y
- ii. “[R]esolvió que el enfoque ex-post no resultaba pertinente ya que los datos ex-post generados con posterioridad al mes de marzo de 2009 (tales como el precio del petróleo y los datos de producción) no reflejaban cómo habría sido la situación en el escenario contrafáctico”.⁵¹⁶

324. Por los motivos indicados *supra*, Ecuador alega que, en el caso de que se adeude compensación, ésta debe basarse en el valor de la inversión a la fecha de la

⁵¹² *Ibid.* en referencia a: *Kardassopoulos c. Georgia*, Laudo del 3 de marzo de 2010, ¶ 514 (**Anexo CL-261**).

⁵¹³ MC, ¶¶ 368-370, en referencia al testimonio del Sr. Martínez durante la audiencia en materia de medidas provisionales (Tr. Medidas Provisionales (Día 1) (ENG) 149:9-11) y durante la audiencia sobre responsabilidad (Tr. Responsabilidad (Día 2) (ENG), 384:1-9), y **Anexos E-116, E-124, C-335**.

⁵¹⁴ *Murphy c. Ecuador*, Laudo Definitivo Parcial del 6 de mayo de 2016 (**Anexo EL-424**).

⁵¹⁵ Carta de Ecuador del 7 de julio de 2016 (énfasis en el original).

⁵¹⁶ Carta enviada por Ecuador de fecha 7 de julio de 2016 (énfasis en el original).

expropiación (es decir, el día 30 de agosto de 2009), empleando información *ex ante*, más intereses.

3.3 Análisis

325. El Tribunal ya ha determinado que el estándar de compensación para el presente caso es el correspondiente al principio de reparación íntegra conforme al derecho internacional consuetudinario. Asimismo, ha aclarado que puede prescindir de la determinación de si el estándar de compensación conforme al derecho internacional consuetudinario resulta diferente para las expropiaciones que son ilícitas sólo como consecuencia de la falta de pago de compensación, en contraposición a las expropiaciones que son ilícitas por otros motivos (véase párrafo 176 *supra*), debido a que la expropiación de la inversión de Burlington llevada a cabo por Ecuador fue ilícita no sólo como consecuencia de la falta de pago de compensación por parte de Ecuador, sino que también debido a que la expropiación no se realizó de conformidad con otras condiciones necesarias para una expropiación lícita.
326. En opinión de la mayoría, el estándar de reparación íntegra requiere que los daños derivados del acto ilícito sean valuados a la fecha del laudo, empleando información disponible en ese momento. Esta conclusión deriva del caso *Chorzów*, en el cual la CPJI sostuvo que, en aquellos casos en los que el acto ilícito por parte del Estado no estuviese limitado a la falta de pago de compensación, la compensación que se otorgará “*no está necesariamente limitada al valor del emprendimiento al momento de la desposesión, más el interés correspondiente a la fecha de pago*”.⁵¹⁷ En opinión de la Corte, “[e]sta limitación sólo sería admisible si el Gobierno de Polonia tuviera el derecho de expropiar, y si su acto ilícito hubiese consistido únicamente en no haber abonado a las dos Empresas el precio justo de aquello que fuera expropiado”.⁵¹⁸ Por el contrario, cuando la expropiación es ilícita,⁵¹⁹ el Estado debe proceder con la reparación íntegra del daño causado, y dicha “*reparación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y*

⁵¹⁷ *Chorzów*, pág. 47 (**Anexo CL-102**). La CPJI reitera este principio al rechazar el uso de un precio contractual previamente negociado o de una oferta de venta. La CPJI señala que “[y]a ha sido observado *supra* que el valor del emprendimiento al momento de la desposesión no necesariamente indica el criterio para establecer la compensación. Ahora hay certeza de que el momento del contrato de venta y de las negociaciones con la Compañía Ginebrina pertenecía a un período de una seria crisis económica y monetaria; la diferencia entre el valor que el emprendimiento tenía en ese entonces y el que habría tenido en el presente puede por lo tanto ser muy considerable”. *Chorzów*, p. 50.

⁵¹⁸ *Chorzów*, pág. 47.

⁵¹⁹ La Corte hace referencia a “[l]a desposesión de un emprendimiento industrial - cuya expropiación está prohibida por la Convención de Ginebra - [...]”. *Id.*, págs. 47-48.

restablecer la situación que, muy probablemente, habría existido si dicho acto no se hubiera cometido”.⁵²⁰ Según la Corte, ello “importa la obligación de restaurar el emprendimiento y, si esto no fuese posible, de abonar su valor al momento de la **indemnización**, cuyo valor está concebido para que sustituya la restitución que se ha tornado imposible”.⁵²¹ La Corte hizo hincapié en que arribar a una conclusión distinta sería “equivalente a considerar indistinguibles la liquidación lícita y la desposesión ilícita en lo que se refiere a sus resultados financieros”.⁵²²

327. Así, la tarea de la Corte radicaba en determinar “el importe que se otorgaría [...] para situar a las Empresas objeto de la desposesión, en la medida de lo posible, en la situación económica en la que probablemente habrían estado si la confiscación no se hubiere llevado a cabo”.⁵²³ A tales efectos, la Corte le solicitó a un perito la realización de dos valuaciones. A saber: una en base al valor de los activos del emprendimiento a la fecha de la expropiación más las ganancias adicionales devengadas hasta la fecha del fallo (Pregunta I),⁵²⁴ y la otra, en base al valor de los activos del emprendimiento a la fecha del fallo (Pregunta II).⁵²⁵ Ambas valuaciones

⁵²⁰ Chorzów, pág. 48.

⁵²¹ *Id.*, pág. 48 (énfasis agregado).

⁵²² *Id.*, pág. 47.

⁵²³ *Id.*, pág. 49.

⁵²⁴ Respecto de la Pregunta I, la Corte solicitó al perito la determinación del valor del emprendimiento a la fecha de la expropiación en base a sus activos, así como también los resultados financieros (ganancias o pérdidas) que se habrían devengado desde la fecha de la toma de posesión hasta la fecha del fallo. La Corte formuló esta solicitud en los siguientes términos: “I.- A. ¿Cuál fue el valor, al día 3 de julio de 1922, expresado en Marcos Imperiales vigentes al presente, del emprendimiento para la fabricación de productos de nitrato cuya fábrica estaba situada en Chorzów en la región polaca de Alta Silesia, en la condición en la cual dicho emprendimiento (con inclusión de la tierra, los edificios, el equipamiento, el inventario y los procesos a su disposición, los contratos de provisión y entrega, el fondo de comercio y los prospectos futuros) se encontraba, a la fecha indicada, en manos de Bayerische y Oberschlesische Stickstoffwerke?

B. ¿Cuáles habrían sido los resultados financieros, expresados en Marcos Imperiales vigentes al presente (ganancias o pérdidas), que probablemente el emprendimiento así constituido habría generado desde el día 3 de julio de 1922 hasta la fecha del presente fallo si hubiese estado en manos de dichas Empresas?” *Id.*, pág. 51.

⁵²⁵ Respecto de la Pregunta II, la Corte solicitó al perito la determinación del valor del emprendimiento a la fecha del fallo si dicho emprendimiento (con inclusión de todos sus activos) hubiese permanecido en manos de las empresas objeto de la desposesión, y ya sea hubiese permanecido sustancialmente en el estado en el que se encontraba a la fecha de la toma de posesión, o se hubiese desarrollado de forma similar a otros emprendimientos de características semejantes. La Corte formuló esta solicitud en los siguientes términos: “II.- ¿Cuál sería el valor a la fecha del presente fallo, expresado en Marcos Imperiales vigentes al presente, del mismo emprendimiento (Chorzów) si dicho emprendimiento (con inclusión de la tierra, los edificios, el equipamiento, los procesos disponibles, los contratos de provisión y entrega, el fondo de comercio y los prospectos futuros) hubiese permanecido en manos de Bayerische y Oberschlesische Stickstoffwerke, y hubiese permanecido de forma sustancial tal como en el año 1922 o se hubiese desarrollado proporcionalmente en líneas similares a aquellas aplicadas en casos de otros

tenían igual propósito: establecer el valor de las pérdidas sufridas por las empresas objeto de la desposesión a la fecha del fallo de la Corte. Las pérdidas a la fecha del fallo podrían evaluarse tanto por referencia al valor del emprendimiento a la fecha de la toma de posesión más todo lucro cesante devengado entre la toma de posesión y el fallo, como por referencia al valor del emprendimiento a la fecha del fallo. Si bien la Corte no empleó el método FCD sino que una valuación en base a activos, en ambas valuaciones habría otorgado el valor de los daños y perjuicios a la fecha del fallo.⁵²⁶

328. Luego de reconocer las dificultades de dicho ejercicio, especialmente considerando “el tiempo transcurrido entre la desposesión y la demanda de compensación, y respecto de las transformaciones de la fábrica y el progreso de la industria a la cual pertenece la fábrica”,⁵²⁷ la Corte “[s]e reservó todo derecho para revisar las valuaciones referidas en las diferentes proposiciones; en base a los resultados de dichas valuaciones y de los hechos y documentos ante ella presentados, procederá a determinar el importe a otorgar al Gobierno de Alemania conforme a los principios legales establecidos supra”.⁵²⁸
329. El caso *Chorzów* se resolvió posteriormente mediante acuerdo, y por lo tanto desconocemos la forma en la cual la Corte habría determinado el importe de los daños. Sin embargo, hay tres conclusiones fundamentales que pueden derivarse del fallo de la Corte; a saber: (i) conforme al principio de reparación íntegra, los daños deben ser un sustituto de la restitución la cual se ha tornado imposible; (ii) debido a que los daños deben reemplazar a la restitución, deben evaluarse a la fecha en la cual se otorga la compensación; y (iii) los tribunales tienen plena discreción para evaluar las valuaciones a los efectos de determinar el importe que será otorgado.
330. Sobre esta base, la mayoría concluye que en aquellos casos en los que la expropiación fue ilícita por diversos motivos, incluyendo por falta de pago de compensación (tal como ocurre en el presente caso), la fecha de valuación apropiada es la fecha del laudo o una fecha sustituta para esa fecha –

emprendimientos de características semejantes controlados por Bayerische, a modo de ejemplo, el emprendimiento cuya fábrica está situada en Piesteritz?”. *Loc. cit.*, págs. 51-52.

⁵²⁶ Véase también, en particular: *Quiborax c. Bolivia*, Laudo del 16 de septiembre de 2015, ¶ 374. Véase también: *Amoco International Finance Corp. c. La República de Irán*, Caso N.º 56, Laudo Parcial N.º ITL 310-56-3 del 14 de julio de 1987, 15 IRAN-U.S. CTR 189, ¶¶ 198-206.

⁵²⁷ *Chorzów*, pág. 53.

⁵²⁸ *Id.*, págs. 53-54.

observándose una vez más que en el presente caso no resulta necesario determinar si se debe emplear un estándar diferente cuando la ilicitud deriva solamente de la falta de pago de compensación. Otros tribunales constituidos en casos de inversión⁵²⁹ y otros órganos adjudicatorios (incluyendo el TEDH),⁵³⁰ así como la doctrina,⁵³¹ han arribado a la misma conclusión.

331. Es cierto que Ecuador ha alegado que Burlington no se puede beneficiar del aumento en el valor de su inversión con posterioridad a la expropiación ya que, en cualquier caso, procuraba vender los Bloques 7 y 21. Para respaldar este

⁵²⁹ Véanse, por ejemplo: *ADC c. Hungría*, Laudo del 2 de octubre 2006, ¶ 497 (**Anexo CL-101**); *ConocoPhillips c. Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/07/30, Decisión sobre Jurisdicción y el Fondo del 3 de septiembre de 2013, ¶ 343 (**Anexo CL-343**); *Yukos c. Rusia*, Laudo Definitivo del 18 de julio de 2014, ¶¶ 1763-1769 (**Anexo CL-384**); y *Quiborax c. Bolivia*, Laudo del 16 de septiembre de 2015, ¶ 377. Véanse también: *Amco Asia c. Indonesia II*, Laudo del 31 de mayo de 1991, ¶¶ 170-184, 196 (**Anexo CL-331**), en el cual un tribunal CIADI que decidía sobre un caso contractual equiparó la denegación de justicia resultante de la revocación de una licencia a una adquisición ilícita de derechos contractuales y otorgó daños valuados a la fecha del laudo; *Siemens c. Argentina*, Laudo del 6 de febrero de 2007, ¶¶ 322-389 (**Anexo CL-79**), en el cual, si bien el tribunal ratificó la postura de que el principio de reparación íntegra requería el otorgamiento del valor de la inversión a la fecha del laudo, en última instancia dicho tribunal se guió por el petitorio de la demandante que pretendía el valor de libros de la inversión al momento de la expropiación además del lucro cesante y otras indemnizaciones por daños indirectos que surgieron con posterioridad.

⁵³⁰ Véanse, por ejemplo: *Amoco c. Irán*, Laudo Parcial del 14 de julio de 1987, ¶¶ 192-204 (**Anexo EL-39**); *Papamichalopoulos y otros c. Grecia*, 9 CEDH 118, Sentencia del 31 de octubre de 1995, ¶ 36. Véase también: I. Marboe, *Compensation and Damages in International Law: The Limits of "Fair Market Value"*, TDM, Tomo 4, N.º 6, publicado el 6 de noviembre de 2007, pág. 752 (indicando que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos "de forma reiterada ha otorgado importes que consideraban el incremento del valor de la propiedad expropiada de manera ilícita entre el momento de la desposesión y la fecha del fallo", y cita al respecto lo siguiente: *Belvedere Alberghiera S.R.L. c. Italia*, CEDH N.º 31524/96, 2000-VI, ¶ 35; *Motais de Narbonne c. Francia (satisfaction équitable)*, CEDH N.º 48161/99, 27 de mayo de 2003, ¶ 19; *Terazzi S.R.L. c. Italia (satisfaction équitable)*, CEDH N.º 27265/95, 26 de octubre de 2004, ¶ 37).

⁵³¹ Véase, por ejemplo: I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009), ¶ 3.266 ("Debido a que las expropiaciones ilícitas representan violaciones al derecho internacional, ellas conllevan la responsabilidad del Estado de reparar plenamente el daño financiero ocasionado al titular anterior. El método diferencial aplicable requiere la evaluación de la diferencia entre la situación financiera de la persona afectada y la situación financiera en la que dicha persona estaría si la expropiación no se hubiera llevado a cabo. Esta comparación se realiza en la fecha del fallo o laudo. En consecuencia, la fecha decisiva de la valuación es la fecha del laudo"). Véanse también: M. Sørensen, *Manual of Public International Law* (Nueva York: St. Martin's Press, 1968) pág. 567, ¶ 9.18 ("[d]ado que la compensación pecuniaria debe, en la medida de lo posible, asemejarse a la restitución, el criterio debe ser la valuación a la fecha en la cual se abona la indemnidad"); y Georg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Tomo 1 (Londres: Stevens & Sons Limited, 1957), pág. 666 ("[m]ucho se ha expresado en favor de la fecha del fallo como la fecha operativa. Es el fallo o el laudo el que establece entre las partes la fuerza vinculante respecto de que una parte le adeuda reparación a la contraparte. En caso de que la restitución en especie fuera posible, ésta debería tener lugar, a la brevedad posible, con posterioridad al fallo o laudo. Por lo tanto, pareciera apropiado que el importe de cualquier sustitución pecuniaria respecto de la restitución real debería estar vinculado a la misma fecha").

argumento, Ecuador se funda en *Kardassopoulos*, en el cual el tribunal señaló que “[p]odría resultar apropiado compensar por el valor obtenido entre la fecha de la expropiación y la fecha del laudo en aquellos casos en los que se demuestre que las Demandantes habrían retenido su inversión si la toma de posesión no se hubiera llevado a cabo”.⁵³² No es materia de controversia que Burlington tenía la intención de vender su inversión con anterioridad a la sanción de la Ley 42 y que prosiguió en tal sentido al menos hasta el año 2007.⁵³³ No obstante, Burlington no logró vender, y ello se debió, por lo menos parcialmente, al creciente ambiente hostil respecto de las inversiones de petróleo en Ecuador. En consecuencia, el Tribunal acepta con base en el expediente que, de no haber sido por la expropiación, Burlington efectivamente habría conservado su inversión.

332. La conclusión de la mayoría respecto de la fecha de valuación tiene dos implicancias. En primer lugar, significa que el Tribunal puede considerar información posterior a la fecha de la expropiación. La tarea del Tribunal consiste en ubicar a Burlington en la situación en la que habría estado si Ecuador no hubiera expropiado los CP. Para ello, el Tribunal debe evaluar cuál habría sido el valor de los CP en la vida real a la fecha del laudo. Dicha valuación será obviamente más precisa y confiable si se utiliza información real respecto de los hechos relevantes que han tenido lugar entre la expropiación y el laudo, que si se utilizan proyecciones en base a la información disponible a la fecha de la expropiación. La valuación se asemejará más a la realidad si el Tribunal decide con la “*máxima información*” en lugar de con la “*máxima ignorancia*”.⁵³⁴ El mismo razonamiento fue adoptado en *Amco II*, a saber:

“Si el propósito de la compensación es colocar a Amco en la posición en la que habría estado si hubiera recibido los beneficios del Acuerdo de Participación en las Ganancias, no hay motivo lógico alguno que requiera que ello se haga sólo con referencia a la información que

⁵³² *Kardassopoulos c. Georgia*, Laudo del 3 de marzo de 2010, ¶ 514 (**Anexo CL-261**).

⁵³³ El Sr. Martínez, en su declaración testimonial durante la audiencia sobre medidas provisionales, señaló que “Burlington Resources intentó vender y, de hecho, nos acercamos bastante a concretar la venta antes de la sanción de la ley 42, que repercutió en esa venta”. (Tr. Medidas Provisionales (Día 1) (ESP), 155:16-19 (Contrainterrogatorio, Martínez)). El Sr. Martínez confirmó esta cuestión durante la audiencia sobre responsabilidad (Tr. Responsabilidad (Día 2) (ESP), 406:13-407:1 (Interrogatorio directo, Martínez): “SEÑOR YANOS (Interpretado del inglés): Señor Martínez: cambiando de tema de nuevo, Ecuador ha hablado mucho de que [Burlington] buscaba vender sus intereses en los bloques 7 y 21 aun antes de que entrara en vigor la Ley 42. ¿Puede hablar de esto? ¿Es cierto que Burlington estaba buscando vender estos dos bloques? SEÑOR MARTINEZ (Interpretado del inglés): Había algunas ofertas no solicitadas en el 2006. En el 2007 queríamos desinvertir en respecto a esos bloques. Así que sí”).

⁵³⁴ Tr. Quantum (Día 5) (ESP), 1378:17-18 (Alegato de Cierre, Paulsson).

*habría estado disponible para un hombre de negocios prudente en el año 1980. Desde cierto punto de vista, es probable que en caso de una expropiación lícita, Amco podría haber tenido el derecho de percibir el valor justo de mercado del contrato al momento de la desposesión. Al formular dicha valuación, el Tribunal conformado en el año 1990 necesariamente excluiría factores subsiguientes al año 1980. Pero si el objetivo es ubicar a Amco en la situación en la que se habría encontrado si el contrato hubiera permanecido vigente, entonces los factores subsiguientes conocidos que impactaron dicho desempeño deben ser reflejados en la técnica de valuación. [...]”.*⁵³⁵

333. Se podría objetar que el hecho de utilizar información posterior a la fecha de la expropiación sería de cierta forma contrario al requisito de causalidad, que en ocasiones está vinculado a la previsibilidad. Sin embargo, el hecho de que cierta información utilizada para cuantificar el lucro cesante a la fecha del laudo podría no haber sido previsible a la fecha de la expropiación no interrumpe la cadena de la causalidad. Lo que importa es que el daño sufrido haya sido originado por el acto ilícito. Es cierto que la causalidad fáctica no es suficiente, y que se requiere un elemento adicional vinculado con la exclusión del daño de carácter demasiado remoto o indirecto (en ocasiones se hace referencia a ello como causalidad legal o adecuada), y es en estas circunstancias donde la previsibilidad tiene relevancia.⁵³⁶ Si el daño no fue objetivamente previsible porque fue originado por una inusual sucesión de eventos que no podría previsiblemente derivar del acto, podría no configurarse la causalidad legal y podría excluirse la compensación. Sin embargo, si el daño fue objetivamente previsible (es decir, porque el acto fue objetivamente capaz de generar el daño), normalmente se cumplirán los requisitos tanto para la causalidad fáctica como para la legal. Resulta generalmente aceptado que la expropiación de una empresa en marcha es objetivamente capaz de causar la pérdida de su flujo de ganancias futuro, y, por consiguiente, dicha pérdida es previsible. También es previsible que las referidas ganancias futuras puedan fluctuar en función de diversas variables económicas y de otra naturaleza,

⁵³⁵ Véase: *Amco c. Indonesia II*, Laudo del 31 de mayo de 1991, ¶ 186 (**Anexo CL-331**). Véase también: I. Marboe, *Compensation and Damages in International Law: The Limits of “Fair Market Value”*, TDM, Tomo 4, N.º 6, publicado el 6 de noviembre de 2007, pág. 753 (“Así, se desprende del principio de reparación íntegra, tal como fuera expresado por la CPJI en *Chorzów Factory*, que la valuación no está generalmente limitada a la perspectiva de la fecha del acto ilegal o a alguna otra fecha en el pasado. El aumento en el valor del objeto de la valuación, el daño indirecto, los eventos y la información subsiguiente, al menos hasta la fecha del fallo o laudo, deben considerarse en la evaluación de los daños”) (**Anexo EL-255**).

⁵³⁶ Véase: Artículos de la CDI, Artículo 31, Comentario 10. ([L]a causalidad [en los hechos es] una condición necesaria pero no suficiente para la reparación. Hay otro elemento vinculado a la exclusión del daño de carácter demasiado “remoto” o “indirecto” para ser objeto de reparación. En algunos casos se emplea el criterio de la “relación directa”, y, en otros, el de la “previsibilidad” o el de la “proximidad”).

incluyendo los precios, los costos, la inflación y las tasas de interés, entre otros factores.

334. Contrariamente a lo que alega Ecuador, el Tribunal no considera que la decisión en *Murphy*⁵³⁷ apoye la postura de que las valuaciones necesariamente deben llevarse a cabo únicamente sobre la base de información *ex ante*. En primer lugar, el tribunal en *Murphy* sostuvo que “[e]l estándar de reparación íntegra tiene por objeto una ‘reparación íntegra’ del daño concreto y real en el que se haya incurrido”, y “proporciona un gran margen de apreciación a los tribunales respecto de la selección del método de valuación apropiado”,⁵³⁸ dos proposiciones que subyacen el análisis del Tribunal *supra*. En segundo lugar, el tribunal en *Murphy* no indicó que el uso de información *ex post* esté prohibido; por el contrario, dicho tribunal sostuvo que “un enfoque *ex-post* no resulta apropiado **en este caso** ya que los datos *ex-post* generados con posterioridad a la venta de *Murphy Ecuador* no reflejan la situación que habría existido en el escenario *contrafáctico*”.⁵³⁹
335. Conforme a la interpretación del Tribunal, *Murphy* confirma de esta manera que los tribunales tienen un gran margen de apreciación al intentar cuantificar el importe de la compensación que eliminará las consecuencias del acto ilícito. Si, en las circunstancias del caso en particular, el uso de información *ex post* es relevante, razonable y confiable, es la opinión de la mayoría que el uso de información *ex post* debe preferirse al uso de información *ex ante*. Tal como se indicara en *Quiborax*, “[e]l Tribunal debe valorar la pérdida con certeza razonable. Si la información *ex post* no es razonablemente cierta, entonces no tendrá otra alternativa que recurrir a información *ex ante* [...] debidamente ajustada”.⁵⁴⁰ Tal como se analiza *infra*, al construir su escenario *contrafáctico*, el Tribunal ha empleado información *ex post* cada vez que ha considerado que ello permite calcular los daños y perjuicios de *Burlington* con certeza razonable.

⁵³⁷ *Murphy c. Ecuador*, Laudo Definitivo Parcial del 6 de mayo de 2016 (**Anexo EL-424**).

⁵³⁸ *Id.*, ¶ 425. Véase también: *Id.*, ¶ 481 (“El estándar aplicable de reparación íntegra conforme al derecho internacional, tal como fuera reflejado en el fallo de *Chorzów Factory* y en el Artículo 31 de los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, no determina la metodología de valuación. Tampoco la determina el Tratado. Los tribunales gozan de un gran margen de apreciación a fin de determinar la forma en la cual un importe pecuniario puede ‘en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, muy probablemente, habría existido si dicho acto no se hubiera cometido’”).

⁵³⁹ *Id.*, ¶ 484 (énfasis agregado). Véase también: ¶ 485.

⁵⁴⁰ *Quiborax c. Bolivia*, Laudo del 16 de septiembre de 2015, ¶ 384.

336. La segunda implicancia de realizar la valuación a la fecha del laudo radica en que el Tribunal debe considerar dos grupos de lucros cesantes: aquellas ganancias que se habrían devengado desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del laudo (lucro cesante pasado) y aquellas ganancias que se habrían devengado desde la fecha del laudo hasta el vencimiento del plazo de los CP acordado contractualmente (lucro cesante futuro).⁵⁴¹ Ambos grupos de flujos de fondos deben ser traídos a valor presente: los flujos de fondos pasados deben actualizarse por medio de la aplicación de una tasa de interés, mientras que los flujos de fondos futuros deben traerse a valor presente por medio de la aplicación de una tasa de descuento. Los flujos de fondos pasados se calculan en base a la información disponible a la fecha en la que dichos flujos de fondos se habrían devengado, mientras que los flujos de fondos futuros se proyectan en base a la última información disponible a la fecha del laudo (o la fecha sustituto más cercana). El Tribunal analiza estas valuaciones en mayor detalle en las siguientes secciones.
337. Por las razones expuestas, la mayoría valorará la compensación debida a Burlington por la expropiación ilícita de su inversión al día 31 de agosto de 2016 (la fecha usada por los peritos financieros de las Partes en su Modelo Conjunto de Valuación Actualizado) como fecha sustituta para la fecha del laudo. La Árbíto Stern está en desacuerdo con este método de valuación.⁵⁴²

⁵⁴¹ La mayoría es consciente de que en el caso *Chorzów* la CPJI razonó que la valuación a la fecha del fallo (Pregunta II) sólo incluiría las ganancias (lucro cesante) entre la fecha de la desposesión y la fecha del fallo si dichas ganancias no habrían sido absorbidas en el costo del mantenimiento, desarrollo y mejora del emprendimiento (*Chorzów*, p. 53). Sin embargo, la CPJI estaba usando un método de valuación sobre la base de activos, de manera de que esas ganancias se habrían agregado al valor de los activos del emprendimiento, creando un riesgo de doble contabilización. Aquí, el Tribunal está usando un método de valuación sobre la base de ingresos (concretamente, el método FCD) que valora la inversión exclusivamente sobre la base del beneficio económico que se espera que genere (ver párrafo 300 *supra*). En consecuencia, en opinión de la mayoría el riesgo de doble contabilización identificado por la CPJI no surge en el presente caso.

⁵⁴² La árbitro Stern está en desacuerdo con el análisis que utiliza información *ex post*, así como en agregar el lucro cesante entre la fecha de la expropiación y la fecha del laudo, ya que está convencida de que esta metodología abre el camino para alguna forma posible de doble contabilización. Para mayor análisis, véase: Opinión Parcialmente Disidente al Laudo del 16 de septiembre de 2015 en *Quiborax S.A. y Non Metallic Minerals S.A. c. Estado Plurinacional de Bolivia* (Caso CIADI N.º ARB/06/2).

4. ¿Deben considerarse los efectos económicos de la Ley 42?

4.1 Posición de Burlington

338. Burlington alega que “al valorar la inversión expropiada de Burlington, [el Tribunal tiene] asignar [pleno] valor a sus derechos contractuales”.⁵⁴³ En particular, la valuación del lucro cesante de Burlington debería aislarse de los efectos económicos de la Ley 42. En otras palabras, la valuación debería asumir que Ecuador habría cumplido con sus obligaciones de absorción impositiva en virtud de los CP. En consecuencia, Burlington argumenta lo siguiente:

- i. Sus flujos de caja deberían valorarse como si Ecuador le hubiera proporcionado a Burlington su participación en la producción sujeta a indemnidad respecto de los efectos de la Ley 42.⁵⁴⁴
- ii. La producción de Burlington debería calcularse tal como habría sido si no hubiera sido por los “*efectos devastadores de los incumplimientos por parte de Ecuador de los CP*”, es decir, suponiendo que Burlington habría continuado con su programa de inversión anterior a la Ley 42. Por consiguiente, al momento de construir el perfil de producción de Burlington, Compass Lexecon asume que la perforación de pozos por parte de Burlington habría sido congruente con su perfil de inversión anterior a la Ley 42, tal como lo describe el Sr. Crick.⁵⁴⁵ Tal como se destacara *supra*, dado que Burlington dejó de invertir en el mes de diciembre de 2007, Compass Lexecon comienza su análisis del lucro cesante en tal fecha.⁵⁴⁶

339. Con respecto a (i), Burlington alega que la valuación de su reclamación debería ignorar los efectos de la Ley 42 por las siguientes razones principales. En primer lugar, apoyándose en los casos *Occidental II* y *SPP*, Burlington argumenta que la indemnización por expropiación “*debe proceder sobre la base de que la inversión expropiada incluye los derechos contractuales que constituían su fundamento*”.⁵⁴⁷ El Tribunal confirmó que el valor de la inversión de Burlington incluía el derecho de recibir su participación en la producción protegida de los efectos económicos de la

⁵⁴³ Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 78:9-11 (Alegato de Apertura, Blackaby).

⁵⁴⁴ Mem., ¶ 76.

⁵⁴⁵ Compass Lexecon, IP1, ¶ 6.

⁵⁴⁶ Mem., ¶ 77.

⁵⁴⁷ *Id.*, ¶ 80, en referencia a: *Occidental c. Ecuador II*, Laudo del 5 de octubre de 2012, ¶¶ 538-539 (**Anexo CL-240**), y Tr. Cuantificación (Día 1) (ENG), 18:13-21:7 (Alegato de Apertura, Paulsson), 28:7-13, 81:7-83-5 (Alegato de Apertura, Coriell), citando: *SPP c. Egipto*.

Ley 42.⁵⁴⁸ En efecto, el Tribunal concluyó que “los derechos contractuales bajo los CP representaron un componente clave en la inversión de Burlington”, que “[e]n virtud de estos derechos contractuales Burlington, a través de su subsidiaria, tuvo acceso a una participación en el petróleo producido” y que estos derechos tuvieron “una incidencia directa en el valor económico de la inversión de Burlington”.⁵⁴⁹ El Tribunal también concluyó que “[l]as cláusulas de absorción de impuestos incluidas en los CP fueron un componente esencial del valor de las inversiones de Burlington”.⁵⁵⁰ No es necesario que el Tribunal declare que la Ley 42 es ilegal o expropiatoria, pero Burlington tiene el derecho de recibir indemnidad respecto de los efectos de la Ley 42, y dicha indemnidad “operaba hasta el vencimiento de los CP”.⁵⁵¹

340. En segundo lugar y en relación con el argumento precedente, Burlington afirma que los daños deben calcularse presumiendo el cumplimiento del marco contractual.⁵⁵² A fin de impedirle a Ecuador que expropie derechos contractuales con impunidad, los daños deben calcularse “como si” Ecuador hubiera cumplido con sus obligaciones contractuales (en otras palabras, “si no hubiera sido por” su incumplimiento de dichas obligaciones).⁵⁵³ En el contexto del caso *Occidental II*, el argumento de Ecuador según el cual la Ley 42 debía tenerse en cuenta al momento de evaluar una “venta hipotética” del Bloque 15 fue rechazado por considerarse que padecía de un “defecto fundamental”, en tanto la inversión de Occidental “estaba protegida de los efectos económicos de la Ley 42”.⁵⁵⁴ En consecuencia, el tribunal en dicho caso resolvió que “lo que debe calcularse es el valor del flujo de caja descontado del Contrato de Participación, sin incluir los incumplimientos de la Demandada”⁵⁵⁵ e ignoró la Ley 42 a efectos de su valuación de la cuantía de daños.⁵⁵⁶ Burlington alega que la solución adoptada en el caso *Occidental II* “es

⁵⁴⁸ Mem., ¶¶ 78-81.

⁵⁴⁹ DR, ¶ 261.

⁵⁵⁰ *Id.*, ¶ 405.

⁵⁵¹ Mem., ¶ 81.

⁵⁵² *Id.*, ¶¶ 69-71.

⁵⁵³ *Id.*, ¶ 69.

⁵⁵⁴ *Id.*, ¶ 70, en referencia a: *Occidental c. Ecuador II*, Laudo del 5 de octubre de 2012, ¶¶ 538-539 (**Anexo CL-240**).

⁵⁵⁵ *Occidental c. Ecuador II*, ¶ 539 (**Anexo CL-240**).

⁵⁵⁶ Mem., ¶ 71.

exigida por el derecho internacional” y debe seguirse “*en las circunstancias actuales, prácticamente idénticas*”.⁵⁵⁷

341. En el mismo sentido, Burlington argumenta que Ecuador no puede invocar su propio incumplimiento contractual a fin de reducir los daños.⁵⁵⁸ Los tribunales arbitrales han aplicado sistemáticamente el principio *nullus commodum capere de sua injuria propria*. En consecuencia, “*para que la ‘reparación íntegra’ elimine todos los efectos de los hechos ilícitos, las medidas que reducen valor adoptadas con anterioridad a una eventual confiscación deben excluirse del cálculo de daños*”.⁵⁵⁹ A modo de ejemplo, en *Phillips Petroleum*, el tribunal resolvió que “*debe excluir de su cálculo de la indemnización cualquier disminución del valor resultante de la confiscación de los bienes de la Demandante o de cualquier amenaza o medida anterior por parte de la Demandada en relación con ella*”.⁵⁶⁰ Del mismo modo, en el caso *Amoco*, el tribunal ignoró cualquier conducta que redujera el valor con anterioridad al incumplimiento.⁵⁶¹ En forma similar, la afirmación en el caso *Chorzów* de que los daños “*no se limitan necesariamente al valor del emprendimiento al momento de la desposesión*” significa que, “*para que la reparación ‘elimine todas las consecuencias’ de la expropiación, las medidas que socavan el valor de una inversión con anterioridad a la confiscación definitiva deben tomarse tan en serio como el acto final que extingue la inversión completamente*”.⁵⁶² En el caso *Sedco*, el tribunal consideró “*sumamente inadecuado*” descontar el valor de una empresa en marcha sobre la base de la conducta ilícita anterior del Estado⁵⁶³ y, en el caso *Azurix*, los daños se determinaron “*en un contexto hipotético donde el Estado no habría recurrido a esas maniobras y habría respetado plenamente las disposiciones del tratado y el contrato en cuestión*”.⁵⁶⁴

⁵⁵⁷ *Id.*, ¶¶ 71, 80.

⁵⁵⁸ Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 81:22-82:8 (Alegato de Apertura, Coriell).

⁵⁵⁹ Mem., ¶ 88 (énfasis en el original).

⁵⁶⁰ *Id.*, ¶ 65; Réplica, ¶ 82, en referencia a: *Phillips Petroleum c. Irán*, Laudo del 29 de junio de 1989, ¶ 135 (**Anexo CL-157**); *Azurix c. Argentina*, Laudo del 14 de julio de 2006, ¶ 417 (**Anexo CL-121**); *Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Company y la República Islámica de Irán* (“*Sedco c. Irán*”), Laudo N.º ITL 309-129-3 del 7 de julio de 1987, ¶ 31 (**Anexo CL-236**).

⁵⁶¹ Mem., ¶ 66, en referencia a: *Amoco c. Irán*, Laudo Parcial del 14 de julio de 1987, ¶ 128 (**Anexo CL-173**).

⁵⁶² Réplica, ¶ 82, citando: *Chorzów*, pág. 47 (**Anexo CL-102**).

⁵⁶³ Réplica, ¶ 95, en referencia a: *Sedco c. Irán*, Laudo del 7 de julio de 1987, ¶¶ 68-69 (**Anexo CL-236**).

⁵⁶⁴ Réplica, ¶ 96, en referencia a: *Azurix c. Argentina*, Laudo del 14 de julio de 2006, ¶ 417 (**Anexo CL-121**).

342. Ante el argumento de Ecuador en el sentido de que el Tribunal no encontró expropiación indirecta en el presente caso, Burlington alega que “[e]l derecho internacional requiere la exclusión de los efectos de cualquier [...] conducta ilícita” y no hay distinción “por categoría de tipo de conductas ilegítimas, siempre y cuando estén relacionadas con la misma empresa o el mismo conjunto de hechos generales. Aquí, cuando hablamos de misma empresa o de conjunto general de hechos generales, estamos hablando de las inversiones en el Bloque 7 y en el Bloque 21”.⁵⁶⁵ Burlington en particular invoca el caso *American International Group*, en que el tribunal aseveró que “[a]l momento de determinar el valor de empresa en marcha de una empresa en un momento anterior en el tiempo a efectos de establecer la cuantía adecuada de la indemnización con motivo de la nacionalización, resulta [...] necesario excluir los efectos de las medidas adoptadas por el Estado nacionalizador en relación con la empresa que pudieron haber reducido su valor”.⁵⁶⁶
343. Aquí, el Tribunal debería seguir el enfoque adoptado en el caso *Occidental II*, en que, en una situación similar, el tribunal (por voto de la mayoría) excluyó los efectos de la Ley 42 de la consideración de los daños.⁵⁶⁷ Según el caso *Occidental II*, los únicos actos que reducen el valor que pueden tenerse en cuenta en la valuación de daños son “las condiciones políticas, sociales y económicas generales”, esto es, actos que no están destinados a la inversión específica y que no la involucran.⁵⁶⁸ En cuanto a la disidencia del caso *Occidental II*, el eje de dicha opinión consistía en afirmar que el contrato contenía una cláusula de renegociación y no de absorción de impuestos.⁵⁶⁹ Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el Tribunal ya ha resuelto que los CP *efectivamente* contienen cláusulas de absorción de impuestos

⁵⁶⁵ Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 93:13-18 (Alegato de Apertura, Coriell).

⁵⁶⁶ *American International Group, Inc. y American Life Insurance Company c. La República Islámica de Irán y Central de Seguros de Irán (Bimeh Markazi Iran)* (“*American International Group c. Irán*”), Caso N.º 2, Laudo N.º 93-2-3 del 19 de diciembre de 1983, 4 IRAN-U.S. C.T.R. 96, pág. 0010 (**Anexo CL-257**).

⁵⁶⁷ Mem., ¶ 89; Réplica, ¶¶ 85-86, citando: *Occidental c. Ecuador II*, Laudo del 5 de octubre de 2012, ¶¶ 542-546 (**Anexo CL-240**); y haciendo referencia a: *American International Group c. Irán*, pág. 107 (**Anexo CL-257**); I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009), ¶ 3.258 (**Anexo CL-263**).

⁵⁶⁸ Réplica, ¶ 88, en referencia a: *Occidental c. Ecuador II*, Laudo del 5 de octubre de 2012, ¶ 542 (**Anexo CL-240**) (citando a *American International Group c. Irán*, Laudo del 19 de diciembre de 1983, pág. 107 (**Anexo CL-257**), y a I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009), ¶ 3.255 (**Anexo CL-263**)).

⁵⁶⁹ Réplica, ¶ 91.

“obligatorias”.⁵⁷⁰ Por ende, la Ley 42 debe ignorarse en el cómputo de los daños futuros de Burlington.

344. Burlington también alega que las defensas de Ecuador deben ignorarse por los siguientes motivos adicionales. Que el Tribunal goce de jurisdicción o no respecto de las reclamaciones contractuales de Burlington carece de relevancia. La reclamación de Burlington es una reclamación en virtud de un tratado y no una reclamación contractual. Burlington no le está pidiendo al Tribunal que admita sus reclamaciones contractuales en virtud de los CP; simplemente le pide al Tribunal que compense el valor de sus inversiones expropiadas, las que incluyen su derecho contractual a la absorción de impuestos en virtud de los CP.⁵⁷¹
345. Asimismo, Burlington insiste en que, tal como se explicara en la Sección VII.C.1.1 *supra*, el argumento de Ecuador sobre renuncia contractual fracasa. El Tribunal ya ha resuelto que las Subsidiarias de Burlington no renunciaron a los derechos subyacentes y que, por lo tanto, Burlington puede invocarlos en aras de perseguir sus reclamaciones en virtud del tratado.⁵⁷² Más específicamente, “*Burlington no renunció a su derecho a ser compensado bajo el Tratado por los efectos de la Ley 42*”.⁵⁷³

4.2 Posición de Ecuador

346. Según Ecuador, el Tribunal debe tener en cuenta los efectos de la Ley 42 al momento de calcular el VJM de la inversión de Burlington.⁵⁷⁴
347. En primer lugar, por las razones expuestas en la Sección VII.V.1.2 *supra*, Ecuador argumenta que el Tribunal carece de jurisdicción respecto de las reclamaciones de Burlington vinculadas a la Ley 42, puesto que se basan en un contrato. Valuar la inversión de Burlington en función de estos derechos contractuales le permitiría a Burlington reintroducir por la puerta trasera reclamaciones que ya se han desestimado.⁵⁷⁵

⁵⁷⁰ Réplica, ¶ 92, citando: DR, ¶ 268.

⁵⁷¹ Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 79:15-81:3; 100:16-101:8 (Alegato de Apertura, Coriell).

⁵⁷² Tr., Cuantificación (Día 1) (ESP), 22:3-9 (Alegato de Apertura, Paulsson), en referencia a: DR, ¶ 199.

⁵⁷³ Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 81:16-18 (Alegato de Apertura, Coriell).

⁵⁷⁴ Dúplica, ¶ 515.

⁵⁷⁵ *Id.*, ¶¶ 317-339.

348. Incluso si el Tribunal considerara que goza de jurisdicción respecto de estas reclamaciones, Ecuador alega que la valuación de la inversión de Burlington debe reflejar los efectos de la Ley 42 por las siguientes razones: (i) como consecuencia de la renuncia de derechos contractuales, un comprador interesado no podría oponer el derecho a ser protegido de los efectos de la Ley 42, y (ii) aun si el argumento de la renuncia fracasa, la Ley 42 no puede interpretarse como una medida reductiva de valor que deba ignorarse a efectos valuatorios.
349. En relación con (i), Ecuador afirma que “*como consecuencia de la renuncia con desistimiento [en inglés, “withdrawal with prejudice”], el supuesto derecho contractual de Burlington de ser protegida de los efectos de la Ley 42 no resulta exigible y, por ende, carece de valor*”.⁵⁷⁶ Esto se debe a que un hipotético comprador interesado se encontraría en la misma posición que un vendedor interesado, a saber, Burlington, cuyas Subsidiarias han “renunciado a la posibilidad de presentar sus reclamaciones bajo los Contratos de Participación en cualquier manera en el futuro”.⁵⁷⁷ Por lo tanto, cualquier comprador interesado se vería impedido de oponer el derecho de recibir indemnidad respecto de los efectos de la Ley 42.⁵⁷⁸ Según Ecuador, esto es así no sólo en cuanto a las reclamaciones contractuales ya existentes de Burlington, sino también en cuanto a sus reclamaciones contractuales futuras.⁵⁷⁹ La alegación de Burlington de que un comprador interesado podría hacer valer reclamaciones nuevas basadas en violaciones nuevas de los derechos contractuales es inútil, en tanto el comprador interesado habría “*adquirido las acciones de Burlington en las Demandantes Contractuales (y no los Contratos de Participación)*” y, por lo tanto, cualquier reclamación planteada en el futuro en función de las cláusulas de renegociación de impuestos “*seguirían siendo las mismas reclamaciones a las que renunciaron las Demandantes en virtud de los Contratos, y no reclamaciones ‘nuevas’*”.⁵⁸⁰
350. En relación con (ii), Ecuador asevera que, incluso en ausencia de renuncia, la Ley 42 no debe interpretarse como una medida reductiva de valor y debe tenerse en cuenta al momento de calcular los daños.⁵⁸¹ Esto es así por dos motivos fundamentales. En primer lugar, un comprador interesado necesariamente habría

⁵⁷⁶ R-EPA, ¶ 135.

⁵⁷⁷ Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 266:12-14 (Alegato de Apertura, Silva Romero).

⁵⁷⁸ R-EPA, ¶ 136.

⁵⁷⁹ R-EPA, ¶ 137.

⁵⁸⁰ Dúplica, ¶ 521.

⁵⁸¹ *Id.*, ¶¶ 527-570.

tenido en cuenta el impacto de la Ley 42 al momento de evaluar el VJM de la inversión. Cualquier valuación de los activos de Burlington debe tener en cuenta el impacto del “*derecho ecuatoriano generalmente aplicable con anterioridad a la fecha de expropiación*”:⁵⁸² la Ley 42 fue debidamente promulgada, y su constitucionalidad fue ratificada por la Corte Constitucional del Ecuador. En consecuencia, un comprador interesado no habría descartado su impacto.⁵⁸³ Una valuación tampoco puede ignorar el impacto de “*restricciones vinculantes y los efectos en el precio de los riesgos existentes*”.⁵⁸⁴ En particular, “[*m*]edidas similares a la Ley 42 son comunes en la industria petrolera y deben considerarse al momento de determinar el precio que un comprador interesado puede aceptar pagar”.⁵⁸⁵ Además, en sus propias negociaciones, Burlington nunca insinuó que los efectos de la Ley 42 debían ignorarse.⁵⁸⁶ En particular, el memorando de ConocoPhillips del mes de mayo de 2007 para la propuesta de venta de sus activos en Ecuador (el “Memorando de Ventas de ConocoPhillips”) hacía referencia a la existencia de la Ley 42, pero no establecía que los CP contenían una cláusula de estabilización de impuestos que eliminaría los efectos de la Ley 42.⁵⁸⁷ Cabe destacar que las ofertas realizadas por posibles compradores en el año 2007 efectivamente tuvieron en cuenta el impacto de la Ley 42 en el cálculo del valor de los Bloques.⁵⁸⁸

351. Como segunda razón para no considerar que la Ley 42 como una medida reductiva de valor, Ecuador afirma que dicha ley no constituye un hecho internacionalmente ilícito.⁵⁸⁹ En su Decisión sobre Responsabilidad, el Tribunal se negó a concluir que dicha Ley era un hecho internacionalmente ilícito, sea al 50%, sea al 99%. Según Ecuador, el Tribunal lo declaró responsable exclusivamente por no haberle pagado indemnización a Burlington luego de su intervención en los Bloques.⁵⁹⁰

352. La Ley 42 tampoco es una medida reductiva de valor destinada a disminuir el valor de la inversión de Burlington.⁵⁹¹ Los casos invocados por Burlington no son pertinentes, ya que tratan respecto de incumplimientos que comprenden hechos

⁵⁸² MC, ¶ 395.

⁵⁸³ Dúplica, ¶¶ 531-532.

⁵⁸⁴ *Id.*, ¶ 530, en referencia a: M. Kantor, Valuation for Arbitration: Uses and Limits of Income-Based Valuation Methods, TDM, Vol. 4, N.º 6, noviembre de 2007) (**Anexo EL-277**).

⁵⁸⁵ MC, ¶ 397.

⁵⁸⁶ Dúplica, ¶¶ 533-536.

⁵⁸⁷ *Id.*, ¶¶ 534, en referencia a: **Anexo E-214**.

⁵⁸⁸ Dúplica, ¶ 536, en referencia a: **Anexos E-215, E-574, E-575, E-576, E-577**.

⁵⁸⁹ Dúplica, ¶¶ 537-544.

⁵⁹⁰ Dúplica, ¶ 543, citando: DR, ¶¶ 433, 457; Dúplica, ¶ 374.

⁵⁹¹ Dúplica, ¶¶ 545-570.

compuestos, como los contemplados en el Artículo 15 de los Artículos de la CDI.⁵⁹² Por ejemplo, en el contexto del caso *Phillips Petroleum*, el tribunal abordó una “cadena de sucesos”, al igual que el tribunal del caso *Azurix* enfrentó “actos cumulativos” que derivaron en violaciones del tratado.⁵⁹³ Los casos *American International* y *Sedco* dejan claro que “sólo cuando las medidas, en su conjunto, están destinadas a reducir el valor de una inversión”, se consideran parte de una expropiación progresiva.⁵⁹⁴ En el presente caso, el Tribunal excluyó la hipótesis de la expropiación progresiva.⁵⁹⁵ La invocación por parte de Burlington de los casos *Sempra* y *Enron* también es inútil. Estos dos casos no sólo se refieren a hechos compuestos, sino que los tribunales negaron la existencia de expropiación y encontraron sólo violaciones del TJE.⁵⁹⁶

353. Según Ecuador, la invocación de *Occidental II* también se encuentra fuera de lugar. De hecho, ese tribunal gozaba de jurisdicción respecto de las reclamaciones contractuales y resolvió que la Ley 42 era violatoria del contrato de participación y, por lo tanto, no satisfacía las expectativas legítimas del inversionista.⁵⁹⁷ Aquí, el Tribunal ya resolvió que la Ley 42 no era violatoria ni de los CP ni del TBI.⁵⁹⁸ La invocación por parte de Burlington (y de *Occidental II*) del tratado de la Prof. Marboe también es errónea, en tanto la cita que invocan se relaciona con medidas destinadas a reducir el valor de una inversión justo antes de la expropiación, lo que no ocurrió aquí.⁵⁹⁹ Ecuador también recuerda que la Prof. Stern emitió una opinión

⁵⁹² MC, ¶ 406; Dúplica, ¶ 548, en referencia a: Artículos de la CDI, Artículo 15 (**Anexo EL-249**) (“Violación consistente en un hecho compuesto: 1. La violación por el Estado de una obligación internacional mediante una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita, tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito. 2. En tal caso, la violación se extiende durante todo el período que comienza con la primera de las acciones u omisiones de la serie y se prolonga mientras esas acciones u omisiones se repiten y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional”).

⁵⁹³ MC, ¶ 406; Dúplica, ¶¶ 550-551, en referencia a: *Phillips Petroleum c. Irán*, Laudo del 29 de junio de 1989, ¶ 101 (**Anexo CL-157**); *Azurix c. Argentina*, Laudo del 14 de julio de 2006, ¶ 418 (**Anexo CL-121**).

⁵⁹⁴ Dúplica, ¶ 552, en referencia a: *American International c. Irán*, Laudo del 19 de diciembre de 1983, pág. 8 (**Anexo CL-57**); *Sedco c. Irán*, Laudo del 7 de julio de 1987, ¶ 31 (**Anexo CL-236**).

⁵⁹⁵ Dúplica, ¶ 554, citando: DR, ¶¶ 538, 540.

⁵⁹⁶ Dúplica, ¶¶ 558-559, en referencia a: *Sempra c. Argentina*, Laudo del 28 de septiembre de 2007, ¶¶ 303, 314 (**Anexo CL-80**); *Enron c. Argentina*, Laudo del 22 de mayo de 2007, ¶¶ 241-250 (**Anexo CL-81**).

⁵⁹⁷ Dúplica, ¶¶ 560-561, en referencia a: *Occidental c. Ecuador II*, Laudo del 5 de octubre de 2012, ¶ 527 (**Anexo CL-240**).

⁵⁹⁸ Dúplica, ¶ 561, en referencia a: DR, ¶¶ 412, 457.

disidente en el caso *Occidental II* por considerar que la Ley 42 debería haberse tenido en cuenta en el cálculo de daños.⁶⁰⁰

354. Por último, tal como argumenta Ecuador, no hay fundamento alguno para invocar los casos *Tippetts y Siemens*, dado que estos casos no abordaban una situación en la que se había renunciado a derechos contractuales. Asimismo, en ambos casos, las cuentas por cobrar bajo análisis no eran objeto de debate al momento de la expropiación.⁶⁰¹
355. Por las razones expuestas, la valuación de la inversión de Burlington debiera reflejar la tributación de ingresos extraordinarios al 99%, al igual que un perfil de producción que asuma que Burlington había hecho pagos en virtud de la Ley 42 y habría continuado haciéndolos.
356. Los informes de Fair Links demuestran cómo el hecho de ignorar la Ley 42 incrementa los ingresos y los volúmenes de producción en USD 409 millones.⁶⁰² Específicamente:
- i. Con respecto a los ingresos, Fair Links “*considera que el 99% de los Ingresos Extraordinarios por encima del Precio de Referencia tendrían que aportarse a Ecuador. Por el contrario, en función de las instrucciones de Burlington, Compass Lexecon incluye todos los Ingresos Extraordinarios en los ingresos de Burlington a efectos de calcular su daño reclamado*”.⁶⁰³

⁵⁹⁹ Dúplica, ¶ 562, en referencia a: *I. Marboe, Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009), ¶ 3.255 (**Anexo CL-263**).

⁶⁰⁰ Dúplica, ¶ 564, en referencia a: *Occidental c. Ecuador II*, Laudo del 5 de octubre de 2012, Opinión Disidente de B. Stern, ¶ 13 (**Anexo EL-240**).

⁶⁰¹ Dúplica, ¶¶ 565-569, en referencia a: *Tippetts c. Irán*, Laudo del 22 de junio de 1984, pág. 228 (**Anexo CL-264**); *Siemens c. Argentina*, Laudo del 6 de febrero de 2007, ¶ 389 (**Anexo CL-79**).

⁶⁰² Dúplica, ¶¶ 586-590. A efectos de aislar el impacto de la Ley 42, Fair Links ha calculado el VJM de los Bloques utilizando todos los supuestos de tasa de descuento y operación de Compass Lexecon del siguiente modo: (a) sumando cifras de producción y CAPEX relacionadas a los pozos nuevos que se habrían perforado (sin la extensión del Bloque 7), y (b) sumando a los ingresos el 99% de los ingresos extraordinarios que se le habrían adeudado a Ecuador de conformidad con la Ley 42.

⁶⁰³ Fair Links IP2, ¶ 42.

- ii. En cuanto a la producción, ignorar la Ley 42 le permite a Burlington alegar que se habrían perforado pozos adicionales en el Bloque 7, lo que, a su vez, afecta la producción de petróleo crudo y los gastos de capital relacionados.⁶⁰⁴

4.3 Análisis

357. Puesto que el estándar de compensación es el de reparación íntegra, la tarea del Tribunal consiste en poner a Burlington en la posición que habría ocupado si no hubiera sido por la expropiación. El Tribunal ha concluido que la expropiación privó a Burlington de la posibilidad de ejercer sus derechos bajo los CP y obtener ingresos de ellos a partir del día 30 de agosto de 2009. Por lo tanto, el Tribunal debe cuantificar la indemnización que reemplazará el valor de los CP. Las Partes coinciden en que esta cuantificación puede efectuarse sobre la base de la capacidad futura de generación de ganancias de los CP a través del método FCD. Este ejercicio requiere calcular - con la mayor exactitud posible - los ingresos que habría obtenido Burlington en virtud de los CP desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del vencimiento programado de los CP en un escenario contrafáctico en el que se considera que la expropiación no ha ocurrido. Aquí, la cuestión consiste en determinar si, al momento de calcular el valor del flujo de ingresos de los CP, el Tribunal debe asumir que los ingresos extraordinarios se tributan al 99% (tal como lo dispone la Ley 42), o que Ecuador absorbe el impacto de este impuesto.
358. En opinión del Tribunal, al momento de cuantificar el valor de los activos expropiados, el Tribunal debe proceder sobre la base de que Burlington tiene derecho a ejercer todos los derechos contractuales que habría tenido en ausencia de la expropiación, y que Ecuador habría cumplido con sus obligaciones contractuales en el futuro. En otras palabras, al momento de construir el escenario contrafáctico en que la expropiación no ha ocurrido, el Tribunal debe asumir que Burlington es titular de los derechos que componían los activos expropiados y que tales derechos se respetan. Esto no significa que el Tribunal exija el cumplimiento de una reclamación contractual. Lo que hace el Tribunal es valuar un activo expropiado, el que las Partes concuerdan está compuesto por un conjunto de derechos que permiten a Burlington obtener ingresos futuros.
359. En este caso, los contratos expropiados incluían una cláusula de absorción de impuestos obligatoria que no puede ignorarse a efectos valuatorios. En efecto, en la

⁶⁰⁴ *Id.*, ¶ 43.

Decisión sobre Responsabilidad, “con el fin de resolver el reclamo sometido al Tribunal”, el Tribunal concluyó que “los CP contemplan los siguientes derechos: (i) el derecho a percibir y vender la participación de la contratista en la producción de petróleo, independientemente del precio del petróleo y de su tasa interna de retorno, sujeto al pago de los impuestos y las participaciones laborales estipuladas en los CP y (ii) el derecho de aplicación de un mecanismo que absorba los efectos de cualquier incremento de la carga tributaria que afecte a la economía de los CP, es decir, el derecho a la absorción de la carga tributaria bajo ciertas condiciones”.⁶⁰⁵

360. Luego de analizar la redacción, el propósito y el contexto pertinentes de los CP,⁶⁰⁶ el Tribunal concluyó que Ecuador tenía la obligación de aplicar un factor de corrección que eliminaría los efectos de la Ley 42.⁶⁰⁷ Esto significaba en la práctica que, después de haber gravado los ingresos extraordinarios de Burlington al 99% (tal como disponía la Ley 42), la participación en la producción de petróleo de Burlington debía aumentarse hasta el punto en que se eliminara el impacto de la Ley 42.⁶⁰⁸ En otras palabras, los ingresos de Burlington debían restablecerse a sus niveles anteriores a la Ley 42. Por consiguiente, los CP otorgaban a Burlington el derecho contractual de generar ingresos como si la Ley 42 no existiera. El Tribunal es consciente de que el tribunal del caso *Perenco* adoptó un razonamiento diferente, pero este Tribunal mantiene su conclusión de que el impacto de los impuestos nuevos debía eliminarse.

⁶⁰⁵ DR, ¶ 335.

⁶⁰⁶ Véase: Artículo 11.7 del CP del Bloque 7 y Artículo 15.2 del CP del Bloque 21, transcritos en DR, ¶¶ 335 y 405, respectivamente.

⁶⁰⁷ Véase: DR, ¶ 327 (“[...] la disposición de modificación tributaria incluida en la Cláusula 11.12 del CP del Bloque 7 requiere la inclusión de un factor de corrección obligatorio que absorba cualquier impacto del incremento o disminución de la carga tributaria que tenga consecuencias en la economía del Contrato”), ¶ 333 (“[...] [la] redacción [de la cláusula de modificación tributaria del CP del Bloque 21] denota la obligatoriedad del ajuste de la participación en la producción de petróleo de las partes ‘para restablecer la economía del contrato, vigente hasta antes de la modificación tributaria’) y ¶ 334 (“[...] la aplicación del factor de corrección es obligatoria cuando una carga tributaria afecta la economía de los CP de los Bloques 7 o 21. Este factor de corrección debe tener tal magnitud que permita borrar el impacto de la carga tributaria sobre la economía de los CP. En otras palabras, el factor de corrección debe restaurar la economía de los CP a su nivel anterior a la modificación provocada por esa carga tributaria”).

⁶⁰⁸ Véase: DR, ¶ 315 (“[...] la economía de los CP no era una función de la proyección del precio del petróleo de USD 15/barril ni de la TIR de la contratista de 15%. Por el contrario, la economía de los CP le dio derecho a la contratista a percibir la participación petrolera, disponer de ella en el mercado independientemente del precio, y así recibir el valor de mercado de su participación en la producción de petróleo, sujeto a los impuestos correspondientes y a las disposiciones contractuales sobre los nuevos impuestos”).

361. Tal como se determinara en la Decisión sobre Responsabilidad, “[l]as cláusulas de absorción de impuestos incluidas en los CP fueron un componente esencial del valor de las inversiones de Burlington”.⁶⁰⁹ En consecuencia, el valor de los activos expropiados a futuro incluye el derecho a la aplicación de un factor de corrección que eliminaría los efectos de la Ley 42.
362. Se desprende de lo anterior que al momento de calcular el flujo de ingresos futuros de los CP, deben ignorarse los efectos de la Ley 42. Esto no se debe a que la Ley 42 fuera un hecho internacionalmente ilícito o una medida reductiva de valor de otro modo ilícita. Se debe a que Ecuador tenía la obligación contractual de aplicar un factor de corrección que “borrar[ía] el impacto de la carga tributaria sobre la economía de los CP”,⁶¹⁰ y ese derecho constituye “un componente esencial del valor de las inversiones de Burlington”.⁶¹¹ El hecho de que Ecuador hubiera incumplido esta obligación contractual en el pasado⁶¹² y amenazara con hacerlo en el futuro no puede disminuir la responsabilidad de Ecuador. Tal como observara el Tribunal de Reclamaciones Irán-EE. UU. en el contexto del caso *Tippetts*, “[e]s un principio bien reconocido en muchos sistemas locales y en el derecho internacional que nadie puede recibir beneficio de su propia ilicitud, *nullus commodum capere de sua injuria propria*”.⁶¹³ En particular, al momento de cuantificar el valor de una empresa en marcha, el Tribunal debe ignorar los efectos de las medidas reductivas de valor adoptadas por el Estado en relación con la inversión.⁶¹⁴
363. El hecho de que el Tribunal haya resuelto que los incumplimientos por parte de Ecuador de las cláusulas de absorción de impuestos de los CP no constituyeron una expropiación no modifica esta conclusión. El Tribunal debe cuantificar el valor de lo que se expropió, y lo que se expropió fueron contratos que preveían, *inter alia*,

⁶⁰⁹ DR, ¶ 405.

⁶¹⁰ DR, ¶ 334.

⁶¹¹ DR, ¶ 405.

⁶¹² Véase, por ejemplo: DR, ¶¶ 417-419.

⁶¹³ *Tippetts c. Irán*, Laudo del 22 de junio de 1984, pág. 228 (**Anexo CL-264**).

⁶¹⁴ Véase, por ejemplo: *American International Group c. Irán*, Laudo del 19 de diciembre de 1983, pág. 9 (**Anexo CL-257**) (“Al momento de determinar el valor de una empresa en marcha en un momento anterior en el tiempo a efectos de establecer la cuantía adecuada de la indemnización por nacionalización, resulta [...] necesario excluir los efectos de las medidas adoptadas por el Estado nacionalizador en relación con la empresa que pudieron haber reducido su valor”). Véase también: *Phillips Petroleum c. Irán*, Laudo del 29 de junio de 1989, ¶ 135 (**Anexo CL-157**), haciendo referencia a: *American International* (“[S]e encuentra bien establecido que el Tribunal debe excluir del cálculo de la indemnización cualquier disminución del valor resultante de la expropiación de los bienes de la Demandante o de cualquier amenaza o medida anterior por parte de la Demandada en relación con ella”).

el derecho a la absorción de impuestos. Ello tampoco es inconsistente con el rechazo del Tribunal de la reclamación de Burlington por las cuotas pasadas de la Ley 42: las cláusulas de absorción de impuestos forman parte del activo que se expropió, por lo que, al momento de construir el escenario contrafáctico, el Tribunal debe asumir que estas cláusulas se aplican. Por el contrario, los créditos de Burlington en contra de Ecuador por los montos adeudados por Ecuador como resultado de la aplicación de estas cláusulas *antes* de la expropiación no fueron expropiados por la toma de posesión de los Bloques por parte de Ecuador.

364. Por lo tanto, el valor de la inversión de Burlington debe asumir que Burlington puede ejercer sus derechos contractuales, incluyendo el derecho a la absorción de impuestos. No obstante, Ecuador alega que, “*como consecuencia de la renuncia con desistimiento [en inglés, “withdrawal with prejudice”], el supuesto derecho contractual de Burlington de verse protegida contra los efectos de la Ley 42 no puede hacerse valer y, por ende, carece de valor*”.⁶¹⁵ Ello es así presuntamente porque un comprador interesado hipotético se encontraría en la misma posición que Burlington, cuyas Subsidiarias “han renunciado a la posibilidad de volver a presentar sus reclamos bajo los [CP] en cualquier forma en el futuro”.⁶¹⁶ Según Ecuador, un comprador interesado se vería impedido de oponer el derecho de recibir indemnidad respecto de los efectos de la Ley 42.⁶¹⁷
365. El Tribunal no puede coincidir. En primer lugar, si bien el Tribunal resolvió que “las Subsidiarias de Burlington han renunciado a la posibilidad de volver a presentar sus reclamos bajo los CP en cualquier forma en el futuro”, también consideró que “[n]o han renunciado a los derechos subyacentes y Burlington puede, por tanto, basarse en estos derechos subyacentes para llevar adelante sus reclamos bajo el Tratado en este arbitraje”.⁶¹⁸ Por consiguiente, estos derechos subyacentes deben tenerse en cuenta al momento de valorar la inversión expropiada de Burlington.
366. En segundo lugar y lo que es más importante aún, en tanto el estándar de compensación es el de reparación íntegra, el Tribunal debe valorar lo que Burlington perdió como consecuencia de la expropiación. Lo que Burlington perdió fue un contrato con un conjunto completo de derechos, cada uno de los cuales debe recibir su valor. Aunque las Partes coinciden en que el Tribunal debe buscar el VJM de

⁶¹⁵ R-EPA, ¶ 135.

⁶¹⁶ Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 266:12-14 (Alegato de Apertura, Silva Romero), citando: DR, ¶ 199.

⁶¹⁷ R-EPA, ¶ 136.

⁶¹⁸ DR, ¶ 199.

estos derechos, el Tribunal no está obligado a aplicar la analogía “comprador interesado-vendedor interesado”. Esta analogía es sólo una herramienta para calcular el VJM de la inversión expropiada, que ha de utilizarse siempre y cuando ayude a cuantificar en forma adecuada la pérdida del inversionista y en ese momento. Tal como Burlington argumentara durante la Audiencia, como consecuencia de la expropiación, Burlington no perdió la oportunidad de vender sus derechos contractuales, sino que perdió la oportunidad de ejercerlos.⁶¹⁹ Por lo tanto, la cuestión pertinente no consiste en determinar si un comprador hipotético habría pagado el valor total de los CP, sino cuál es el valor que Burlington habría obtenido al ejercer los derechos en virtud de los CP si éstos no hubiesen sido expropiados.

367. El tribunal del caso *Occidental II* adoptó un razonamiento similar. Al momento de abordar el argumento de Ecuador según el cual los flujos de caja futuros debían tener en cuenta el efecto de la Ley 42, dicho tribunal concluyó que este argumento “padec[ía] de un defecto fundamental”, en tanto el criterio pertinente no era lo que un comprador hipotético pagaría en las circunstancias actuales, sino lo que las demandantes habían perdido:

“Resulta obvio que un tercero hipotético no pagaría más de lo que se encuentre justificado por los posibles retornos sobre una inversión y que la Ley 42 tendría que aparecer en una evaluación de cuáles serían esos retornos (ya sea por el riesgo de su aplicación continuada o porque Ecuador insistiría en ello como un prerrequisito para la autorización). Sin embargo, preguntar qué es lo que pagaría un inversor hipotético en virtud de la Ley 42, la cual el Tribunal ha caracterizado como violatoria del Contrato de Participación, es irrelevante para evaluar qué es lo que OEPC, cuyo contrato la protegía frente a factores como la Ley 42, realmente perdió. Cabe reiterar que la pregunta a responder no es “qué es lo que pagaría un comprador hipotético en las circunstancias actuales”, sino “qué perdieron las Demandantes”. El valor justo de mercado sirve como guía para responder a este interrogante, pero lo que debe calcularse es el valor del flujo de caja descontado del Contrato de Participación (es decir, del Bloque 15), sin incluir los incumplimientos (como por ejemplo, la Ley 42) de la Demandada”.⁶²⁰

368. Por estas razones, el Tribunal concluye que la reclamación de lucro cesante de Burlington debe valorarse suponiendo el cumplimiento por parte de Ecuador de sus

⁶¹⁹ Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 102:6-11 (Alegato de Apertura, Coriell).

⁶²⁰ *Occidental c. Ecuador II*, Laudo del 5 de octubre de 2012, ¶ 539 (**Anexo CL-240**). El Tribunal resalta que esta parte del razonamiento del tribunal del caso *Occidental* no se vio afectada por la anulación parcial (véase: *Occidental c. Ecuador II*, Decisión sobre Anulación del 2 de noviembre de 2015, ¶ 590(1) y (2)).

obligaciones contractuales en virtud de los CP, en particular, sus obligaciones de absorción de impuestos. Tal como el Tribunal analiza en más detalle *infra*, esto significa que debe ignorarse el efecto de la Ley 42 al momento de calcular los valores de producción que dan lugar a los flujos de caja proyectados sobre la base de los cuales se calculan los daños y perjuicios de Burlington.

5. Cálculo de los flujos de caja

369. Habiendo determinado que la metodología de valoración adecuada es el método FCD, el Tribunal debe ahora calcular los flujos de caja perdidos por Burlington. A tal efecto, se referirá primero al Modelo Actualizado (Sección 5.1). A continuación, examinará las variables y supuestos propuestos por las Partes para calcular dichos flujos de caja perdidos (Sección 5.2). Luego abordará la distinción entre los flujos de caja pasados y futuros, incluyendo la actualización pertinente o la tasa de descuento aplicable a cada uno de ellos (Sección 5.3). Después procederá a analizar la secuencia del análisis FCD (Sección 5.4) y finalizará con el cálculo de los flujos de caja perdidos, para lo cual se ha basado en el Modelo Actualizado (Sección 5.5).

5.1 El Modelo Actualizado

370. Para calcular los flujos de caja perdidos (pasados y futuros) de Burlington, el Tribunal se ha basado en el Modelo Conjunto de Valuación (el “Modelo”) provisto por los peritos de daños de las Partes. El Modelo fue preparado en conjunto por las firmas Compass Lexecon y Fair Links de conformidad con la invitación y las especificaciones del Tribunal contenidas en la Resolución Procesal N.º 29.⁶²¹ Concretamente, el Tribunal pidió a los peritos que prepararan conjuntamente un modelo de valuación que le permitiera elegir entre las distintas variables propuestas por las Partes para el cálculo de los flujos de caja tal como fuera especificado por el Tribunal. Los peritos presentaron una primera versión del Modelo, junto con un memorando explicativo, el 24 de abril de 2015. Ante la invitación del Tribunal,⁶²² los peritos actualizaron el Modelo el 20 de septiembre de 2016 (el “Modelo Actualizado”), una vez más con un memorando de explicación conjunto (el “Memorando Conjunto”). Las Partes brindaron sus comentarios respecto del Modelo Conjunto de Valuación Actualizado el día 4 de octubre de 2016.

⁶²¹ RP29 de fecha 13 de marzo de 2015.

⁶²² Carta del Tribunal del 27 de julio de 2016.

371. Burlington concuerda esencialmente con el Modelo Actualizado.⁶²³ Ecuador, por el contrario, ha expresado determinadas reservas respecto de la precisión y la confiabilidad del modelo. Resalta que fundamentalmente está en desacuerdo con algunos de los supuestos técnicos y legales sobre los que se basa el modelo. También le preocupan las salvedades planteadas por los peritos en su Memorando Conjunto. En consecuencia, “[a]nte las numerosas limitaciones inherentes al Modelo Actualizado, Ecuador le solicita al Tribunal que ejerza la máxima cautela en la confianza que pueda depositar en dicho Modelo a los efectos de la cuantificación”.⁶²⁴
372. El Tribunal no puede aceptar la sugerencia de Ecuador de que el Modelo Actualizado es defectuoso porque contiene supuestos legales y técnicos con los que Ecuador disiente. Por definición, un modelo conjunto de valuación debe contener los supuestos legales y técnicos de cada parte, independientemente de su mérito. Le corresponde entonces al Tribunal elegir los que considere bien fundamentados para realizar su cálculo.
373. El Tribunal observa que los peritos declararon conjuntamente que “estaban de acuerdo con las funcionalidades, los cómputos y los cálculos del Modelo Conjunto basados en las opciones que [les] ofreció el Tribunal, en los casos en que fuera posible (no todos los requisitos del Tribunal pudieron implementarse)”.⁶²⁵ Dicho esto, el Tribunal ha analizado las advertencias planteadas por los peritos en su Memorando Conjunto (la mayoría de las cuales se refieren a funcionalidades que no pudieron aplicarse y, por lo tanto, requieren aproximaciones),⁶²⁶ y las objeciones específicas de Ecuador. Como consecuencia de las elecciones del Tribunal en las secciones que siguen, algunas de estas advertencias devienen abstractas, y el Tribunal aborda aquellas que continúan siendo relevantes en el contexto de la variable pertinente.

⁶²³ Carta de Burlington del 4 de octubre de 2016.

⁶²⁴ Carta de Ecuador del 4 de octubre de 2016, págs. 1-2.

⁶²⁵ Memorando Conjunto de Compass Lexecon y Fair Links, “Vista General del Modelo Conjunto de Valuación Actualizado preparado en Respuesta a la Carta del mes de julio de 2016”, ¶ 3.

⁶²⁶ Véase, por ejemplo: *Id.*, ¶¶ 19-21.

5.2 Variables y supuestos para los flujos de caja

374. El Tribunal comenzará con el perfil de producción (Sección 5.2.1), seguido de los precios del petróleo crudo (Sección 5.2.2), los gastos operativos (Sección 5.2.3), los gastos de capital (Sección 5.2.4) y los impuestos (5.2.5).

5.2.1 Perfil de producción

a. Posición de Burlington

375. Compass Lexecon realiza la valuación de la inversión de Burlington “en un escenario hipotético en el cual Ecuador cumplió con sus obligaciones legales respecto de la absorción de impuestos”.⁶²⁷ Explica que “[e]n tal escenario, [Burlington] habría contado con incentivos económicos para invertir en nuevas perforaciones, lo cual, según Burlington y según lo descrito por el Sr. Crick, habría resultado en una producción adicional de nuevos pozos a partir del mes de diciembre de 2007 en el caso del Bloque 7, y el mes de enero de 2008 en el caso del Bloque 21. En consecuencia, la inversión [de Burlington] y su perfil de producción hubiese diferido de lo efectivamente observado tanto en el Bloque 7 como en el Bloque 21 a partir del año 2007”.⁶²⁸
376. Según Burlington, sería inadecuado apoyarse en un perfil de producción basado en la inversión real a la fecha de la expropiación, ya que la producción real se vio disminuida por las medidas ilícitas de reducción de valor tomadas por Ecuador. Los señores Martínez y Crick confirmaron que el incumplimiento de Ecuador respecto de la absorción del impuesto con alícuota del 50% afectó el incentivo para continuar invirtiendo,⁶²⁹ Con la aplicación del impuesto al 99%, “se eliminó la viabilidad de cualquier otra inversión”, y hacia fines del año 2007, cesaron todas las inversiones.⁶³⁰ Por consiguiente, la producción real fue “mucho menor” a la del escenario contrafáctico. Si Ecuador hubiese absorbido el impuesto, el Consorcio habría tenido “el incentivo económico para continuar” invirtiendo.⁶³¹
377. Como resultado de ello, Burlington argumenta que tiene derecho a “una indemnización que represente el valor actual de la producción incremental que

⁶²⁷ Compass Lexecon IP1, ¶ 14.

⁶²⁸ *Ibid.*

⁶²⁹ Mem., ¶ 83, en referencia a: Martínez DT1 Supl., ¶¶ 15-18; Martínez DT4 Supl., ¶¶ 5-8; Crick DT, ¶¶ 5-10, 22-24, 103.

⁶³⁰ Mem., ¶ 83, en referencia a: Planes Quinquenales (**Anexo C-187**); Martínez DT1 Supl., ¶¶ 19-21; Martínez DT4 Supl., ¶¶ 5-8.

⁶³¹ Mem., ¶ 86.

habría generado a partir del mes diciembre de 2007, si los actos ilícitos de Ecuador no hubieran forzado al Consorcio a restringir, y luego cesar, su inversión”.⁶³² Burlington subraya además que sólo pretende una indemnización por “la disminución de la inversión y la producción resultante a partir del mes de diciembre de 2007” (es decir, luego de la imposición de la alícuota del 99% y no a partir del mes abril de 2006 con el impuesto de alícuota del 50%).⁶³³

378. Compass Lexecon se basa en las proyecciones de volumen de producción que se encuentran en las declaraciones testimoniales del Sr. Crick.⁶³⁴ En las declaraciones testimoniales del Sr. Crick se proyecta cuánto petróleo habría sido producido por el Consorcio de los campos petrolíferos en los Bloques 7 y 21 si el Consorcio hubiese podido continuar sus operaciones hasta la extinción del plazo contractual de cada Bloque (8 de junio de 2021, en el caso del Bloque 21 y 16 Agosto de 2010, en el caso del Bloque 7).⁶³⁵ Al realizar tales proyecciones, el Sr. Crick asume el cumplimiento de Ecuador con sus obligaciones en virtud de los CP.⁶³⁶
379. El Sr. Crick calculó los volúmenes de producción perdidos en base a la cantidad de pozos existentes al momento de la desposesión, así como los pozos incrementales que habrían sido perforados en ausencia de la expropiación.⁶³⁷ Luego aplicó una “tasa de producción/declinación” a ambos conjuntos de pozos para determinar la cantidad de barriles de petróleo que producirían los pozos.⁶³⁸ Concretamente:
- i. Con respecto a los pozos existentes, el análisis de producción del Sr. Crick se basó en datos reales de producción de petróleo resultantes de los registros de Perenco y de los registros exhibidos por Ecuador.⁶³⁹ En los casos en que fuera adecuado, el Sr. Crick extendió los valores de producción de pozos al futuro utilizando técnicas de ingeniería estándar.⁶⁴⁰

⁶³² *Id.*, ¶ 87.

⁶³³ *Ibid.*, nota 127.

⁶³⁴ Compass Lexecon IP1, ¶ 6.

⁶³⁵ Crick DT1, ¶ 5. El Sr. Crick también proyecta un escenario alternativo en el cual asume que el contrato del Bloque 7 se habría prorrogado hasta el mes de agosto del año 2018, sobre el que se basa Compass Lexecon para realizar su valuación de la prórroga del Bloque 7 y es irrelevante aquí.

⁶³⁶ *Ibid.*

⁶³⁷ Crick, DT1, ¶¶ 5-6.

⁶³⁸ Mem., ¶ 157.

⁶³⁹ Crick DT1, ¶ 6.

⁶⁴⁰ *Ibid.*

- ii. Con respecto a los pozos incrementales, el Sr. Crick explica que el programa de inversión adicional del Consorcio refleja lo que un inversionista razonable y prudente habría invertido de no estar limitado por las violaciones de Ecuador.⁶⁴¹ Luego de determinar la cantidad de pozos incrementales que el Consorcio habría perforado en cada Bloque, el Sr. Crick aplicó “*un cronograma de perforación razonable para dicho Bloque que tiene en cuenta las prácticas históricas de Perenco, su capacidad financiera y el equipo que estaría disponible a tal fin*”.⁶⁴² Luego proyectó la producción de los nuevos pozos utilizando datos que incluyen desde información sísmica a datos reales de producción de los pozos existentes. El Sr. Crick adoptó diferentes enfoques para realizar sus cálculos dependiendo de las características del campo (por ejemplo, para Oso, las tasas reales de producción y declinación; y para Lobo y CPUF, simulaciones de inyección de agua).⁶⁴³

380. El Sr. Crick concluye que, si no hubiera sido por la expropiación y haciendo caso omiso de los efectos de la Ley 42, el Consorcio habría producido **17,7 millones de barriles de petróleo** en el Bloque 7 desde el mes de diciembre de 2007 hasta el mes de agosto de 2010 (la fecha de extinción prevista del CP del Bloque 7), de la siguiente manera:⁶⁴⁴

- i. La producción de pozos existentes (68 al momento de la expropiación)⁶⁴⁵ entre el mes de diciembre de 2007 y el mes de agosto de 2010 habría sido de **4,3 millones de barriles** de petróleo.⁶⁴⁶ Éste fue el volumen real producido por Petroamazonas de los pozos existentes durante ese período y el Sr. Crick asume que Perenco habría producido la misma cantidad.⁶⁴⁷
- ii. Respecto a la producción de pozos incrementales, el Sr. Crick explica que “[s/] *Perenco no hubiera obtenido una prórroga, habría continuado el programa de perforación de Oso, por lejos el proyecto más grande e importante del Bloque 7*”, a razón de un pozo por mes, pero habría dejado de realizar nuevas

⁶⁴¹ Mem., ¶ 87, en referencia a: Crick DT1, ¶¶ 5, 9-10; como así también: Martínez DT4 Supl., ¶ 7.

⁶⁴² Crick DT1, ¶ 6.

⁶⁴³ Mem., ¶ 168.

⁶⁴⁴ El Sr. Crick también proporciona una proyección para el Bloque 7 en un escenario de prórroga. Sin embargo, como el Tribunal ha rechazado esta categoría de daño, ignorará dicha proyección por razones de eficiencia procesal.

⁶⁴⁵ Según Compass Lexecon, IP1, ¶ 40.

⁶⁴⁶ Crick DT1, ¶¶ 139-142 y Figura 1.

⁶⁴⁷ *Id.*, ¶¶ 139, 142.

inversiones un año antes de la extinción del contrato.⁶⁴⁸ Por consiguiente, el Sr. Crick calcula que se habrían perforado 21 pozos adicionales en el Bloque 7, concretamente en el campo Oso, desde el mes de diciembre de 2007 hasta el mes de agosto de 2009, lo cual habría resultado en una producción de 13,4 millones de barriles en el caso de los 21 nuevos pozos.⁶⁴⁹ Para calcular la producción de estos nuevos pozos, el Sr. Crick aplicó una correlación para la tasa inicial y luego una curva de declinación basada en una curva tipo derivada de los pozos existentes.⁶⁵⁰

381. Según el Sr. Crick, este cronograma y su proyección son razonables, lo cual es confirmado por la perforación y producción real de Petroamazonas desde la expropiación.⁶⁵¹ El Sr. Crick señala en particular que el Informe de Reservas de Ryder Scott del año 2013⁶⁵² “*demuestra que Petroamazonas está planeando perforar más pozos en Oso de lo que se contemplaba en el plan de desarrollo de Perenco del año 2008, y proyecta volúmenes recuperables totales de petróleo mayores a los proyectados [por el Sr. Crick] en el caso de la prórroga hasta el año 2018*”.⁶⁵³ Para el mes de junio de 2013, Petroamazonas había perforado 88 pozos dentro del campo Oso (los primeros 21 en tan solo 18 meses),⁶⁵⁴ y había declarado que perforaría 110 más.⁶⁵⁵ Asimismo, el Informe de Fin de Año de Petroamazonas para el año 2013 indica que habían 761 millones de barriles de petróleo en sitio, lo cual excede cuatro veces la proyección de Perenco para el año 2008 (175 millones de barriles).⁶⁵⁶ El Sr. Crick concluye que “*el campo Oso del Bloque 7 era un campo*

⁶⁴⁸ *Id.*, ¶ 140.

⁶⁴⁹ Mem., ¶ 164; Réplica, ¶ 182; Crick DT1, ¶¶ 140, 165-172, revisado por Crick DT3, Apéndice A. El Sr. Crick también opinó que el Consorcio habría perforado otros 70 pozos si el CP del Bloque 7 se hubiera prorrogado hasta el año 2018, mediante la producción de otros 105,8 millones de barriles (hasta alcanzar una proyección total de 125,7 millones) (Réplica, ¶¶ 134, 182; Crick DT1, ¶¶ 145-148, revisada por Crick DT3, Apéndice A). Como se menciona en la nota 644 *supra*, esta proyección carece de relevancia en el contexto de esta reclamación.

⁶⁵⁰ Crick DT1, ¶¶ 173-178; Tr. Cuantificación (Día 2) (ESP), 395:10-20 (Interrogatorio directo, Crick); Presentación Directa, Diapositiva 26.

⁶⁵¹ Crick DT1, ¶¶ 139-144.

⁶⁵² Informe de fecha 20 de octubre de 2013 preparado por la consultora de gas y petróleo Ryder Scott Company a petición de Petroamazonas sobre las reservas probadas, probables y posibles dentro de los Bloques 7 y 21 al día 30 de junio de 2013 (**Anexo D de Crick DT2 y Anexo C-493**).

⁶⁵³ Crick DT2, ¶ 8.

⁶⁵⁴ *Id.*, ¶ 140.

⁶⁵⁵ Tr. Cuantificación (Día 2) (ESP), 398:18-21 (Interrogatorio Directo, Crick).

⁶⁵⁶ Tr. Cuantificación (Día 2) (ESP), 394:7-13; 398:15-16 (Interrogatorio Directo, Crick); **Anexo C-492**.

muy bueno que seguía mejorando, y que habría sido perforado enérgicamente, como lo hace Petroamazonas en la actualidad".⁶⁵⁷

382. En relación con el Bloque 21, el Sr. Crick proyecta que, si no hubiera sido por la expropiación y la Ley 42, el Consorcio habría producido un total de **37,9 millones de barriles de petróleo**, como se explica a continuación:

- i. Con respecto a los pozos existentes, el Sr. Crick prevé la producción de los 33 pozos ubicados en el campo de Yuralpa a la fecha de la expropiación⁶⁵⁸ sobre la base de su producción histórica hasta el mes de agosto de 2009, así como los datos de producción reales de Petroamazonas.⁶⁵⁹ El Sr. Crick preparó inicialmente su proyección sobre la base del análisis de curvas tipo.⁶⁶⁰ Según el Sr. Crick, el desempeño real de los pozos perforados por Perenco refleja una declinación inicial de la producción del pozo del 43% que se estabilizó en un 9%, lo cual queda confirmado por el desempeño real de los pozos perforados por Petroamazonas.⁶⁶¹ Sobre esa base, el Sr. Crick calculó que la recuperación total de los pozos existentes en el Bloque 21 hasta el mes de junio de 2021 sería de 25,7 millones de barriles.⁶⁶²
- ii. En relación con los pozos incrementales, el Sr. Crick comienza por explicar que *"[a] fines del mes de marzo de 2013, el Hollín Principal de Yuralpa había producido 35,2 millones de barriles, sólo un 10% del petróleo original en sitio"*, lo que *"confirma la baja eficiencia de barrido volumétrico de los pozos actuales e implica que son necesarios muchos más pozos nuevos para drenar*

⁶⁵⁷ Crick DT2, ¶ 8.

⁶⁵⁸ El Sr. Crick explica que el campo Yuralpa es el único campo productor dentro del Bloque 21 (Crick, DT1, ¶ 32). Asimismo, explica que para el momento en que Perenco cesó la perforación había 32 pozos capaces de producir y 31 pozos que ya se encontraban produciendo. Crick DT ¶98; véanse también: Figuras 9 y 11, Crick DT1, páginas 26, 28 y Tr. Cuantificación (Día 2) (ESP), 379:18-19 (Interrogatorio Directo, Crick), en relación con la Diapositiva 9 de la Presentación Directa del Sr. Crick. Véase también: Estudio de Simulación de Yuralpa, Anexo E a Crick DT1, pág. 2. Dicho esto, la tabla incluida en el párrafo 190 de la Segunda Declaración Testimonial del Sr. Crick se refiere a 33 pozos existentes.

⁶⁵⁹ Crick DT1, ¶¶ 66-92.

⁶⁶⁰ Crick DT2, ¶¶ 11-36. El Dr. Strickland explica que el análisis de curvas tipo "grafica la tasa de petróleo en función del tiempo para múltiples pozos ubicados en el mismo gráfico. El tiempo reflejado en el eje x suele presentarse como meses desde la fecha de la primera producción en lugar del tiempo como una fecha del calendario. Por lo tanto, en este tipo de gráfico, todos los pozos comienzan al mismo tiempo (0) independientemente de la fecha calendario en la que se perforó cada pozo. En cada punto en el tiempo, se calcula la tasa media de todos los pozos combinados. El Sr. Crick utilizó este promedio para desarrollar sus tasas de declinación para la producción de pozos futuros". (Strickland IP, ¶ 46).

⁶⁶¹ Crick DT1, ¶¶ 66-92.

⁶⁶² Véase: Tabla en Mem., ¶ 162.

adecuadamente el reservorio".⁶⁶³ Luego de descontar la zona periférica del reservorio (que Perenco no esperaba desarrollar debido a su bajo espesor de petróleo), "el volumen de petróleo originalmente considerado como desarrollable se reduce a 246 millones de barriles".⁶⁶⁴ Esto significa que "los pozos del Hollín Principal de Yuralpa han producido un 14,3% del petróleo desarrollable", que es un porcentaje bajo, lo cual demuestra que "todavía hay una gran cantidad de petróleo no drenado en sitio".⁶⁶⁵ El Sr. Crick proyecta que el Consorcio habría perforado otros 24 pozos hasta el año 2021, si no hubiera sido por la conducta ilícita de Ecuador, 21 de los cuales habrían consistido en perforaciones de "relleno" (es decir, perforaciones que "rellenarían" las áreas de petróleo no recuperado entre los pozos existentes) en el centro del reservorio (el área de 1900 acres con una columna de petróleo de más de 90 pies), y 3 pozos adicionales fuera de esa zona.⁶⁶⁶ El Sr. Crick asume una tasa de perforación de un pozo por mes (lo cual es consistente con la tasa de perforación histórica de Perenco),⁶⁶⁷ comenzando en el mes de enero de 2008⁶⁶⁸ y finalizando en el mes de diciembre de 2009.⁶⁶⁹ Basándose inicialmente en un análisis de curvas tipo y aplicando los datos empíricos sobre la producción inicial promedio y las tasas de declinación,⁶⁷⁰ el Sr. Crick proyecta que el Consorcio habría recuperado 12,2 millones de barriles adicionales de esos 24 pozos⁶⁷¹ (lo cual, sumado a los

⁶⁶³ Crick DT1, ¶ 93.

⁶⁶⁴ *Id.*, ¶ 95.

⁶⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶⁶ Mem., ¶ 165, Réplica, ¶ 134; Crick DT1, ¶¶ 98-101.

⁶⁶⁷ Crick, DT1 ¶¶ 102-107.

⁶⁶⁸ El Sr. Crick explica que Perenco dejó de perforar en Yuralpa el 10 de febrero de 2007 debido principalmente a la incertidumbre y a las sanciones económicas creadas por la Ley 42, pero no asume una perforación continua del Bloque 21. Por el contrario, como Perenco ya estaba realizando un estudio de campo para entender mejor la naturaleza del yacimiento, el Sr. Crick asume que Perenco habría dejado de perforar en el mes de febrero del año 2007, habría esperado los resultados del estudio, y habría reanudado la perforación el 1 de enero de 2008. *Id.*, ¶¶ 103-104.

⁶⁶⁹ El Sr. Crick explica que perforar los 24 pozos nuevos habría tardado dos años, y aunque "[p]ozos adicionales podrían haber sido más rentables, [...] resulta difícil predecir cuánto petróleo permanecería disponible para tales pozos una vez que se hubieran implementado las mejoras de bombeo y los cierres de agua". Por consiguiente, asumió que no se realizarían perforaciones en el campo Yuralpa luego del mes de diciembre del año 2009. *Id.*, ¶ 107.

⁶⁷⁰ Tal como lo resumiera el Dr. Strickland, la proyección de recuperación del Sr. Crick para pozos futuros "se basó en (1) la tasa inicial de petróleo (conocida para los pozos existentes y proyectada para los pozos nuevos); y (2) la tasa media de declinación de la producción". (Strickland IP, ¶ 45).

⁶⁷¹ Crick DT1, ¶¶ 108-118, 136.

25,7 millones de barriles de los pozos existentes, resulta en una proyección de producción total de 37,9 millones de barriles).⁶⁷²

383. El Sr. Crick utilizó cuatro métodos diferentes para proyectar la producción de petróleo en el campo Yuralpa: (i) análisis de curvas de tipo; (ii) análisis individual de curvas de disminución para los pozos existentes (su metodología inicial); (iii) el modelo de simulación de campo completo de Yuralpa realizado en el año 2007, y (iv) el mismo modelo, actualizado con datos hasta el mes de julio de 2009 y modificado para que coincidiera con el rendimiento por fecha.⁶⁷³ Los resultados de estos cuatro métodos esencialmente coinciden.⁶⁷⁴ El Sr. Crick explica que el análisis de curvas tipo es más confiable que el análisis individual de los pozos ya que, como resultado del mal comportamiento de algunos pozos, revisar su historia sobre una base individual no deriva en una buena predicción del futuro. Por el contrario, el análisis de curvas tipo busca constantes en el comportamiento de los pozos, lo que permite una mejor predicción. En particular, refleja claramente una tasa de declinación del 9% después de 36 a 40 meses, ya sea en el caso del período comprendido entre los años 2003 y 2004, o los años 2006 y 2007.⁶⁷⁵
384. El Sr. Crick considera que su proyección para el Bloque 21 es conservadora y razonable por al menos cuatro razones: (i) 21 de los 24 pozos están ubicados en una zona de producción de petróleo probada y son pozos 1P,⁶⁷⁶ (ii) su proyección supone que Perenco dejó de perforar en el mes de febrero de 2007 y no reanudó dicha perforación hasta el día 1 de enero de 2008⁶⁷⁷ cuando, en realidad, en el escenario contrafáctico a la Ley 42 la perforación habría sido continua;⁶⁷⁸ (iii) su tasa de recuperación se sitúa en el extremo inferior del espectro;⁶⁷⁹ y (iv) los datos recibidos de Ecuador confirman la razonabilidad del plan de perforación: para el año 2013, Petroamazonas ya había perforado 8 pozos nuevos y vuelto a perforar 3 en el

⁶⁷² *Id.*, ¶ 137.

⁶⁷³ Tr. Cuantificación (Día 2) (ESP), 380:19-381:6 (Interrogatorio Directo, Crick).

⁶⁷⁴ Tr. Cuantificación (Día 2) (ESP), 387:13-388:21 (Interrogatorio Directo, Crick).

⁶⁷⁵ Tr. Cuantificación (Día 2) (ESP), 381:7-383:10 (Interrogatorio Directo, Crick).

⁶⁷⁶ Crick DT1, ¶¶ 97, 119.

⁶⁷⁷ Véase: nota 668 *supra*.

⁶⁷⁸ Crick DT1, ¶ 120.

⁶⁷⁹ El Sr. Crick explica que, de conformidad con un estudio del año 2008 realizado por Denis Beliveau, el factor de recuperación definitivo esperado para 27 yacimientos de petróleo viscoso, tales como Yuralpa, osciló entre el 15% y el 52% y su factor de recuperación para el Hollín Principal en Yuralpa, incluidos los nuevos pozos propuestos, es de 15,5%. Crick DT2, ¶¶ 9, 157-161, Tr. Cuantificación (ESP), 389:18 (Interrogatorio Directo, Crick), y Diapositiva 20 de su Presentación Directa.

campo Yuralpa,⁶⁸⁰ pero el Informe de Reservas de Ryder Scott de 2013 muestra que Petroamazonas pretendía perforar 28 pozos nuevos en el campo Yuralpa (un total de 36 pozos nuevos en Yuralpa después del mes de julio de 2009, en comparación con los 24 pozos nuevos proyectados por el Sr. Crick).⁶⁸¹

385. De las consideraciones que anteceden surge que la proyección de producción total “contrafáctica” de Burlington (es decir, liberada de los efectos de la Ley 42) es la siguiente:⁶⁸²

- i. El Bloque 7 (según su plazo original) habría producido una recuperación definitiva de 17,7 millones de barriles (4,3 + 13,4 millones de barriles).⁶⁸³
- ii. El Bloque 21 habría producido una recuperación definitiva de 37,9 millones de barriles (25,7 + 12,2 millones de barriles).⁶⁸⁴

386. La siguiente tabla ilustra las proyecciones de Burlington (tal como fueran ajustadas en la Declaración Testimonial Complementaria del Sr. Crick):⁶⁸⁵

⁶⁸⁰ Crick DT1, ¶¶ 126.

⁶⁸¹ Crick DT2, ¶ 188. (“El informe indica que Petroamazonas propuso un plan de desarrollo de 28 pozos nuevos para el reservorio Hollín en Yuralpa. Ryder Scott consideró que 18 de los pozos adicionales propuestos por Petroamazonas eran ubicaciones ‘probadas’ (1P), otros cuatro pozos eran ‘probables’ (2P) y seis sitios adicionales eran ‘posibles’ (3P). Dado que Petroamazonas ya había perforado ocho pozos nuevos después de tomar posesión de las operaciones de Perenco (junto con tres re-perforaciones), ello deriva en un total de 36 pozos adicionales propuestos o perforados por Petroamazonas en el campo de Yuralpa luego del mes de julio de 2009, en comparación con los 24 nuevos pozos propuestos en mi anterior declaración testimonial”).

⁶⁸² Crick, DT3, Apéndice B.

⁶⁸³ *Id.*, Apéndice A.

⁶⁸⁴ Crick DT1, ¶¶ 134-137.

⁶⁸⁵ Crick, DT3, Apéndice B.

BLOCK 7			
From Existing Wells	from 01/08/2009 to 16/08/2010 Coca Payamino Other block 7	Original Term 1,605,545 2,651,148	from 01/08/2009 to 16/08/2018 With Extension 9,693,365 13,818,821
Net Gain from new Wells	from 01/12/2007 to 16/08/2010 Coca Payamino Other block 7	 13,473,339	from 01/12/2007 to 16/08/2018 Coca Payamino Other block 7 23,459,876 78,750,507
Block 7 Totals		17,730,032	125,722,569
BLOCK 21			
From Existing Wells	from 01/08/2009 to 08/06/2021	Original Term 25,738,793	from 01/08/2009 to 08/06/2021 Original Term 25,738,793
Net Gain from new Wells	from 01/01/2008 to 08/06/2021	12,199,358	from 01/01/2008 to 08/06/2021 12,199,358
Block 21 Totals		37,938,151	37,938,151
		Block 7 original Term + Block 21	Block 7 with extension + Block 21
GRAND TOTALS		55,668,182	163,660,720

387. Dicho esto, el Tribunal observa que las figuras citadas por Burlington en su Alegato de Apertura en la Audiencia y que se muestran *infra*,⁶⁸⁶ así como las citadas por el Sr. Crick en la Diapositiva 3 de su Presentación Directa, son ligeramente diferentes de aquellas que se encuentran en la Declaración Testimonial Complementaria del Sr. Crick mencionada *supra*:

Burlington Correctly Forecasts “But For” Oil Production

Mr. Crick v. RPS: “But For” Oil Production to Contract Expiry			
	Block 21 (to August 2021)	Block 7 (to August 2010)	Block 7 (to August 2018)
Mr. Crick	37.6 million barrels	17.4 million barrels	125.4 million barrels
RPS	11.24 million barrels	3.61 million barrels	no forecast

Crick First Witness Statement, June 24, 2013, ¶ 10; Ecuador’s Motion for Reconsideration and Counter Memorial on Quantum, May 23, 2014, ¶¶ 448, 429; Crick Supp. Statement, February 16, 2015, ¶ 6

⁶⁸⁶ Alegato de Apertura de Burlington, Diapositiva 77; Tr. Cuantificación (Día 1) (ESP), 117:18-118-20) (Alegato de Apertura, Miles).

388. Por lo tanto, el Tribunal entiende que Burlington ha modificado sus volúmenes de producción proyectados, o que al menos limita sus alegatos respecto de tales volúmenes, a un total de 37,6 millones de barriles en el caso del Bloque 21 y 17,4 millones de barriles en el caso del Bloque 7 (en un escenario sin prórroga).
389. Burlington sostiene que la proyección del Sr. Crick es razonable, técnicamente sólida y precisa, tal como lo ha confirmado la propia información de Ecuador.
390. Burlington afirma primero que las proyecciones de perforación del Sr. Crick son razonables. Esto se debe a que (i) el desempeño de los Bloques bajo el control de Petroamazonas confirma que la única razón por la cual Burlington detuvo la perforación fue el incumplimiento de Ecuador con la absorción de los efectos de la Ley 42; (ii) la prueba demuestra que el Consorcio habría perforado más pozos si no hubiera sido por la conducta ilícita de Ecuador; y (iii) los pozos nuevos proyectados por el Sr. Crick habrían sido rentables. Específicamente:
- i. En relación con el punto (i), Burlington observa que Petroamazonas, que no está sujeta a la Ley 42, ha emprendido un programa exitoso de perforación y producción muy similar a aquel proyectado por el Sr. Crick para un escenario en el cual Ecuador cumple con su obligación de absorber el impacto económico de la Ley 42.⁶⁸⁷ Esto demuestra que, si Ecuador hubiese cumplido con sus obligaciones de absorción de impuestos, el Consorcio habría seguido realizando perforaciones. De hecho, el incumplimiento por parte de Ecuador con la absorción del impacto de la Ley 42 fue la única razón por la cual el Consorcio detuvo la perforación. Contrariamente a lo que sostiene Ecuador, el correo electrónico de fecha 9 de octubre de 2007 de Jim Johnson,⁶⁸⁸ entonces Gerente de Operaciones de Burlington, no demuestra que el Consorcio creyera que todas las perforaciones en los Bloques 7 y 21 seguirían siendo rentables bajo la Ley 42 a una alícuota 99%; dicho correo electrónico se refiere claramente sólo a la perforación de cuatro pozos en el campo Oso del Bloque 7, la que todavía se consideraba económica porque el Consorcio ya había pagado para perforar dichos pozos (lo que los convertía en costos hundidos), y el Bloque 7 se beneficiaba de un precio de referencia más alto.⁶⁸⁹ En cualquier caso, dicho correo electrónico demuestra que el Consorcio dudaba sobre si debía seguir perforando, ya que el Sr. Johnson

⁶⁸⁷ Réplica, ¶ 142.

⁶⁸⁸ Anexo E-523.

⁶⁸⁹ Réplica, ¶¶ 147-150; Johnson DT, ¶¶ 15, 23.

recomendó que Burlington perforara sólo el siguiente pozo programado en Oso, “y luego analizara la situación y tomara decisiones sobre los pozos restantes basándose en lo que ocurra en el país”.⁶⁹⁰

ii. En relación con el punto (ii), la afirmación de Ecuador de que, aún en ausencia de la Ley 42, el Consorcio de todas maneras habría dejado de perforar en los Bloques es incorrecta. Los testigos de Burlington confirman que, si Ecuador no hubiese violado los CP, el Consorcio habría continuado con las perforaciones.⁶⁹¹ Mientras que las proyecciones de perforación del Sr. Crick reflejan el plan de inversión propuesto por Perenco, el Sr. Martínez confirmó que Burlington habría apoyado este plan de inversión si Ecuador hubiera cumplido con sus obligaciones bajo los CP.⁶⁹² En particular:

a. El Sr. Crick confirmó que el Consorcio planeaba continuar desarrollando el Bloque 21 a pesar del hecho de que los pozos perforados en los primeros años de operación habían tenido una producción menor a la esperada.⁶⁹³ En lugar de abandonar el yacimiento, el Sr. Crick explica que el Consorcio dejó de realizar perforaciones en el año 2006 y comenzó un estudio significativo para entender mejor el comportamiento del reservorio.⁶⁹⁴ La afirmación de Ecuador de que el Consorcio finalizó la perforación del Bloque 21 porque creía que estaba completamente desarrollado es incorrecta. Los documentos en los que se basa Ecuador (específicamente, la Actualización de Mapeo de Yuralpa del mes de enero de 2007,⁶⁹⁵ la Revisión de las Reservas Latinoamericanas del mes de mayo de 2007,⁶⁹⁶ el Memorando de Ventas ConocoPhillips del año 2007,⁶⁹⁷ la Presentación de la Reunión del Comité Presupuestario del mes de septiembre de 2007,⁶⁹⁸ y la Evaluación de los Yacimientos del Hollín Superior y Principal del campo Yuralpa)⁶⁹⁹ no son útiles para dimensionar los daños en el escenario “contrafáctico” adecuado, ya que

⁶⁹⁰ Anexo E-523.

⁶⁹¹ Crick DT ¶¶ 21-26; Johnson DT, ¶ 10.

⁶⁹² Mem., ¶ 87, en referencia a: Martínez DT4 Supl., ¶ 8.

⁶⁹³ Réplica, ¶ 152, en referencia a: Crick DT2, ¶ 168.

⁶⁹⁴ Réplica, ¶ 152, en referencia a: Crick DT2, ¶ 168.

⁶⁹⁵ Anexo E-555.

⁶⁹⁶ Anexo E-553.

⁶⁹⁷ Anexo E-214.

⁶⁹⁸ Anexo C-470.

⁶⁹⁹ Apéndice E a Crick DT1.

reflejan el impacto de la Ley 42 sobre los planes de negocios del Consorcio.⁷⁰⁰ En cualquier caso, Ecuador y RPS utilizan estos documentos fuera de contexto: correctamente interpretados, estos documentos prueban que sólo la Ley 42 hizo que el Consorcio dejara de perforar.⁷⁰¹ Por último, el Sr. Crick afirma que no existe prueba de una red de fractura natural abierta o extensa en el yacimiento Yuralpa; por el contrario, la prueba sugiere que no existe tal fractura o que la permeabilidad de las fracturas existentes es tal que su comportamiento es el mismo que el de la roca del reservorio.⁷⁰² Según el Sr. Crick, la causa de la irrupción de agua en los pozos Yuralpa es la conificación del agua, lo que implica que el petróleo que se encuentra entre los conos de agua puede extraerse mediante una perforación intercalada, lo cual proporcionaría reservas adicionales.⁷⁰³

b. La afirmación de Ecuador de que el Consorcio dejó de perforar en el Bloque 7 debido a preocupaciones sobre la calidad del reservorio carece igualmente de fundamentos. Los documentos sobre los que se basa Ecuador (específicamente, la Revisión de las Reservas Latinoamericanas del mes de mayo de 2007,⁷⁰⁴ el Memorando de Ventas de ConocoPhillips del año 2007,⁷⁰⁵ y el correo electrónico del Sr. Johnson del 9 de octubre de 2007)⁷⁰⁶ efectivamente demuestran que el Consorcio planeaba seguir perforando el Bloque 7 si no hubiera sido por los efectos de la Ley 42.⁷⁰⁷

iii. En relación con el punto (iii), Compass Lexecon ha llevado a cabo una prueba de rentabilidad⁷⁰⁸ sobre las proyecciones de producción del Sr. Crick a partir

⁷⁰⁰ Réplica, ¶ 153.

⁷⁰¹ *Ibid.*

⁷⁰² Réplica, ¶ 176; Crick DT2, ¶¶ 123, 140-143, en referencia al surgimiento de agua experimentado en los pozos YCA-3 e YCB-4. No obstante, el Sr. Crick reconoce que “[e]s posible que de alguna manera se haya creado repentinamente una fractura que vinculara los dos pozos YCA 3 y YCB 4 directamente con el acuífero, pero nadie aún ha explicado satisfactoriamente cómo pudo haber ocurrido”. (Crick DT2, ¶ 144).

⁷⁰³ Crick, DT2, ¶ 146.

⁷⁰⁴ Anexo E-553.

⁷⁰⁵ Anexo E-214.

⁷⁰⁶ Anexo E-523.

⁷⁰⁷ Réplica, ¶¶ 155-161, Johnson DT, ¶¶ 22-24; Crick DT2, ¶¶ 8, 200.

⁷⁰⁸ Compass Lexecon explica que este análisis compara el valor actual neto de las ganancias esperadas provenientes de los nuevos pozos proyectados por el Sr. Crick con sus respectivas inversiones estimadas. Compass Lexecon, IP2, ¶ 23.

de fines del año 2007 en adelante y concluye que, si no hubiera sido por el incumplimiento de Ecuador con la absorción del impacto de la Ley 42, los 24 nuevos pozos propuestos por el Sr. Crick dentro del Bloque 21 habrían generado una ganancia de USD 134 millones, mientras que los 21 nuevos pozos del Bloque 7 (en un escenario sin prórroga) habrían generado USD 294 millones.⁷⁰⁹

391. Burlington también argumenta que la proyección de producción “contrafáctica” del Sr. Crick es técnicamente sólida, tal como confirma la evaluación independiente del Dr. Strickland. Aplicando diferentes técnicas de proyección, el Dr. Strickland llega a conclusiones muy similares respecto del rendimiento futuro de los Bloques, lo que demuestra que las metodologías de proyección y las conclusiones del Sr. Crick son correctas y confiables.⁷¹⁰ Específicamente en relación con el Bloque 21, el Dr. Strickland confirmó que (a) las condiciones para perforar en el Hollín Principal son buenas (el yacimiento es alimentado por un acuífero subterráneo fuerte que proporciona suficiente presión para extraer el petróleo y el suelo tiene una porosidad suficiente para permitir que el petróleo fluya), (b) los pozos brindan un desempeño rentable aun en presencia de una conificación del agua, (c) la mejor manera de extraer más petróleo es a través de la perforación de relleno (disminuyendo el espacio entre pozos de 70 a 40 acres),⁷¹¹ (d) contrariamente a la afirmación de RPS, el reservorio Hollín Principal *no* está fracturado,⁷¹² y (e) la aplicación de “curvas tipo” de los pozos existentes por parte del Sr. Crick para determinar la producción futura es más adecuada que el análisis de cada pozo individual utilizado por RPS.⁷¹³ Por último, el Dr. Strickland también confirmó las proyecciones de producción del Sr. Crick respecto de los nuevos pozos del Bloque 21.⁷¹⁴
392. Lo que es más importante, además de ser razonable y técnicamente sólida, Burlington sostiene que la proyección del Sr. Crick es correcta, tal como lo confirman los datos reales de producción de Petroamazonas y el informe de Ryder Scott que proporcionó proyecciones de reservas que habían sido encargadas por

⁷⁰⁹ Réplica, ¶ 144; Compass Lexecon IP2, ¶¶ 10, 23-26 y Tabla 3.

⁷¹⁰ Réplica, ¶ 140.

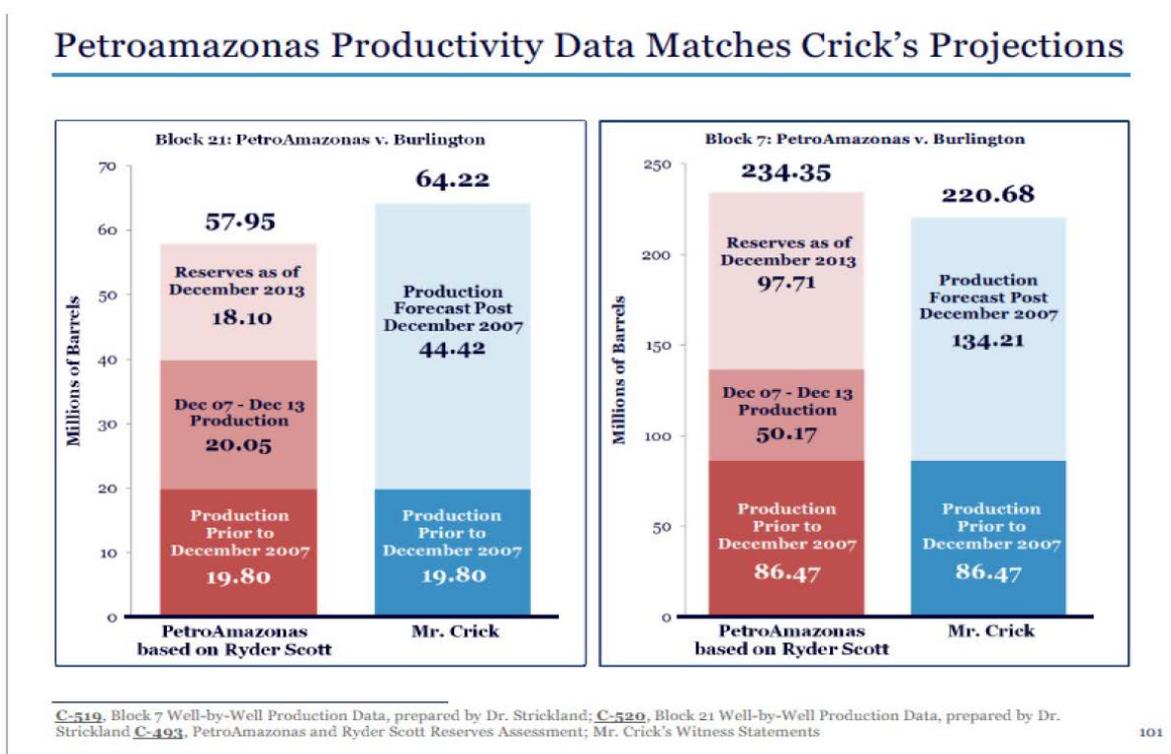
⁷¹¹ *Id.*, ¶¶ 173-174, en referencia a: Strickland IP, ¶¶ 22, 28, 35.

⁷¹² Réplica, ¶ 175, en referencia a: Strickland IP, ¶¶ 100-112.

⁷¹³ Réplica, ¶ 177.

⁷¹⁴ *Id.*, ¶¶ 180-181.

Petroamazonas.⁷¹⁵ El Informe sobre Reservas de Ryder Scott demuestra efectivamente que la recuperación final posible de los Bloques está en consonancia con el cálculo del Sr. Crick: en el mes de junio de 2013, Ryder Scott calculó que el total de reservas probadas y probables de petróleo que podrían recuperarse del Bloque 21 ascendían a 60 millones de barriles, mientras que el cálculo del Sr. Crick fue sólo ligeramente superior definido en 63 millones de barriles.⁷¹⁶ Del mismo modo, el cálculo de Ryder Scott de las reservas probadas y probables totales para el Bloque 7 (230 millones de barriles) excede el cálculo del Sr. Crick (205 millones de barriles).⁷¹⁷ Esto se ve reflejado en la Diapositiva 101 de la presentación de clausura de Burlington en la Audiencia:



Burlington's Closing Presentation, Slide No. 101

⁷¹⁵ Véanse: párrafos 381 y 384 *supra*.

⁷¹⁶ Réplica, ¶ 137, Compass Lexecon IP2, ¶ 9. El Tribunal observa que, durante la Audiencia, el Sr. Crick calculó la Recuperación Final Estimada (*EUR*, por sus siglas en inglés) del campo Yuralpa en 64,2 millones de barriles (Tr. Cuantificación (Día 2) (ESP), 372:11-13 (Interrogatorio Directo, Crick) y Diapositiva 22 de su Presentación Directa). De manera similar, la Diapositiva 101 de la Presentación de Cierre de Burlington la calcula en 64,22 millones de barriles.

⁷¹⁷ Réplica, ¶ 137, Compass Lexecon IP2, ¶ 9. El Tribunal observa que, durante la Audiencia, Burlington declaró que la *EUR* para el Bloque 7 era de 220,68 millones de barriles (Diapositiva 101 de la Presentación de Cierre de Burlington).

393. Por el contrario, Burlington argumenta que las predicciones de RPS deben ser rechazadas, por las siguientes razones:

- i. La proyección de RPS es fundamentalmente defectuosa porque se basa en el supuesto erróneo de que el Consorcio habría estado sujeto a los efectos completos de la Ley 42. Esta suposición invalida toda la proyección de RPS ya que se basa en un programa de inversión y perforación reducido que no corresponde al escenario “contrafáctico” aplicable.⁷¹⁸ En particular, RPS asume incorrectamente que no habría nuevos pozos en el Bloque 7 debido a los efectos de la Ley 42.⁷¹⁹
- ii. La opinión de RPS de que, para el mes de agosto de 2009, el Bloque 21 estaba “*plenamente desarrollado*” y que los pozos adicionales sólo habrían acelerado la producción de las reservas existentes es errónea.⁷²⁰ El Sr. Crick y el Dr. Strickland, mediante la aplicación de diferentes técnicas de proyección, confirman que el reservorio Hollín Principal aún contaba con grandes cantidades de petróleo.⁷²¹ El Sr. Crick brinda cuatro razones por las cuales la conclusión de RPS en tal sentido es incorrecta: (a) los pozos perforados por Petroamazonas en el período comprendido entre los años 2011-2012 han producido nuevas reservas⁷²² (el Tribunal entiende que esto significa que los pozos le han permitido a Petroamazonas descubrir reservas previamente desconocidas); (b) el factor de recuperación de RPS para Yuralpa es excesivamente bajo (10,5%, cuando el mínimo considerado en el estudio de Beliveau es de 15%) y se basa en un cálculo defectuoso del petróleo original en sitio;⁷²³ (c) la opinión de RPS se basa en una “*interpretación errónea del estudio y el modelo del año 2007 del campo de Yuralpa*”,⁷²⁴ y, (d) tal como se señalara en el punto (iii), el Informe sobre Reservas de Ryder Scott muestra reservas mucho más altas que las utilizadas por RPS y una mayor cantidad de pozos nuevos que los propuestos por el Sr. Crick.⁷²⁵ Esto queda confirmado por el hecho de que el Sr. Daigre

⁷¹⁸ Réplica, ¶¶ 136-137, 162-163, 184.

⁷¹⁹ *Id.*, ¶ 184, en referencia a: RPS IP3, ¶ 216.

⁷²⁰ Réplica, ¶ 166, en referencia a: RPS IP3, ¶ 217.

⁷²¹ Réplica, ¶¶ 169-171 (el Sr. Crick) y 172-174 (el Dr. Strickland).

⁷²² Crick DT2, ¶¶ 149-156.

⁷²³ *Id.*, ¶¶ 157-166.

⁷²⁴ *Id.*, ¶¶ 148, 167-187.

⁷²⁵ *Id.*, ¶¶ 188-189.

de RPS reconoció en la Audiencia que el Bloque 21 no estaba efectivamente desarrollado en su totalidad en el mes de agosto de 2009.⁷²⁶

- iii. Más importante aún es que las cifras reales de Petroamazonas han demostrado que las proyecciones de RPS son erróneas. El Sr. Crick explica que “[a]l año 2014, Petroamazonas ya ha producido más petróleo del Bloque 21 del que las proyecciones de RPS afirman que el Bloque era capaz de producir hasta el año 2021”, lo que significa que Petroamazonas está produciendo reservas que RPS creía que no existían.⁷²⁷ De hecho, para el mes de julio de 2014, los pozos del Bloque 21 habían producido más de 41 millones de barriles de petróleo y aún estaban produciendo nuevas reservas.⁷²⁸ Esto demuestra que la proyección de producción de RPS de 11,24 millones de barriles a la fecha de vencimiento del CP del Bloque 21 y de una recuperación final de 39 millones de barriles era obviamente incorrecta.⁷²⁹ En la Audiencia, RPS admitió que los datos reales habían demostrado que su proyección era incorrecta.⁷³⁰ A pesar de que RPS persiste en afirmar que el programa de perforación fue un fracaso ya que “los pozos sólo aceleraron la producción de pozos existentes”,⁷³¹ la prueba demuestra efectivamente que las reservas han aumentado año tras año durante los últimos tres años, a pesar de una producción continua,⁷³² un hecho que también fue reconocido por el Sr. Daigre.⁷³³

394. Las diferencias entre las proyecciones de recuperación final de RPS para el Bloque 21 y aquellas del Sr. Crick, el Dr. Strickland, Ryder Scott y Petroamazonas se ilustran en el siguiente gráfico:⁷³⁴

⁷²⁶ C-EPA, ¶¶ 125-127.

⁷²⁷ Crick DT2, ¶ 10.

⁷²⁸ Réplica, ¶ 165, en referencia a: Crick DT2, ¶ 150.

⁷²⁹ Réplica, ¶ 165.

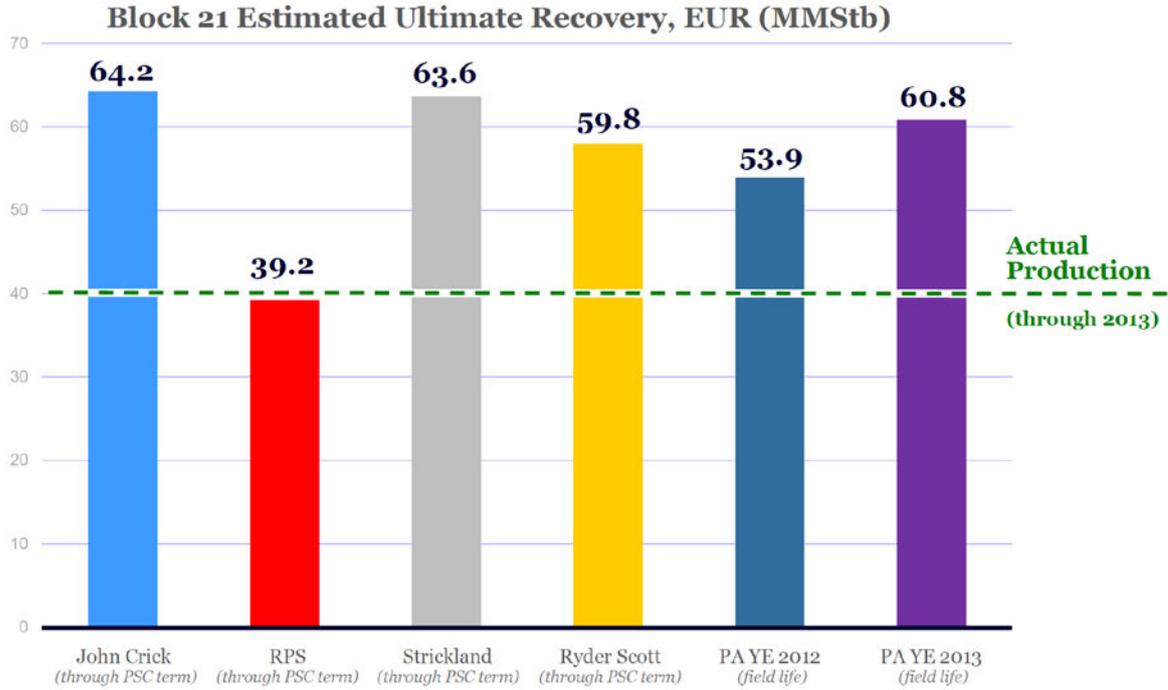
⁷³⁰ C-EPA, ¶¶ 123-125, en referencia a: Tr. Cuantificación (ESP) (Día 4), 1154:1153:3 (Tribunal, Daigre).

⁷³¹ Réplica, ¶ 170, en referencia a: RPS IP3, ¶ 311.

⁷³² C-EPA, ¶ 184, con fundamento en Compass Lexecon IP2, ¶ 39, Figuras 6 & 7, e información sobre las reservas preparadas por Petroamazonas (**Anexo CLEX-50** y **Anexo CLEX-23**).

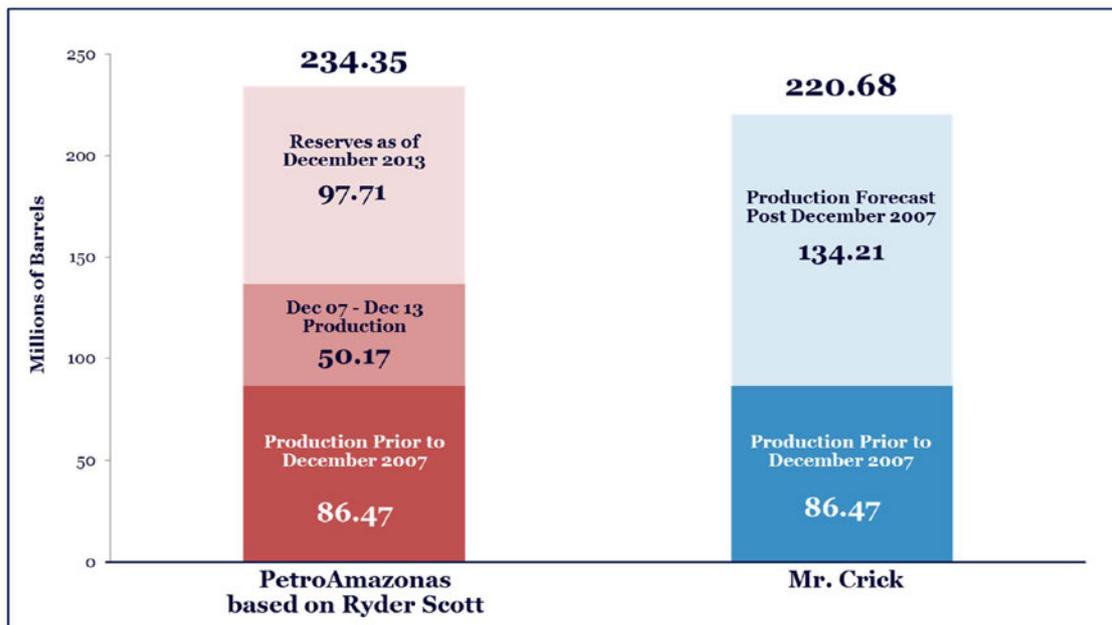
⁷³³ C-EPA, ¶ 119; Tr. Cuantificación (Día 4) (ESP), 1066:22-1067:1-11 (Contrainterrogatorio, Daigre).

⁷³⁴ C-EPA, ¶ 119, en referencia a: Presentación Directa del Dr. Strickland, Diapositiva 8, también en Diapositiva 29 de la Presentación de Cierre de Burlington.



Crick Second Witness Statement, ¶ 190; 2014 RPS Report, ¶ 199; Strickland Report, ¶¶ 72-73; C-461, Petroamazonas, Volumetric Calculation of Original Petroleum in Place and Reserves, dated December 31, 2012 (Spanish); C-491, Petroamazonas, Block 7 and 21 Reserves as of April 1, 2013 (Spanish) 29

395. En relación con el Bloque 7, Burlington señala que la proyección del Sr. Crick era aún más conservadora que aquella preparada por Ryder Scott para Petroamazonas, tal como claramente surge del siguiente gráfico:⁷³⁵



C-519, Block 7 Well-by-Well Production Data, prepared by Dr. Strickland; C-493, PetroAmazonas and Ryder Scott Reserves Assessment; Mr. Crick's Witness Statements

⁷³⁵

C-EPA, ¶ 121, en referencia a: Presentación de Cierre de Burlington, Diapositiva 44.

396. Por último, Burlington argumenta que las excusas de Ecuador respecto de la proyección fallida de RPS deben ser ignoradas. Ecuador no puede atribuir la imprecisión de la proyección de RPS al hecho de que utilizó datos anteriores a la expropiación, porque el Sr. Crick verificó su proyección del Bloque 21 contra tres métodos alternativos basados exclusivamente en datos anteriores a la expropiación, y concluyó que confirmaban su proyección original.⁷³⁶ Tampoco puede RPS argumentar que Petroamazonas no es un sustituto apropiado para el Consorcio: al igual que el Consorcio, Petroamazonas es un operador prudente que opera los Bloques con el fin de maximizar los beneficios.⁷³⁷ Además, si bien es cierto que Petroamazonas habría obtenido el 100% del producto de los campos y el Consorcio sólo el 70-80%, Compass Lexecon confirmó (sobre la base de las pruebas de rentabilidad) que “*los precios netos del petróleo crudo que el Consorcio habría recibido en el escenario ‘contrafáctico’ eran lo suficientemente altos para que el Consorcio perforara y produjera al menos al mismo nivel que Petroamazonas*”.⁷³⁸ La prueba también sugiere que el Consorcio habría cumplido con una estrategia de perforación similar a la de Petroamazonas. Por ejemplo, también habría desarrollado el área periférica del campo, y dada la duración restante del CP del Bloque 21, habría contado con el tiempo para refinar su estrategia de perforación.⁷³⁹
397. Por los motivos expuestos *supra*, Burlington sostiene que el Tribunal debiera utilizar la proyección de producción del Sr. Crick en aras de calcular los flujos de caja.

b. Posición de Ecuador

398. Ecuador se opone firmemente a la valuación por parte de Compass Lexecon de los volúmenes de producción. Según Ecuador, el cálculo realizado por Compass Lexecon de dichos volúmenes de producción es defectuoso por tres razones principales:

⁷³⁶ C-EPA, ¶ 130, en referencia a: Crick DT2, ¶ 6 y Tr. Cuantificación (Día 2) (ESP), 387:13-16 (Interrogatorio Directo, Crick).

⁷³⁷ C-EPA, ¶ 131.

⁷³⁸ *Id.*, ¶ 132, citando: Compass Lexecon DT2, ¶ 33.

⁷³⁹ C-EPA, ¶¶ 133-134, en referencia a: Tr Cuantificación (Día 4) (ENG), 1078:15-1079:8 y 1082:14-20 (Contrainterrogatorio, Daigre); Tr. Cuantificación (Día 3) (ENG) 878:14-879:5 (Contrainterrogatorio, Strickland); Johnson DT, ¶¶ 8-12; Compass Lexecon, IP2, ¶ 34.

- i. La valuación de Compass Lexecon se basa en las proyecciones de producción llevadas a cabo por el Sr. Crick, las cuales Ecuador describe como “*poco realistas, técnicamente defectuosas y aceleradas*”.⁷⁴⁰
 - ii. Ecuador alega que “*en una valuación FCD del modo en que fuera realizada por Compass Lexecon, los primeros años del modelo son los más valiosos (porque son los menos impactados por la tasa de descuento), lo cual da un incentivo a Burlington y Perenco para acelerar la producción tanto como sea posible durante los primeros años para aumentar el valor actual neto del Bloque 7*”.⁷⁴¹ Esto se agrava por el hecho de que Compass Lexecon aplica una tasa de actualización exagerada del 12,1% para trasladar los flujos de caja pasados a la fecha de la valuación, lo que brinda a Burlington y Perenco un incentivo adicional para impulsar la producción de los años 2007 y 2008.⁷⁴²
 - iii. Compass Lexecon aumenta artificialmente la dimensión de los volúmenes de producción al aplicar factores generadores de valor en el cálculo del VJM en un orden incorrecto (es decir, aplica la Ley 42 y la tasa de actualización al inicio, en lugar de hacerlo al final).⁷⁴³ El Tribunal analiza este argumento de Ecuador más adelante en la Sección VII.D.5.2.6 *infra*.
399. Por el contrario, Fair Links aplica el método FCD y el perfil de producción adecuados. Fair Links modeló tres escenarios de producción diferentes “*para reflejar plenamente el nivel de producción que un comprador interesado hubiera esperado*”⁷⁴⁴ respecto de los Bloques 7 y 21, específicamente (i) un caso base fundamentado en el perfil de producción de RPS, (ii) un caso inferior (20% inferior a RPS), y (iii) un caso superior (20% y 15% superior a RPS en los Bloques 21 y 7, respectivamente).⁷⁴⁵
400. Para su caso base, Fair Links se basó en la proyección de RPS, según la cual el Consorcio habría producido los siguientes volúmenes, si no hubiera sido por la expropiación:

⁷⁴⁰ MC, ¶ 428.

⁷⁴¹ *Id.*, ¶ 427.

⁷⁴² *Ibid.*

⁷⁴³ Dúplica, ¶ 685, en referencia a: Fair Links IP3, ¶ 51.

⁷⁴⁴ Fair Links IP3, ¶ 87.

⁷⁴⁵ *Id.*, ¶¶ 87-89.

- i. En relación con el Bloque 7, RPS proyecta que el Consorcio habría producido 3,61 millones de barriles de petróleo del Bloque 7 desde el día 30 de agosto de 2009 hasta la terminación programada del CP el día 16 de agosto de 2010.⁷⁴⁶ La proyección de RPS se basa en el rendimiento histórico de la producción de los pozos hasta el mes de agosto de 2009, lo cual es consistente con lo que un comprador interesado habría hecho. RPS también considera que el CP del Bloque 7 no habría sido renovado⁷⁴⁷ y, dada la proximidad de la fecha de terminación (un año a partir de la fecha de expropiación), no se habrían realizado nuevas perforaciones.⁷⁴⁸
- ii. En relación con el Bloque 21, RPS evaluó que el Consorcio habría producido 11,24 millones de barriles de petróleo a partir del día 30 de agosto de 2009 hasta la terminación del CP del Bloque 21 (8 de junio de 2021).⁷⁴⁹ RPS llega a esta cifra proyectando el desempeño histórico del Bloque hacia el futuro, y asumiendo que no habría nuevas perforaciones. Esto se debe a que, según RPS, el campo Yuralpa estaba totalmente desarrollado para el mes de febrero de 2007 y “[q]ue subsiguientes perforaciones habrían resultado en una recuperación acelerada de las reservas restantes, pero no se habrían añadido nuevas reservas”.⁷⁵⁰

401. Las estimaciones de producción y reservas de RPS se sintetizan en la siguiente tabla:⁷⁵¹

⁷⁴⁶ MC, ¶¶ 429-430, en referencia a: RPS IP3, ¶¶ 27 y 191.

⁷⁴⁷ Ya que Ecuador se opone al escenario de prórroga de Burlington para el Bloque 7, instruyó a RPS que no preparara un perfil de producción para dicho escenario. Dúplica, ¶ 689.

⁷⁴⁸ MC, ¶ 431, en referencia a: RPS IP3, ¶ 125.

⁷⁴⁹ MC, ¶ 448; RPS IP3, ¶¶ 27 y 191.

⁷⁵⁰ RPS IP3, ¶ 217.

⁷⁵¹ RPS IP4, ¶ 112.

Remaining Reserves by Field and Block (barrels)		
As of 31 August 2009		
Adjusted for Uncertainty ("Risky")		
Field	1P	2P
Coca-Payamino	1,279,346	1,321,148
Oso	1,721,886	1,782,168
Mono	178,369	182,692
Gacela	205,701	209,312
Lobo	212,738	259,054
Jaguar	-	-
Total Block 7	3,598,040	3,754,374
Block 21 (Yuralpa)	10,375,685	11,239,730
Total Block 7 & 21	13,973,724	14,994,103

402. En opinión de Ecuador, RPS utilizó la metodología y los supuestos adecuados para calcular sus perfiles de producción:

- i. Por haber sido instruido a adoptar la opinión de un comprador interesado en la fecha de la expropiación y a considerar los efectos de la Ley 42, RPS *“hizo caso omiso de los hechos posteriores al día 30 de agosto de 2009 que no pudieron haber sido anticipados por un comprador/vendedor en tal momento”*.⁷⁵²
- ii. RPS realizó un análisis pozo-por-pozo, en el que analizó el desempeño de cada pozo y preparó proyecciones 1P y 2P para todos los pozos que eran productivos al mes de agosto de 2009. Contrariamente a lo afirmado por el Sr. Crick y el Dr. Strickland, *“RPS no creó ninguna ‘prueba’ nueva para respaldar sus análisis y conclusiones, como los modelos de simulación ‘simple’ que los testigos de Burlington han creado para demostrar que existen ‘pruebas’ de la conificación del agua. RPS meramente revisó los datos de producción y las presentaciones y los documentos relacionados preparados por el Consorcio, incluyendo estudios de ingeniería de terceros encargados por él, en el contexto completo del período en cuestión, 2006-2009”*.⁷⁵³

⁷⁵² Dúplica, ¶ 690.

⁷⁵³ RPS IP4, ¶ 10.

- iii. RPS utilizó una curva de declinación del 25%, lo que habría sido conservador incluso si se hubieran utilizado datos posteriores a la expropiación.⁷⁵⁴
- iv. RPS aplicó un Factor de Ajuste de Reservas (“RAF”, por sus siglas en inglés) para tener en cuenta los diferentes niveles de incertidumbre de las reservas probadas y probables, así como el hecho de si dichas esas reservas eran desarrolladas o no desarrolladas.⁷⁵⁵ El hecho de que el Sr. Crick no aplicara un RAF a las reservas desarrolladas es erróneo debido a que, tal como explicara RPS, *“los compradores interesados de activos de petróleo y gas reconocen que hay incertidumbre en las estimaciones de las reservas. Como resultado, los compradores potenciales aplican ajustes basados en numerosos factores que incluyen, a título enunciativo, las clasificaciones de reserva en Probadas, Probables y Posibles y si las reservas son Desarrolladas o No Desarrolladas”*.⁷⁵⁶

403. En cambio, Ecuador se opone a la proyección de producción del Sr. Crick. Ecuador y RPS presentan las siguientes críticas de índole general sobre tales proyecciones:

- i. La fecha de valuación adecuada desde la perspectiva de un comprador interesado es la fecha de la intervención de Ecuador sobre los Bloques, el día 30 de agosto de 2009. Esto significa que los únicos pozos nuevos que podrían considerarse para fines de la valuación son aquellos que habrían sido perforados a partir de esa fecha. Como resultado de ello, cualquier perforación proyectada anterior al día 30 de agosto de 2009 debe descartarse por completo.⁷⁵⁷
- ii. Para fundamentar su proyección de perforación incremental desde el mes de diciembre de 2007, el Sr. Crick asume erróneamente que la Ley 42 no genera ningún impacto. La Ley 42 no debe ser ignorada y, puesto que Burlington ha renunciado para siempre a su derecho contractual a ser indemnizado contra los efectos de la Ley 42, este derecho carece de valor. Por consiguiente, *“es incorrecto asumir, como lo hace el Sr. Crick, que se habrían hecho*

⁷⁵⁴ Dúplica, ¶ 698, en referencia a: RPS IP4, ¶ 151.

⁷⁵⁵ Dúplica, ¶ 700, en referencia a: RPS IP3, ¶ 229 y RPS IP4, ¶ 363.

⁷⁵⁶ RPS IP4, ¶ 359.

⁷⁵⁷ R-EPA, ¶ 284.

inversiones adicionales con el producto de la indemnidad contra los efectos de la Ley 42".⁷⁵⁸

- iii. El Sr. Crick se basa erróneamente en datos posteriores a la expropiación, incluyendo en los datos de producción reales de Petroamazonas y los informes de certificación de reservas de 2011 y 2013 de Ryder Scott. Esta información no habría estado disponible ni habría sido previsible para un comprador interesado al momento de la expropiación.⁷⁵⁹ En cualquier caso, tal como se explica más adelante, Petroamazonas no es el sustituto adecuado para el Consorcio.
 - iv. Por último, Burlington no ha logrado probar que el Consorcio dejó de perforar sólo debido al impacto de la Ley 42. Tal como se explica con mayor grado de detalle *infra*, Burlington no ha logrado establecer con certeza cuáles pozos incrementales habrían sido perforados "*si no hubiera sido por la Ley 42 a una alícuota del 99%*", (que era el criterio enunciado en el Memorial de Burlington sobre Cuantificación de Daños),⁷⁶⁰ en contraposición a los que habría perforado si no hubiera sido por la Ley 42 a una alícuota del 50%.
404. Más específicamente, Ecuador y RPS critican la proyección de producción del Sr. Crick para el Bloque 7 (en el escenario carente de prórroga)⁷⁶¹ por las siguientes razones:
- i. El Sr. Crick asume que el Consorcio dejó de perforar debido al impacto de la Ley 42. Esto es falso: el correo electrónico de fecha 9 de octubre de 2007 del Sr. Johnson demuestra que Burlington consideró que habría sido rentable perforar en el campo Oso incluso con la Ley 42 a una alícuota del 99%. El argumento de Burlington de que el Consorcio enfrentaba una gran incertidumbre en ese momento no altera tal conclusión.⁷⁶²
 - ii. El programa de perforación del Sr. Crick para los 21 pozos incrementales es "*demasiado agresivo (y por lo tanto incrementa artificialmente la producción*

⁷⁵⁸ MC, ¶ 436.

⁷⁵⁹ Dúplica, ¶ 705.

⁷⁶⁰ R-EPA, 287-288, en referencia a: Mem., pág. 44, nota 127.

⁷⁶¹ Ecuador también se opone a la proyección del Sr. Crick para el escenario de prórroga, pero como argumenta que Burlington no habría obtenido una prórroga, limita su análisis al caso carente de prórroga del Sr. Crick (MC, ¶ 433). Dicho esto, según RPS, la proyección de prórroga de Burlington "*carece completamente de fundamento*" y se contradice con los documentos presentados por Burlington. Véase: RPS IP3, Sección 5.3.4.

⁷⁶² Dúplica, ¶¶ 721-722, en referencia a: **Anexo E-523**.

en los últimos años) y no es corroborado por los documentos contemporáneos del Consorcio”.⁷⁶³ En base al Plan de Desarrollo Oso de 2006⁷⁶⁴ (aprobado en el mes de marzo de 2007) y al Memorando de Ventas de ConocoPhillips de 2007,⁷⁶⁵ Ecuador argumenta que el Consorcio planeaba perforar un máximo de 8 nuevos pozos (más 8 pozos condicionales, sujeto a un acuerdo con Ecuador) previo a la terminación del CP del Bloque 7.⁷⁶⁶ Este plan de perforación limitado se debió a dos factores: (a) los reservorios del Bloque 7 son difíciles de caracterizar y, por lo tanto, el rendimiento de los pozos del yacimiento Oso es más incierto de lo que sugiere el Sr. Crick,⁷⁶⁷ y (b) la proximidad de la fecha de terminación del CP del Bloque 7.⁷⁶⁸

- iii. Las proyecciones de recuperación de petróleo del Sr. Crick son “*demasiado optimistas y no técnicamente sólidas*”,⁷⁶⁹ tanto para los pozos existentes como para los pozos incrementales:
 - a. En relación con pozos existentes, Ecuador se opone al uso por parte del Sr. Crick de las figuras de Petroamazonas. Tal como se explica *infra*, Petroamazonas no es un sustituto adecuado para lo que el Consorcio habría hecho en el Bloque 7. Asimismo, los precios reales favorables del crudo utilizados por Compass Lexecon no podrían haber sido anticipados por un comprador interesado en el mes de agosto de 2009.⁷⁷⁰
 - b. En relación con los pozos incrementales, Ecuador argumenta que las proyecciones del Sr. Crick se basan parcialmente en “*curvas de pozos promedio*” utilizando una metodología defectuosa. El Sr. Crick obtuvo estas curvas de pozos promedio al dividir la producción mensual total por la cantidad de pozos productores cada mes, lo que resulta en un promedio más alto, y selectivamente sólo incluyó los pozos que darían lugar a una mayor producción. La utilización de esta metodología

⁷⁶³ MC, ¶ 437.

⁷⁶⁴ Anexo E-126.

⁷⁶⁵ Anexo E-214.

⁷⁶⁶ MC, ¶ 438.

⁷⁶⁷ RPS, IP1, ¶¶ 504-507.

⁷⁶⁸ *Id.*, ¶ 510.

⁷⁶⁹ MC, ¶ 443.

⁷⁷⁰ *Id.*, ¶ 444; Fair Links IP3, ¶ 76.

también es problemática ya que las tasas de producción de fluidos totales varían a lo largo de la vida útil de cada pozo.⁷⁷¹

- c. El Sr. Crick no aplicó un RAF a sus proyecciones, lo cual es necesario para cuantificar la incertidumbre en las previsiones de reservas. Ello resulta en un perfil de producción artificialmente aumentado.⁷⁷²

405. Ecuador también critica las proyecciones del Sr. Crick para el Bloque 21 por las siguientes razones:

- i. El Sr. Crick asume que el Consorcio dejó de perforar debido al impacto de la Ley 42. Esto es falso: los documentos internos de ConocoPhillips de los años 2006 y 2007 demuestran que Burlington habría dejado de perforar independientemente del impacto de la Ley 42. Estos documentos (los cuales incluyen la Actualización de Mapeo de Yuralpa del mes de enero de 2007,⁷⁷³ la Revisión de las Reservas Latinoamericanas del año 2007,⁷⁷⁴ el Memorando de Ventas del año 2007,⁷⁷⁵ la Presentación de la Reunión del Comité Presupuestario del año 2007⁷⁷⁶ y el Estudio de Simulación de Yuralpa del año 2007)⁷⁷⁷ demuestran que fue el bajo desempeño de tal Bloque y su incertidumbre geológica lo que causó que el Consorcio dejara de perforar, y no la Ley 42.⁷⁷⁸ El argumento de Burlington de que estos documentos no son útiles para medir los daños porque reflejan el impacto de la Ley 42 debe ignorarse, ya que *“claramente reflejan la información a la que un comprador interesado habría tenido acceso el día 30 de agosto de 2009 para determinar el valor de los Bloques, incluyendo el hecho de que el Bloque 21 había tenido un desempeño inferior al esperado”*.⁷⁷⁹
- ii. El Sr. Crick ignora el bajo rendimiento histórico del Bloque 21 y sus difíciles condiciones geológicas, en particular el surgimiento de agua en ciertos pozos.⁷⁸⁰ Si bien el Sr. Crick afirma que esto es causado por la conificación

⁷⁷¹ MC, ¶¶ 445-446; RPS IP3, ¶¶ 317, 328, 520, 525.

⁷⁷² MC, ¶ 447; RPS IP 1, Sección 4.2.6, ¶ 39.

⁷⁷³ Anexo E-555.

⁷⁷⁴ Anexo E-553.

⁷⁷⁵ Anexo E-214.

⁷⁷⁶ Anexo C-470.

⁷⁷⁷ Anexo E a Crick DT1.

⁷⁷⁸ Dúplica, ¶ 724.

⁷⁷⁹ *Id.*, ¶ 723.

⁷⁸⁰ MC, ¶¶ 450, 454-459; Dúplica, ¶ 713.

del agua, dicha teoría “*ignora y contradice la prueba presente en los documentos del Consorcio y de terceros que indican fuertemente que la fuente de producción de agua en Yuralpa no es la conificación del agua, sino que se asocia con zonas discretas de alta permeabilidad dentro del tan heterogéneo reservorio del Hollín Principal*”.⁷⁸¹ Ecuador señala que en el Memorando de Ventas del año 2007 y en otros documentos se registran las dificultades encontradas entre los años 2004 y 2007 (las que incluyeron el surgimiento de agua, la dificultad de aislar los intervalos de producción de agua y la menor producción de petróleo como consecuencia de la invasión del agua).⁷⁸² Según Ecuador, dos estudios concluyeron que los problemas fueron causados por fracturas, aunque con conclusiones diferentes en cuanto a la causa, y confirmaron que se produjeron “*problemas de agua imprevisibles*” en el Bloque 21.⁷⁸³ No obstante, el Sr. Crick, pasó por alto la relevancia de tales conclusiones.

- iii. El programa agresivo de perforación de pozos del Sr. Crick (según el cual se perforarían 24 pozos adicionales, 21 de los cuales serían perforados antes del día 30 de agosto de 2009) (a) no es alcanzable⁷⁸⁴ y (b) refleja una rentabilidad poco realista:
 - a. El Sr. Crick ignora los documentos contemporáneos que demuestran que su programa de perforación propuesto no era alcanzable. El Memorando de Ventas del año 2007 identifica sólo nueve sitios de perforación potencial en Yuralpa.⁷⁸⁵ Dicha cifra fue revisada y reducida en el Estudio de Simulación de Yuralpa del año 2007,⁷⁸⁶ el cual concluyó que “[e]l máximo recomendable para asegurar el desarrollo pleno del campo y evitar la perforación de pozos innecesarios era de siete pozos adicionales”.⁷⁸⁷ y que la primera producción de los pozos nuevos habría ocurrido en el mes de septiembre de 2008, y no en febrero de 2008, como asumieran el Sr. Crick y Compass Lexecon. Por ende, un comprador interesado en el mes de agosto de 2009 se habría

⁷⁸¹ RPS IP4, ¶ 366.

⁷⁸² Anexos E-554, C-128, E-555, E-556.

⁷⁸³ **Anexo E-554**; RPS IP3, ¶ 447.

⁷⁸⁴ MC, ¶¶ 460-464.

⁷⁸⁵ Dúplica, ¶ 714.

⁷⁸⁶ Anexo E a Crick DT1.

⁷⁸⁷ RPS IP3, ¶ 305.

basado en documentos de esa naturaleza al asignar un valor a los campos.⁷⁸⁸ En cualquier caso, a pesar de lo que se indica en el Estudio de Simulación de Yuralpa, RSP entiende que el campo Yuralpa estaba completamente desarrollado y que la nueva perforación no habría resultado en reservas adicionales.⁷⁸⁹

- b. Si bien Compass Lexecon afirma haber realizado una prueba de rentabilidad en el programa de perforación del Sr. Crick, Fair Links ha evaluado las conclusiones de Compass Lexecon al calcular la Tasa Interna de Retorno (“TIR”) asociada con dicho programa. Fair Links concluye que el escenario de producción del Sr. Crick implica una TIR del 165% para el Bloque 7 y del 43% para el Bloque 21, lo cual excede ampliamente la tasa de rentabilidad estándar del 12% para una inversión en petróleo y gas.⁷⁹⁰

- iv. Por último, según Ecuador las técnicas de proyección del Sr. Crick son esencialmente defectuosas:
 - a. El Sr. Crick utilizó datos acumulados de producción a nivel de campo para proyectar la producción futura de pozos existentes, contrariamente a la práctica recomendada de evaluación de la industria.⁷⁹¹ Según RPS, “[e]l análisis a nivel de campo sólo debe considerarse confiable de manera cautelosa cuando las condiciones de campo no se modifican, lo cual no fue el caso de Yuralpa mientras Perenco operó el campo”.⁷⁹²

 - b. El Sr. Crick aplicó curvas de pozos promedio, que tal como se explica *supra* resulta problemático, y en este caso particular permite que un determinado pozo de excesivo desempeño genere un impacto desproporcionado. La utilización por parte del Sr. Crick de las tasas de declinación promedio también hace caso omiso de que, históricamente, la tasa media inicial/pico de los pozos en el Bloque 21 ha disminuido significativamente con cada programa sucesivo de perforación.⁷⁹³

⁷⁸⁸ Dúplica, ¶ 715.

⁷⁸⁹ RPS IP3, ¶ 217.

⁷⁹⁰ Dúplica, ¶ 728, en referencia a: Fair Links IP4, ¶ 93.

⁷⁹¹ Dúplica, ¶ 695-697, en referencia a: RPS IP4, ¶ 365.

⁷⁹² RPS IP4, ¶ 129.

⁷⁹³ MC, ¶¶ 466-468.

- c. No se encuentran fundamentos para la curva de declinación del 9% utilizada por el Sr. Crick, ya sea en los datos de rendimiento de los pozos del mes de agosto de 2009 o en los datos posteriores a la expropiación.⁷⁹⁴
- d. El Sr. Crick sólo aplica un factor de ajuste de reservas para reflejar la incertidumbre de tres pozos de Yuralpa, los cuales identificó como pozos 2P. Esto no representa adecuadamente la incertidumbre en la producción de los pozos restantes.⁷⁹⁵

406. Por el contrario, Ecuador sostiene que las proyecciones de RPS son “*mucho más razonables*” que las del Sr. Crick.⁷⁹⁶ Con el fin de asegurar la razonabilidad del perfil de producción de RPS, Fair Links realizó un análisis comparativo de los escenarios de producción propuestos por el Sr. Crick y RPS.⁷⁹⁷ Específicamente, Fair Links comparó los perfiles de producción con (i) los niveles históricos de producción del Consorcio hasta el momento de la expropiación, y (ii) la evaluación interna de ConocoPhillips de los niveles de reservas en los Bloques en el período comprendido entre los años 2006 y 2009,⁷⁹⁸ y arribó a las siguientes conclusiones:

- i. Al comparar los perfiles con los niveles de producción históricos, Fair Links determinó que “*mientras que los niveles de producción esperados de RPS están en consonancia con los datos históricos (anteriores al mes de agosto 2009), las proyecciones de John Crick exceden notablemente la producción anterior de los Bloques 7 y 21*”.⁷⁹⁹
- ii. Al comparar los perfiles de producción con la evaluación de ConocoPhillips del nivel de reservas, Fair Links señaló que las proyecciones de RPS eran consistentes con los niveles internamente evaluados por ConocoPhillips, mientras que la evaluación de Crick fue más de tres veces superior.⁸⁰⁰ Los documentos internos de ConocoPhillips demuestran que “*los niveles estimados de reservas probadas para los Bloques 7 y 21 son estables a lo*

⁷⁹⁴ Dúplica, ¶¶ 698-699, en referencia a: RPS IP4, ¶¶ 151, 202-203.

⁷⁹⁵ MC, ¶ 469.

⁷⁹⁶ *Id.*, ¶ 476.

⁷⁹⁷ *Id.*, ¶ 471; Fair Links IP2, ¶¶ 66-86.

⁷⁹⁸ Fair Links también consideró la comparación de los escenarios de producción con los niveles reales de producción alcanzados por Petroamazonas, pero rechazó dicho método, ya que esto no habría sido “*comparar factores semejantes*”. Fair Links IP3, ¶ 76.

⁷⁹⁹ Fair Links IP3, ¶ 51.

⁸⁰⁰ *Id.*, ¶ 85.

largo de los años”, y “no reflejan un aumento esperado significativo en las reservas (producción futura de petróleo) que derivaría de la perforación de nuevos pozos”.⁸⁰¹ De hecho, los resultados de RPS son incluso “más optimistas de lo que el propio ConocoPhillips habría considerado antes de la expropiación”.⁸⁰²

407. Con respecto al argumento de Burlington de que la proyección del Sr. Crick ha sido validada por las propias cifras de Petroamazonas, Ecuador sostiene que Petroamazonas no constituye un sustituto adecuado para el desempeño del Consorcio:

- i. Como empresa pública, Petroamazonas está sujeta a un sistema tributario diferente y recibe un 100% de la producción. De hecho, *“contrariamente a los operadores privados, el principal objetivo de Petroamazonas es maximizar la producción para el Estado, no las ganancias”*,⁸⁰³ lo cual sólo puede lograrse a través de una fuerte inversión. Petroamazonas también cuenta con un plazo temporal ilimitado para recuperar sus inversiones. Por el contrario, *“el Consorcio pretendía maximizar las ganancias sobre su inversión durante un período limitado al plazo restante de su contrato”*, y debía entregar una parte de su producción al Estado y cumplir con las reglamentaciones (como la Ley 42), lo cual redujo su capacidad de invertir en los Bloques.⁸⁰⁴
- ii. *“Desde una perspectiva exclusivamente técnica, Petroamazonas y el Consorcio no habrían perforado los mismos pozos”*.⁸⁰⁵ En particular, el Consorcio no habría perforado los 11 pozos que Petroamazonas perforó en Yuralpa en los años 2011 y 2012 puesto que *“[l]os 11 pozos, salvo uno, de la campaña de perforación de Petroamazonas de 2011/ 2012 habrían sido considerados ‘pozos de baja EUR [Recuperación Final Estimada]’, según los propios valores de referencia del Consorcio. Por consiguiente, en base a la propia política del Consorcio, 10 de los 11 pozos perforados por Petroamazonas ni siquiera habrían sido perforados”*.⁸⁰⁶ Tampoco es probable que el Consorcio hubiera perforado en el área periférica del reservorio Hollín Principal, ya que esto conllevaba un alto grado de riesgo, que Petroamazonas

⁸⁰¹ *Id.*, ¶ 83.

⁸⁰² *Id.*, ¶ 478.

⁸⁰³ Dúplica, ¶ 731.

⁸⁰⁴ *Id.*, ¶ 736.

⁸⁰⁵ *Id.*, ¶ 738.

⁸⁰⁶ *Id.*, ¶ 739 (énfasis eliminado), en referencia a: RPS IP3, ¶ 280 y **Anexo E-555**.

podía manejar pero no así el Consorcio.⁸⁰⁷ Por el mismo motivo, el Sr. Crick no puede basarse en el Informe de 2013 de Ryder Scott para realizar su perfil de producción, ya que todos los 28 pozos nuevos que se muestran en el informe de Ryder Scott se encuentran en áreas periféricas.⁸⁰⁸ El Sr. Crick aclaró que el hecho de que el Consorcio evitara las áreas periféricas “*era una política deliberada para evitar la perforación de pozos que podrían producir muy poco petróleo*”.⁸⁰⁹

408. Por último, Ecuador se opone al uso del Modelo Actualizado para proyectar la producción, por las razones explicadas *infra*.

c. Análisis

409. La tarea del Tribunal consiste en determinar el volumen de petróleo que Burlington habría producido “si no hubiera sido por” la expropiación. Al hacerlo, el Tribunal se basará en sus determinaciones jurídicas anteriores.

- i. En primer lugar, el estándar de compensación es el de reparación íntegra. El objetivo es determinar lo que Burlington habría producido (y vendido) “si no hubiera sido por” la expropiación, no lo que un comprador interesado habría pagado por los activos petroleros de Burlington en la fecha de la expropiación.
- ii. En segundo lugar, la mayoría del Tribunal también ha determinado que, para conceder una reparación íntegra, los activos deben ser valorados a la fecha del laudo (o a la fecha sustituta más cercana). Por lo tanto, resulta apropiado basarse en información posterior a la expropiación, tal como lo ha hecho el Sr. Crick.
- iii. En tercer lugar, la mayoría del Tribunal ha determinado que debe hacerse caso omiso del impacto de la Ley 42. En otras palabras, al proyectar los flujos de caja de Burlington en el escenario contrafáctico, se debe asumir que

⁸⁰⁷ Dúplica, ¶¶ 740-741, en referencia a: RPS IP4, ¶¶ 304-305.

⁸⁰⁸ Dúplica, ¶ 743, en referencia a: RPS IP4, ¶ 282. RPS explica que “la mayoría de los pozos no desarrollados del Informe de Ryder Scott se encuentran en lugares que el Consorcio no perforaría. Con fundamento en el mapa de área neto de Ryder Scott 2011 y en los criterios mínimos de área de petróleo de 90 pies de Perenco para los nuevos pozos, el Consorcio no habría optado por perforar los 21 pozos propuestos por Petroamazonas y Ryder Scott en el Informe de Reservas de Ryder Scott en las áreas sur y sureste. Cabe destacar que los siete pozos adicionales propuestos por Petroamazonas y Ryder Scott en el informe Ryder Scott de 2013 se encuentran técnicamente en el área ‘periférica’ del reservorio desarrollado Hollín Principal y no en el centro del área desarrollada donde se situarían la mayoría de los pozos de “relleno” del Sr. Crick”. RPS IP4, ¶ 282.

⁸⁰⁹ Dúplica, ¶ 744, en referencia a: Crick DT1, ¶ 94.

Ecuador cumple con sus obligaciones de absorción de impuestos, eliminando así el impacto de la Ley 42 sobre la participación de producción de Burlington.

410. De ello se desprende que los cálculos de RPS no pueden utilizarse como base para la evaluación del Tribunal. En efecto, el objetivo de RPS era proyectar la producción que un comprador interesado habría estimado en la fecha de la expropiación al utilizar la información disponible en ese momento y asumiendo que la participación de producción de petróleo de Burlington era afectada por la Ley 42. Incluso si RPS ha llevado a cabo este ejercicio correctamente (una cuestión que el Tribunal no necesita analizar), su cálculo quedaría invalidado por dichos supuestos incorrectos.
411. El Tribunal observa además que las estimaciones de reservas de RPS, así como su afirmación de que más perforaciones no habrían producido más reservas, sino que simplemente habrían acelerado el agotamiento de las reservas existentes, han sido refutadas por los informes más recientes de Petroamazonas y Ryder Scott.⁸¹⁰ En particular, para el mes de julio de 2014, Petroamazonas ya había producido más petróleo en el Bloque 21 que el estimado por RPS como recuperable. Específicamente, RPS pronosticó una producción total de 11,24 millones de barriles para el momento de la terminación del CP del Bloque 21,⁸¹¹ y una recuperación final estimada de 39 millones de barriles,⁸¹² mientras que para el mes de julio de 2014, el Bloque 21 ya había producido más de 41 millones de barriles y aún producía nuevas reservas.⁸¹³ En cuanto al Bloque 7, RPS pronosticó una producción de 3,8 millones de barriles⁸¹⁴ hasta el año 2010 y una recuperación final estimada de 99 millones de barriles.⁸¹⁵ Sin embargo, desde el mes de diciembre de 2007 al mes de julio de 2014, el Bloque 7 había producido 50,17 millones de barriles adicionales de petróleo,⁸¹⁶ y para fines del año 2013, Petroamazonas había actualizado sus cifras de reserva (como mínimo) a 761 millones de barriles.⁸¹⁷ El Tribunal coincide con el

⁸¹⁰ **Anexos C-491 y C-493**. Véase también: Strickland IP, ¶¶ 112, 132.

⁸¹¹ RPS IP3, ¶ 191, para las reservas 2P.

⁸¹² *Id.*, ¶ 200, para las reservas 2P.

⁸¹³ Crick DT2, ¶ 150; **Anexo C-491**. Véase también: Diapositiva 8 de la Presentación Directa del Dr. Strickland, incluida en C-EPA, ¶ 119, y en la Diapositiva 29 de la Presentación de Cierre de Burlington, reproducida en el párrafo 395 *supra*. Véase también: el análisis de producción de cada pozo independiente del Bloque 21 realizado por el Dr. Strickland (**Anexo C-520**).

⁸¹⁴ RPS IP3, ¶ 191, para las reservas 2P.

⁸¹⁵ *Id.*, ¶ 200, para las reservas 2P.

⁸¹⁶ Véase: el análisis de producción de cada pozo independiente del Bloque 7 realizado por el Dr. Strickland (**Anexo C-519**).

⁸¹⁷ Tr. Cuantificación (Día 2) (ESP), 394:7-13; 398:15-16 (Interrogatorio Directo, Crick). El Tribunal observa que, de acuerdo con el Informe de Fin de Año de Petroamazonas para el

Sr. Crick en que “*la realidad proporciona la verificación más segura*”,⁸¹⁸ y la realidad demuestra que las proyecciones de RPS eran erróneas. RPS lo admitió durante la Audiencia.⁸¹⁹

412. Esto no significa que el Tribunal deba adoptar las proyecciones del Sr. Crick en su totalidad. Se encuentra bien establecido que una reclamación de lucro cesante requiere que la demandante pruebe con certeza razonable que habría obtenido las ganancias pretendidas si no hubiera sido por el acto ilícito.⁸²⁰ Esto significa que Burlington debe probar con una certeza razonable cuáles son los volúmenes que el Consorcio habría producido “si no hubiera sido por” la expropiación.
413. Cabe resaltar que la hipótesis que subyace a la proyección del Sr. Crick es parcialmente diferente de la que se articula en el párrafo anterior. El objetivo del Sr. Crick radicaba en establecer cuánto petróleo habría producido el Consorcio si Ecuador hubiese cumplido con sus obligaciones de absorción de impuestos *antes* de la expropiación y si no hubiese habido expropiación. Por esta razón, calcula la producción a partir del mes de diciembre de 2007, fecha en la que el Consorcio detuvo la perforación, supuestamente como resultado de la promulgación de la Ley 42 a una alícuota del 99% y del incumplimiento por parte de Ecuador de sus obligaciones de absorción de impuestos. Por el contrario, el Tribunal debe cuantificar la producción perdida únicamente *como resultado de la expropiación*. Si bien el Tribunal ha determinado que esta producción debe cuantificarse asumiendo que Ecuador habría cumplido con sus obligaciones de absorción de impuestos *en el futuro*, no pueden incluirse flujos de caja que se habrían acumulado antes de la expropiación. Por lo tanto, el Tribunal hará caso omiso de los flujos de caja que se habrían acumulado previo a la expropiación.
414. El Tribunal procederá a analizar primero la proyección del Sr. Crick para el Bloque 7 (i) y luego su proyección para el Bloque 21 (ii). Concluirá con el análisis de las objeciones planteadas por Ecuador respecto de la utilización del Modelo Actualizado para la proyección de la producción (iii).

2013 (**Anexo C-492**), la cifra de 761 millones se refiere sólo al Hollín Principal del campo Oso. El total de petróleo original en sitio estimado para el campo Oso es de 918 millones de barriles.

⁸¹⁸ Crick DT2, ¶ 10.

⁸¹⁹ Tr. Cuantificación (Día 4) (ESP), 1154:1153:3 (Contrainterrogatorio, Daigre).

⁸²⁰ Véase, por ejemplo: M. M. Whiteman, *Damages in International Law*, vol. II (1937), p. 1837 (observando que la evaluación de beneficios futuros exige prueba de que “*se anticiparon de manera razonable; y que los beneficios anticipados eran probables y no meramente posibles*”). Véase también: nota 434 *supra*.

(i) *Bloque 7*

415. En relación con los pozos existentes, el Sr. Crick concluye que el Consorcio habría producido 4,3 millones de barriles de petróleo entre el día 1 de agosto de 2009 y el día 16 de agosto de 2010.⁸²¹ Para llegar a esta cifra, el Sr. Crick asumió que el Consorcio habría producido tanto petróleo como Petroamazonas de la misma cantidad de pozos en ese período.⁸²² El Tribunal acepta esta proyección: no hay motivos para creer que el Consorcio habría producido menos petróleo que Petroamazonas de los mismos pozos durante el mismo período. El Tribunal tiene en cuenta el argumento de Ecuador de que Petroamazonas no constituye un sustituto adecuado para el Consorcio. Si bien puede comprender los fundamentos de este argumento con respecto a la perforación adicional de pozos (según se analiza *infra*), la rechaza con respecto a la producción de los pozos existentes.
416. En relación con los pozos incrementales, el Sr. Crick asume que, si el CP del Bloque 7 se hubiera extinguido en el mes de agosto de 2010, el Consorcio habría continuado su perforación del campo Oso a una tasa de un pozo por mes, pero habría cesado la perforación un año antes de la extinción del CP (es decir, en el mes de agosto de 2009), cuando las nuevas inversiones se tornaran no rentables.⁸²³ Esto habría resultado en 21 nuevos pozos perforados en un plazo de 21 meses (desde el mes de diciembre de 2007 incluido hasta el mes de agosto de 2009 inclusive).
417. En tal sentido, la primera pregunta que se plantea es si resulta razonable suponer que el Consorcio habría perforado nuevos pozos en el Bloque 7, si no hubiera sido por la expropiación. A tal efecto, el Tribunal asumirá que cualquier perforación nueva se habría reanudado luego de la expropiación, es decir, en el mes de septiembre de 2009, y no en el mes de enero de 2008, como asumiera el Sr. Crick. Como se observa en el párrafo 413 *supra*, el Tribunal no puede tener en cuenta los flujos de caja que se habrían acumulado previo a la expropiación. El Tribunal también se ha preguntado si puede suponer que la perforación se habría reanudado en el mes de enero de 2008 para su cuantificación de los flujos de caja acumulados *después* de la expropiación (es decir, si para cuantificar los flujos de caja acumulados luego de la expropiación puede asumir el perfil de producción que resulta de la nueva perforación a partir del mes de enero de 2008). El Tribunal ha

⁸²¹ Crick DT1, ¶¶ 139-142 y Figura 1.

⁸²² *Id.*, ¶ 142.

⁸²³ Crick DT1, ¶ 140.

concluido que no puede hacerlo: si bien el Tribunal puede utilizar los supuestos que considere adecuados para cuantificar la situación en la que se habría encontrado Burlington si no hubiese tenido lugar la expropiación, no puede cambiar lo ocurrido con anterioridad a la expropiación. Por lo tanto, el Tribunal asumirá que cualquier nueva perforación en el Bloque 7 se habría reanudado en el mes de septiembre de 2009.

418. Sin embargo, tal como se observara *supra*, el Sr. Crick admite que cualquier nueva perforación del Bloque 7 se habría detenido un año antes de la extinción del CP del Bloque 7, es decir, en el mes de agosto de 2009. Por consiguiente, el Tribunal no puede razonablemente asumir ninguna perforación en el Bloque 7 más allá de esa fecha. Por lo tanto, el Tribunal no acepta las proyecciones de perforación incremental del Sr. Crick para el Bloque 7.
419. El Tribunal ha agregado sus conclusiones con respecto a la producción de los pozos existentes al Modelo Actualizado y los resultados se incluyen en el cálculo presente en la Sección 5.3.4 *infra*.

(ii) *Bloque 21*

420. En relación con los pozos existentes, el Sr. Crick proyecta que, entre el día 30 de agosto de 2009 y el mes de junio de 2021, cuando el CP del Bloque 21 se habría extinguido, los 33 pozos existentes en el campo Yuralpa habrían producido 25,7 millones de barriles de petróleo. El Sr. Crick ha alcanzado esta cifra mediante la aplicación de una tasa inicial de declinación de producción de pozos del 43% que luego se estabilizó en un 9%.⁸²⁴ El Tribunal está satisfecho de que la cuantificación de producción del Sr. Crick, que originalmente se basó en un análisis de curvas tipo, es confiable. El Tribunal acepta las explicaciones del Sr. Crick sobre la

⁸²⁴

El Tribunal es consciente de que durante el contrainterrogatorio del Dr. Strickland, Ecuador se refirió a un documento presentado por Burlington identificado con la etiqueta Burlington Quantum número BURL-QUANT00021837, en la Pestaña 18 del paquete del contrainterrogatorio del Dr. Strickland. Este documento parecía mostrar la estimación de fin de año de reservas para el año 2004 del Consorcio y contenía un comentario de que una disminución exponencial del 25% era “típica de los pozos de Hollín” (para pozos P50), y se observaba también una disminución del 30% para los pozos P90. Sin embargo, los abogados no pudieron identificar el documento, y el Dr. Strickland no pudo ofrecer comentarios al respecto. El Tribunal ha examinado este documento pero no le ha asignado ninguna relevancia en su evaluación general basada en el expediente en su conjunto: el documento nunca fue identificado y Ecuador no lo mencionó en su Escrito Posterior a la Audiencia. El Tribunal también está desconcertado por el hecho de que el documento no fue presentado al Sr. Crick, quien como testigo se encontraba en una mejor posición para identificar el documento que el Dr. Strickland. En cualquier caso, el Tribunal observa que el Sr. Crick reconoció una tasa de disminución inicial del 43% que luego se estabilizó en un 9%, lo cual no es necesariamente incompatible con este documento.

confiabilidad del análisis de curvas tipo y observa que el Dr. Strickland también aprobó el uso de un análisis de curvas tipo.⁸²⁵ En particular, el Tribunal observa que el análisis de curvas tipo del Sr. Crick para los pozos de Yuralpa refleja una tasa de declinación del 9% después de un plazo de 36 a 40 meses, independientemente de si se analiza el desempeño de los pozos en el período comprendido entre los años 2003 y 2004 o en el período comprendido entre los años 2006 y 2007.⁸²⁶ En cualquier caso, el Sr. Crick evaluó sus resultados a través de tres métodos alternativos (análisis individual de la curva de declinación para los pozos existentes, el modelo de simulación de campo completo de Yuralpa realizado en el año 2007 y el mismo modelo, actualizado con datos hasta el mes de julio de 2009 y modificado para que coincida con el rendimiento a esa fecha).⁸²⁷ Cabe destacar que el Dr. Strickland calculó por separado la recuperación final estimada (“EUR”, por sus siglas en inglés) del Bloque 21 con cuatro técnicas diferentes (tasa vs. tiempo, curvas tipo, tasa vs. acumulativa, y relación agua-aceite vs. acumulativa) en tres subconjuntos de pozos y en todo el campo (un total de 8 cálculos diferentes), y obtuvo resultados extremadamente similares a los del Sr. Crick.⁸²⁸ El Tribunal considera que esto es suficiente para respaldar el uso de la metodología del Sr. Crick.

421. La situación de los pozos incrementales es más compleja. El Sr. Crick proyecta que se habrían perforado 24 pozos adicionales en el reservorio Hollín Principal de Yuralpa, 21 de ellos de categoría 1P en el centro del reservorio y tres pozos 2P fuera de esa zona. Los 21 pozos 1P debían ser pozos de “relleno”, es decir, pozos perforados entre los pozos existentes para drenar el reservorio. El Sr. Crick explica que, debido a la conificación del agua dentro del yacimiento Yuralpa, “el barrido del campo Yuralpa no es bueno y que tiene una recuperación muy baja. Por lo tanto, una gran cantidad de petróleo tiene que ser recuperada y los 21 nuevos pozos en el

⁸²⁵ Strickland IP, ¶¶ 47, 53 (donde se observa que “la aplicación por parte del Sr. Crick del análisis de curvas tipo está en consonancia con los métodos de la industria para proyectar la producción futura de los campos donde los pozos individuales no presentan un rendimiento estable”).

⁸²⁶ Tr. Cuantificación (Día 2) (ESP), 381:7-383:10 (Interrogatorio Directo, Crick).

⁸²⁷ Tr. Cuantificación (Día 2) (ESP), 380:19-381:6; 387:13-388:21 (Interrogatorio Directo, Crick). Véase también: la Presentación Directa del Sr. Crick, Diapositiva 11.

⁸²⁸ Strickland IP, ¶¶ 52-68. Los resultados promedio provenientes de los cuatro métodos del Dr. Strickland fueron los siguientes: la EUR total para los tres grupos de pozos fue de 51.327 millones de barriles y el total correspondiente a todos los pozos operados por Perenco calculados en conjunto fue de 51.800 millones de barriles. Estos resultados son sorprendentemente similares a los de la proyección del Sr. Crick (52.053 millones de barriles). Strickland IP, tabla en la pág. 23, tal como fuera modificado por el Anexo 1 distribuido durante la Audiencia (Tr. Cuantificación (Día 3) (ESP), 841:22-842:8; 843:6-8 (Interrogatorio Directo, Strickland).

centro más los otros 3, van a producir lo más posible de ese petróleo producible que todavía está ahí".⁸²⁹ Más concretamente, el Sr. Crick explica que, a la fecha de su primera Declaración Testimonial, los pozos en Hollín Principal de Yuralpa habían producido sólo el 14,3% del petróleo desarrollable del reservorio, lo cual representa un porcentaje bajo y aún falta por drenar una cantidad de petróleo significativa.⁸³⁰ El objetivo de la perforación de relleno sería recuperar el petróleo de aquellas áreas no barridas y proporcionaría reservas adicionales.⁸³¹ El Sr. Crick asume una tasa de perforación de un pozo por mes (lo cual, según él, es consistente con la tasa de perforación histórica de Perenco),⁸³² comenzando en el mes de enero de 2008 y finalizando en el mes de diciembre de 2009. Sobre la base de la metodología analizada *supra*, el Sr. Crick proyecta que el Consorcio habría recuperado 12,2 millones de barriles adicionales de estos 24 pozos.⁸³³

422. Una vez más, el Tribunal debe determinar si la perforación incremental proyectada por el Sr. Crick goza de certeza suficiente como para justificar la reclamación de Burlington de lucro cesante en relación con dicha producción. Para ello, el Tribunal determinará en primer lugar si el Consorcio habría reanudado la perforación en el Bloque 21 si no hubiera sido por la expropiación, asumiendo un escenario en el que Ecuador habría cumplido con sus obligaciones de absorción de impuestos (1) y, en caso afirmativo, calculará cuántos pozos nuevos habrían sido razonablemente perforados hasta la extinción del CP (2). A continuación, deberá determinar cuándo se habría iniciado tal perforación (3) y si la metodología del Sr. Crick para calcular los volúmenes a ser producidos de dichos pozos nuevos es adecuada (4).

- (1) Si no hubiera tenido lugar la expropiación y asumiendo que Ecuador habría cumplido con sus obligaciones de absorción de impuestos, ¿habría el Consorcio continuado la perforación en el Bloque 21?

423. El Tribunal debe primero evaluar si, en el escenario contrafáctico a la expropiación y asumiendo que Ecuador habría cumplido con sus obligaciones de absorción de impuestos, es razonable suponer que el Consorcio habría continuado perforando en el Bloque 21. Esto no es tan evidente como en el caso del Bloque 7. En efecto, el Consorcio dejó de perforar en el Bloque 21 no debido a la Ley 42, sino por problemas con el reservorio, razón por la cual inició un estudio del campo Yuralpa.

⁸²⁹ Tr. Cuantificación (Día 2) (ESP), 420:1-6 (Contrainterrogatorio, Crick).

⁸³⁰ Crick DT1, ¶ 93.

⁸³¹ Crick DT2, ¶ 146.

⁸³² Crick, DT1 ¶¶ 102-107.

⁸³³ *Id.*, ¶¶ 108-118, 136.

El testimonio del Sr. Crick es que, si no hubiera sido por el incumplimiento de Ecuador con la absorción de los efectos de la Ley 42, el Consorcio habría esperado al final del estudio y reanudado su actividad en el mes de enero de 2008.

424. En opinión del Tribunal, es razonable suponer que, si no hubiera sido por la expropiación y asumiendo que Ecuador habría cumplido con sus obligaciones de absorción de impuestos, el Consorcio habría reanudado la perforación. Si bien el expediente confirma (y, de hecho, Burlington no niega) que el Consorcio dejó de perforar en el año 2007 debido a problemas con el reservorio (en particular problemas con el agua)⁸³⁴ y porque “los resultados decepcionantes de los pozos obtenidos en la última parte del año 2006 redujeron las oportunidades de desarrollo”,⁸³⁵ los documentos citados por Ecuador demuestran que el Consorcio habría reanudado la perforación una vez que se identificaran estos problemas y se pusieran en marcha medidas para aumentar la producción. En particular:

- i. La Actualización de Mapeo de Yuralpa del mes de enero de 2007⁸³⁶ analiza los problemas en el reservorio y describe posibles estrategias para perforar nuevos pozos verticales y horizontales, incluyendo la perforación de relleno, y se observa un total de 9 pozos contingentes para el segundo semestre del año 2007 y principios del año 2008.⁸³⁷ También señala que el objetivo del estudio y la simulación del reservorio del año 2007 (al que se hace referencia en (v) *infra*) es “[e]laborar un modelo de proyección para la nueva perforación de pozos con una optimización del espaciamiento y recomendaciones sobre parámetros operacionales, tales como reducciones de financiamiento, tasas totales de fluidos, etc.”.⁸³⁸ Por último, este documento refleja también la preocupación del Consorcio respecto de la Ley 42, ya que plantea una

⁸³⁴ Véase, por ejemplo: Memorando de Ventas del año 2007, pág. 44 (**Anexo E-214**) (“La perforación de desarrollo en Yuralpa ha sido desafiada debido a la presencia de una formación masiva, inestable y altamente fracturada en Napo y una capa de basalto fracturada por encima del yacimiento de Hollín, que crean problemas de direccionamiento y control de los pozos. Un total de 15 pozos fueron perforados en el año 2005, 14 en el año 2006 y un pozo hasta el año 2007, el YCG-3. Este campo se encuentra bajo un fuerte impulso acuífero con una movilidad relativamente baja (la viscosidad del reservorio de petróleo es de 60 cp) y debido a una filtración de agua más temprana que la esperada en los pozos más recientes, la perforación adicional se ha suspendido hasta la finalización de un estudio del reservorio y de prácticas de finalización”).

⁸³⁵ ConocoPhillips: Revisión de las Reservas Latinoamericanas, Ecuador de fecha 7 de mayo de 2007 (**Anexo E-553**), diapositiva 13. Véase también: Actualización de Mapeo de Yuralpa del mes de enero de 2007 (**Anexo E-555**), Diapositivas 4, 11-12.

⁸³⁶ Actualización de Mapeo de Yuralpa del mes de enero de 2007 (**Anexo E-555**).

⁸³⁷ *Id.*, Diapositivas 4, 16-19, 23, 29.

⁸³⁸ *Id.*, Diapositiva 23.

inquietud relacionada con “la economía de la nueva Ley de hidrocarburos y con el riesgo de incrementar la participación estatal”.⁸³⁹

- ii. La Revisión de las Reservas Latinoamericanas del mes de mayo de 2007⁸⁴⁰ indica que la perforación está actualmente detenida para realizar un estudio de campo, señalando que la cuestión clave es la producción de agua y que se necesitan prácticas de gestión de yacimientos para lidiar con la afluencia de agua.⁸⁴¹ Este documento también indica que la perforación de 4 pozos adicionales está planificada para el año 2007, dependiendo de los resultados del estudio.⁸⁴²
- iii. De la misma manera, si bien reconoce las dificultades del Consorcio respecto del desarrollo de un programa de perforación para el Bloque 21, el Memorando de Ventas de 2007⁸⁴³ señala que “se está completando un estudio integral de campo iniciado en el mes de octubre de 2006 con el fin de mejorar las siguientes cuestiones de modelación geológica y de gestión de reservorios”, y se detallan los diversos problemas encontrados en el Bloque 21.⁸⁴⁴ A continuación, explica que “[u]na vez que se complete este estudio de campo (lo que se estima será a finales del verano del año 2007), los conocimientos adquiridos proporcionarán una estrategia más refinada de gestión y desarrollo del reservorio”.⁸⁴⁵ Dicho documento también señala que “[e]xisten reservas significativas en ubicaciones adecuadas para pozos de relleno y vecinos, y se debe determinar la extensión del campo hacia el sur y el sureste”, y agrega que “cinco ubicaciones para pozos vecinos” y “cuatro ubicaciones para pozos de relleno [...] han sido identificadas como blancos potenciales”.⁸⁴⁶ Cabe destacar que el Memorando de Ventas también observa que “los cálculos sugieren que a la fecha sólo se ha producido una pequeña porción del total de petróleo presente en el lugar, lo cual implica una oportunidad de explotación significativa”, y agrega que “[a]l completar el

⁸³⁹ *Id.*, Diapositiva 28.

⁸⁴⁰ ConocoPhillips: Revisión de las Reservas Latinoamericanas, Ecuador, de fecha 7 de mayo de 2007 (**Anexo E-553**).

⁸⁴¹ *Id.*, diapositiva 5.

⁸⁴² *Ibid.*

⁸⁴³ Memorando Confidencial, ConocoPhillips: Venta Propuesta de sus Derechos en Ecuador, Harrison Lovegrove & Co., agosto de 2007 (**Anexo E-214**).

⁸⁴⁴ *Id.*, pág. 45.

⁸⁴⁵ *Ibid.*

⁸⁴⁶ *Ibid.*

actual estudio del reservorio, las mejoras en la gestión del reservorio y en la operación de los pozos debieran mejorar significativamente la productividad del Bloque".⁸⁴⁷

- iv. En el mismo sentido, si bien la Presentación Presupuestaria del mes de septiembre de 2007⁸⁴⁸ señala que la "[p]rincipal incertidumbre para la proyección de nuevos pozos es la estructura en el flanco occidental"⁸⁴⁹ y que "[n]o se propone ninguna inversión para el primer semestre del año 2008",⁸⁵⁰ también indica que algunos proyectos podrían iniciarse en la segunda mitad del año 2008 "sujeto a la nueva Constitución ecuatoriana".⁸⁵¹ También observa que el "[m]odelo del reservorio ayudará a definir [la] mejor estrategia de desarrollo" para el Bloque 21, e indica que el Consorcio está analizando la perforación de entre 4 y 8 pozos adicionales en el Bloque 21 en el año 2008.⁸⁵²
- v. Por último, el Estudio de Simulación de Yuralpa del año 2007 (también llamado Estudio o Evaluación del Campo Yuralpa,⁸⁵³ al cual se refieren los documentos mencionados anteriormente), claramente prevé perforaciones adicionales en el Bloque 21. En particular, el estudio señala que "[p]ara incrementar las reservas restantes, se ha contemplado la perforación de pozos adicionales en el Campo Yuralpa para [el] segundo semestre del año 2008".⁸⁵⁴ Más concretamente, también señala que:

⁸⁴⁷ *Id.*, pág. 47.

⁸⁴⁸ Presentación de la Reunión del Comité Presupuestario del Consorcio, 26-27 de septiembre de 2007 (**Anexo C-470**).

⁸⁴⁹ *Id.*, Diapositiva 77.

⁸⁵⁰ *Id.*, Diapositiva 164.

⁸⁵¹ *Ibid.*

⁸⁵² *Ibid.* Véase: párrafo 436 *infra*.

⁸⁵³ Anexo E a Crick DT1. Si bien el título del documento parece ser "*Simulación de Reservorio y Modelado Geológico de los Reservorios Hollín Superior y Principal del Campo Yuralpa*", el encabezado de cada página se refiere a él como "*Evaluación de los Reservorios Hollín Superior y Principal del Campo Yuralpa*". En cuanto a la fecha, mientras que la versión final parece haber sido emitida en el mes de junio de 2008, el documento establece que "[l]os resultados editados fueron presentados en una TCM de socios realizada en Quito en el mes de septiembre de 2007" (pág. 1). Esto fue confirmado por el Sr. Crick durante la Audiencia, quien declaró que los resultados del estudio fueron presentados durante la Reunión del Comité Presupuestario en el mes de septiembre de 2007 (Tr. Cuantificación (Día 2) (ESP), 414:17-22 (Contrainterrogatorio, Crick). El Tribunal se referirá a este documento como el "Estudio de Simulación de Yuralpa del año 2007", nombre utilizado por las Partes más frecuentemente.

⁸⁵⁴ Anexo E a Crick DT1, pág. 2.

“Como resultado de las coincidencias históricas y proyecciones respecto de pozos existentes, se han identificado dos áreas en las cuales podrían perforarse nuevos pozos. Una se encuentra en la parte sureste del reservorio entre los pozos YCF-3 y CHO-01; la otra se ubica en el área central entre los pozos YCD-1 y YCF-4. [E]studios de sensibilidad contemplando la perforación de entre **5 y 7 nuevos pozos** y el mantenimiento de las tasas actuales de liquidez en los pozos existentes indican que las reservas restantes podrían aumentarse hasta **32,0 MMstb**. Debido a la producción agregada de los nuevos pozos, se proyecta que será necesario actualizar la capacidad de manejo de agua a 60.000 stb/d al convertir CHO-01 en un pozo de eliminación de agua en el mes de febrero de 2009. Si se mantiene la actual reducción de los pozos existentes y se perforan nuevos pozos de relleno, puede esperarse que las reservas se incrementen aún más”.⁸⁵⁵

425. A pesar de estas pruebas, Ecuador y RPS argumentan que el Consorcio no habría realizado nuevas perforaciones en el Bloque 21 debido a que el campo Yuralpa estaba completamente desarrollado a la fecha de la expropiación. Tal como comprueban las cifras reales de Petroamazonas, la que ha perforado 39 pozos nuevos (de los cuales 3 son re-perforaciones), se ha demostrado que esta afirmación es errónea.⁸⁵⁶ Considerando que el CP del Bloque 21 CP no se extinguiría sino hasta el año 2021, es razonable suponer que el Consorcio habría seguido perforando si había reservas no drenadas en el reservorio. De hecho, la Presentación Presupuestaria del mes de septiembre de 2007 observa en tal sentido que “[e]l mayor tiempo restante concede mayor flexibilidad”⁸⁵⁷ (presuntamente para la estrategia de desarrollo del Consorcio), y ello fue confirmado por el Sr. Daigre de RPS durante la Audiencia.⁸⁵⁸
426. Por lo tanto, el Tribunal concluye que, si no hubiera sido por la expropiación y asumiendo que Ecuador cumple con sus obligaciones de absorción de impuestos, el Consorcio habría reanudado la perforación después de la finalización del Estudio de Simulación de Yuralpa del año 2007.
- (2) ¿Cuántos pozos nuevos podrían haberse perforado razonablemente en el Bloque 21?
427. La siguiente pregunta es cuántos pozos sería razonable asumir que el Consorcio habría perforado hasta la terminación del CP del Bloque 21. El Tribunal procederá a analizar primero si la proyección de perforación incremental del Sr. Crick para el

⁸⁵⁵ *Id.*, énfasis en el original.

⁸⁵⁶ Véase: párrafo 411 *supra* y párrafo 441 *infra*.

⁸⁵⁷ **Anexo C-470**, Diapositiva 164.

⁸⁵⁸ Tr. Cuantificación (ESP) (Día 4), 1082:14-21 (Contrainterrogatorio, Daigre).

Bloque 21 es razonable. Es necesario recordar que el Sr. Crick sugirió una cantidad de 24 pozos, 21 de los cuales habrían sido pozos de relleno 1P en el centro del reservorio, dentro del área de 1900 acres con una columna de petróleo que excede los 90 pies, más tres pozos 2P fuera de dicha área. Según el Sr. Crick, dichos pozos habrían sido perforados entre los meses de enero de 2008 y diciembre de 2009 a razón de uno por mes. El Tribunal considera que, por motivos relacionados con la cantidad de pozos proyectados y su tipo y ubicación, las proyecciones del Sr. Crick son demasiado agresivas.

428. En primer lugar, Ecuador ha señalado la “*discrepancia significativa*” entre la cantidad de pozos nuevos propuestos por el Sr. Crick y la cantidad de pozos que el Consorcio había previsto perforar antes de la expropiación, discrepancia que el Sr. Crick reconoció en la Audiencia.⁸⁵⁹ Efectivamente, mientras que la Presentación Presupuestaria del año 2007 contempló un programa preliminar de 4 a 8 pozos, y el Estudio de Simulación de Yuralpa del año 2007 sugirió perforar entre 5 y 7 pozos, el Sr. Crick ha propuesto que se habrían perforado 24 pozos nuevos.
429. En segundo lugar, el Tribunal debe considerar si la ubicación y las características técnicas de los pozos propuestos por el Sr. Crick son razonables. 21 de los 24 pozos del Sr. Crick debían ser “pozos de relleno” perforados en el centro del reservorio, es decir, pozos perforados entre los pozos existentes dentro de un área que ya había sido perforada.⁸⁶⁰ Según el Sr. Crick, aunque se habían realizado perforaciones en esta área, sólo se había recuperado aproximadamente el 14% del petróleo. El Sr. Crick sostiene que esta baja recuperación se debe principalmente a la conificación del agua, y que la utilización de pozos de relleno permitiría al Consorcio recuperar petróleo que no había sido barrido por los actuales pozos.⁸⁶¹ El Tribunal entiende que la perforación de relleno, tal como propone el Sr. Crick, se vincula a la existencia de la conificación del agua.⁸⁶²
430. La existencia de la conificación de agua en Yuralpa es controvertida. Si bien el Sr. Crick y el Dr. Strickland afirman que los problemas de invasión de agua en el

⁸⁵⁹ Tr. Cuantificación (ESP) (Día 2), 419:4-8 (Contrainterrogatorio, Crick).

⁸⁶⁰ Crick DT1, ¶¶ 59; 98-101.

⁸⁶¹ *Id.*, ¶ 95; Crick DT2, ¶ 146; Tr. Cuantificación (ESP) (Día 2), 419:17-421:14 (Contrainterrogatorio, Crick).

⁸⁶² Véanse, por ejemplo: Crick DT2, ¶ 146; Tr. Cuantificación (ESP) (Día 2), 419:17-421:14.

campo Yuralpa son el resultado de la conificación de agua,⁸⁶³ RPS lo niega y opina en cambio que estos problemas son causados por fracturas.⁸⁶⁴

431. El Sr. Crick explica que uno de los “*resultado[s] del potente acuífero de Hollín Principal es que el agua que se encuentra debajo del reservorio tiende a empujar directamente hacia arriba desde abajo de los pozos productores, desplazando así el petróleo. Este es un proceso común conocido como ‘conificación del agua’ porque el agua toma una forma cónica debajo del petróleo en cada pozo productor*”.⁸⁶⁵ Según el Sr. Crick, “[l]a existencia de la conificación de agua en los Bloques es evidente a partir de una simple aplicación de la física”, como resultado de las características del campo.⁸⁶⁶ El Dr. Strickland comparte esta opinión y añade que las características del yacimiento Hollín Principal en Yuralpa son tales que su producción se verá necesariamente afectada por la conificación del agua.⁸⁶⁷ El Dr. Strickland explica que:

“Si la presión en el reservorio es mayor que la presión de las perforaciones del pozo, el petróleo y el agua se moverán de la región de alta presión a las perforaciones de presión más baja. La conificación del agua ocurre cuando el agua se mueve hacia un área de baja presión alrededor de las perforaciones de pozos. Si el petróleo es viscoso y no es mucho más ligero que el agua, como en el caso de Yuralpa, el agua puede atravesar el petróleo y moverse rápidamente hacia arriba hasta ingresar en las perforaciones, lo cual resulta en un alto porcentaje de agua producida con el petróleo (un alto ‘corte de agua’ que se mide como un porcentaje de la producción total de fluidos)”.⁸⁶⁸

432. Estas explicaciones sugieren que la conificación del agua es el resultado directo de la geología y las características del reservorio. El Tribunal acepta esta explicación,

⁸⁶³ Crick DT1, ¶¶ 54-65; Crick DT2, ¶ 146; Strickland IP, ¶¶ 5, 18-40.

⁸⁶⁴ RPS IP3, ¶¶ 429-450. En particular, RPS señala que dos estudios encomendados por el Consorcio, uno realizado por Beicip-Franlab en el año 2005 (Auditoría geomecánica del campo Yuralpa, Informe Final, junio de 2005) y otro realizado por Geoscience (Modelo geomecánico del año 2007 para el reservorio Hollín Principal) descartaron que la conificación del agua fuese la causa de la invasión de agua y, en su lugar, postularon que la causa probable de los surgimientos de agua era la generación de fracturas.

⁸⁶⁵ Crick DT1, ¶ 54.

⁸⁶⁶ Crick DT2, ¶ 114. El Sr. Crick explica que “[l]a fuerza que mantiene el agua por debajo del petróleo -la fuerza de gravedad- es débil y no puede modificarse. Pero la fuerza que mueve el petróleo y el agua hacia el pozo perforado -la fuerza viscosa- es mucho más fuerte bajo escenarios de producción rentable. Por consiguiente, resulta sencillo que el agua se mueva hacia arriba en dirección al pozo perforado, a través del petróleo hasta formar un ‘cono de agua’. Además, una vez que el cono está formado puede transcurrir un tiempo muy extenso antes de que se asiente, dado que sólo la débil fuerza de la gravedad intenta mover el cono hacia abajo al mover el petróleo viscoso hacia el interior del cono. [...]”. Crick DT2, ¶ 115.

⁸⁶⁷ Strickland IP, ¶ 18.

⁸⁶⁸ *Id.*, ¶ 19.

que es compartida tanto por el Sr. Crick como por el Dr. Strickland. El Tribunal ha tenido en cuenta la crítica de RPS a la teoría de la conificación de agua de Sr. Crick,⁸⁶⁹ pero concluye que el Sr. Crick y el Dr. Strickland han logrado sustentar su posición de manera suficiente.

433. Es cierto, tal como señalara RPS, que prácticamente no hay referencia a la conificación de agua en el Estudio de Simulación de Yuralpa del año 2007, ni en otros documentos que analizaron la invasión de agua en el campo Yuralpa.⁸⁷⁰ Sin embargo, si bien el Estudio de Simulación de Yuralpa no utiliza el término, el Dr. Strickland testificó que dicho Estudio describía claramente el fenómeno de conificación del agua.⁸⁷¹
434. Además, varios de los documentos citados en el párrafo 424 *supra* indican que el Consorcio estaba considerando realizar perforaciones de relleno en el campo Yuralpa (véanse, en especial, la Actualización de Mapeo de Yuralpa,⁸⁷² el Memorando de Ventas del año 2007⁸⁷³ y el Estudio de Simulación de Yuralpa del año 2007).⁸⁷⁴ Si, como el Tribunal lo ha entendido, la perforación de relleno está vinculada a la presencia de una conificación del agua, el hecho de que el Consorcio considerara realizar perforaciones de relleno en Yuralpa sugiere que el Consorcio creía que dicha conificación era al menos parte del problema. Por lo tanto, el Tribunal está satisfecho de que, en principio, un plan de perforación que considera la perforación de relleno resulta razonable para el campo Yuralpa.
435. Dicho esto, un programa agresivo de perforación de relleno para el centro del reservorio, como el propuesto por el Sr. Crick no encuentra gran fundamento en los planes de perforación del Consorcio. Tal como se observara en el párrafo 424.v *supra*, los siete pozos propuestos en el Estudio de Simulación de Yuralpa del año 2007 debían perforarse en dos áreas potenciales: “[u]na se encuentra en la parte

⁸⁶⁹ En particular, RPS sostiene que “[l]os datos de rendimiento de los pozos indican que no hay conificación de agua dentro del reservorio en un grado que afecte la producción”, y que en el caso de los 9 pozos que experimentaron caídas en el porcentaje de agua (corte de agua) producido (que podría ser un indicio de conificación), la razón de la reducción de agua fue el reacondicionamiento de los cierres de agua. RPS IP3, ¶¶ 431-432.

⁸⁷⁰ RPS IP3, ¶¶ 429-430.

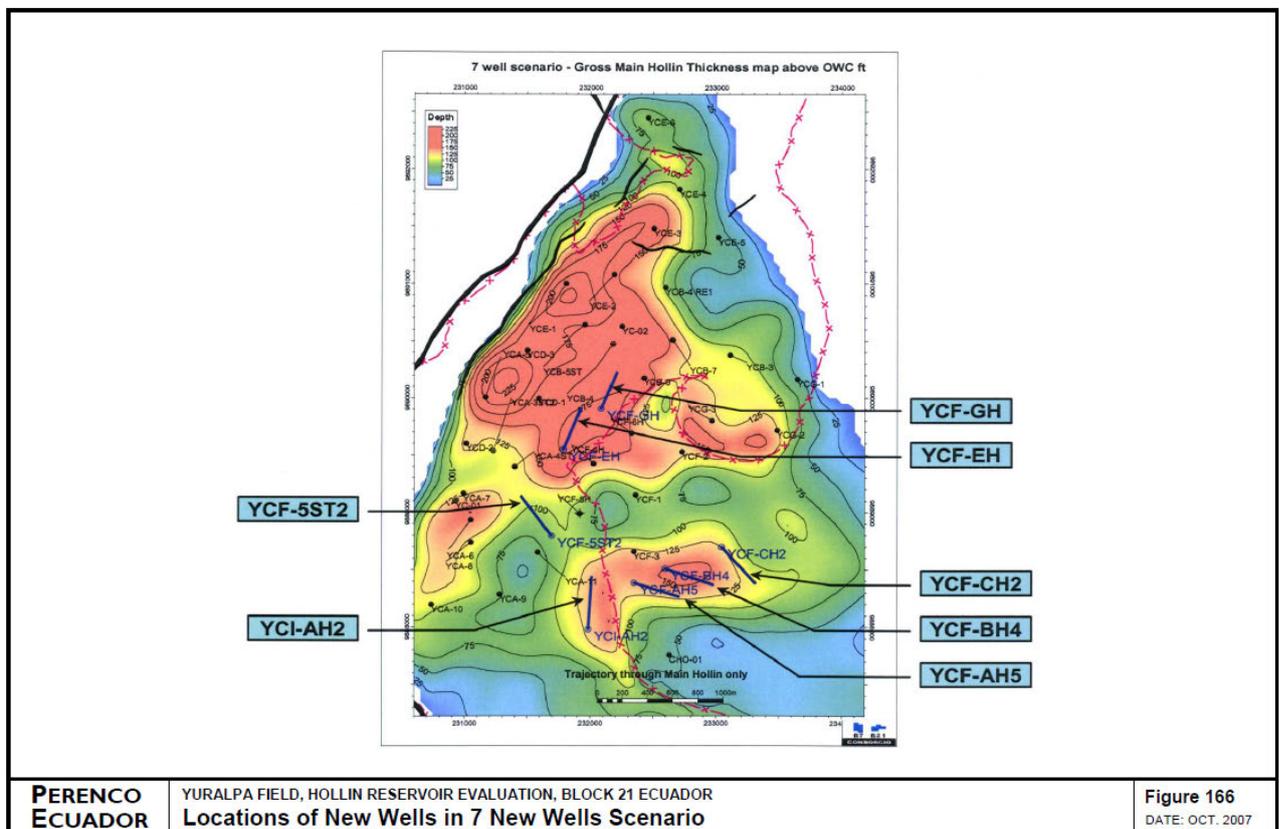
⁸⁷¹ Tr. Cuantificación (ESP) (Día 3), 872:21-873:3 (Contrainterrogatorio, Strickland) (“No puedo hablar por el autor de esto -de esto, pero su modelo describe exactamente el proceso que yo llamo la conificación de agua en presencia de barreras de esquisto, y creo que es precisamente el mecanismo que atribuyo a la producción del campo”).

⁸⁷² Actualización de Mapeo de Yuralpa del mes de enero de 2007, Diapositivas 4, 16-19, 23, 29 (**Anexo E-555**).

⁸⁷³ Memorando de Ventas del año 2007, pág. 45 (**Anexo E-214**).

⁸⁷⁴ Anexo E a Crick DT1, págs. 2-3.

sureste del reservorio entre los pozos YCF-3 y CHO-01; la otra se ubica en el área central entre los pozos YCD-1 y YCF-4”.⁸⁷⁵ Cuatro de estos pozos (los pozos YCF-AH5, YCF-BH4, YCF-CH2 y YCI-AH2) se perforarían en el área sureste no barrida del campo, dos pozos (YCF-EH y YCF-GH) en el área central y un pozo (YCF-5ST2) reemplazaría el pozo YCF-5H.⁸⁷⁶ Estas ubicaciones se muestran en la Figura 166 del Estudio de Simulación de Yuralpa, que se reproduce *infra*. Seis de estos pozos debían perforarse en áreas de profundidad de petróleo entre 125 y 225 pies (marcadas en colores rojo y salmón), y sólo uno en un área por debajo de los 100 pies (mostrada en verde). Pero sólo dos de estos pozos sugeridos (YCF-GH o YCF-EH) podrían considerarse dentro de las características propuestas por el Sr. Crick (es decir, pozos de relleno en el centro del reservorio).⁸⁷⁷

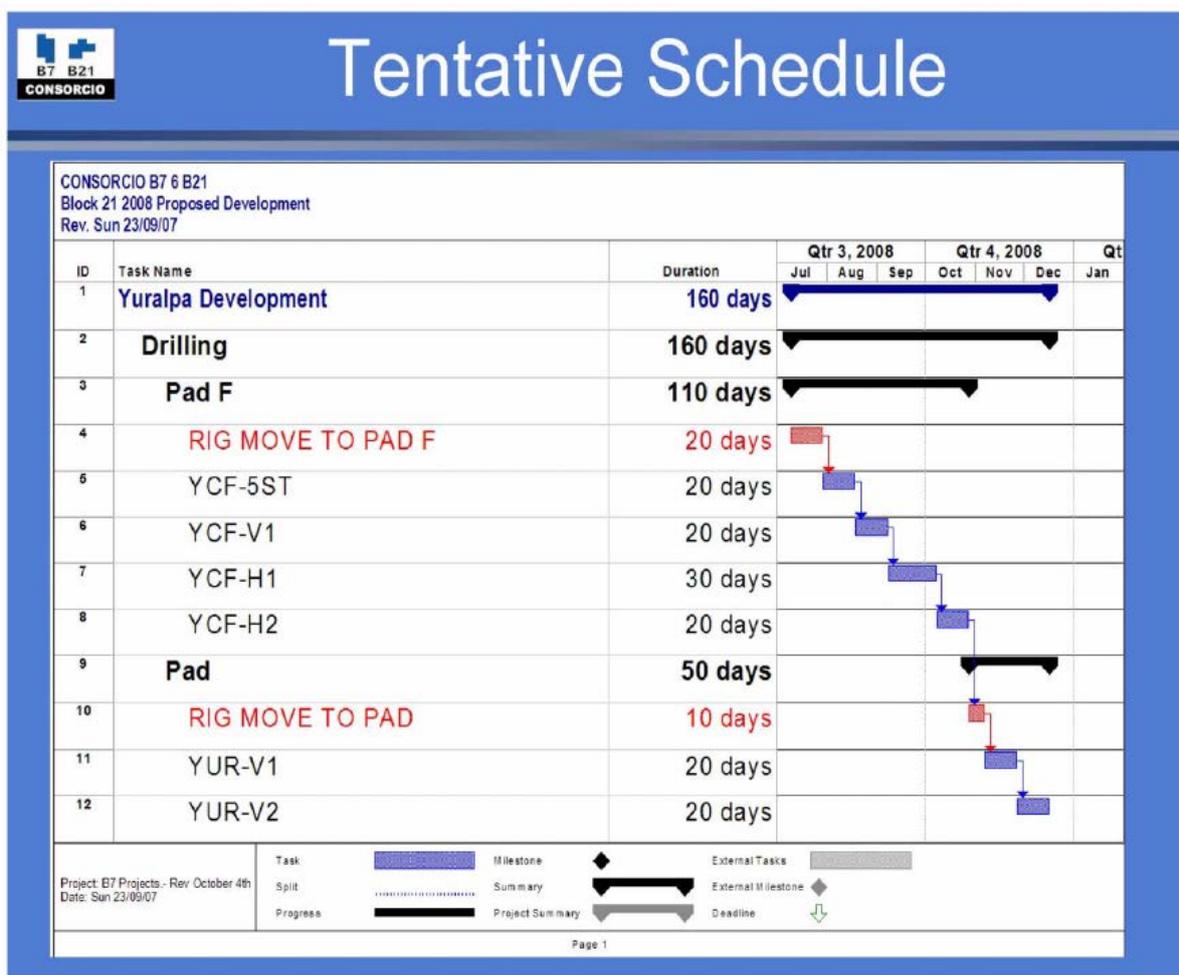


⁸⁷⁵ *Ibid.*

⁸⁷⁶ *Id.*, pág. 37.

⁸⁷⁷ El Sr. Crick se refiere más al “área de 1900 acres con una columna de petróleo de más de 90 pies” (Crick DT1, ¶ 98), la cual el Tribunal entiende que se refiere al área grande de color rojo a amarillo que se muestra en el centro del yacimiento. Durante la Audiencia, el Sr. Crick confirmó que los 21 pozos de relleno estarían en el centro del reservorio. Tr. Cuantificación (ESP) (Día 2), 420:4 (Contrainterrogatorio, Crick).

436. De manera similar, tal como se señala *supra*, en la Presentación Presupuestaria del año 2007 se consideró un programa preliminar de 4 a 8 pozos.⁸⁷⁸ Este programa consistía en (i) la perforación del pozo YCF-5ST, uno a dos pozos V y dos a tres pozos H en el Pad F, y (ii) dos pozos V adicionales, supuestamente en el Pad D (es decir, un máximo de 8 pozos).⁸⁷⁹ No obstante, tal como se ilustra en la siguiente diapositiva, sólo se habían programado 6 pozos en el último semestre del año 2008 (cuatro en el Pad F y dos en un “Pad” sin nombre que el Tribunal entiende como Pad D):⁸⁸⁰

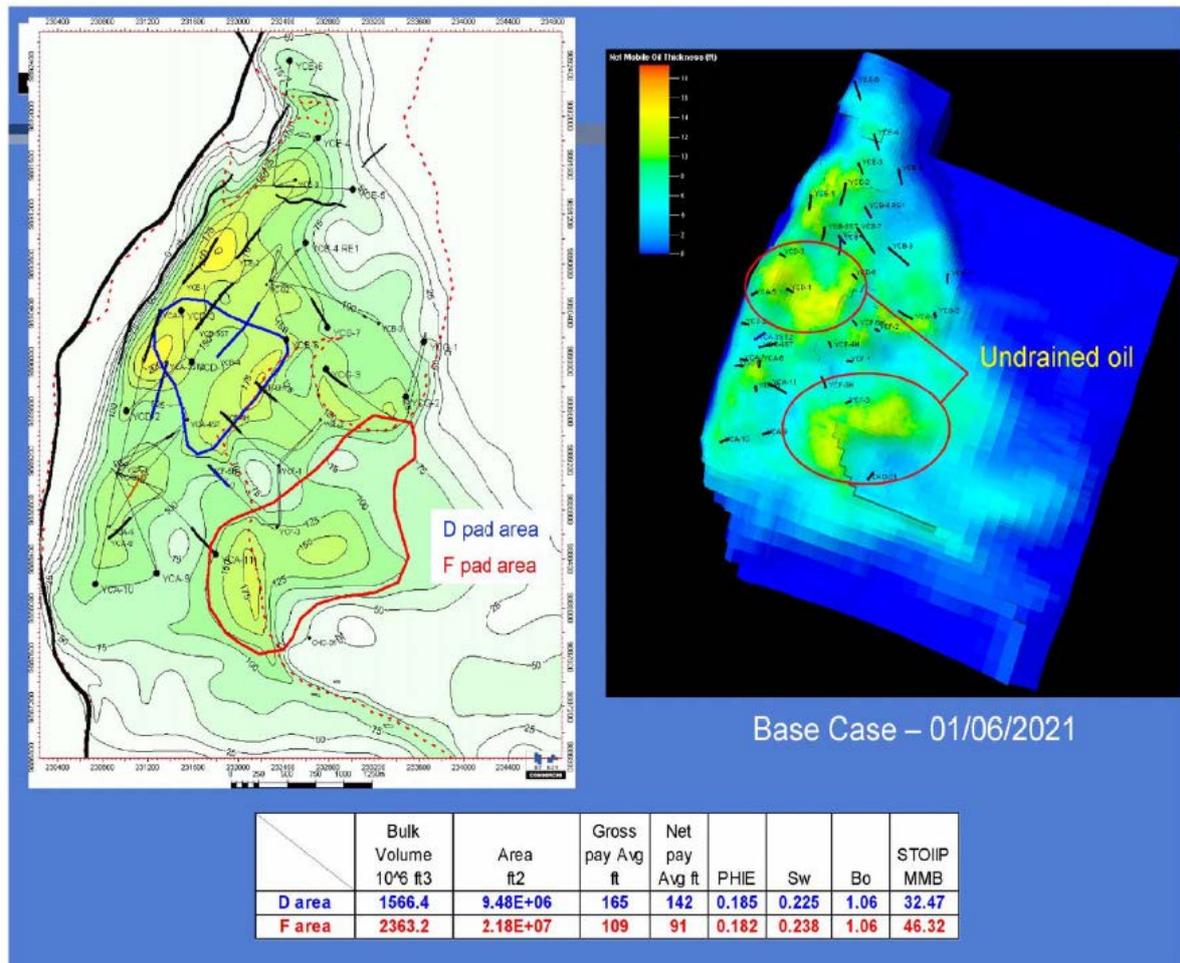


⁸⁷⁸ Presentación para la Reunión del Comité Presupuestario del Consorcio, 26-27 de septiembre de 2007, Diapositiva 164 (**Anexo C-470**).

⁸⁷⁹ *Id.*, Diapositiva 164. Véase también: Tr. Cuantificación (ESP) (Día 2), 415:22-417:15 (Contrainterrogatorio, Crick).

⁸⁸⁰ *Id.*, Diapositiva 165. Este programa muestra la perforación en el Pad F y en otro pad simplemente identificado como “Pad”. El Tribunal entiende que este pad innominado se refiere al Pad D, que es el otro pad que se identifica en el mapa en la Diapositiva 166.

437. Tal como se ilustra en el siguiente mapa que consta en la misma presentación, el Pad F se encuentra en el área sureste del campo (marcado por un círculo rojo), mientras que el Pad D está en el centro del campo (marcado por un círculo azul):⁸⁸¹



438. Una vez más, los planes del Consorcio no coinciden con la propuesta del Sr. Crick, ya que la mayoría de los pozos que el Consorcio planeaba perforar estaban en la franja sureste del reservorio.⁸⁸²

439. Esto no significa necesariamente que el Consorcio no habría considerado perforar pozos de relleno en el futuro. De hecho, tal como se señala *supra*, varios documentos del Consorcio se refirieron a la posibilidad de la perforación de relleno. En particular, el Estudio de Simulación de Yuralpa observó que las reservas podrían aumentarse, *inter alia*, mediante la “perforación de nuevos pozos de relleno”,⁸⁸³ para lo cual habría que realizar trabajos geológicos y simulaciones más

⁸⁸¹ *Id.*, Diapositiva 166.

⁸⁸² Véase: Tr. Cuantificación (ESP) (Día 2), 415:22-417:15 (Contrainterrogatorio, Crick).

⁸⁸³ Anexo E a Crick DT1, pág. 2.

detallados.⁸⁸⁴ Sin embargo, el expediente no respalda la proyección de perforación del Sr. Crick de 21 pozos de relleno.

440. En cambio, los documentos citados anteriormente parecen respaldar la propuesta de los tres pozos 2P del Sr. Crick fuera de la franja central del reservorio. Si bien el Sr. Crick ha declarado que la política del Consorcio era no perforar en las áreas periféricas (es decir, las áreas donde la columna de petróleo estaba a menos de 90 pies de profundidad),⁸⁸⁵ el Consorcio estaba claramente planeando explorar la columna de petróleo más profunda identificada en el área sureste del reservorio. Aunque existe cierta contradicción entre los planes del Consorcio y la propuesta del Sr. Crick (el Sr. Crick ubica estos pozos en el área periférica y reconoce la incertidumbre de su producción, mientras que el Consorcio parece haber estado apuntando a una columna de petróleo más profunda), ambos comparten el objetivo de probar y drenar las áreas no barridas del reservorio fuera de la columna de petróleo central.
441. A pesar de la discrepancia entre los planes históricos del Consorcio y la propuesta del Sr. Crick (que él ha reconocido),⁸⁸⁶ el Sr. Crick ha afirmado que su programa de perforación es razonable a la luz de la perforación real y propuesta de Petroamazonas. Es cierto que, desde la expropiación, Petroamazonas ha perforado 11 pozos nuevos en Yuralpa (8 si no se cuentan las re-perforaciones)⁸⁸⁷ y pareciera estar planeando perforar otros 28 pozos en ese campo,⁸⁸⁸ lo que da un total de 39

⁸⁸⁴ *Id.*, pág. 3 (“En el caso de que se perforen nuevos pozos de relleno, se debería realizar un trabajo geológico más detallado en las áreas de perforación potenciales, incluyendo datos de FMI y núcleo. Los resultados de la simulación con nuevos pozos de relleno deberían ser evaluados económicamente en aras de seleccionar las ubicaciones óptimas. El modelo de simulación actualizado constantemente debería ser la herramienta para definir la política de producción del campo Yuralpa”).

⁸⁸⁵ Crick DT1, ¶ 94. Sin embargo, el Sr. Crick también señala que el Consorcio perforó la zona periférica en algunos casos (“Perenco no esperaba desarrollar la porción del reservorio hacia los bordes donde el espesor total del petróleo es menor a los 90 pies. Esta fue una política deliberada para evitar perforar pozos que pudieran producir muy poco petróleo. Dicho esto, algunos pozos fueron perforados en dicha zona, y aunque no están entre los mejores productores, han producido acumulativamente 3,04 millones de barriles de petróleo, y todavía están en producción. En general, estos siguen siendo pozos muy rentables”).

⁸⁸⁶ Tr. Cuantificación (ESP) (Día 2), 419:4-8 (Contrainterrogatorio, Crick).

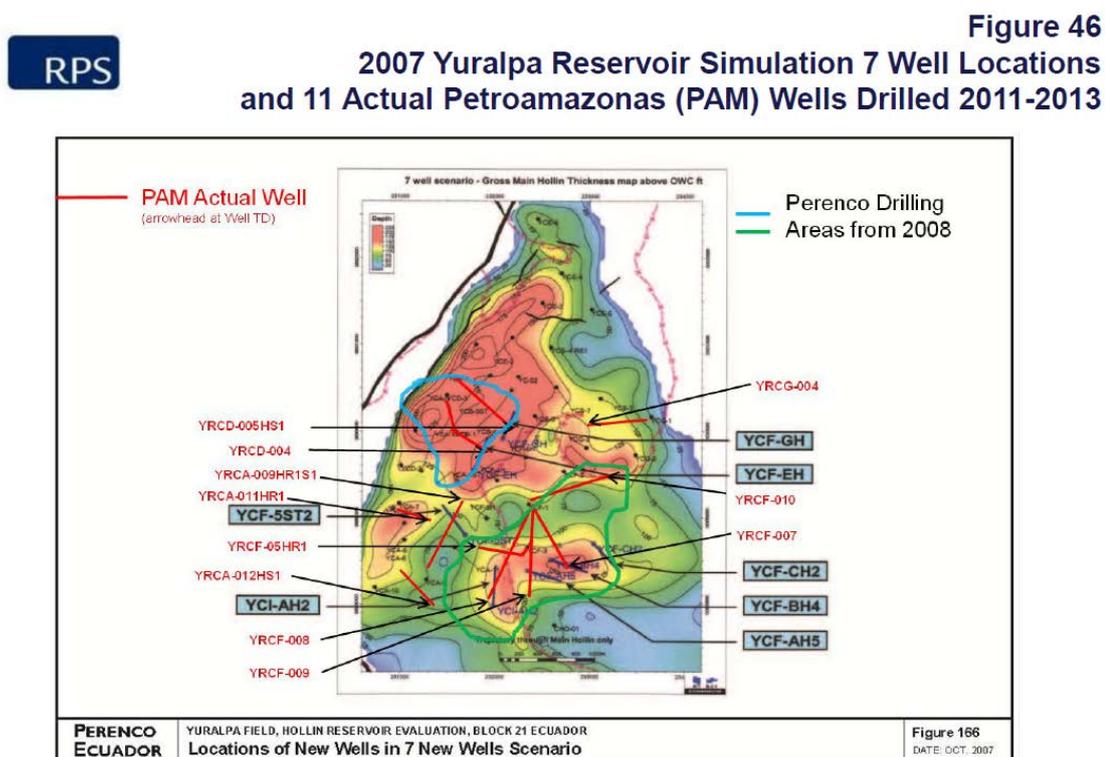
⁸⁸⁷ R-EPA, ¶ 323, invocando: RPS IP3, ¶ 280. El Sr. Crick también se ha referido a 11 pozos, específicamente, a 8 nuevos pozos y 3 re-perforaciones. (Crick DT2, ¶ 188). Aunque el Sr. Crick explicó en la Audiencia que las re-perforaciones no producen nuevos pozos, sino que “se resta un pozo y luego se agrega de nuevo en un lugar ligeramente diferente, por lo que la cantidad total de pozos no se modifica por la re-perforación” (Tr. Cuantificación (ESP) (Día 2), 449:3-4 (Contrainterrogatorio, Crick)), lo cual sugiere que Petroamazonas sólo ha perforado 8 nuevos pozos, Ecuador y RPS continúan hablando de 11 pozos nuevos.

⁸⁸⁸ Si bien el Sr. Crick había señalado que estos 28 pozos nuevos habrían sido propuestos por Ryder Scott, los abogados de Ecuador han declarado que parecieran haber sido

nuevos pozos (o 36 si se ignoran las 3 re-perforaciones), en comparación con los 24 nuevos pozos del Sr. Crick. Sin embargo, el Tribunal está de acuerdo con Ecuador en que Petroamazonas no es un sustituto completamente adecuado para el Consorcio en este sentido.

442. En efecto, los pozos que Petroamazonas ha perforado o propone perforar en el futuro son en su mayoría de un tipo diferente o se encuentran en un lugar diferente de aquellos propuestos por el Sr. Crick. Específicamente:

- i. De los 11 nuevos pozos perforados por Petroamazonas en el período comprendido entre los años 2011 y 2013, 7 se encontraban en las áreas recomendadas en el Estudio de Simulación de Yuralpa del año 2007, y otros 4 en áreas que RPS considera como pozos de relleno.⁸⁸⁹ La ubicación de estos pozos se muestra en la siguiente figura presentada por RPS:⁸⁹⁰

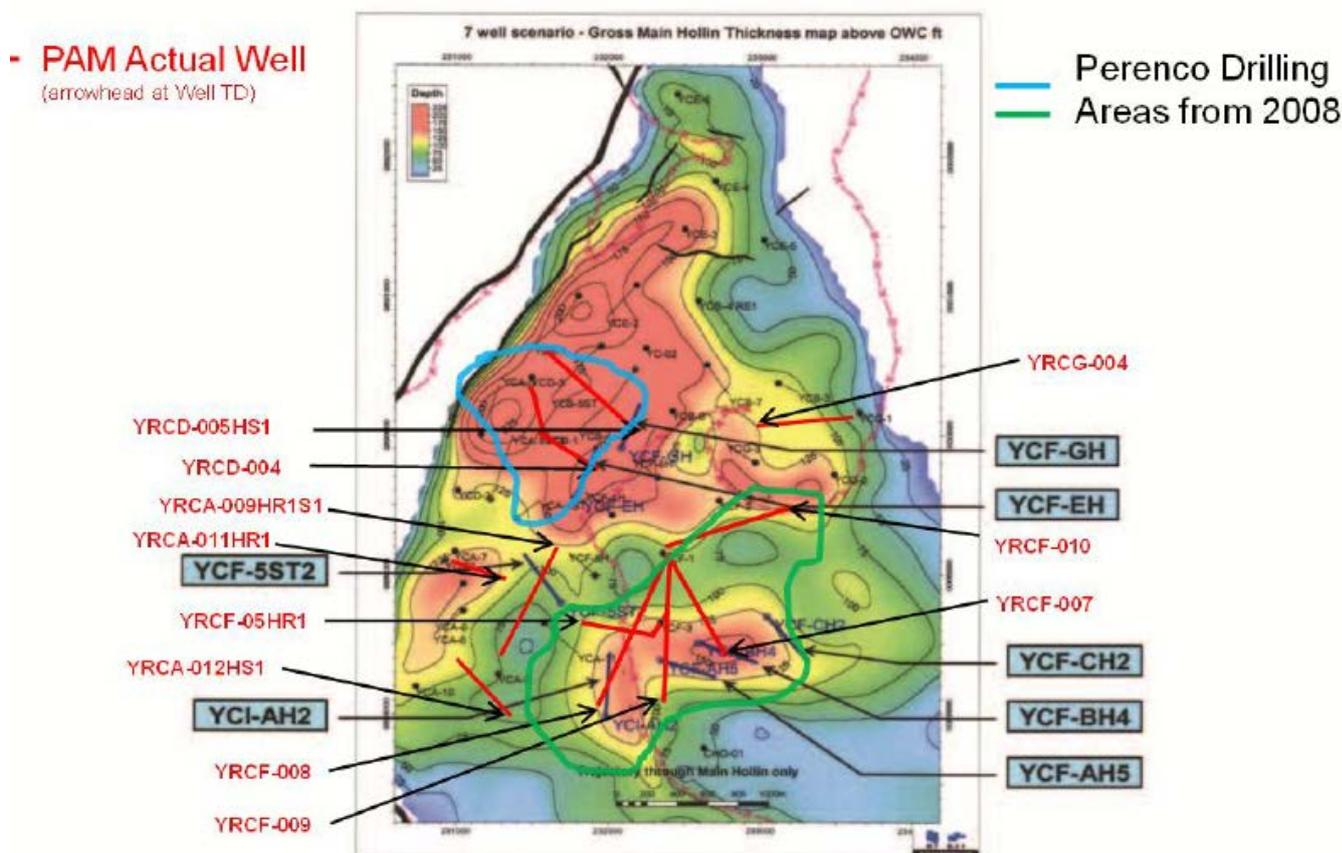


originalmente propuestos por Petroamazonas y aprobados por Ryder Scott. Véase: Tr., Cuantificación (ESP) (Día 3), 876:14-877:14 (Contrainterrogatorio, Strickland).

889 RPS IP3, ¶¶ 280, 478.

890 *Id.*, Figura 46.

443. La siguiente imagen es un acercamiento del mismo mapa:



444. Tal como explicara RPS, las ubicaciones perforadas por Petroamazonas en las Áreas 1 y 2 son esencialmente las mismas ubicaciones recomendadas en el Estudio de Simulación de Yuralpa del año 2007, dos de ellos en el Área 1 (al sureste) y cinco en el Área 2 (en el centro).⁸⁹¹ Según RPS, los cuatro pozos adicionales se perforaron como pozos de “reemplazo”, y para probar la perforación de relleno.⁸⁹² En opinión de RPS, la perforación real de Petroamazonas en el período comprendido entre los años 2011 y 2013 resultó en “resultados relativamente malos”, que habrían sido considerados como un fracaso según los estándares del Consorcio.⁸⁹³ El Dr. Strickland no está de acuerdo.⁸⁹⁴ Sea como

⁸⁹¹ *Id.*, ¶ 479.

⁸⁹² *Ibid.*

⁸⁹³ *Id.*, ¶¶ 480-481; RPS IP4, ¶¶ 267-269. RPS explica que “[s]ólo un pozo de los 11 pozos perforados, el D-5H, presenta una EUR de 2P superior a 315.000 barriles de petróleo en base a las proyecciones que utilizan la historia de producción hasta el día 31 de marzo de 2013. El promedio de EUR de 2P para los 11 pozos es de 240.000 barriles por pozo; esto incluye 1.147.000 barriles del pozo D-5H. Si se excluye el pozo D-5H del promedio, se espera que los 10 pozos restantes recuperen un promedio de 150.000 barriles cada uno”. (RPS IP3, ¶ 480 y Tabla 3).

⁸⁹⁴ Tr. Cuantificación (ESP) (Día 3), 882:7-883:3 (Contrainterrogatorio, Strickland).

fuere, la perforación real de Petroamazonas no respalda el plan del Sr. Crick de 21 pozos de relleno.

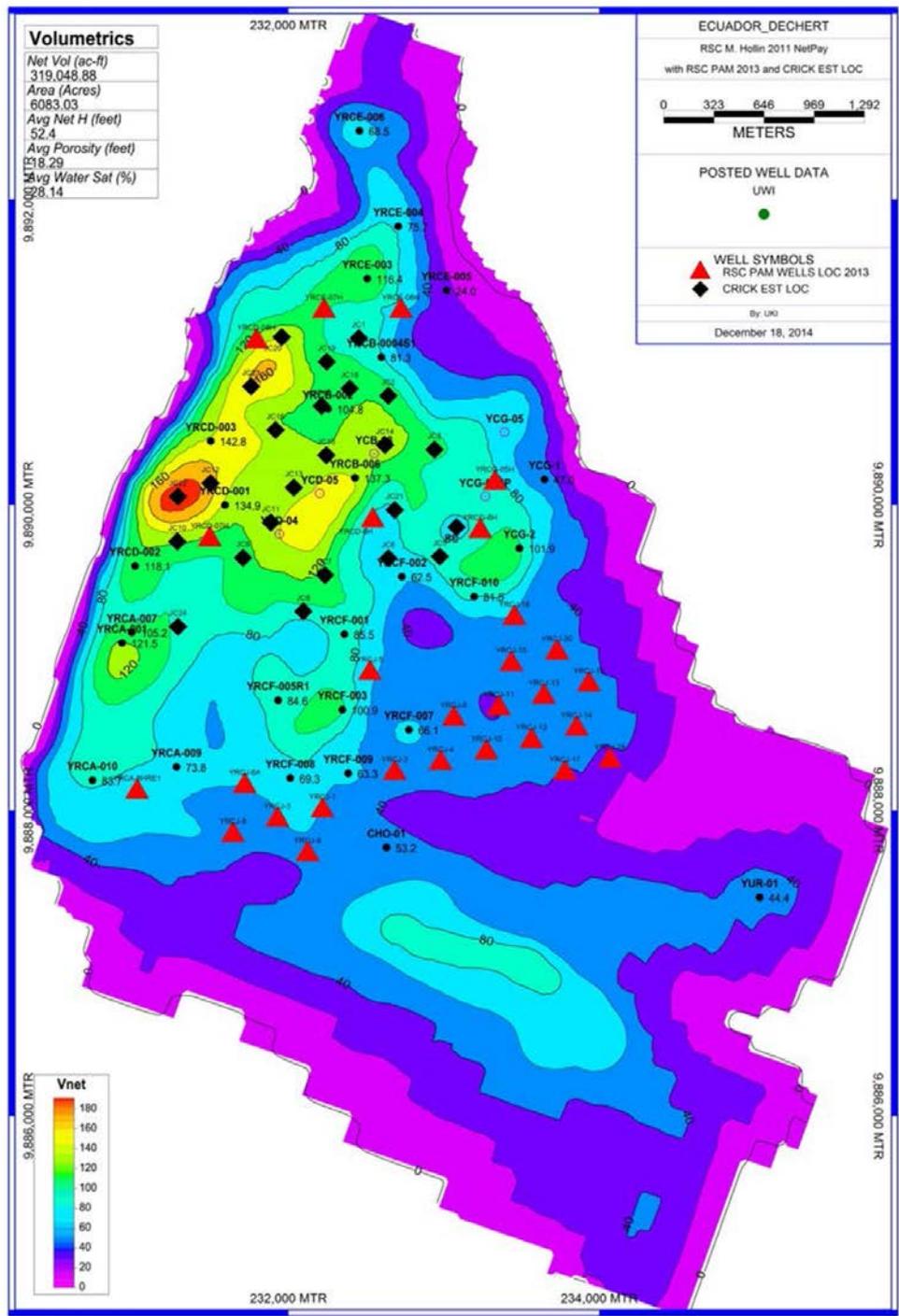
445. Además, tal como explicara RPS, todos los 28 pozos nuevos propuestos por Petroamazonas y aprobados por Ryder Scott para el Bloque 21 estarían situados en las áreas periféricas.⁸⁹⁵ La diferencia entre los programas de perforación de Petroamazonas y del Sr. Crick se ilustra en la siguiente figura, la que ilustra la representación de RPS de los pozos de Ryder Scott/Petroamazonas en color rojo y los pozos propuestos por el Sr. Crick en negro.⁸⁹⁶ RPS reconoce que el Sr. Crick no ha identificado la ubicación exacta de los pozos propuestos,⁸⁹⁷ pero considera que *“la descripción del Sr. Crick de las ubicaciones en el texto de su primera declaración testimonial no deja lugar a dudas de las ubicaciones que él prevé”*.⁸⁹⁸ Puesto que el Sr. Crick describió sus veintiún pozos 1P como pozos de relleno en el centro del reservorio (véase párrafo 429 *supra*), espaciados prácticamente cada 40 acres, el Tribunal está satisfecho de que la siguiente figura muestra una aproximación razonable de la ubicación de los pozos propuestos por el Sr. Crick.

⁸⁹⁵ RPS IP4, ¶ 282.

⁸⁹⁶ *Id.*, Figura 22.

⁸⁹⁷ RPS también criticó el hecho de que el Sr. Crick no identificara la ubicación exacta de estos pozos prospectivos. Afirma que *“[s]egún los estándares de la industria, siempre sucede que, para los efectos de los informes de reservas, las ubicaciones de perforación para reservas subdesarrolladas deben identificarse específicamente en el informe para permitir que los terceros confirmen su validez y comprueben la ‘certeza razonable’ de recuperación de las reservas no desarrolladas. De acuerdo con las definiciones de Reservas de SPE-PRMS, sólo pueden asignarse reservas Probadas en ubicaciones no desarrolladas si las ‘ubicaciones se encuentran en áreas no perforadas del reservorio que pueden considerarse con certeza razonable como áreas comercialmente productivas’. El hecho de que el Sr. Crick no identificara específicamente estas ubicaciones incrementa la incertidumbre respecto de esas reservas y de la teoría de “conificación del agua” del Sr. Crick”*. *Id.*, ¶ 277.

⁸⁹⁸ RPS IP3, ¶ 273, nota 257.



446. Esta figura confirma que casi todos los pozos propuestos por Petroamazonas se encuentran en el área periférica del reservorio. En vista del testimonio del Sr. Crick de que era la política del Consorcio no perforar la zona periférica,⁸⁹⁹ no sería razonable suponer que el Consorcio habría perforado en estas áreas (con la excepción de algunos pozos seleccionados para probar las reservas de petróleo más profundo en el área sureste, tal como se indicara en el párrafo 440 *supra*).

⁸⁹⁹ Crick DT1, ¶ 94.

447. Así, la práctica anterior del Consorcio y la práctica actual de Petroamazonas no respaldan el programa de perforación del Sr. Crick. Si bien el Tribunal acepta la existencia de la conificación de agua y la conveniencia de perforar pozos de relleno, el expediente no respalda la perforación de 21 nuevos pozos de relleno en el centro del reservorio.
448. En conclusión, el Tribunal considera que el programa del Sr. Crick de 21 pozos de relleno en el centro del reservorio es incompatible con las prácticas anteriores y las expectativas del Consorcio. Por consiguiente, debe determinar sobre la base de los elementos presentes en el expediente la cantidad de pozos respecto de los cuales hay suficiente certeza que el Consorcio habría perforado durante el plazo restante del CP del Bloque 21, y a qué ritmo.
449. Tal como se señala *supra*, el expediente sugiere que, para el mes de septiembre de 2007 (antes de la promulgación del Decreto 662), el Consorcio sólo planeaba perforar un máximo de 8 nuevos pozos en Yuralpa, de los cuales sólo 6 estaban programados, comenzando en el segundo semestre del año 2008.⁹⁰⁰ En vista de todos los factores analizados *supra*, el Tribunal considera razonable concluir que el Consorcio habría perforado los 6 pozos programados, todos ellos en ubicaciones 1P.

(3) ¿Cuándo se habría reanudado la perforación y a qué ritmo?

450. La proyección de producción del Sr. Crick asume que, si no hubiera sido por el incumplimiento de Ecuador con la absorción de los efectos de la Ley 42 a una alícuota del 99%, se habría reanudado la perforación en el Bloque 21 en el mes de enero de 2008. El expediente sugiere que, en realidad, esta perforación habría comenzado en el mes de julio de 2008, no en el mes de enero de 2008, como propone el Sr. Crick.⁹⁰¹ Dicho esto, como se ha explicado con respecto al Bloque 7, el Tribunal no cuantificará los flujos de caja sobre la base de nuevas perforaciones que habrían comenzado antes de la expropiación. Por lo tanto, asumirá que cualquier nueva perforación habría comenzado en el mes de septiembre de 2009, luego de la expropiación.
451. El Tribunal ha tomado nota de la preocupación de Ecuador de que el Modelo Actualizado no contiene una funcionalidad que le permita al Tribunal ajustar la fecha de inicio de las nuevas perforaciones, tal como sugiriera Fair Links. Según Fair

⁹⁰⁰ Véase: párrafo 436 *supra*.

⁹⁰¹ **Anexo C-470**, Diapositiva 165. Véase: párrafo 436 *supra*.

Links, esto podría haber sido útil porque “*cambiar la fecha de inicio del programa de perforación tendría un impacto en la producción proyectada: como los plazos de los Contratos de Participación son limitados y relativamente breves (en particular el del Bloque 7), cualquier cambio en la fecha de inicio del programa de perforación alteraría efectivamente el retorno marginal de cada inversión, lo que podría conducir a la decisión de no perforar*”.⁹⁰² Ambos peritos descartaron esta posibilidad porque “*no pueden asignar de manera razonable los cambios en los costos operativos y de inversión asociados a los cambios en los tiempos de perforación de los nuevos pozos, porque la implementación de tal ingreso manual de información en el Modelo Conjunto es técnicamente compleja y requeriría el involucramiento de peritos técnicos y geológicos con el fin de evitar resultados inconsistentes*”.⁹⁰³ Por consiguiente, Ecuador propone que, en caso de que el Tribunal considerara la posibilidad de implementar esta funcionalidad, debiera solicitar la participación de los peritos en reservorios petroleros y geológicos.⁹⁰⁴

452. El Tribunal está de acuerdo en que tal funcionalidad podría haber sido útil. Sin embargo, las cuestiones de cuantificación se han sometido a varias rondas y Ecuador podría haber solicitado esta función en el mes de marzo de 2015, cuando el Tribunal invitó a los peritos a preparar el primer Modelo Conjunto de Valuación. En esta etapa tardía, la solicitud de Ecuador debe ser equilibrada con la necesidad de una eficiencia procesal.
453. Además, es generalmente aceptado que, una vez establecida la existencia del daño, el Tribunal tiene amplia discreción para determinar su cuantificación. El Tribunal está satisfecho de que el uso de las funcionalidades actuales contenidas en el Modelo Actualizado le permite cuantificar las pérdidas de Burlington con certeza razonable, incluso si difiere la fecha de inicio de la nueva perforación al mes de septiembre de 2009. Específicamente, el Tribunal ha considerado que el diferimiento del inicio de la nueva perforación desplaza los flujos de caja resultantes de los nuevos pozos hacia adelante aproximadamente 1,5 años (desde el mes de enero de 2008 al mes de septiembre de 2009). Asumiendo que Burlington habría perforado 6 pozos nuevos en el Bloque 21, y suponiendo que todos los pozos tienen la misma producción, a la fecha de la terminación del CP, estos nuevos

⁹⁰² Memorando Conjunto de Compass Lexecon y Fair Links de fecha 20 de septiembre de 2016, ¶ 12(c), ¶ 21.

⁹⁰³ *Ibid.*

⁹⁰⁴ Carta de Ecuador del 4 de octubre de 2016, pág. 9.

pozos habrían representado el 15% de todos los flujos de caja.⁹⁰⁵ Si el Tribunal asume que los nuevos pozos se perforaron 1,5 años después de lo que se calculara en el Modelo Actualizado, este diferimiento podría contabilizarse reduciendo los flujos de caja en los últimos 1,5 años del plazo del CP (es decir, desde el mes de enero de 2020 hasta el mes de junio de 2021) en un 15%. Sobre la base de la hoja de cálculo incluida en el Modelo Actualizado en la que se calculan los flujos de caja anuales, y luego de aplicar las variables adecuadas, el Tribunal ha cuantificado el impacto de los nuevos pozos en el Bloque 21 en la suma de USD 3.238.801. Por ende, el Tribunal restará este monto después de calcular el total de los flujos de caja con el Modelo Actualizado.

454. Si bien el Tribunal es consciente de que se trata de una aproximación,⁹⁰⁶ considera que aborda razonablemente la incapacidad del Modelo Actualizado para reflejar un diferimiento en la fecha de inicio de la perforación
455. En cuanto al ritmo de perforación, el expediente respalda el ritmo propuesto por el Sr. Crick. En efecto, el calendario tentativo presentado en la Presentación Presupuestaria del año 2007 indica que el Consorcio planeaba perforar nuevos pozos a razón de un pozo cada 20 días.⁹⁰⁷ Como resultado de ello, el Tribunal acepta el ritmo de perforación del Sr. Crick.

(4) Producción de pozos incrementales

456. Con respecto a los pozos incrementales, el Sr. Crick proyectó la producción utilizando un análisis de curvas tipo. El señor Crick tomó datos empíricos de los pozos existentes para proyectar la tasa inicial de petróleo y luego aplicó la tasa histórica de declinación de la producción (43% durante los primeros 24 meses de producción y 9% luego de ello). Por las razones esgrimidas en el párrafo 420 *supra*, el Tribunal acepta la metodología del Sr. Crick. El Tribunal observa en particular que el Sr. Crick evaluó sus resultados contra tres métodos alternativos, y el Dr. Strickland alcanzó de forma independiente resultados muy similares.

⁹⁰⁵ Al momento de la expropiación, había 33 pozos existentes en el Bloque 21. Si se suman 6 nuevos pozos, ello resulta en un total de 39 pozos, de los cuales los nuevos pozos representan el 15%.

⁹⁰⁶ Entre otras cosas, el Tribunal es consciente de que el monto que ha calculado no se ha descontado para representar el hecho de que sólo se habría obtenido en 2020-2021.

⁹⁰⁷ **Anexo C-470**, Diapositiva 165. Véase: párrafo 436 *supra*.

457. El Tribunal ha agregado sus conclusiones relativas a la producción de los pozos existentes e incrementales al Modelo Actualizado de los peritos, y los resultados se incluyen en el cálculo proporcionado en la Sección 5.3.4 *infra*.
458. Sin embargo, dado que el Tribunal sólo puede cuantificar los flujos de caja perdidos desde el día 30 de agosto de 2009, hará caso omiso de los flujos de caja calculados por Compass Lexecon entre el mes de enero de 2008 y el mes de agosto de 2009.
- (iii) Objeciones de Ecuador al uso del Modelo Actualizado para proyectar la producción*
459. Ecuador objeta el uso del Modelo Actualizado para calcular la producción, ya que se opone a los planes de perforación del Sr. Crick, los que considera no respaldados y poco sólidos, y porque *“dado que RPS no contempló ninguna nueva perforación, la opción de ‘Ingreso Manual’ de Información se construye sobre la base de los planes de perforación presentados por el Sr. Crick”*.⁹⁰⁸ Según Ecuador, esto significa que *“en el Modelo Actualizado, los pozos nuevos que el Tribunal pueda estar inclinado a retener se perforarían de acuerdo con el cronograma, con la frecuencia y con el orden propuesto por el Sr. Crick, y producirían las cantidades de petróleo proyectadas por el Sr. Crick”*.⁹⁰⁹
460. El Tribunal observa que ha rechazado las proyecciones de perforación del Sr. Crick, y ha optado en cambio proyecciones de perforación basadas en la práctica histórica del Consorcio y en los planes de perforación de los años 2007-2008. Habiendo dicho esto, Ecuador tiene razón cuando afirma que, en el caso de cualquier pozo nuevo, el Modelo Actualizado asumirá la tasa de perforación, el orden y las proyecciones de producción del Sr. Crick. Ecuador sostiene que esto resulta problemático por cuatro razones.
461. En primer lugar, Ecuador señala que el Modelo Actualizado no le permite al Tribunal insertar el ritmo al que se habrían perforado pozos nuevos, tal como lo solicitara el Tribunal. Añade que, según los peritos, esta instrucción no podía aplicarse razonablemente porque impactaría en los costos o podría implicar restricciones geológicas, operacionales o técnicas desconocidas. Ecuador subraya que *“[e]n última instancia, el Tribunal no ha recibido alegatos de ninguna de las Partes acerca de un ritmo de perforación de más de un pozo por mes. Si el Tribunal estuviera dispuesto a considerar un ritmo de perforación menor a un pozo por mes, Ecuador*

⁹⁰⁸ Carta de Ecuador del 4 de octubre de 2016, pág. 7.

⁹⁰⁹ *Ibid.*

propone que el Tribunal solicite la colaboración de los peritos en reservorios geológicos y petroleros para implementar tal funcionalidad en el Modelo Actualizado".⁹¹⁰

462. Es cierto que los peritos no pudieron implementar una funcionalidad que le permitiera al Tribunal elegir el ritmo de perforación de nuevos pozos. Los peritos explicaron que los cambios en el ritmo de perforación tendrían implicancias en el diseño de los planes de perforación y alterarían los costos de inversión y, en consecuencia, la rentabilidad marginal asociada con las decisiones de inversión. En consecuencia, los cambios en el ritmo de perforación conducirían a un proceso iterativo que requeriría experticia geológica para determinar si los pozos nuevos serían rentables o técnicamente viables.⁹¹¹ Dicho esto, el Tribunal ha resuelto que el ritmo de perforación propuesto por el Sr. Crick (es decir, un pozo por mes) está en consonancia con la práctica histórica del Consorcio y, por lo tanto, es razonable; como resultado, esta advertencia (y la objeción de Ecuador) ha devenido abstracta.
463. En segundo lugar, Ecuador señala que Fair Links consideró incluir una funcionalidad que le permitiera al Tribunal ajustar el momento en que habría comenzado la nueva perforación. Por consiguiente, Ecuador propone que, en el supuesto de que el Tribunal considerara la posibilidad de aplicar esta funcionalidad, debiera solicitar la participación de los peritos en reservorios petroleros y geológicos.⁹¹² El Tribunal ya ha analizado esta solicitud en los párrafos 450 y ss. *supra*.
464. En tercer lugar, como Ecuador sostiene que el Consorcio no tenía derecho a una prórroga del contrato para el Bloque 7, considera que el plan de perforación asociado con el escenario de prórroga de Burlington carece de fundamento. Puesto que el Tribunal ha desestimado esta reclamación (y, por el mismo motivo, el plan de perforación asociado), esta objeción ha devenido abstracta.
465. En cuarto lugar, Ecuador sostiene que *"la producción de tales pozos, tal como fuera calculada por el Sr. Crick, es excesivamente optimista, ya que se basa en una metodología de proyección poco sólida"*.⁹¹³ Ecuador afirma que, para remediar este defecto, *"la funcionalidad propuesta por Fair Links que permite el ajuste de la*

⁹¹⁰ *Id.*, pág. 8.

⁹¹¹ Memorando Conjunto de Compass Lexecon y Fair Links de fecha 20 de septiembre de 2016, ¶ 12(c).

⁹¹² Carta de Ecuador de fecha 4 de octubre de 2016, pág. 9.

⁹¹³ *Ibid.*

productividad de los nuevos pozos debiera, como mínimo, ser incorporada a la opción de 'Ingreso Manual' de Información y considerada por el Tribunal.⁹¹⁴ El Tribunal rechaza esta propuesta por considerarla innecesaria: el Tribunal ha determinado que las proyecciones de producción del Sr. Crick (tanto para los pozos existentes como para los pozos nuevos, donde corresponda) eran razonables y estaban bien fundamentadas;⁹¹⁵ por ende, incluso si esta funcionalidad estuviera disponible, el Tribunal habría escogido las proyecciones de producción del Sr. Crick.

466. Sobre esta base, el Tribunal considera que la confianza que deposita en el Modelo Actualizado para calcular la producción es razonable y se encuentra bien fundamentada.

5.2.2 Precios del crudo

467. El segundo elemento para determinar los ingresos es el precio al que se habría vendido el petróleo crudo. Cada una de las Partes se basa en los precios proporcionados por sus peritos financieros, habiéndoles dado instrucciones respecto de la fecha de valuación que debían utilizar, a saber, la fecha del laudo o el sustituto más cercano para Burlington, y la fecha de expropiación para Ecuador.
468. Los peritos coinciden en que el Bloque 7 producía crudo de Oriente, en tanto el Bloque 21 producía principalmente crudo de Napo.⁹¹⁶ Coinciden asimismo en que, en tanto no existen pronósticos estándar en la industria para los precios de Oriente y Napo, es necesario prever su precio con relación al precio de un crudo de referencia, ajustado por un descuento de precio histórico promedio.⁹¹⁷ Las diferencias principales entre los peritos se refieren a (i) el crudo de referencia utilizado como punto de referencia, (ii) la metodología para pronosticar los precios futuros, y (iii) la utilización de precios proyectados contra precios reales.
469. Para el crudo de referencia utilizado para proyectar los precios, Compass Lexecon favorece el crudo North Sea Brent (“Brent”), mientras que Fair Links utiliza el crudo West Texas Intermediate (“WTI”). La lógica de Compass Lexecon para preferir el Brent es que, a partir del año 2010, WTI comenzó a venderse con un gran descuento con respecto a Brent *“principalmente debido al aumento de la producción*

⁹¹⁴ *Id.*, pág. 10.

⁹¹⁵ Véase: párrafos 415, 420, y 456 *supra*.

⁹¹⁶ Compass Lexecon IP1, ¶ 43; Fair Links IP2, ¶ 96.

⁹¹⁷ Compass Lexecon IP1, ¶ 43; Fair Links IP2, ¶ 97.

norteamericana y a la capacidad limitada de los oleoductos”.⁹¹⁸ Sin embargo, Compass Lexecon no se opone a la utilización del WTI para previsiones realizadas en el año 2009 (suponiendo una fecha de valuación en ese año), porque esto fue con anterioridad a la divergencia entre Brent y WTI.⁹¹⁹ Fair Links no explica por qué razón prefiere WTI sobre Brent, aunque reconoce que Brent es “*la otra referencia de petróleo crudo generalmente aceptada*”.⁹²⁰ Aunque Fair Links reconoce que WTI cayó en comparación con Brent a fines del año 2010, lo considera irrelevante ya que ha realizado su valuación al día 30 de agosto de 2009.⁹²¹

470. En cuanto a la metodología, Compass Lexecon calcula un pronóstico para el precio del crudo de Brent, y posteriormente aplica una diferencial a la serie de pronósticos de Brent con base en la relación histórica entre los precios de Brent y Oriente/Napo.⁹²² Para prever los precios de Brent, Compass Lexecon explica que no se ha limitado a los contratos de futuros (como hace Fair Links), aunque se ha basado en “*tantas fuentes de la industria como fuera posible (es decir, dependencias gubernamentales tales como la EIA, analistas de la industria, asesores de la industria tales como AJM y Sproule, e información de mercado de los contratos de futuros)*”.⁹²³
471. Compass Lexecon explica que, de manera consistente, los precios de Oriente y Napo se han comercializado con un descuento con respecto a los precios de Brent, porque son más pesados y más ácidos que Brent y por lo tanto implican mayores costos de refinería. Para calcular este diferencial histórico del precio, Compass Lexecon ha preferido los diferenciales absolutos de los niveles de precios (es decir, la diferencia absoluta entre el precio de Brent y Oriente/Napo medida en dólares estadounidenses) a las diferencias porcentuales de precios (es decir la diferencia logarítmica en el precio medida sobre una base porcentual), porque los últimos han sido históricamente más volátiles y porque el primero resulta más confiable puesto que se encuentra “*sustentado por la idea de que el diferencial pesado-liviano se encuentra determinado principalmente por componentes del costo fijo (a saber, capacidad y tecnología de refinamiento)*”.⁹²⁴

⁹¹⁸ Compass Lexecon IP2, ¶ 51(b).

⁹¹⁹ *Ibid.*

⁹²⁰ Fair Links IP2, ¶ 98.

⁹²¹ *Id.*, ¶ 98, nota 91.

⁹²² Compass Lexecon IP1, ¶¶ 43-47.

⁹²³ Compass Lexecon, IP2, ¶ 52(c).

⁹²⁴ Compass Lexecon, IP1, ¶ 47.

472. A su vez, Fair Links basa sus proyecciones en el precio de los contratos de futuros de WTI al mes de agosto de 2009. Explica que “[l]os contratos de futuros pueden ser considerados como indicadores de precio generalmente aceptados ya que proporcionan una interpretación razonable de cuál es el consenso del mercado sobre los precios de petróleo crudo en un momento dado”.⁹²⁵ En efecto, Ecuador alega que los precios de los contratos de futuros “constituyen el único indicador que proporciona un resumen de las expectativas de cada participante en el mercado”.⁹²⁶ Ya que “[s]e considera generalmente que los contratos de futuros proporcionan una visión precisa de las expectativas del precio de mercado para períodos máximos de 5-6 años, dadas las predicciones esencialmente especulativas de los precios durante períodos más prolongados”,⁹²⁷ Fair Links utiliza los precios de futuros de petróleo crudo cotizados seis años a futuro entre los años 2009 y 2015. Más allá del año 2015, aplica una tasa de crecimiento constante correspondiente a la tasa de inflación prevista desde el año 2009. Posteriormente ajusta ambos conjuntos de pronósticos por la diferencia de precio histórica promedio entre el precio de WTI y el precio de Oriente/Napo para dar cuenta de la diferencia en calidad.⁹²⁸
473. La diferencia más importante entre los peritos se refiere a la utilización de precios proyectados contra precios históricos. En consonancia con sus instrucciones respecto de la fecha de valuación, Fair Links realiza sus pronósticos con información disponible en la fecha de la expropiación, mientras que Compass Lexecon utiliza información disponible en la fecha sustituto más cercana al laudo (15 de septiembre de 2014 para su segundo informe, 31 de marzo de 2015 para el Modelo, y 31 de agosto de 2016 para el Modelo Actualizado).⁹²⁹ Ecuador critica a Compass Lexecon porque, al utilizar información de precios reales, se basa incorrectamente en información retrospectiva en lugar de ubicarse en la posición de un comprador interesado el día 30 de agosto de 2009.⁹³⁰ Para Fair Links, “[e]ste criterio no refleja el Valor Justo de Mercado de los bienes de Burlington en el momento de la expropiación, es decir, en el mes de agosto de 2009, sino una interpretación ex post de una situación económica que no podría haberse

⁹²⁵ Fair Links IP2, ¶ 93.

⁹²⁶ Dúplica, ¶¶ 675-676.

⁹²⁷ Fair Links IP2, ¶ 94.

⁹²⁸ *Id.*, ¶¶ 93-100.

⁹²⁹ Memorando Conjunto de Compass Lexecon and Fair Links del 20 de septiembre de 2016, ¶ 24.

⁹³⁰ Dúplica, ¶¶ 678-679.

anticipado en ese momento".⁹³¹ Fair Links observa que "tener en cuenta eventos ulteriores tendería a considerar los flujos de caja perdidos como estándar de compensación en lugar del estándar de Valor Justo de Mercado, lo que a nuestro entender constituye el estándar de compensación aplicable en los casos de expropiación en virtud del Tratado Bilateral de Inversión Ecuador-EE. UU".⁹³²

474. En cualquier caso, Fair Links observa que la utilización de los precios reales del petróleo tras la reciente caída en los precios internacionales del petróleo crudo redundaría en una valuación mucho menor que aquella sugerida en los informes de Compass Lexecon. En efecto, las proyecciones de precios ajustadas de Compass Lexecon en su segundo informe (con base en los precios del mes de julio de 2014) eran 6% menores que en su primer informe.⁹³³ Según Fair Links, la utilización de precios reales a la fecha del laudo reduciría aún más la valuación de los bienes de Burlington: si Compass Lexecon utilizara precios del mes de diciembre de 2014 en lugar de precios del mes de julio de 2014, los precios previstos durante el período comprendido entre los años 2015-2021 serían USD 29,56/barril menores que aquellos utilizados en el segundo informe de Compass Lexecon, reduciendo así el valor cuantificado por Compass Lexecon en aproximadamente USD 80 millones.⁹³⁴
475. El Tribunal comienza su análisis enfatizando que los pronósticos de los peritos se ven influenciados por las instrucciones que han recibido respecto la fecha de valuación, las que dependen a su vez del estándar de compensación que cada una de las partes eligió utilizar.
476. Tal como se explica en la Sección VII.B.3 *supra*, el estándar de compensación en el presente caso es el principio de reparación íntegra del derecho internacional. Por lo tanto, el Tribunal debe adjudicarle a Burlington el valor de su inversión en la fecha del laudo o un sustituto para esa fecha), no adjudicarle la suma que habría pagado un comprador interesado por esta inversión en la fecha de la expropiación. En consecuencia, resulta adecuado adjudicarle a Burlington los flujos de caja de los que se vio privada como consecuencia de la expropiación, ajustados a valores presentes (mediante una tasa de actualización para los flujos de caja pasados y una tasa de descuento para los flujos de caja futuros).

⁹³¹ Fair Links IP2, ¶ 102.

⁹³² Fair Links IP3, ¶ 70.

⁹³³ Compass Lexecon, IP2, ¶ 57.

⁹³⁴ Dúplica, ¶ 680.

477. Para valuar el bien en la fecha del laudo, el Tribunal puede utilizar información disponible después de la fecha de la expropiación. Tal como se explica en la Sección VII.B.3 *supra*, la utilización de información *ex post* permite una valuación que es más cercana a la realidad y menos especulativa que aquella que se ampara en proyecciones basadas en información disponible en la fecha de la expropiación.
478. Fair Links afirma que la utilización de información real significaría que “*nunca se fijará la evaluación del daño hasta tanto caduque el Contrato del Bloque 21 ya que los precios del petróleo tendrían que estar constantemente actualizándose e para reflejar la evolución real de los flujos de caja perdidos*”.⁹³⁵ Esta crítica malinterpreta el modelo adoptado por el Tribunal: los flujos de caja pasados, es decir, los flujos de caja que se habrían acumulado desde la expropiación hasta la fecha del laudo, se calculan sobre la base de información real, mientras que los flujos de caja futuros, es decir, los flujos de caja que se habrían acumulado desde la fecha del laudo hasta la fecha de extinción del contrato, se proyectan sobre la base de la información más reciente disponible en la fecha de la valuación. Aunque este cálculo puede no reflejar perfectamente el valor real que habrían tenido los flujos de caja si los contratos se hubieran ejecutado hasta su término, permite una valuación que refleja la realidad en la medida de lo posible sobre la base de información disponible a la fecha de dictación del laudo.
479. A este fin, en el mes de julio de 2016 el Tribunal solicitó a los peritos que actualizaran los valores utilizados en su Modelo. Las proyecciones más recientes elaboradas por Compass Lexecon para el Modelo Actualizado reflejan la caída en los precios del petróleo desde el año 2014.
480. Por el mismo motivo, el Tribunal acepta que, en las circunstancias, el crudo de Brent constituye un mejor estándar de referencia para el precio del crudo de Oriente y Napo. Tal como explicara Compass Lexecon y reconociera Fair Links, el precio de WTI experimentó una caída desde el año 2010 debido a factores específicos del mercado norteamericano y, por lo tanto, resulta inadecuado como estándar de referencia con posterioridad a esa fecha. Fair Links tampoco controvierte que Brent sea un estándar de referencia utilizado de manera generalizada.
481. Por último, el Tribunal considera que la previsión de Compass Lexecon es más confiable porque se basa en una variedad de fuentes de la industria, no sólo en los contratos de futuros. El Tribunal no se siente persuadido por la afirmación de

⁹³⁵

Fair Links IP3, ¶ 71.

Ecuador de que los contratos de futuros “constituyan el único indicador que proporciona un resumen de las expectativas de cada participante en el mercado”.⁹³⁶ Tal como explica Compass Lexecon, al basarse en una única fuente, Fair Links “ignora todas las demás previsiones disponibles (tales como aquellas de dependencias gubernamentales tales como la EIA, y de asesores de la industria, tales como AJM y Sproule)”.⁹³⁷ Además, ya que el Tribunal realiza una valuación *ex post*, es más adecuado basarse tanto en precios reales y como proyectados de los bienes, incluyendo los contratos de futuros, en vez de solamente en los futuros.

5.2.3 Gastos operativos (OPEX)

482. Burlington se basa en sus gastos operativos (“OPEX”) reales, mientras Ecuador se basa en los OPEX propuestos por Fair Links y RPS.
483. Compass Lexecon explica que los OPEX incluyen (a) costos directos e indirectos de la producción de petróleo y (b) costos de venta, y costos generales y administrativos vinculados con la gestión de los Bloques. Compass Lexecon pronostica los OPEX sobre la base de costos históricos: “proyect[a] todos los *Opex variables por barril, con base en el costo por cantidad de barriles para el año 2008 [...], el último año completo disponible antes de la expropiación*”, y “pronostica los costos administrativos asociados con cada Bloque sobre una base fija, con base en los costos administrativos promedio para el año 2006 hasta el año 2008”.⁹³⁸ Después ajusta los OPEX variables y fijos por la inflación del IPP de los EE. UU.⁹³⁹
484. Además, como consecuencia del perfil de producción esperado del señor Crick y sus costos asociados de desarrollo para el Bloque 21, Compass Lexecon “incrementa los costos de extracción directos y el costo de fluidos, lubricantes y químicos (un componente de los costos de extracción indirectos) de acuerdo a la evolución de la ratio de agua a producción de petróleo crudo”.⁹⁴⁰
485. Fair Links también hace una distinción entre OPEX fijos y variables, pero utiliza el pronóstico de RPS para estos costos, que también se basa en cifras históricas.

⁹³⁶ Dúplica, ¶¶ 675-676.

⁹³⁷ Compass Lexecon IP2, ¶ 52.

⁹³⁸ Compass Lexecon IP1, ¶ 49.

⁹³⁹ *Ibid.*

⁹⁴⁰ *Ibid.*

Posteriormente ajusta estos costos por inflación utilizando las tasas de inflación del año 2009 estimadas por el Fondo Monetario Internacional.⁹⁴¹

486. Si bien ambos criterios son similares, muestran algunas diferencias, y Fair Links critica la valuación de Compass Lexecon respecto de tres puntos:⁹⁴²

- i. Compass Lexecon sobreestima sus costos variables al contabilizar dos veces el llamado "*Fondo ecodesarrollo región amazónica*".
- ii. Compass Lexecon evalúa los costos variables sobre la base de las acciones del Consorcio y prorratea de manera inconsistente los costos fijos según las acciones de Burlington, es decir, 42,5% para el Bloque 7 y 46,25% para el Bloque 21, subestimando así los costos fijos.
- iii. Compass Lexecon excluye los costos de transporte derivados de los compromisos de tipo *ship or pay* (pago independiente del volumen transportado) relativos al oleoducto OCP (*Oleoducto de Crudos Pesados*) de los costos operativos del Bloque 21, arguyendo que se trata de costos hundidos ya que Burlington se encontraba contractualmente obligada a pagarlos hasta el mes de septiembre de 2018. Según Fair Links, "[l]a realidad económica y práctica estipula que todo comprador interesado habría cargado con estos costos para garantizar sus derechos de transporte", y, en consecuencia, considera que se los debiera tener en cuenta en la valuación.⁹⁴³ Ecuador argumenta asimismo que debieran incluirse estos costos en el cálculo del VJM, ya que Burlington no proporcionó pruebas de que se comprometió a sufragar estos costos hasta el año 2018, o que efectivamente continuó pagando estos costos después de abandonar Ecuador.⁹⁴⁴

487. Compass Lexecon aceptó la crítica de Fair Links sobre los primeros dos puntos y ajustó su modelo en consecuencia.⁹⁴⁵ Sin embargo, rechazó la tercera crítica con respecto a los cargos del tipo *ship or pay* asociados con el Oleoducto OCP. Según Compass Lexecon, es correcto excluir estos costos del Modelo FCD ya que

⁹⁴¹ Fair Links IP2, ¶¶ 109-110.

⁹⁴² *Id.*, ¶ 109.

⁹⁴³ *Ibid.*

⁹⁴⁴ Dúplica, ¶ 668.

⁹⁴⁵ Compass Lexecon IP2, ¶¶ 59-60.

Burlington debía incurrir en ellos existiera o no expropiación.⁹⁴⁶ Fair Links disiente y considera que no incluir los costos del tipo *ship or pay* equivale a afirmar que Burlington “*puede exportar su crudo desde la Amazonia al Pacífico sin costo alguno*”.⁹⁴⁷

488. El Tribunal concuerda con Fair Links, razón por la cual dio instrucciones a los peritos de incluir los costos del tipo *ship or pay* del OCP en todos los escenarios considerados en el Modelo.⁹⁴⁸

489. El Tribunal observa asimismo que el nivel de OPEX se encuentra necesariamente vinculado a un perfil de producción dado. En su resumen del Modelo, los peritos de las Partes observaron esta dependencia en los siguientes términos:

21. *“En los párrafos 8b, 8d, y 8e de la RP 29, el Tribunal solicitó opciones respecto del perfil de producción, los gastos operativos (OPEX), y los gastos de capital (CAPEX). Observamos que estas tres variables (producción, OPEX y CAPEX) sólo pueden aplicarse conjuntamente, con base en el escenario de producción que sea elegido (el de RPS o el del Sr. Crick) ya que cada perfil de producción tiene costos correspondientes y gastos de capital asociados con sus planes de perforación y supuestos de producción de agua. Por lo tanto, los costos correspondientes (OPEX y CAPEX) se vinculan en el Modelo Conjunto a los perfiles de producción elegidos a fin de evitar cualquier resultado económico inconsistente e incoherente.*

22. *Por lo tanto, el Modelo Conjunto permite la selección de la Opción 1) la producción de RPS y sus costos relacionados; y la Opción 2) la producción del Sr. Crick y sus costos relacionados; que pueden seleccionarse en la sección Factores del Modelo del panel de control denominado “Producción & Costos”.*⁹⁴⁹

490. Ya que el Tribunal ha optado por una versión modificada del perfil de producción del Sr. Crick, el Tribunal aplicará los cálculos de OPEX de Compass Lexecon, que entiende se actualizan de manera automática en el Modelo Actualizado para adecuarse a la producción seleccionada.

⁹⁴⁶ *Id.*, ¶ 61.

⁹⁴⁷ Tr. Cuantificación (ESP) (Día 4), 1282:15-16 (Interrogatorio Directo, de Feuarent).

⁹⁴⁸ RP29, ¶ 8(d).

⁹⁴⁹ Resumen del Modelo Conjunto del 24 de abril de 2015, ¶¶ 21-22.

5.2.4 Gastos de capital (CAPEX) y depreciación

491. Compass Lexecon distingue dos categorías de CAPEX: (a) aquellos relativos al mantenimiento de pozos e infraestructura existentes y (b) aquellos relativos al desarrollo de pozos adicionales, según las previsiones del Sr. Crick.⁹⁵⁰
492. Con respecto a (a), Compass Lexecon se basa en los CAPEX históricos por barril bruto de producción a partir del año 2007, ajustados por inflación.⁹⁵¹
493. Con respecto a (b), Compass Lexecon proyecta los costos históricos de perforación en USD 5,29 millones por pozo, multiplicados por el número de pozos incrementales estimados por el Sr. Crick (24 para el Bloque 21, 21 para el Bloque 7), por un CAPEX incremental bruto total de USD 250,2 millones durante 26 meses, desde el mes de noviembre de 2007 hasta el mes de diciembre de 2009.⁹⁵² Compass Lexecon incluye asimismo CAPEX accesorios relativos a la capacidad de procesamiento adicional, aumentos de potencia e instalaciones de manipulación y tratamiento del agua estimados por el Sr. Crick, por un total de USD 92,7 millones (USD 45,2 millones para el Bloque 7 y USD 47,5 millones para el Bloque 21).⁹⁵³
494. Compass Lexecon deprecia las inversiones sobre una base de producción por unidad (*“los costos de capital se deprecian en un período dado con base en el monto de producción en ese período como un porcentaje de la producción restante”*).⁹⁵⁴
495. Fair Links coincide con las categorías de CAPEX utilizadas por Compass Lexecon, así como la metodología de depreciación, pero no supone perforaciones adicionales (tal como lo hace RPS). En consecuencia, Fair Links reconoce la necesidad de los CAPEX para mantener los pozos existentes,⁹⁵⁵ pero no incluye los CAPEX para pozos adicionales.⁹⁵⁶
496. El Tribunal que los peritos están de acuerdo respecto de las categorías de CAPEX que se deben considerar, así como la metodología general. Observa asimismo que, tal como se explicara en el párrafo 489 *supra*, los peritos coinciden en que los

⁹⁵⁰ Compass Lexecon IP1, ¶ 50.

⁹⁵¹ *Ibid.*

⁹⁵² *Ibid.*

⁹⁵³ *Id.*, ¶ 51.

⁹⁵⁴ *Id.*, ¶ 52.

⁹⁵⁵ Fair Links IP2, ¶ 112, y IP3, ¶ 112.

⁹⁵⁶ Fair Links IP3, ¶ 114.

CAPEX dependen del perfil de producción adoptado.⁹⁵⁷ Puesto que el Tribunal ha optado por una versión modificada del perfil de producción del Sr. Crick, aplicará las proyecciones de los CAPEX de Compass Lexecon, las que se ajustan de manera automática en el Modelo Actualizado para adecuarse al perfil de producción seleccionado.

5.2.5 Tributación

497. Los peritos de ambas Partes aplican un impuesto a la renta del 25% y un impuesto laboral de 15% a los ingresos imponibles del Consorcio (es decir, ingresos netos de OPEX y depreciación), lo que resulta en una tasa fiscal efectiva de 36,25%.⁹⁵⁸ En consecuencia, las valuaciones de ambos peritos se presentan netas de impuestos.
498. Sin embargo, ya que Fair Links considera el impacto de la Ley 42 antes de arribar al ingreso imponible, aplica asimismo los impuestos de la Ley 42, siguiendo una *“evaluación de dos etapas”*: (i) *“primero avalúa la renta extraordinaria derivada de la diferencia entre los precios mensuales de Oriente y Napo ajustados por calidad y el Precio de Referencia ajustado por inflación”*, y (ii) *“posteriormente aplica la participación del Estado de 99% sobre la renta extraordinaria”*.⁹⁵⁹
499. El Tribunal ya ha determinado que deben ignorarse los efectos económicos de la Ley 42. Ya que la reparación debida debe asumir que Ecuador habría cumplido con los CP y, específicamente con la obligación de absorción de impuestos, debe desestimarse el impuesto de 99% sobre los beneficios extraordinarios ordenado por la Ley 42. Si Ecuador hubiera cumplido con esta obligación, el Consorcio habría sido compensado mediante la aplicación de un factor de corrección que habría eliminado el efecto del impuesto de la Ley 42. En consecuencia, los únicos impuestos que han de aplicarse en el modelo son el impuesto a la renta y el impuesto laboral a una tasa combinada de 36,25%.

⁹⁵⁷ Resumen del Modelo Conjunto del 24 de abril de 2015, ¶¶ 21-22. Fair Links ha observado que, si se aplicaran los supuestos de CAPEX de Compass Lexecon en un escenario que reflejara el impacto de la Ley 42, el efecto negativo de los CAPEX no se compensaría con una producción más alta (Fair Links IP3, ¶ 103). Véase también: Dúplica, ¶ 686.

⁹⁵⁸ Compass Lexecon IP1, ¶ 53, en referencia a: CP del Bloque 7, Cláusula 11 (**Anexo C-1**) y CP del Bloque 21, Cláusula 11 (**Anexo C-2**). La tasa se calcula de la siguiente manera: $1 - (1 - 25\%) * (1 - 15\%) = 36,25\%$. Véase también: Fair Links IP2, ¶ 121.

⁹⁵⁹ Fair Links IP2, ¶ 120.

5.2.6 Secuencia de variables en el análisis de FCD

500. Además de objetar los supuestos utilizados por Compass Lexecon en su valuación FCD, Ecuador alega que Compass Lexecon calcula el VJM tergiversando el impacto de diversas variables. En referencia a la Figura 1 del Segundo Informe de Compass Lexecon,⁹⁶⁰ Ecuador alega que Compass Lexecon “*considera los factores de valor subyacentes a la valuación FCD en una secuencia que no se condice con la manera en la cual se construye el FCD*”.⁹⁶¹ Según Ecuador, Compass Lexecon considera la tributación – Ley 42 – antes de considerar la producción de petróleo y los precios del petróleo y, por lo tanto, no muestra su impacto total. Compass Lexecon tampoco muestra el impacto total de aplicar un interés exagerado de 12,5% a los flujos de caja hasta la fecha del laudo; tanto la Ley 42 como los intereses deberían considerarse “*al final de la secuencia una vez que se determinan los ingresos (producción y precio)*”.⁹⁶² En efecto, cuando se analizan estos factores de valor en el orden correcto, tal como afirma Ecuador, “*queda claro que las diferencias principales en los cálculos de la indemnización por daños y perjuicios de las Partes son (i) la aplicación de la Ley 42 (un impacto de USD 409 millones) y (ii) la utilización por parte de Burlington de una tasa de actualización exagerada de 12,5% para calcular intereses anteriores a la sentencia (un impacto de USD 366 millones)*”.⁹⁶³ En cambio, otros parámetros (tales como, precio, producción, CAPEX, OPEX y tasa de descuento) tienen un impacto menor.⁹⁶⁴
501. Luego de revisar los comentarios de Fair Links,⁹⁶⁵ así como la Figura 1 del Segundo Informe de Compass Lexecon, surge que las objeciones de Ecuador no están dirigidas a la valuación FCD de Compass Lexecon, sino al análisis de conciliación que éste último ofrece para comparar su valuación con aquella de Fair Links. La Figura 1, que se muestra *infra*, no reproduce la secuencia en la que Compass Lexecon realiza su valuación FCD; muestra la secuencia en la que Compass Lexecon ha intentado conciliar su cálculo de la indemnización por daños y perjuicios con el de Fair Links:⁹⁶⁶

⁹⁶⁰ Compass Lexecon IP2, pág. 12.

⁹⁶¹ Dúplica, ¶ 576.

⁹⁶² *Ibid.*

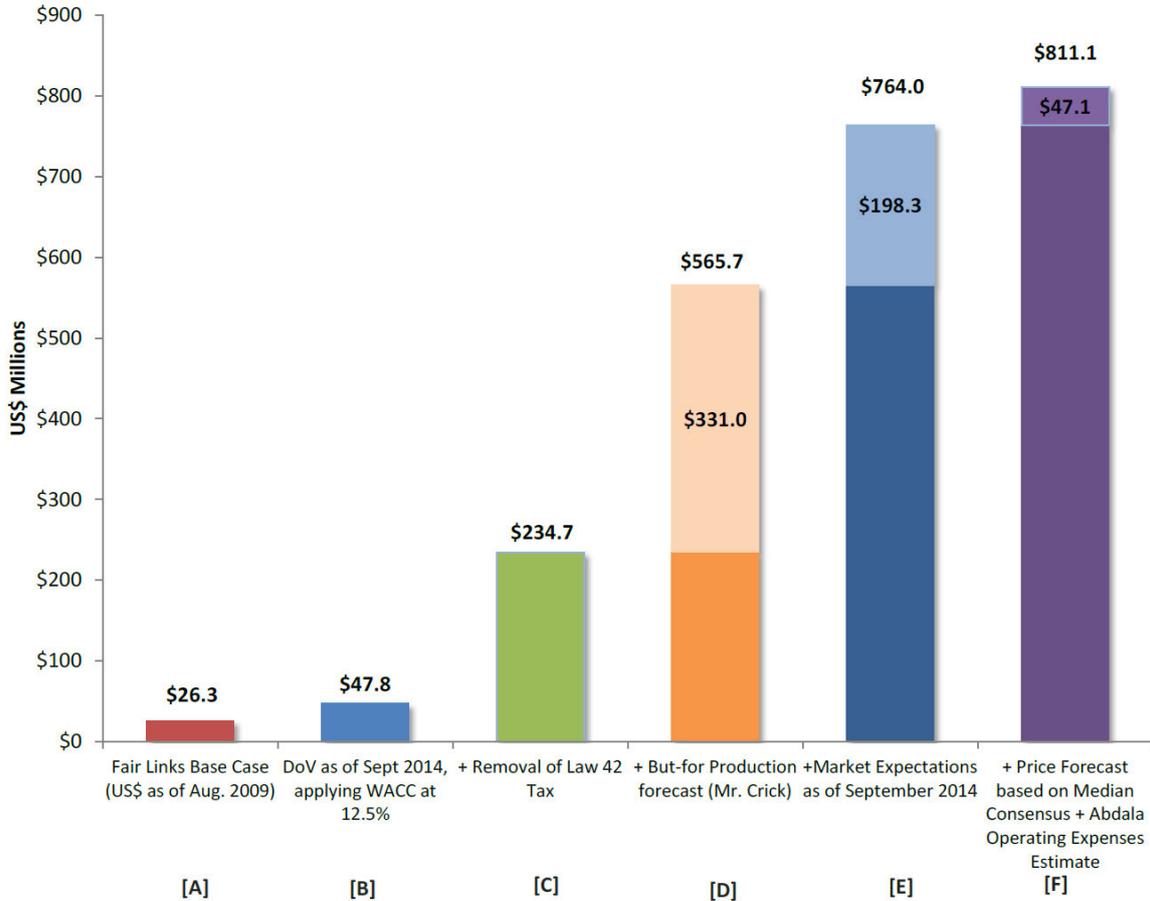
⁹⁶³ *Id.*, ¶ 577, en referencia a: Fair Links IP2, ¶ 60.

⁹⁶⁴ Dúplica, ¶ 578.

⁹⁶⁵ Fair Links IP3, ¶¶ 51-66, 103.

⁹⁶⁶ Compass Lexecon IP2, pág. 12.

**Figure 1: Reconciliation of Value of Operating Assets
(Abdala v. Fair Links)**



Source: Compass Lexecon Second Valuation Model. (CLEX-49)

502. Del Tercer Informe de Fair Links, resulta evidente que sus objeciones se refieren a la secuencia de la conciliación, no a la valuación FCD. Tal como explica Fair Links:

“En su segundo informe, Compass Lexecon presenta su conciliación entre nuestra evaluación de los bienes de Burlington de USD 26,3 millones (caso básico al día 30 de agosto de 2009) y su propia evaluación de USD 811,1 millones (al día 15 de septiembre de 2014). Partiendo del valor de USD 26,3 millones presentado por Fair Links, Compass Lexecon ajusta esta suma incorporando sucesivamente en un orden específico, que consideramos inadecuado e incluso engañoso, cada parámetro que presuntamente impulsa la diferencia entre los peritos. [...]

[...]

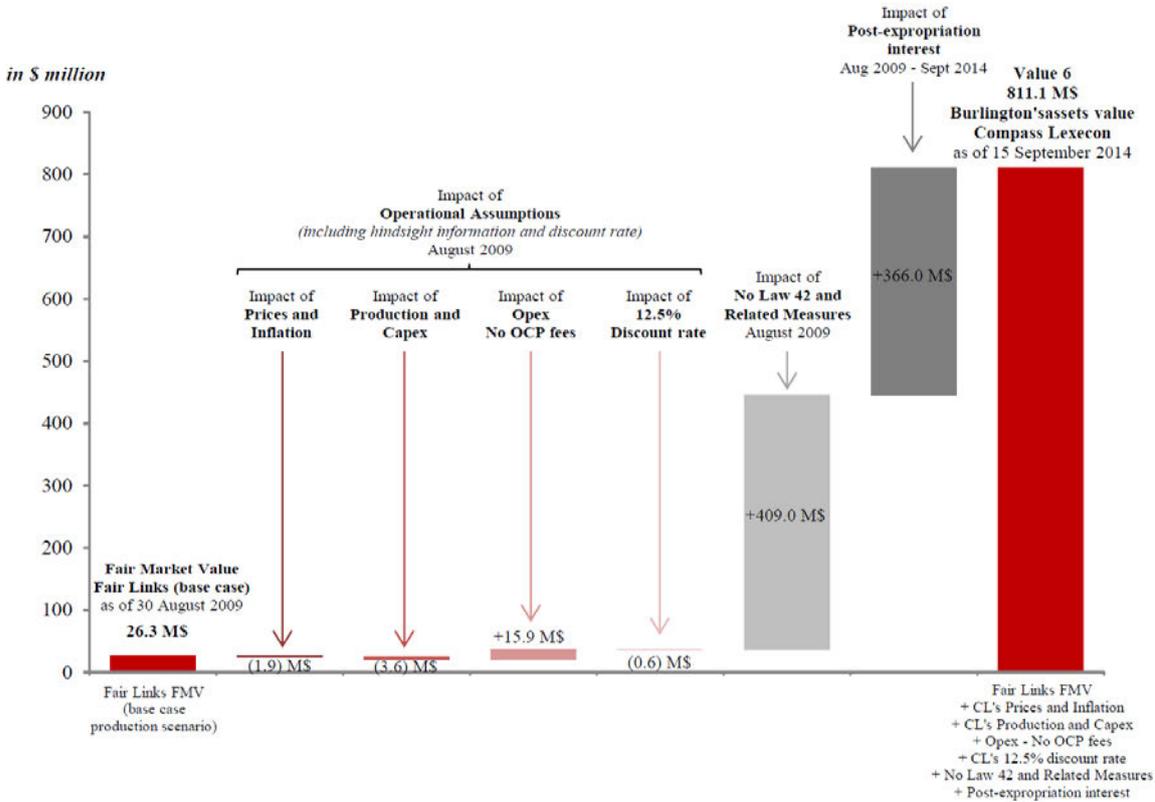
[...] Surgen diversas cuestiones importantes de la lógica del análisis de Compass Lexecon. En particular, el orden de los parámetros en la secuencia propuesta por Compass Lexecon tergiversa el impacto de las diferencias entre ambos peritos”.⁹⁶⁷

⁹⁶⁷

Fair Links IP3, ¶¶ 51-53.

503. En particular, Fair Links opina que “[a]l colocar los diversos parámetros operativos (precios, producción, costos operativos) al final de la secuencia, Compass Lexecon tergiversa el impacto financiero de la Ley 42 y las Medidas Relacionadas”.⁹⁶⁸ Esto se debe a que los supuestos de ingresos y costos de Compass Lexecon ya reflejan si se ha considerado o no la Ley 42 (a modo de ejemplo, los supuestos de ingresos de Compass Lexecon incluyen todos los ingresos extraordinarios, las cifras de producción consideran la perforación de nuevos pozos, y los CAPEX incluyen el costo de nuevas perforaciones).⁹⁶⁹ En consecuencia, Fair Links propone la siguiente conciliación ajustada:⁹⁷⁰

Figure 13: Impact of post-expropriation rates on the value of Burlington’s assets⁸¹



504. En cambio, no parece haber una controversia significativa en la secuencia del cálculo de FCD. El Tribunal entiende que ambos peritos computan los flujos de caja libres según la siguiente secuencia: primero, establecen ingresos (determinados por volúmenes de precio y producción) y deducen los costos (OPEX, CAPEX (cuando proceda), y la amortización) para obtener los ingresos imponibles, a los que

968 *Id.*, ¶ 54.

969 *Ibid.*

970 Fair Links IP3, Figura 13, pág. 44 (que refleja la última etapa en el análisis de conciliación de Fair Links).

aplicarán un impuesto combinado a la renta y laboral de 36,25%. La única diferencia respecto de la secuencia es que Fair Links aplica los impuestos de la Ley 42 a los ingresos, mientras que Compass Lexecon no lo hace.

505. Sobre esta base, el Tribunal considera que no existe controversia respecto de la secuencia de la valuación FCD, sino simplemente variables controvertidas, en particular, la aplicabilidad de los impuestos de la Ley 42, que Fair Links aplica a los ingresos, pero no así Compass Lexecon, y el impacto de esta elección en otros supuestos (tales como nuevas perforaciones y CAPEX). Sea como fuere, cualquier eventual desacuerdo entre los peritos respecto de la secuencia en la cual han de computarse las diferentes variables en su valuación FCD ha sido resuelto en el Modelo, que refleja el modelo de valuación (incluida la secuencia) acordado por ambos peritos, sujeto a diversos supuestos.

5.3 Cálculo de flujos de caja pasados y futuros

506. Tal como se explica en la Sección VII.D.3.3 *supra*, puesto que la valuación se lleva a cabo el día 31 de agosto de 2016 - fecha que sustituye a la fecha del laudo - el Tribunal debe considerar los *flujos de caja pasados* (que se habrían devengado para Burlington desde la fecha de la expropiación hasta la fecha de la valuación) así como también los *flujos de caja futuros* (que se habrían devengado desde la fecha de la valuación hasta la terminación de los CP). Ambos grupos de flujos de caja deben actualizarse a valor presente: los flujos de caja pasados deben actualizarse por medio de la aplicación de una tasa de interés o tasa de actualización, y los flujos de caja futuros deben traerse a valor presente por medio de la aplicación de una tasa de descuento.
507. El Tribunal procederá a analizar la tasa de descuento aplicable para los flujos de caja futuros (4.3.2), y luego la tasa de actualización aplicable a los flujos de caja pasados (4.3.3). Previamente a abordar dichos puntos, el Tribunal analizará la situación de los flujos de caja anteriores a la expropiación (4.3.1).

5.3.1 Flujos de caja anteriores a la expropiación

508. Tal como se indica en el párrafo 288.iv *supra*, Compass Lexecon calcula la producción desde el mes de diciembre de 2007, fecha en la cual el Consorcio suspendió la perforación supuestamente como resultado de la sanción de la Ley 42 al 99% y del incumplimiento de Ecuador respecto de sus obligaciones de absorción de impuestos.

509. Por los motivos expuestos en el párrafo 413 *supra*, el Tribunal no considerará los flujos de caja que se habrían devengado con anterioridad a la expropiación. En consecuencia, ignorará cualquier flujo de caja calculado por Compass Lexecon con anterioridad al día 30 de agosto de 2009.⁹⁷¹

5.3.2 Tasa de descuento aplicable a flujos de caja futuros

510. Las Partes concuerdan, de forma general, con la tasa de descuento que se aplicará a los flujos de caja futuros, a saber: Compass Lexecon propone una tasa de descuento del 12,5%,⁹⁷² mientras que Fair Links propone una tasa de descuento del 12%.⁹⁷³ Según Fair Links, el impacto de esta diferencia en el valor de los activos de Burlington asciende a USD 0,6 millones,⁹⁷⁴ mientras que Compass Lexecon calcula que dicha diferencia es inferior al 1%.⁹⁷⁵

511. Sin embargo, los peritos no concuerdan con la metodología adoptada para arribar a la tasa de descuento; Compass Lexecon calculó el Costo Promedio Ponderado del Capital del Consorcio (WACC, por sus siglas en inglés) conforme al Modelo de Valoración de Activos Financieros (CAPM, por sus siglas en inglés) - un método reconocido de valuación de tasas de descuento.⁹⁷⁶ Por el contrario, Fair Links sostiene que *“el costo promedio ponderado del capital de la empresa no debiera ser utilizado para valorar un proyecto individual debido a su riesgo específico asociado”*.⁹⁷⁷ Según Fair Links, *“[e]sto es esencial en la industria de gas y petróleo en la cual los mayores retornos esperados provenientes de los proyectos exitosos compensan los costos hundidos de los proyectos de exploración infructuosos. Ello implica que la tasa de descuento requerida (empleada para valorar un activo específico de la industria de gas y petróleo) no se corresponde con el costo promedio ponderado del capital del negocio, a menos que los riesgos asociados con el activo específico sean similares a los de la totalidad del negocio”*.⁹⁷⁸ En particular, y con el propósito de reflejar apropiadamente la estructura de capital de

⁹⁷¹ El Tribunal observa que el Modelo Actualizado contiene una funcionalidad que le permite al Tribunal ignorar dichos flujos de caja.

⁹⁷² Compass Lexecon IP2, ¶ 70. En su Primer Informe, Compass Lexecon propuso una tasa de descuento del 12,1% para la fecha de valuación correspondiente al día 30 de abril de 2013. Compass Lexecon IP1, ¶ 54.

⁹⁷³ Fair Links IP2, ¶ 130.

⁹⁷⁴ Fair Links IP3, ¶ 122.

⁹⁷⁵ Compass Lexecon IP2, ¶ 73.

⁹⁷⁶ Compass Lexecon IP1, ¶ 54 y Apéndice B.

⁹⁷⁷ Fair Links IP2, ¶ 126.

⁹⁷⁸ *Ibid.*

un activo de la industria de gas y petróleo, Fair Links explica que resulta “*esencial verificar la pertinencia del costo promedio ponderado del capital estándar de la industria con anterioridad a utilizarlo para descontar los flujos de caja futuros*” de dicho activo.⁹⁷⁹ A fin de determinar “*una tasa de descuento que refleje equitativamente el retorno respecto de los activos de Burlington que un inversionista habría podido razonablemente esperar de los activos de Burlington de no ser por la expropiación*”, Fair Links considera la siguiente información: (i) la tasa de descuento del 12% empleada para evaluar los activos de Burlington al momento en que Perenco tenía la intención de adquirir dichos activos en el año 2006; (ii) la tasa de retorno promedio del 13,42% respecto de los 56 proyectos de petróleo y gas en 15 países diferentes derivados del estudio IHS CERA llevado a cabo en el año 2012; y (iii) el rango de las tasas de descuento de entre el 9% y el 15% generalmente utilizadas en la industria de gas y petróleo aguas arriba.⁹⁸⁰

512. El Tribunal toma nota de las objeciones de Fair Links respecto del uso del costo promedio ponderado del capital como tasa de descuento, pero observa una vez más que los peritos concuerdan esencialmente con el uso de una tasa de descuento de entre el 12% y el 12,5%, y que ninguno de ellos objeta el uso de la tasa de descuento propuesta por la otra parte. En particular, el Tribunal observa que Fair Links concuerda en que dicho rango representa “más o menos el mismo número adecuado”.⁹⁸¹ Por lo tanto, el Tribunal empleará el 12,5% propuesto por Compass Lexecon que corresponde con el costo promedio ponderado del capital; un parámetro ampliamente utilizado para descontar flujos de caja. Observa asimismo que la tasa propuesta por Compass Lexecon es superior a aquella presentada por Fair Links, y que, en consecuencia, se reducen los flujos de caja futuros.
513. Conforme a dicho razonamiento, el Tribunal instruyó a los peritos para que utilizaran la tasa de descuento del 12,5% en su Modelo,⁹⁸² y los peritos procedieron en tal sentido.⁹⁸³

⁹⁷⁹ *Id.*, ¶ 127-128.

⁹⁸⁰ *Id.*, ¶ 129.

⁹⁸¹ Tr. Cuantificación (Día 4) (ESP), 1274:21-1275:1 (Interrogatorio Directo, de Feuarent).

⁹⁸² RP29, ¶ 8(h).

⁹⁸³ Modelo Conjunto de Valuación, ¶ 30(b).

5.3.3 Tasa de actualización aplicable a flujos de caja pasados

514. En contraposición, las Partes difieren fundamentalmente respecto de la tasa de actualización o de interés aplicable a los flujos de caja pasados (a lo que Burlington también se refiere como “*intereses anteriores al laudo*”).⁹⁸⁴ Las Partes concuerdan en que los mismos principios son aplicables al interés devengado respecto del importe concedido desde la fecha del laudo hasta el pago (interés posterior al laudo).⁹⁸⁵ Por consiguiente, los argumentos y las resoluciones indicadas *infra* también son aplicables a dicho elemento de la reclamación de Burlington.

a. Posición de Burlington

515. Burlington alega que la compensación por la demora en el pago (es decir, el interés) constituye un elemento sustancial de una reparación íntegra conforme al derecho internacional consuetudinario. Según Burlington, la obligación del Estado de efectuar una reparación íntegra surge inmediatamente después de que el acto ilícito causara el daño. Si se demora la concreción del pago, la demandante pierde la oportunidad de utilizar los fondos para fines productivos; por lo tanto, el pago debe sujetarse a la aplicación de un interés. Según Burlington, la tasa de interés debe ser equivalente al costo de oportunidad de haber sido privado de los fondos en cuestión, y según Burlington este costo de oportunidad es equivalente a su costo promedio ponderado del capital.⁹⁸⁶ Burlington afirma que “*fue privado de los dividendos (ganancias) regulares generados por los Bloques, y, en su lugar, fue obligado, de facto, a reinvertir dichos fondos en los yacimientos (es decir, sus dividendos no pudieron ser “retirados en efectivo” de los Bloques)*”.⁹⁸⁷ En consecuencia, en palabras de Burlington y de su perito, “*la tasa de interés de los dividendos no percibidos debe ser equivalente al retorno que Burlington razonablemente esperaba obtener de su inversión en los Bloques - es decir, el*

⁹⁸⁴ Véase, por ejemplo: Mem., ¶ 136 (“En las circunstancias del presente caso, Burlington tiene derecho a dos formas de interés: el interés previo al laudo, que cubre las pérdidas devengadas hasta la fecha del Laudo definitivo por parte del Tribunal; y el interés posterior al laudo, respecto de la totalidad del importe concedido en concepto de daños por parte del Tribunal hasta la fecha de pago. El interés previo al laudo es aplicable a las pérdidas que han sido cuantificadas con anterioridad a la fecha del Laudo (es decir, antes de la fecha de la valuación), con el propósito de reflejar el valor tiempo del dinero y de “actualizar” el valor de dichas pérdidas. El interés posterior al laudo, por el contrario, es aplicable a la totalidad del importe concedido en concepto de daños por parte del Tribunal con el propósito de garantizar que Burlington no sea perjudicado una vez más por la demora en el pago del Laudo”).

⁹⁸⁵ Réplica, ¶ 240; Dúplica, ¶ 605.

⁹⁸⁶ Mem., ¶¶ 134-144; Réplica, ¶¶ 227-241.

⁹⁸⁷ Réplica, ¶ 230.

costo de capital de los proyectos (costo promedio ponderado del capital)".⁹⁸⁸ Burlington alega que este enfoque ha sido ratificado tanto por la doctrina⁹⁸⁹ como por los tribunales.⁹⁹⁰

516. Al respecto, Compass Lexecon explica que “para otorgar a Burlington una total compensación por sus pérdidas, los daños devengados con anterioridad a la fecha de la valuación deben ser actualizados a la fecha de la valuación a una tasa de riesgo ajustada que compense [a Burlington] el costo de oportunidad del capital de concretar negocios en la industria. Ello se debe a que en ausencia de las medida de Ecuador, Burlington aún continuaría en el negocio a la fecha del laudo”.⁹⁹¹ Desde el punto de vista de Compass Lexecon, la tasa de actualización apropiada es el costo promedio ponderado del capital, que es la misma tasa que se utiliza para descontar los flujos de caja futuros; en el presente caso, es del 12,5% debido a que “refleja el retorno esperado por el inversionista cuando invierte en activos con un perfil de riesgo de similares características”.⁹⁹²

517. Burlington y su perito objetan el uso que hace Ecuador de la tasa LIBOR más dos por ciento como tasa de actualización, fundados en los siguientes tres argumentos:

- i. En primer lugar, afirma que “si la tasa de ‘interés posterior a la expropiación’ debe servir como una medida del costo de la deuda de una empresa o industria, debería ser aplicada antes de impuestos, no después de impuestos”, “ya que el riesgo asociado con cualquier acuerdo de deuda se ve reflejado en la tasa de interés antes de impuestos”.⁹⁹³

⁹⁸⁸ *Ibid.*

⁹⁸⁹ Burlington se funda, *inter alia*, en T. J. Sénéchal y J. Y. Gotanda, *Interest as Damages*, 47 *Columbia J. Of Transnational Law* 491 (2009) en 516-17, 524 (**Anexo CL-375**).

⁹⁹⁰ *Vivendi c. Argentina II*, Laudo del 20 de agosto de 2007, ¶¶ 9.2.3 y 9.2.8 (**Anexo CL-123**); *France Telecom c. Líbano*, (CNUDMI) Laudo del 31 de enero de 2005, ¶ 209 (**Anexo CL-274**); *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/07/16, Laudo del 8 de noviembre de 2010, ¶¶ 514, 518 (**Anexo CL-167**); *Phillips Petroleum Company Venezuela Limited & ConocoPhillips Petrozuata B.V. c. Petróleos de Venezuela, S.A.*, Caso CCI N.º 16848/JRF/CA (C-16849/JRF) (“*ConocoPhillips c. PDVSA*”), Laudo del 17 de septiembre de 2012, ¶¶ 294-307 (**Anexo CL-275**); *SAUR International S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/04/4 (“*SAUR c. Argentina*”), Laudo del 22 de mayo de 2014, ¶ 429 (**Anexo CL-372**).

⁹⁹¹ Compass Lexecon IP2, ¶ 80.

⁹⁹² *Ibid.* Véase también: Compass Lexecon IP1, ¶ 54.

⁹⁹³ Compass Lexecon IP2, ¶ 84.

- ii. En segundo lugar, señala que la tasa LIBOR “*ya no es una medida representativa de los costos relativos a la toma de préstamo de dinero a corto plazo, ya que existieron indicios de manipulación de dicha tasa*”.⁹⁹⁴
- iii. Por último, Compass Lexecon “[n]o concuerda con el concepto según el cual, para determinar la totalidad de la compensación a la fecha del laudo, se debiera considerar a Burlington como eximido de los riesgos industriales al momento de la expropiación por parte de Ecuador”.⁹⁹⁵ Si bien Compass Lexecon reconoce que ello es válido para el escenario real, sostiene que no lo es para el escenario contrafáctico ya que, “[e]n ausencia de las medidas de Ecuador, se debe suponer que Burlington habría continuado con la operación en dicho país”.⁹⁹⁶ Por lo tanto, Compass Lexecon rechaza la aplicación de una tasa de interés previa al laudo libre de riesgos como propone Ecuador, señalando que el documento de Fisher y Romaine en el cual Ecuador se funda ha sido criticado por ignorar los costos de endeudamiento de la demandada.⁹⁹⁷

518. En subsidio, Compass Lexecon propone aplicar la “teoría del préstamo obligatorio” en virtud de la cual “*se reconoce que la falta o la demora en el pago de compensación por parte del Estado respecto de los activos expropiados es efectivamente un préstamo gratuito al Estado*”, que Ecuador luego debe abonar con intereses a la fecha del laudo.⁹⁹⁸ Dicho interés debiera ser aquel que Ecuador abonaría a cualquier otro prestamista “*a una tasa equivalente al costo de la deuda en el extranjero de Ecuador financiado por prestamistas privados*”.⁹⁹⁹ En base a ello, Compass Lexecon propone aplicar el costo de la deuda a largo plazo de Ecuador, cuyo promedio a un año es de 7,9%.¹⁰⁰⁰ Según Compass Lexecon, si Ecuador abonara un importe inferior a su costo de deuda, “*sería como si Ecuador hubiera obtenido un préstamo a una tasa inferior a la del mercado por parte de Burlington al momento de la expropiación*”, y “*así, se beneficiaría económicamente*”

⁹⁹⁴ *Id.*, ¶ 85.

⁹⁹⁵ *Id.*, ¶ 86.

⁹⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁹⁷ Compass Lexecon IP2, ¶ 87, en referencia a: F. M. Fisher & R. C. Romaine, *Janis Joplin's Yearbook and the Theory of Damages*, Journal of Accounting, Auditing & Finance (1990), págs. 147-148 (**Anexo CLEX-65**); y R. L. Weil, M. J. Wagner, C. W. Hughes y P. B. Frank, *Litigation Services Handbook: The Role of the Financial Expert* (Cuarta edición, Nueva York: J. Wiley & Sons, 2007), Capítulo 9, págs. 6-7 (**Anexo CLEX-55**).

⁹⁹⁸ Compass Lexecon IP2, ¶ 90.

⁹⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*

en base a aquello que el Tribunal ha resuelto como una expropiación ilícita".¹⁰⁰¹ Compass Lexecon hace hincapié en que la teoría del préstamo obligatorio no compensa suficientemente a Burlington, pero si se utilizara una tasa de actualización alternativa, tendría que ser *"al menos igual o superior al costo del otorgamiento de préstamos*¹⁰⁰² *de Ecuador durante el período de actualización correspondiente*".¹⁰⁰³

519. Para Burlington, el otorgamiento de intereses debiera capitalizarse.¹⁰⁰⁴ Burlington afirma que muchos tribunales constituidos en casos de inversión han resuelto que esta es la mejor forma de implementar el principio de reparación íntegra, y que el interés compuesto refleja la realidad económica en tiempos modernos.¹⁰⁰⁵ Según Burlington, Ecuador reconoce la pertinencia del concepto de interés compuesto, ya que procura este tipo de interés para sus reclamos en contra de Burlington.¹⁰⁰⁶ Así, Burlington solicita que *"[l]a totalidad del interés concedido a Burlington debiera estar sujeta, en consecuencia, a una capitalización razonable"*, e indica que *"[l]a anualidad constituye la periodicidad apropiada para dicha capitalización, debido a que el costo promedio ponderado del capital se calcula en base a los retornos anuales esperados"*.¹⁰⁰⁷
520. Contrariamente a lo que alega Ecuador, Burlington sostiene que la legislación de Ecuador es irrelevante en materia de capitalización en el presente caso. Burlington hace hincapié en que *"[e]sta es una controversia en materia de derecho internacional en la cual Burlington pretende una compensación a causa de la*

¹⁰⁰¹ *Id.*, ¶ 91.

¹⁰⁰² El Tribunal entiende que el perito quiso referirse al costo relativo a la toma de préstamos.

¹⁰⁰³ Compass Lexecon IP2, ¶ 93.

¹⁰⁰⁴ Mem., ¶¶ 143-144; Réplica, ¶¶ 242-247.

¹⁰⁰⁵ Mem., ¶ 143 y Réplica, ¶ 242-243, citando: *Occidental c. Ecuador II*, Laudo del 5 de octubre de 2012, ¶¶ 834, 840 (**Anexo CL-240**); *Un glaube c. Costa Rica*, Laudo del 16 de mayo de 2012, ¶ 325 (**Anexo CL-243**); *Quasar c. Rusia*, Laudo del 20 de julio de 2012, ¶¶ 226, 228 (**Anexo CL-276**); *Azurix c. Argentina*, Laudo del 14 de julio de 2006, ¶ 440 (**Anexo CL-121**); *Continental Casualty Company c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/9 (*"Continental Casualty c. Argentina"*), Laudo del 5 de septiembre de 2008, ¶¶ 308-313 (**Anexo CL-270**); *National Grid P.L.C. c. República Argentina*, (CNUDMI) (*"National Grid c. Argentina"*), Laudo del 3 de noviembre de 2008, ¶ 294 (**Anexo CL-251**); *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/07/17 (*"Impregilo c. Argentina"*), Laudo del 21 de junio de 2011, ¶ 382 (**Anexo CL-250**); *El Paso Energy International Company c. La República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/15 (*"El Paso c. Argentina"*), Laudo del 31 de octubre de 2011, ¶ 746 (**Anexo CL-249**).

¹⁰⁰⁶ Mem., ¶ 143, citando: Memorial de Contestación sobre Responsabilidad de Ecuador, ¶ 813 y Memorial sobre Reconvenciones Complementario, ¶ 339.

¹⁰⁰⁷ Mem., ¶ 144, citando: Compass Lexecon IP1, ¶ 30.

violación de sus derechos conforme al derecho internacional”, y que “[l]a legislación que rige los daños [es] el derecho internacional consuetudinario”.¹⁰⁰⁸

b. Posición de Ecuador

521. Según Ecuador, “aún en el supuesto de que el Tribunal Arbitral fuera proclive a otorgar la compensación a Burlington, no debiera alejarse del derecho internacional consuetudinario y de la legislación de Ecuador (en aquellos casos en los que es aplicable) y debiera, como mínimo, aplicar el estándar de compensación establecido en el Tratado en materia de expropiación. De conformidad con la legislación de Ecuador, la tasa de interés posterior a la expropiación adecuada debiera ser equivalente a la tasa LIBOR más un margen comercial razonable del 2%”.¹⁰⁰⁹
522. Ecuador argumenta que emplear el costo promedio ponderado del capital como tasa de interés, en contraposición a utilizarla como tasa de descuento, deriva en una compensación excesiva.¹⁰¹⁰ Según Ecuador, Burlington adopta una tasa de descuento superior a la adoptada por Ecuador para descontar los flujos de caja sólo por razones estratégicas, ya que pretende aplicar la misma tasa a sus flujos de caja pasados donde el impacto es muy superior.¹⁰¹¹ En efecto, con una tasa de interés del 12,5% aplicada al lucro cesante pasado, Burlington agrega USD 366 millones (respecto de USD 632,6 millones) en concepto de intereses, lo que representa un 58% de la totalidad del reclamo en materia de lucro cesante pasado.¹⁰¹² En consecuencia, el reclamo de Burlington por lucro cesante es “*esencialmente un reclamo de intereses anteriores a la sentencia a una tasa exagerada del 12,5%*”.¹⁰¹³
523. Ecuador argumenta asimismo que el uso del costo promedio ponderado del capital como tasa de actualización (o tasa de interés posterior a la expropiación, como la denomina Fair Links) resulta particularmente inapropiado ya que el costo promedio ponderado del capital incluye una prima o “recompensa” por riesgos, en circunstancias de que, al haber cesado sus operaciones, Burlington ya no asumía ningún riesgo adicional.¹⁰¹⁴ Tal como enfatiza Fair Links, el daño relativo a la

¹⁰⁰⁸ Réplica, ¶ 244.

¹⁰⁰⁹ MC, ¶ 541.

¹⁰¹⁰ Dúplica, ¶¶ 594, 600-602.

¹⁰¹¹ *Id.*, ¶ 599.

¹⁰¹² *Id.*, ¶ 600.

¹⁰¹³ *Id.*, ¶ 601.

¹⁰¹⁴ *Id.*, ¶ 594, en referencia a: Fair Links IP3, ¶ 54.

expropiación sería actualizado “con un riesgo industrial total” entre la fecha de la expropiación y la fecha de la valuación, cuando, de hecho, (i) Burlington “fue liberado del riesgo industrial relativo a los activos en el mes de agosto de 2009”, y (ii) “[e]n cualquier caso (y Compass Lexecon sorprendentemente permanece en silencio al respecto), el Contrato de Participación del Bloque 7 (el Bloque más importante y rentable operado por el Consorcio en Ecuador) y el riesgo asociado debían finalizar en el mes de agosto de 2010”.¹⁰¹⁵

524. Asimismo, Ecuador especifica que el costo promedio ponderado del capital sólo podría ser utilizado como tasa de actualización del lucro cesante devengado con anterioridad al día 30 de agosto de 2009, durante el tiempo en que Burlington estuvo expuesto al riesgo industrial en Ecuador (suponiendo, *quod non*, que Burlington podría reclamar cualquier lucro cesante previo a la expropiación). De allí en adelante, sólo se debiera aplicar una tasa de interés que resulte consistente con el Tratado.¹⁰¹⁶
525. Al respecto, Ecuador alega que el Artículo III(1) del Tratado requiere la aplicación de una tasa de interés anterior (y posterior) al laudo que sea comercialmente razonable.¹⁰¹⁷ Según Ecuador “[e]l significado habitual de ‘tipo de interés comercialmente razonable’ se refiere a aquel disponible para las empresas en el mercado y que retribuye el valor tiempo del dinero”.¹⁰¹⁸ En el caso de Burlington, ello requiere una tasa que “refleje de forma razonable un costo de deuda después de impuestos comercialmente disponible para las empresas de gas y petróleo de Estados Unidos para los préstamos en dólares”.¹⁰¹⁹ Fundándose en el entendimiento de Fair Links respecto de las prácticas de la industria, Ecuador alega que la tasa de interés apropiada es la tasa LIBOR más dos por ciento, con un rendimiento promedio del 2,33%.¹⁰²⁰
526. Ecuador sostiene que el uso de la tasa LIBOR más un margen apropiado fue citado como ejemplo de una tasa comercialmente razonable en otros TBI suscritos por los

¹⁰¹⁵ Fair Links IP3, ¶ 129.

¹⁰¹⁶ Dúplica, ¶ 600.

¹⁰¹⁷ Dúplica, ¶¶ 602, 603-628.

¹⁰¹⁸ *Id.*, ¶ 612 (énfasis en el original).

¹⁰¹⁹ *Ibid.*

¹⁰²⁰ *Id.*, ¶¶ 612-628. El Tribunal observa que Fair Links propone utilizar la tasa LIBOR + 2 para préstamos de 3 meses de plazo. Véase: Fair Links IP2, **Anexo 9**.

Estados Unidos.¹⁰²¹ Asimismo, diversos tribunales constituidos en casos de inversión han aplicado la tasa LIBOR más dos por ciento como tasa de interés a los efectos de los tratados en base a los TBI Modelo de los EE. UU.,¹⁰²² así como otros tribunales fundados en otros tratados.¹⁰²³ Los comentaristas han reconocido que la tasa LIBOR más dos por ciento constituye una tasa de interés generalmente utilizada.¹⁰²⁴

527. Ecuador rechaza las objeciones de Compass Lexecon respecto del uso de la tasa LIBOR más dos por ciento, por los siguientes motivos:

- i. En primer lugar, Ecuador alega que *“calcular el interés posterior a la expropiación antes de impuestos resulta inconsistente con la determinación de otros componentes del daño que se realiza después de impuestos, y no se corresponde con el principio de compensación íntegra”*, debido a que *“[i]ndependientemente de la forma en la cual Burlington haya utilizado los fondos percibidos en concepto de compensación para generar ingresos, debiera haber abonado impuestos”*.¹⁰²⁵ Como explica Fair Links, al calcular el interés antes de impuestos, *“Compass Lexecon elige ignorar una de las normas fundamentales de la valuación de negocios según la cual un activo*

¹⁰²¹ Dúplica, ¶ 614, en referencia a: Artículo III, Tratado entre los Estados Unidos de América y Ucrania respecto de la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (1994) (**Anexo EL-394**). Ecuador indica que las disposiciones son esencialmente las mismas que en el: Artículo III, Tratado entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República de Lituania para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (1998) (**Anexo EL-395**); Artículo VII(1), Tratado entre los Estados Unidos de América y la República de Polonia respecto de las Relaciones Económicas y Empresariales (1990) (**Anexo EL-396**).

¹⁰²² Ecuador cita: *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/06/18 (*“Lemire c. Ucrania”*), Laudo del 28 de marzo de 2011, ¶¶ 352 y 356 (**Anexo EL-279**); *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, y Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. República de Turquía*, Caso CIADI N.º ARB/02/5 (*“PSEG c. Turquía”*), Laudo del 19 de enero de 2007, ¶¶ 345-348 (**Anexo CL-96**); *Sempra c. Argentina*, Laudo del 28 de septiembre de 2007, ¶ 486 (**Anexo CL-80**); *Enron c. República Argentina*, Laudo del 22 de mayo de 2007, ¶ 452 (**Anexo CL-81**); *Continental Casualty c. Argentina*, Laudo del 5 de septiembre de 2008, ¶ 314 (**Anexo EL-74**); *El Paso c. Argentina*, Laudo del 31 de octubre de 2011, ¶ 745 (**Anexo CL-249**); *National Grid c. Argentina*, Laudo del 3 de noviembre de 2008, ¶ 294 (**Anexo CL-251**).

¹⁰²³ Ecuador cita: *Railroad Development Corporation c. República de Guatemala*, Caso CIADI N.º ARB/07/23 (*“RDC c. Guatemala”*), Laudo del 29 de junio de 2012, ¶¶ 278-279 (**Anexo EL-293**); *Rumeli c. Kazajstán*, Laudo del 29 de julio de 2008, ¶ 769 (**Anexo CL-158**).

¹⁰²⁴ S. Ripinsky y K. Williams, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, pág. 370 (**Anexo EL-398**).

¹⁰²⁵ Dúplica, ¶ 624.

valuado después de impuestos debe ser descontado de forma consistente por medio de una tasa de actualización después de impuestos".¹⁰²⁶

- ii. En segundo lugar, Fair Links explica que, independientemente del "escándalo" relativo a la tasa LIBOR, dicha tasa mantiene su reputación de tasa de interés válida.¹⁰²⁷
- iii. En tercer lugar, "*si el interés posterior a la expropiación refleja el riesgo industrial asumido por Burlington en el escenario 'contrafáctico' (representado por un costo promedio ponderado del capital del 12,5% según Compass Lexecon), la compensación sería determinada en base al riesgo teórico, en lugar del correspondiente al riesgo real asumido por Burlington*".¹⁰²⁸

528. En consecuencia, Ecuador argumenta que la tasa de interés previa a la sentencia del 12,5% propuesta por Burlington debe ser descartada,¹⁰²⁹ así como su tasa de préstamo del 7,9% presentada en subsidio.¹⁰³⁰ Si el Tribunal rechaza el uso de la tasa LIBOR más dos por ciento, Ecuador propone, en subsidio, que el Tribunal aplique una de las restantes tasas comercialmente razonables aplicables en la industria de gas y petróleo propuesta por Fair Links, es decir, (i) el costo de deuda después de impuestos de ConocoPhillips calculado para los períodos fiscales 2009-2013 (estimado al 2,11%), o (ii) la tasa de interés preferencial de los EE.UU. (3,25%) la cual, según Ecuador, es equivalente al "*costo en el cual hubiera incurrido la demandante para solicitar un préstamo equiparable a la compensación potencial respecto de la cual había sido privada en el mercado financiero de los EE.UU.*".¹⁰³¹
529. En cuanto a la disyuntiva entre el interés compuesto y el interés simple, Ecuador alega que tanto el derecho internacional consuetudinario como la legislación de Ecuador requieren que toda decisión en materia de intereses devengue en base a interés simple.¹⁰³² Ecuador argumenta que esta es la postura reflejada en los comentarios a los Artículos de la CDI,¹⁰³³ así como la postura adoptada por diversos

¹⁰²⁶ Fair Links IP3, ¶ 143.

¹⁰²⁷ *Ibid.*

¹⁰²⁸ Dúplica, ¶ 626.

¹⁰²⁹ *Id.*, ¶¶ 602, 629-645.

¹⁰³⁰ *Id.*, ¶¶ 602, 646-659.

¹⁰³¹ *Id.*, ¶ 628.

¹⁰³² MC, ¶¶ 559-563; Dúplica, ¶¶ 911- 917.

¹⁰³³ MC, ¶ 560, que cita a: los Artículos de la CDI, Segunda Parte, pág. 108, punto (8) (**Anexo EL-249**).

tribunales de arbitraje.¹⁰³⁴ Ecuador niega que exista una tendencia respecto de la aplicación del interés compuesto, y alega que sólo se debiera otorgar dicho interés cuando resulte pertinente para las circunstancias imperantes, hecho que no ocurre en el presente caso.¹⁰³⁵

530. Asimismo, Ecuador destaca que la legislación de dicho país prohíbe el interés compuesto,¹⁰³⁶ y señala que el tribunal en *Duke Energy c. Ecuador* confirmó que la prohibición del interés compuesto conforme a la legislación de Ecuador debía ser exigida a pesar del hecho de que la resolución de la controversia se fundaba en el derecho internacional.¹⁰³⁷ Por último, Ecuador aclara que, de conformidad con la legislación de Ecuador, su reclamo en materia de intereses respecto de los importes pretendidos en sus reconveniones está limitado a interés simple.¹⁰³⁸

c. Análisis

531. Tal como fuera previamente anticipado, la mayoría del Tribunal concuerda con Burlington en que los flujos de caja pasados deben actualizarse al valor presente por medio de la aplicación de una tasa de actualización o interés. Ello es una consecuencia del principio de reparación íntegra: con el propósito de resarcir a Burlington, los flujos de caja que se habrían devengado entre la fecha de la expropiación y la fecha de la valuación deben ser actualizados a la fecha de la valuación a fin de reflejar el valor tiempo del dinero.
532. Dicho esto, el Tribunal concuerda con Ecuador en que el costo promedio ponderado del capital no constituye necesariamente la tasa de actualización apropiada a estos

¹⁰³⁴ MC, ¶ 561, citando: *CME c. República Checa*, Laudo del 14 de marzo de 2003, ¶ 644 (**Anexo CL-174**); *Desert Line Projects S.R.L. c. República de Yemen*, Caso CIADI N.º ARB/05/17 (“*Desert Line c. Yemen*”), Laudo del 6 de febrero de 2008, ¶¶ 294-295 (**Anexo EL-294**); y *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/00/5 (“*Aucoven c. Venezuela*”), Laudo del 23 de septiembre de 2003, ¶ 396 (**Anexo EL-295**).

¹⁰³⁵ Dúplica, ¶¶ 912-913, citando a: T. Hart, *Study of Damages in International Center for the Settlement of Investment Disputes Cases*, Credibility International, Primera Edición, junio de 2014, págs. 18-19 (**Anexo EL-417**); *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. La República de Costa Rica*, Caso CIADI N.º ARB/96/1 (“*Santa Elena c. Costa Rica*”), Laudo del 17 de febrero de 2000, ¶¶ 103-104 (**Anexo CL-175**); *CME c. República Checa*, Laudo Definitivo del 14 de marzo de 2003, ¶ 647 (**Anexo CL-174**); y *Franck Charles Arif c. República de Moldavia*, Caso CIADI N.º ARB/11/23 (“*Arif c. Moldavia*”), Laudo del 8 de abril de 2013, ¶¶ 616-620 (**Anexo EL-416**).

¹⁰³⁶ MC, ¶ 562, citando: los Artículos 308 de la Constitución de Ecuador, 1575 y 2113 del Código Civil Ecuatoriano, y 561 del Código de Comercio Ecuatoriano.

¹⁰³⁷ MC, ¶ 561, citando: *Duke Energy c. Ecuador*, Laudo del 18 de agosto de 2008, ¶ 457 (**Anexo EL-46**).

¹⁰³⁸ MC, ¶ 563.

efectos. El costo promedio ponderado del capital contiene un elemento de costo del capital que permite que los flujos de caja reflejen el valor tiempo del dinero pero, asimismo, incluye una recompensa por todos los riesgos asociados con la concreción de negocios. Así, el costo promedio ponderado del capital resulta apropiado para descontar flujos de caja *futuros*, debido a que se ajustan estos flujos para reflejar el valor tiempo del dinero (es decir, que 100 dólares en el futuro valen menos que en la actualidad) y para reflejar los riesgos asociados con la concreción de negocios dado que la capacidad de generar ingresos del operador no es segura.

533. Por el contrario, emplear el costo promedio ponderado del capital como tasa de actualización para los flujos de caja *pasados* podría compensar a Burlington excesivamente. Si bien el costo promedio ponderado del capital contiene un elemento del costo del capital que permitiría que los flujos de caja pasados reflejen el valor tiempo del dinero, (es decir, que 100 dólares en el pasado valen más que en la actualidad), también contiene un elemento de recompensa en concepto de riesgos que resulta inapropiado en el presente caso debido a que Burlington ya no asume ningún riesgo relativo a la operación. Tal como concluyen Fisher y Romaine en el documento citado *infra*, la demandante tiene el derecho de percibir una compensación en materia de intereses por el valor tiempo del dinero, pero no por el riesgo. A saber:

“La violación tuvo lugar en un único momento del tiempo, el momento 0. Comprendió la destrucción de un activo cuyo valor en ese momento era claramente conocido como Y. Así, si los daños se hubieran evaluado al momento 0, la decisión respecto de Y habría resarcido a la demandante. Desafortunadamente, sin embargo, los procesos de la justicia demoran su tiempo, y la decisión debe adoptarse al momento $t > 0$. ¿Cómo se debiera compensar (si es que corresponde hacerlo) a la demandante por este hecho?”

A primera vista, parecería que a la demandante le asiste el derecho de percibir un interés equivalente a su costo de oportunidad del capital, r . A fin de cuentas, si la demandante hubiese percibido Y al momento 0, habría invertido los fondos, supuestamente acompañados de su tasa de retorno promedio. Por lo tanto, al momento t , la demandante tendría Ye^{rt} , que sería el importe con el cual estaría resarcida. Otra versión del presente argumento compensaría a la demandante a la tasa que ella razonablemente esperaría percibir del activo destruido.

La falacia aquí (en cualquiera de los dos supuestos) radica en el riesgo. El costo de oportunidad del capital de la demandante incluye un retorno que compensa a la demandante por el riesgo promedio que asume. Pero, al privar a la demandante de un activo cuyo valor es Y al momento 0, la demandada la exime, asimismo, de los riesgos

asociados con la inversión en dicho activo. Así, la demandante tiene derecho de percibir un interés que la compense por el valor tiempo del dinero, pero no le asiste el derecho de percibir una compensación por los riesgos que no asume. En consecuencia, el interés previo a la sentencia debería otorgarse a la tasa de interés libre de riesgos, $r^ < r$ ".*¹⁰³⁹

534. Éste también fue el enfoque adoptado por el perito de Perenco, el Profesor Kalt perteneciente también a Compass Lexecon, en relación con el reclamo de Perenco relativo a flujos de caja pasados en contra de Ecuador. Luego de explicar que los flujos de caja futuros deben ser descontados al costo promedio ponderado del capital, el Dr. Kalt hace referencia a la actualización de los flujos de caja pasados. A saber:

"[L]os importes pasados (tales como los ingresos provenientes de pozos adicionales que Perenco habría perforado) que se habrían devengado para Perenco con anterioridad a la fecha de la valuación si no hubiere sido por los actos ilícitos de Ecuador, también deben ser considerados y actualizados al día 1 de diciembre de 2014, con el propósito de reflejar el valor tiempo del dinero entre el momento en el cual se sufrieron dichos daños y la fecha de la valuación. Si se debe resarcir económicamente a Perenco, el importe decidido finalmente en concepto de daños debiera reflejar el valor no percibido por no haber tenido acceso al dinero durante el período comprendido entre el momento en que se devengan los importes y la fecha de valuación.

*Contrariamente a la tasa de descuento empleada para descontar el flujo de los flujos de caja futuros analizada supra, la cual debe ser lo suficientemente elevada para compensar el nivel del riesgo relativo al proyecto que no es susceptible de diversificación, la tasa utilizada para compensar a Perenco por el valor tiempo del dinero de estos importes pecuniarios es inferior. Ello refleja el hecho de que, si bien mientras aguarda el laudo de daños Perenco no está percibiendo el valor tiempo del dinero que se le adjudicará por medio ese laudo, el importe del laudo no será invertido por Perenco en ninguna actividad de riesgo que requiera una compensación por riesgos. En consecuencia, el factor de interés que será aplicable al período histórico hasta la fecha del pago efectivo de los daños a Perenco es una tasa de interés relativamente baja y libre de riesgo".*¹⁰⁴⁰

535. El Tribunal considera que este es el enfoque correcto en el presente caso. Así, el Tribunal aplicará una tasa comercial razonable libre de riesgo. Ecuador propuso la tasa LIBOR más dos por ciento para préstamos a tres meses, y el Tribunal

¹⁰³⁹ F. M. Fisher y R. C. Romaine, "Janis Joplin's Yearbook and the Theory of Damages", *Journal of Accounting (Auditing & Finance)*, Tomo 5, N.º 1 (Invierno del año 1990), pág. 146 (**Anexo EL-291**).

¹⁰⁴⁰ Informe Pericial sobre Cuantificación de Joseph P. de 19 de diciembre de 2014, en el caso *Perenco Ecuador Limited c. República de Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/08/6, ¶¶ 126-127 (**Anexo EL-399**).

concuenda. Asimismo, el Tribunal indica que ésta fue la tasa empleada por diversos tribunales constituidos en casos de inversión en los últimos años.¹⁰⁴¹

536. Luego de decidir a tasa aplicable, el Tribunal debe decidir si el interés debe ser compuesto o simple. Para ello, debe determinar en primer lugar la legislación que rige esta cuestión, es decir si es la legislación de Ecuador o el derecho internacional. En los párrafos 177 a 179 de la Decisión sobre Responsabilidad y tal como fuera reiterado en el párrafo 44 *supra*, el Tribunal ha concluido que aplicará (i) primero y principalmente el TBI y, en caso de ser necesario, (ii) la legislación de Ecuador y aquellas normas de derecho internacional “que pudieren ser aplicables”. Clarificó, asimismo, que es tarea del Tribunal determinar si una cuestión se encuentra sujeta al derecho nacional o internacional, entendiéndose que una parte no puede basarse en su derecho interno para eximirse a una obligación en virtud del derecho internacional.
537. En opinión del Tribunal, no resulta apropiado aplicar la legislación nacional a la cuestión del interés compuesto. La aplicación de la legislación nacional puede ser apropiada para los reclamos contractuales, pero no para reclamos por violaciones al TBI, tal como ocurre con el presente reclamo. La responsabilidad del Estado que surge de una expropiación ilícita está regida por el derecho internacional, generando la obligación del Estado de proporcionar una reparación íntegra por el daño causado, incluyendo una compensación por el valor tiempo del dinero. En consecuencia, la determinación de si el interés debiera ser simple o compuesto es una cuestión que debe analizarse conforme al derecho internacional.¹⁰⁴²
538. Los casos citados por las Partes respaldan esta conclusión. En tres de los casos citados por Ecuador, *Desert Line c. Yemen*, *Aucoven c. Venezuela* y *Duke Energy c. Ecuador*, la aplicación del interés versaba sobre los daños surgidos por reclamos contractuales. Por consiguiente, tanto en *Aucoven* como en *Duke Energy*, los tribunales resolvieron que era pertinente aplicar la legislación nacional a la cuestión

¹⁰⁴¹ Véanse, por ejemplo: *Lemire c. Ucrania*, Laudo del 28 de marzo de 2011, ¶¶ 352 y 356 (**Anexo EL-279**); *PSEG c. Turquía*, Laudo del 19 de enero de 2007, ¶¶ 345-348 (**Anexo CL-96**); *Sempra c. Argentina*, Laudo del 28 de septiembre de 2007, ¶ 486 (**Anexo CL-80**); *Enron c. Argentina*, Laudo del 22 de mayo de 2007, ¶ 452 (**Anexo CL-81**); *Continental Casualty c. Argentina*, Laudo del 5 de septiembre de 2008, ¶ 314 (**Anexo EL-74**); *El Paso c. Argentina*, Laudo del 31 de octubre de 2011, ¶ 745 (**Anexo CL-249**); *National Grid c. Argentina*, Laudo del 3 de noviembre de 2008, ¶ 294 (**Anexo CL-251**); *RDC c. Guatemala*, Laudo del 29 de junio de 2012, ¶¶ 278-279 (**Anexo EL-293**); *Rumeli c. Kazajstán*, Laudo del 29 de julio de 2008, ¶ 769 (**Anexo CL-158**).

¹⁰⁴² Véase también, por ejemplo: *Quiborax c. Bolivia*, Laudo del 16 de septiembre de 2015, ¶ 520.

del interés compuesto, y favorecieron, así la decisión sobre interés simple.¹⁰⁴³ En *Duke Energy*, el tribunal indicó de forma específica que “pueden adjudicarse intereses compuestos por expropiación, pero no por reclamaciones contractuales”.¹⁰⁴⁴ Otros tribunales de arbitraje han distinguido también entre controversias que surgen de violaciones a tratados y aquellas que surgen de incumplimientos contractuales.¹⁰⁴⁵

539. Por lo tanto, el Tribunal aplicará el derecho internacional para determinar si el interés debe ser simple o compuesto. En opinión del Tribunal, dicha cuestión debe responderse mediante una referencia al estándar de compensación. Debido a que dicho estándar es el principio de reparación íntegra conforme al derecho internacional consuetudinario, el interés otorgado debiera tener por objeto reparar íntegramente el valor tiempo del dinero que se ha perdido por el hecho de que se privó a Burlington de los flujos de caja que le correspondían. El interés compuesto, que se ha convertido en el estándar para remunerar el uso del dinero en el ámbito de las finanzas modernas, está más cerca que el interés simple de alcanzar dicho propósito. En efecto, al estar privado de utilizar el dinero que le correspondía, es probable que el acreedor solicite fondos o renuncie a inversiones por los cuales abonaría o percibiría un interés compuesto. Tal como se indicara en *Continental Casualty*:

*“[E]l interés compuesto refleja la realidad económica en tiempos modernos, y la duda puede dirigirse en mayor medida hacia tasas extremas [...] más que en el principio del interés compuesto. El valor tiempo del dinero en economías de libre mercado se mide por medio del interés compuesto; el interés simple no puede servir de fundamento para efectuar una reparación íntegra por la pérdida de la demandante ocasionada por la demora en el pago; y de conformidad con diversas legislaciones nacionales recientemente sancionadas, los tribunales arbitrales tienen en la actualidad la facultad expresa de otorgar la aplicación del interés compuesto”.*¹⁰⁴⁶

540. Ecuador ha indicado que, conforme a los Comentarios al Artículo 38 de la CDI, “[l]a opinión general de las cortes y tribunales ha sido contraria al otorgamiento de

¹⁰⁴³ *Aucoven c. Venezuela*, Laudo del 23 de septiembre de 2003, ¶¶ 105, 394-395 y *Duke c. Ecuador*, Laudo del 18 de agosto de 2008, ¶ 457. En *Desert Line*, el tribunal no proporcionó fundamento alguno respecto de su decisión de otorgar la aplicación del interés simple, *Desert Line c. Yemen*, Laudo del 6 de febrero de 2008, ¶¶ 294-295.

¹⁰⁴⁴ *Duke Energy c. Ecuador*, Laudo del 18 de agosto de 2008, ¶ 432.

¹⁰⁴⁵ Véase, por ejemplo: *Santa Elena c. Costa Rica*, Caso CIADI N.º ARB/96/1, Laudo del 17 de febrero de 2000, ¶ 97.

¹⁰⁴⁶ *Continental Casualty c. Argentina*, Laudo del 5 de septiembre de 2008, ¶ 309.

intereses compuestos”.¹⁰⁴⁷ Dados los recientes desarrollos en materia de derecho internacional de inversión, el Tribunal no puede concordar. Tal como se indicara en *Occidental II*, si bien “[l]a norma tradicional consistía en decidir la aplicación del interés simple [...] está práctica se ha modificado y, de hecho, la mayoría de los laudos más recientes deciden en favor de intereses compuestos”.¹⁰⁴⁸ De hecho, un sinnúmero de tribunales de arbitraje han adoptado la postura de que el interés compuesto logra una mejor reparación íntegra que el interés simple.¹⁰⁴⁹ El presente Tribunal comparte esta postura, y, en consecuencia, otorgará un interés compuesto.

541. Burlington ha alegado que el interés compuesto debiera capitalizarse de forma anual, lo que el Tribunal considera razonable.
542. Por los motivos expresados *supra*, los flujos de caja pasados (es decir, los flujos de caja devengados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha de la valuación, es decir el 31 de agosto de 2016) serán actualizados a la tasa LIBOR más dos por ciento a partir de la fecha en la cual debieran haberse devengado y hasta el 31 de agosto de 2016, a un interés compuesto calculado de forma anual. El Tribunal aplicó esta tasa de actualización a todos los flujos de caja pasados por medio del Modelo Actualizado. De esta manera, esta actualización ha sido previamente incluida en el importe de daños calculado por medio del modelo.

5.3.4 Cálculo de los flujos de caja perdidos

543. Luego de haber aplicado los supuestos establecidos *supra* al Modelo Actualizado, el lucro cesante de Burlington asciende a USD 383.041.068 usando el 31 de agosto de 2016 como fecha de valuación. Tal como se anticipó en la Sección VII.D.5.2.1 *supra*, para contabilizar el diferimiento de las nuevas perforaciones en el Bloque 21, el Tribunal deducirá la porción de los flujos de caja que puede atribuirse a pozos nuevos en el último año y medio de la operación del Bloque 21, es decir, desde el mes de enero de 2020 hasta junio de 2021. El Tribunal ha calculado que el 15% de dichos flujos de caja podría haber sido atribuido a pozos nuevos, por un importe

¹⁰⁴⁷ Comentario al Artículo 38 de la CDI, ¶ 8.

¹⁰⁴⁸ *Occidental c. Ecuador II*, Laudo del 5 de octubre de 2012, ¶ 840.

¹⁰⁴⁹ Véase, por ejemplo: *Continental Casualty c. Argentina*, Laudo del 5 de septiembre de 2008, ¶ 313 (en el que se decidió que “la reparación íntegra a Continental debería incluir el interés compuesto en la compensación adeudada pero impaga por parte de Argentina”), y *Occidental c. Ecuador II*, Laudo del 5 de octubre de 2012, ¶ 840 (en el que se decide que aplicar el interés compuesto “se corresponde con el principio aplicado en Chorzów dado que decidir en virtud del interés compuesto refleja con frecuencia los daños reales sufridos”). Véanse también: *El Paso c. Argentina*, Laudo del 31 de octubre de 2011, ¶ 745; *Vivendi c. Argentina II*, Laudo del 20 de Agosto de 2007 ¶ 9.2.6; *Wena c. Egipto*, Laudo del 8 de diciembre de 2000, ¶ 129.

total de USD 3.238.801. Por consiguiente, el Tribunal cuantifica el lucro cesante de Burlington en la suma de **USD 379.802.267**.

6. La pretensión de Burlington mediante la que solicita que el Laudo quede protegido contra la tributación

544. Burlington señala que realizó el cálculo de sus daños neto de los impuestos aplicables en Ecuador. En consecuencia, “*toda imposición de impuestos al Laudo por parte de Ecuador resultaría en una efectiva doble imposición tributaria para Burlington por el mismo ingreso*”.¹⁰⁵⁰ Citando a *ConocoPhillips c. PDVSA*, Burlington argumenta que ello socavaría el principio de reparación íntegra.¹⁰⁵¹
545. En consecuencia, Burlington solicita que el Tribunal que declare lo siguiente:
- i. “*El Laudo se otorga neto de todos los impuestos ecuatorianos aplicables*”;
 - ii. “*Ecuador no podrá aplicar o intentar aplicar impuestos al Laudo*”; y
 - iii. “*Burlington no tiene obligaciones tributarias adicionales frente a Ecuador*”.¹⁰⁵²
546. Ecuador responde a esta pretensión, parece aceptar que los daños sufridos por Burlington han sido calculados netos de impuestos (de hecho, los peritos de ambas Partes calculan los flujos de caja netos con posterioridad a la aplicación del impuesto a la renta y del impuesto de participación laboral de Ecuador).¹⁰⁵³
547. No es materia de controversia que los flujos de caja hayan sido calculados netos del impuesto a la renta y del correspondiente a la participación laboral. En consecuencia, el Tribunal concuerda que los montos adjudicados a Burlington en el presente Laudo son netos del impuesto a la renta y del impuesto de participación laboral, y que Ecuador no puede imponer o intentar imponer dichos tributos al Laudo. Por el contrario, el Tribunal se ve imposibilitado, conforme al expediente obrante en su poder, de formular una declaración general respecto de “*todos los impuestos*”, debido a que Burlington no ha sustanciado esta solicitud de forma suficiente.

¹⁰⁵⁰ Mem., ¶ 145.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, citando: *ConocoPhillips c. PDVSA*, Laudo del 17 de septiembre de 2012, ¶ 313 (**Anexo CL-275**).

¹⁰⁵² Mem., ¶ 146.

¹⁰⁵³ *Compass Lexecon IP1*, ¶ 53; *MC*, ¶ 494; *Fair Links IP2*, ¶ 121.

**E. ¿DEBE REDUCIRSE LA COMPENSACIÓN EN VISTA DE LA PRESUNTA
CONTRIBUCIÓN DE BURLINGTON A SUS PROPIAS PÉRDIDAS?**

548. El Tribunal procede ahora a considerar la defensa de Ecuador de que toda recuperación por parte de Burlington debe reflejar la contribución de Burlington a sus propias pérdidas, comenzando por la posición de Ecuador.

1. Posición de Ecuador

**1.1 Como cuestión de derecho, la compensación debe reflejar la
contribución del damnificado a sus propias pérdidas**

549. Ecuador sostiene que, como cuestión de derecho, debe excluirse la compensación (o, al menos, debe reducirse de manera significativa) si la supuesta víctima contribuyó a su pérdida.¹⁰⁵⁴ Amparándose en el Artículo 39 de los Artículos de la CDI, Ecuador afirma que “*toda compensación por hechos internacionalmente ilícitos debe reflejar cualquier conducta intencional, imprudente o negligente del damnificado que haya contribuido a las pérdidas en cuestión*”.¹⁰⁵⁵ Ecuador advierte que el principio de culpa concurrente está consagrado en la mayoría de los sistemas jurídicos (incluso el de Ecuador)¹⁰⁵⁶ y cuenta con el respaldo de los tribunales arbitrales¹⁰⁵⁷ y autores doctrinarios.¹⁰⁵⁸

¹⁰⁵⁴ MC, ¶¶ 503-508.

¹⁰⁵⁵ MC, ¶ 503, en referencia: el Artículo 39 de los Artículos de la CDI.

¹⁰⁵⁶ MC, ¶ 506, en referencia: el Artículo 2230 del Código Civil Ecuatoriano.

¹⁰⁵⁷ MC, ¶ 506, en referencia a: *MTD c. Chile*, Laudo del 25 de mayo de 2004 (**Anexo CL-92**); *Azurix c. Argentina*, Laudo del 14 de julio de 2006 (**Anexo EL-25**); *RosInvestCo UK Ltd. c. Federación Rusa*, Caso CCE N.º V079/2005, Laudo del 12 de septiembre de 2010 (**Anexo CL-168**); *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. República de Estonia*, Caso CIADI N.º ARB/99/2 (“*Genin c. Estonia*”), Laudo del 25 de junio de 2001 (**Anexo CL-130**); *Goetz c. Burundi*, Laudo del 21 de junio de 2012 (**Anexo EL-282**); *Occidental c. Ecuador II*, Laudo del 5 de octubre de 2012 (**Anexo CL-240**); *Micula c. Rumania*, Laudo del 11 de diciembre de 2013 (**Anexo EL-248**); *Gemplus c. México*, Laudo del 16 de junio de 2010 (**Anexo EL-243**); *CME c. República Checa*, Laudo Parcial del 13 de septiembre de 2001 (**Anexo CL-93**); *Enron c. Argentina*, Laudo del 22 de mayo de 2007 (**Anexo CL-81**); *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group S.A. y Terra Raf Trans Trading Ltd. c. República de Kazajstán*, Caso CCE N.º V116/2010, Laudo del 19 de diciembre de 2013, ¶ 1331 (**Anexo EL-258**).

¹⁰⁵⁸ MC, ¶ 206, en referencia, entre otros, a A. Moutier-Lopet, “Contribution to the Injury”, en *The Law of International Responsibility* (Oxford Commentaries on International Law, 2010), págs. 642-643 (**Anexo EL-283**); I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009), pág. 120-121 (**Anexo EL-284**); S. Ripinsky y K. Williams, Damages in International Investment Law (British Institute of International and Comparative Law, 2008) (extractos), págs. 314-319 (**Anexo EL-244**); S. Ripinsky, “Assessing Damages in Investment Disputes: Practice in Search of Perfect”, 5 *Journal of World Investment & Trade* (2009), págs. 19-21 (**Anexo EL-285**); T.W. Wälde y B. Sabahi, “Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law”, TDM, Tomo 4, Edición 6, noviembre de 2007, pág. 38 (**Anexo EL-286**); Brigitte

550. Según Ecuador, la conducta del inversionista puede “*interrumpir fatalmente la cadena de causalidad*”,¹⁰⁵⁹ en cuyo caso se debe excluir la compensación. Incluso si no se rompe la cadena de causalidad, el hecho de que la víctima haya contribuido con su conducta al daño que sufre justifica una reducción de la compensación otorgada.
551. Ecuador alega que los intentos de Burlington de limitar los efectos del principio de culpa concurrente deben rechazarse. Aun admitiendo hipotéticamente que Ecuador expropió de manera ilícita la inversión de Burlington, esto no impide que haya habido culpa concurrente.¹⁰⁶⁰ Este principio no se limita a casos en que la conducta de la demandante haya sido ilícita o prohibida, sino que también se aplica cuando ésta actuó de manera imprudente. Por último, los 11 casos que cita Ecuador respaldan el argumento de que la culpa concurrente debe contemplarse en el cálculo de la compensación.¹⁰⁶¹

1.2 Como cuestión de hecho, Burlington contribuyó a sus propias pérdidas de manera sustancial

552. Ecuador alega que la conducta de Burlington rompió la cadena de causalidad o, al menos, contribuyó a las pérdidas de manera significativa.¹⁰⁶² Ecuador sostiene que “*Burlington adoptó varias medidas intencionales, temerarias o negligentes que la expusieron a un grave riesgo de que Ecuador interviniera en los Bloques 7 y 21, sin perjuicio de si dicha intervención resultó o no apropiada en las circunstancias (que sí lo fue)*”.¹⁰⁶³ En concreto, Ecuador asevera que, si Burlington hubiera pagado sus cuotas obligatorias de la Ley 42 y no hubiera suspendido las operaciones¹⁰⁶⁴ (Sección 1.2.1 *infra*), o no hubiera impedido las negociaciones del Consorcio con Ecuador¹⁰⁶⁵ (Sección 1.2.2 *infra*), Ecuador no se habría visto obligado a tomar el control de los Bloques 7 y 21. En cualquier caso, si el Tribunal resuelve que goza de jurisdicción sobre la reclamación de Burlington de cuotas pasadas de la Ley 42, la conducta de Burlington durante el procedimiento de ejecución coactiva impide la compensación por el valor de mercado del petróleo incautado (Sección 1.2.3 *infra*).

Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité Internationale* (Paris: Pedone, 1973), pág. 310 (**Anexo EL-287**).

¹⁰⁵⁹ MC, ¶ 508, citando: *Micula c. Rumania*, Laudo del 11 de diciembre de 2013, ¶ 1154.

¹⁰⁶⁰ Dúplica, ¶¶ 823, 844-845.

¹⁰⁶¹ *Id.*, ¶¶ 826-830.

¹⁰⁶² MC, ¶¶ 510-534.

¹⁰⁶³ *Id.*, ¶ 511.

¹⁰⁶⁴ *Id.*, ¶¶ 513-528.

¹⁰⁶⁵ *Id.*, ¶¶ 529-533.

1.2.1 Burlington contribuyó a sus propias pérdidas al dejar de pagar las cuotas de la Ley 42 y suspender las operaciones

553. Ecuador alega que el Tribunal “no puede ignorar la relación de causa-efecto entre la falta de pago por parte de Burlington de sus cuotas de la Ley 42, los juicios de coactiva, el abandono de los Bloques y la declaración de caducidad. Si Burlington hubiera pagado las cuotas de la Ley 42, el Consorcio habría seguido operando los Bloques y este Tribunal Arbitral, cuya jurisdicción se limita a presuntas violaciones de Tratados, no estaría considerando la compensación de Burlington”.¹⁰⁶⁶ Cuando Burlington dejó de pagar las cuotas de la Ley 42, “generó una crisis que [...] fue completamente innecesaria”.¹⁰⁶⁷ Burlington sabía o debiera haber sabido que, si dejaba de pagar las cuotas de la Ley 42, Ecuador iniciaría un procedimiento de ejecución coactiva en su contra. También debería haber sabido que la “consecuencia inevitable” de decidir suspender las operaciones sería la intervención estatal, dado el deber constitucional del Estado de garantizar la continuidad de las operaciones petrolíferas y el riesgo de daño que conllevaba la suspensión.¹⁰⁶⁸ Por ende, Ecuador no tuvo otra opción más que intervenir. Aun si el Tribunal no reconsidera su decisión de que la intervención constituyó una expropiación, “debiera, al menos, contemplar las pruebas presentadas recientemente para resolver que la conducta de Burlington contribuyó a su pérdida”.¹⁰⁶⁹
554. Contrariamente a sus afirmaciones, Burlington no tenía justificación para dejar de pagar las cuotas de la Ley 42. En primer lugar, el Tribunal se negó a concluir que la Ley 42 haya sido expropiatoria y que la expropiación se haya realizado de manera injusta, inequitativa, arbitraria o en violación de las obligaciones de Ecuador. Por ende, la aplicación de la Ley 42 por parte de Ecuador a Burlington no constituyó un hecho internacionalmente ilícito. Aun si se hubiera tratado de un acto contractualmente ilícito, Burlington no podría fundarse en él porque el Tribunal no goza de jurisdicción sobre reclamaciones contractuales. En cualquier caso, el incumplimiento contractual de Ecuador no privó de valor al contrato de forma sustancial.¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶⁶ *Id.*, ¶ 514.

¹⁰⁶⁷ *Id.*, ¶ 519.

¹⁰⁶⁸ *Id.*, ¶ 525.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*

¹⁰⁷⁰ *Id.*, ¶¶ 514-518; Dúplica, ¶¶ 835-838; 849-862.

555. En segundo lugar, el pago de impuestos es una obligación legal. Al igual que las demandantes en *Micula*, Burlington se expuso a las consecuencias del incumplimiento de una obligación legal.¹⁰⁷¹
556. En tercer lugar, Burlington no puede alegar que su falta de pago de las cuotas de la Ley 42 estuvo justificada por la recomendación de las medidas provisionales del Tribunal contenidas en la RP1, de fecha 1 de junio de 2009, cuando ya hacía un año que Burlington había dejado de pagar. En cualquier caso, la recomendación del Tribunal en la RP1 no es vinculante para Ecuador. Además, esa resolución se dictó sobre la base del conocimiento *prima facie* del caso que tenía el Tribunal, y quedó superada por la Decisión sobre Responsabilidad, según la cual ni la Ley 42 ni las medidas coactivas fueron expropiatorias.¹⁰⁷²
557. En cuarto lugar, el Consorcio fue negligente al no entregarle a Ecuador un análisis económico que demostrara que la Ley 42 había afectado la economía de los CP. Si bien el Tribunal se negó a resolver que la “promesa” del Consorcio de presentar estas cifras fue una condición suspensiva, el hecho es que el Consorcio incumplió esta promesa y actuó con negligencia.¹⁰⁷³
558. Ecuador también niega que la decisión de Burlington de suspender las operaciones en los Bloques haya estado justificada.¹⁰⁷⁴ Ecuador invitó al Tribunal a reconsiderar sus conclusiones sobre estos hechos en su Recurso de Reconsideración, pero “*aun si se acepta, quod non, que la intervención de Ecuador en los Bloques 7 y 21 constituyó una expropiación, la forma en la que el Consorcio procedió primero a amenazar con suspender sus operaciones para finalmente suspenderlas, y el hecho de que no reanudara las operaciones después de que Ecuador lo invitara a hacerlo, contribuyeron claramente a sus pérdidas*”.¹⁰⁷⁵ Incluso si Burlington hubiese tenido derecho a suspender las operaciones (algo que Ecuador niega), estaba obligada a ejercer ese derecho de manera prudente y no lo hizo. Sobre la base del dictamen pericial de RPS, Ecuador afirma que “*la amenaza de suspensión de Burlington creó cuatro tipos de riesgos importantes para los Bloques 7 y 21: (i) daños en los reservorios; (ii) daños mecánicos; (iii) daños ambientales; y (iv) pérdidas*

¹⁰⁷¹ CM, ¶ 526; Dúplica, ¶ 839.

¹⁰⁷² Dúplica, ¶¶ 839-840.

¹⁰⁷³ *Id.*, ¶¶ 846-848.

¹⁰⁷⁴ *Id.*, ¶¶ 849-862.

¹⁰⁷⁵ *Id.*, ¶ 849.

económicas”.¹⁰⁷⁶ El Plan de Suspensión recientemente divulgado revela que Burlington estaba al tanto de estos riesgos y del riesgo de que Ecuador intervendría. Sin embargo, Burlington procedió con la suspensión y no reanudó las operaciones con una “*indiferencia temeraria*” respecto de estos riesgos.¹⁰⁷⁷ Esta decisión fue “*completamente desproporcionada en las circunstancias*” porque implicó “*poner en riesgo toda la operación objeto de los [CP]*”. También se tomó “*ignorando flagrantemente la obligación del Consorcio de primero solicitar permiso al Tribunal para suspender las operaciones*”.¹⁰⁷⁸ La única explicación para la decisión de Burlington de abandonar los Bloques fue que formaba parte de la “*cínica estrategia de salida de autoexpropiación*” de Burlington.¹⁰⁷⁹

559. Sobre esta base, Ecuador afirma que el Tribunal debe negar la compensación a Burlington en su totalidad o, al menos, reducir sustancialmente toda compensación que pudiera tener derecho a percibir. Ecuador alega que la conducta de Burlington es “*mucho más reprensible*” que la conducta que han considerado otros tribunales. Al igual que en *Micula*, el Tribunal debe resolver que el incumplimiento de Burlington de sus obligaciones tributarias excluye la responsabilidad de Ecuador. En subsidio, debe resolver que dicho incumplimiento fue una decisión comercial errónea o imprudente, tal como sucediera en *Enron*, *MTD*, *Azurix*, *RosInvestCo*, *Anatolie Stati* y *Goetz*.¹⁰⁸⁰

1.2.2 Burlington contribuyó a sus propias pérdidas al boicotear las negociaciones con el Estado

560. Según Ecuador, en consonancia con la práctica y el derecho internacional, Burlington tenía un deber de buena fe de negociar con el Estado cuando subieron los precios del petróleo. Este deber surge del principio de buena fe y usos comerciales que la propia Burlington invoca en relación con la extensión del Bloque 7. Burlington no puede decir que hay una práctica general de renegociar los contratos para prolongar su plazo (*quod non*) y, a la vez, negar que haya una

¹⁰⁷⁶ *Id.*, ¶ 851, citando: RPS IP1, ¶ 30.

¹⁰⁷⁷ Dúplica, ¶ 853.

¹⁰⁷⁸ *Id.*, ¶ 854.

¹⁰⁷⁹ *Id.*, ¶ 861, citando: correo electrónico de A. Martínez a M. Fonseca del 24 de junio de 2009 (**Anexo E-200**).

¹⁰⁸⁰ *Id.*, ¶¶ 863-870.

práctica de renegociar contratos a la luz de circunstancias cambiantes. De modo similar, Burlington tenía un deber de no retirarse de las negociaciones.¹⁰⁸¹

561. En violación de este deber, Burlington boicoteó las negociaciones e impidió que Perenco acordara cláusulas más justas con el Estado. Si no fuera por el boicot de Burlington, el Consorcio habría seguido operando los Bloques y habría firmado contratos de servicio para los Bloques 7 y 21 con Ecuador, y “este caso habría terminado”.¹⁰⁸² Pero en lugar de negociar de buena fe, señala Ecuador, Burlington siguió concentrado en su estrategia de salida de autoexpropiación. En particular, se rehusó a firmar los Borradores de Acuerdos Transitorios negociados por Perenco y amenazó a Perenco con no firmarlos. Burlington también puso fin, de manera ilícita, a las negociaciones después de que Perenco firmara los Acuerdos Transitorios de los meses de marzo y octubre. Si bien el primero contenía reservas de derechos, el segundo no y ambos se suscribieron debidamente.¹⁰⁸³
562. Al boicotear las negociaciones con el Estado, asevera la Demandada apoyándose en el caso *MTD*, Burlington no “protegió su propio interés”.¹⁰⁸⁴ Refiriéndose a *Enron*, Ecuador agrega que dicha conducta también fue irracional y contraria a los estándares propios de la industria.¹⁰⁸⁵

1.2.3 Burlington contribuyó a sus propias pérdidas debido a su conducta durante los juicios de coactiva

563. En cualquier caso, si el Tribunal considera que tiene jurisdicción respecto de la reclamación por “daños históricos” de Burlington, la que el Tribunal entiende se refiere a la reclamación de cuotas pasadas de la Ley 42 pagadas o incautadas, Ecuador afirma que la compensación por dicha reclamación debe reducirse en vista

¹⁰⁸¹ MC, ¶ 529 y Dúplica, ¶¶ 875-881, 888-891, citando: Fair Links IP1, ¶ 6, *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI N.º ARB/03/26 (“*Inceysa c. El Salvador*”), Laudo del 2 de agosto de 2006, ¶ 231 (**Anexo EL-131**); *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/19 (“*Suez c. Argentina*”), Opinión Separada del Árbitro Pedro Nikken, adjunta a la Decisión sobre Responsabilidad del 30 de julio de 2010, ¶¶ 47-48 (**Anexo EL-113**); “United Nations Commission on Transnational Corporations: Draft U.N. Code of Conduct of Transnational Corporations”, 23 I.L.M. 626 (1984), ¶ 11 (**Anexo EL-132**); Pérez Loose IP, ¶¶ 201-216.

¹⁰⁸² Dúplica, ¶ 834.

¹⁰⁸³ MC, ¶¶ 530-532, en referencia a: **Anexos E-558; E-559; E-138; E-139; E-141; E-142; C-46**; Dúplica, ¶¶ 883-894.

¹⁰⁸⁴ MC, ¶ 533 y Dúplica, ¶ 893 en referencia a: *MTD c. Chile*, Decisión sobre Anulación del 21 de marzo de 2007, ¶ 101 (**Anexo CL-87**).

¹⁰⁸⁵ Dúplica, ¶ 894, citando: *Enron c. Argentina*, Laudo del 22 de mayo de 2007, ¶ 373 (**Anexo CL-81**).

de las amenazas de Burlington de emprender acciones legales contra cualquier empresa que comprara el petróleo subastado en la acción coactiva.¹⁰⁸⁶ El Tribunal ya resolvió que sólo Burlington tiene la culpa de que otros licitantes no hayan participado en las subastas y que, por ende, “los efectos compuestos de las medidas de *coactivas*, además de los efectos de la Ley 42 con una alícuota del 99%, no son atribuibles a Ecuador”.¹⁰⁸⁷ En consecuencia, Burlington sólo puede reclamar el valor al que se vendió efectivamente el petróleo, por contraposición a su valor de mercado.¹⁰⁸⁸

564. El argumento de Burlington de que Ecuador ignora los principios de un “análisis contrafáctico” es claramente erróneo: aun si el Tribunal tuviera jurisdicción respecto de las reclamaciones contractuales de Burlington o resuelve que estas reclamaciones son admisibles, los efectos compuestos de los juicios de coactiva no fueron causados por la expropiación, ya que se relacionan con deudas devengadas antes de que ocurriera la expropiación.¹⁰⁸⁹

2. Posición de Burlington

565. Burlington niega haber contribuido a sus propias pérdidas y afirma que tenía derecho a insistir en sus derechos durante el curso de la disputa que da lugar al presente arbitraje.
566. Si bien Burlington reconoce que se puede reducir la compensación si la víctima contribuyó a sus propias pérdidas, alega que Ecuador aplica erróneamente el principio de la culpa concurrente. Según la Demandante, “*Ecuador no puede proponer reducir la compensación para castigar a Burlington por una conducta lícita en defensa de sus derechos legítimos contra una conducta ilícita de Ecuador*”.¹⁰⁹⁰ Ninguno de los 11 casos que cita Ecuador respalda esta afirmación.¹⁰⁹¹
567. En cuanto a los hechos, Burlington niega haber actuado de manera ilícita de modo que su accionar pudiera justificar una reducción en la compensación que reclama.

¹⁰⁸⁶ MC, ¶¶ 535-539; Dúplica, ¶¶ 896-903.

¹⁰⁸⁷ MC, ¶ 538, citando: DR ¶ 477.

¹⁰⁸⁸ MC, ¶ 539.

¹⁰⁸⁹ Dúplica, ¶¶ 897-903.

¹⁰⁹⁰ Réplica, ¶ 259.

¹⁰⁹¹ *Id.*, ¶ 250. Burlington alega que, de los 11 casos, en 4 se analizó para luego descartarse la culpa contributiva, en 3 se redujo el monto indemnizatorio porque el inversor se había desprotegido legalmente a sí mismo frente a ciertos riesgos o había pagado de más por su inversión, en 3 se debatió la conducta ilícita del inversor y en 1 se desestimaron todas las reclamaciones debido a la conducta ilícita del inversor.

Las decisiones de Burlington de pagar los montos de la Ley 42 en una cuenta separada (i) y suspender las operaciones (ii) estuvieron completamente justificadas, y Burlington se comportó de manera razonable y de buena fe durante sus negociaciones con Ecuador (iii).

568. En cuanto a (i), Burlington rechaza el argumento de que “*generó una crisis*”. Fue Ecuador el que no cumplió con los CP, la orden del Tribunal y, en última instancia, sus propias leyes.¹⁰⁹² En particular, la disputa se intensificó con la negativa de Ecuador de crear una cuenta de depósito en custodia para el pago de impuestos de la Ley 42 y discontinuar los juicios de coactiva en violación de la orden del Tribunal.
569. En relación con (ii), si bien Ecuador reconoce el derecho de Burlington a suspender la producción, alega erróneamente que Burlington no ejerció ese derecho de manera prudente.¹⁰⁹³ El Tribunal ya sostuvo que Burlington podía suspender las operaciones hasta 30 días, con o sin justa causa, y que habría habido justa causa si Burlington las hubiera suspendido por más tiempo.¹⁰⁹⁴ Además, recalca Burlington, el Tribunal no estaba “convencido de que la suspensión de las operaciones haya supuesto un riesgo de daño significativo que justifique la intervención inmediata de Ecuador”.¹⁰⁹⁵ De hecho, Burlington demostró que no había riesgos sustanciales de daños “*al suspender las operaciones de la forma que quiso hacerlo el Consorcio*”.¹⁰⁹⁶ En cualquier caso, el argumento de Ecuador de que “*se debiera atribuir a Burlington culpa concurrente porque el ejercicio justificado de buena fe de sus derechos provocó una violación del derecho local e internacional por parte de Ecuador*” es absurdo e infundado.¹⁰⁹⁷
570. Con respecto a (iii), la Demandante se opone a la teoría de Ecuador de que Burlington contribuyó a sus pérdidas al boicotear las negociaciones. Contrariamente a la postura de Ecuador, Burlington no estaba obligada a renegociar como consecuencia de los crecientes precios del petróleo. El Tribunal ya determinó que los CP exponían a Burlington a un “*riesgo total de alza de precios*”.¹⁰⁹⁸ Por ende, “*no era obligación de Burlington renegociar los CP, sino que era Ecuador el que debía aplicar un factor de corrección a los CP para absorber los efectos de la Ley*

¹⁰⁹² *Id.*, ¶ 251.

¹⁰⁹³ *Id.*, ¶ 254.

¹⁰⁹⁴ *Id.*, ¶ 255, en referencia a: DR, ¶¶ 513, 517.

¹⁰⁹⁵ Réplica, ¶ 255, en referencia a: DR, ¶ 519.

¹⁰⁹⁶ Réplica, ¶ 255.

¹⁰⁹⁷ *Id.*, ¶ 256.

¹⁰⁹⁸ *Id.*, ¶ 258, en referencia a: DR, ¶ 281.

42”.¹⁰⁹⁹ En cualquier caso, Burlington no boicoteó las negociaciones con el Gobierno. El Sr. Martínez confirmó que Burlington había negociado de buena fe al asistir a todas las reuniones dentro de lo posible.¹¹⁰⁰ Al final, no pudo aceptar las propuestas de Ecuador “*porque eran poco razonables y exigían que Burlington renunciara a sus derechos bajo los CP sin siquiera saber qué derechos obtendría a cambio*”.¹¹⁰¹

571. Por último, Burlington alega que su reclamación de daños históricos debiera otorgarse en su totalidad. Ecuador ignora los principios básicos del análisis “*contrafáctico*”: si Ecuador hubiese cumplido con sus obligaciones establecidas en los contratos y en el derecho internacional, no se habrían realizado subastas coactivas y el Consorcio habría vendido su petróleo en el curso normal de los negocios al precio de mercado. Por ende, se debe compensar a Burlington por esa pérdida en la producción al precio de mercado.¹¹⁰²

3. Análisis

572. Es indiscutible que la conducta de un demandante puede justificar la exclusión o reducción de la indemnización si contribuyó al daño sufrido. El Artículo 39 de los Artículos de la CDI dispone expresamente:

Artículo 39. Contribución al perjuicio

Para *determinar* la reparación se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado o la organización internacional lesionados o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación.

573. El Comentario al Artículo 39 explica que esta disposición “trata de la situación en que un perjuicio ha sido causado por un hecho internacionalmente ilícito de un Estado, que en consecuencia es responsable del perjuicio de conformidad con los artículos 1 y 28, pero en que el Estado lesionado, o la persona víctima de la infracción, ha contribuido materialmente al perjuicio por alguna acción u omisión, intencional o negligente”.¹¹⁰³ Esta disposición también “reconoce que el comportamiento del Estado lesionado o de cualquier persona o entidad en relación

¹⁰⁹⁹ Réplica, ¶ 259.

¹¹⁰⁰ *Id.*, ¶ 260, en referencia a: Tr. Responsabilidad (Día 2) (ENG), 366:6-368:5; 369:22-370:3 (Interrogatorio directo, Martínez).

¹¹⁰¹ Réplica, ¶ 260, en referencia a: Martínez DT5, ¶ 32.

¹¹⁰² Réplica, ¶261.

¹¹⁰³ Artículos de la CDI con Comentarios, Comentario sobre el Artículo 39, punto 1.

con la cual se exija la reparación debe tenerse en cuenta para evaluar la forma y la cuantía de la reparación”.¹¹⁰⁴ Esto es coherente con el “principio de que el perjuicio que es consecuencia del hecho internacionalmente ilícito conlleva la reparación íntegra -pero nada más”, y con la “equidad en el trato del Estado responsable y de la víctima de la infracción”.¹¹⁰⁵

574. Estas disposiciones deben interpretarse junto con el Artículo 31(1) de los Artículos de la CDI, según el cual “[e]l Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito”. El Comentario al Artículo 31 aclara que “a menos que se demuestre que una parte del daño obedecía a una causa distinta de la del daño imputado al Estado responsable, debe imputarse a éste la responsabilidad de todas las consecuencias, que no sean demasiado remotas, de su comportamiento ilícito”.¹¹⁰⁶
575. Según Ecuador, la conducta de Burlington con anterioridad a la expropiación (específicamente, su decisión de dejar de pagar los impuestos de la Ley 42, su amenaza de iniciar acciones legales contra los compradores en las subastas coactivas, su decisión de suspender las operaciones y su supuesto “boicoteo” de las negociaciones con Ecuador) justifica la exclusión o reducción del monto indemnizatorio.
576. La pregunta es si Burlington contribuyó al daño que sufrió al actuar de la manera que cuestiona Ecuador. En este sentido, el Tribunal observa que “[n]o todas las acciones u omisiones que contribuyan al perjuicio sufrido son pertinentes en este contexto. Antes bien, el artículo 39 solamente permite que se tengan en cuenta las acciones u omisiones que puedan considerarse intencionales o negligentes, es decir, cuando es manifiesto que la víctima de la infracción no ha ejercido la debida diligencia en relación con sus bienes o derechos”.¹¹⁰⁷ Además, esta acción intencional o negligente debe haber “contribuido materialmente al perjuicio”.¹¹⁰⁸
577. Ecuador alega, en primer lugar, que la falta de pago por parte de Burlington de los impuestos de la Ley 42 fue el factor desencadenante de la serie de eventos que culminaron con la expropiación de los Bloques. Una mayoría del Tribunal está en desacuerdo. El factor desencadenante fue la sanción de la Ley 42 y el

1104 *Id.*, punto 2.

1105 *Ibid.*

1106 Artículos de la CDI con Comentarios, Comentario sobre el Artículo 31, punto 13.

1107 Artículos de la CDI con Comentarios, Comentario sobre el Artículo 39, punto 5.

1108 *Id.*, punto 1.

incumplimiento de Ecuador de sus obligaciones contractuales de absorción de impuestos.

578. Fue en respuesta a los incumplimientos contractuales de Ecuador que, desde el mes de octubre de 2008, Burlington dejó de pagar los impuestos de la Ley 42 y, en cambio, depositó los montos relevantes en una cuenta separada. Es cierto que cualquier persona sujeta al poder fiscal del estado debe pagar sus impuestos,¹¹⁰⁹ a menos que éstos se declaren ilícitos o que se celebre un acuerdo al respecto. Dicho acuerdo se sugirió en la RP1, en la cual el Tribunal recomendó que las Partes “dialogarán y harán todo lo posible para ponerse de acuerdo sobre la apertura de una cuenta de depósito en custodia en una institución financiera reconocida internacionalmente [...]”,¹¹¹⁰ en cuyo defecto debían notificar al Tribunal para el dictado de una resolución diferente.¹¹¹¹ Sin embargo, las Partes no llegaron a un acuerdo.
579. Lo que es más importante aún, no puede afirmarse que la falta de pago de Burlington de los impuestos de la Ley 42 haya contribuido a su daño. El daño que sufrió Burlington y que se cuantifica en este Laudo es la pérdida de su inversión y, más particularmente, de su potencial de rentabilidad futura. Este daño fue consecuencia directa y decisiva de la toma de control física permanente de los Bloques por parte de Ecuador. La conducta de Burlington no contribuyó a la magnitud de la pérdida ni rompió la cadena de causalidad entre la conducta ilícita y el daño.
580. Aun si se considerara que la falta de pago de Burlington fue uno de los factores de la serie de eventos que culminaron con la toma de control de los Bloques, no es ni el factor desencadenante (que, como se señalara *supra*, fueron la sanción de la Ley 42 y el incumplimiento de Ecuador de sus obligaciones contractuales de absorción de impuestos) ni el factor decisivo. En este sentido, el Tribunal se ha planteado la siguiente interrogante: si Burlington hubiera pagado sus impuestos, pero no hubiera suscrito un contrato de prestación de servicios, ¿se puede concluir con certeza razonable que la expropiación no habría ocurrido? En función del expediente y

¹¹⁰⁹ *Micula c. Rumania*, Laudo del 11 de diciembre de 2013, ¶ 1151 (**Anexo EL-248**).

¹¹¹⁰ RP1, ¶ IV.1.

¹¹¹¹ *Id.*, ¶ IV.6 (“Si las partes no pueden ponerse de acuerdo sobre la apertura de una cuenta de depósito en custodia dentro de los 60 días contados a partir de la fecha de notificación de la presente resolución, deberán informar al Tribunal de Arbitraje, detallando el estado en que se encuentren las negociaciones y el contenido y las razones de sus desacuerdos, tras lo cual el Tribunal de Arbitraje se expedirá sobre las cuestiones pendientes”).

especialmente de las conclusiones vertidas en la Decisión sobre Responsabilidad,¹¹¹² esta interrogante no puede responderse de manera afirmativa. En consecuencia, la mayoría del Tribunal confirma que la falta de pago de Burlington de los impuestos de la Ley 42 no contribuyó al daño que sufrió a causa de la toma de control de los Bloques. La Árbitro Stern está en desacuerdo con este análisis.¹¹¹³

581. La siguiente pregunta es si la amenaza de Burlington de que suspendería sus operaciones contribuyó al daño. Ecuador alega que la amenaza de Burlington de suspender el proceso violó la RP1, mediante la cual el Tribunal le ordenó a Burlington no concretar esta amenaza.¹¹¹⁴ Sin embargo, la RP1 también le ordenaba a Ecuador detener el procedimiento de ejecución coactiva, pero Ecuador no lo hizo,¹¹¹⁵ y abstenerse de cualquier acción tendiente a inducir a Burlington a suspender las operaciones.¹¹¹⁶ La RP1 fue revocada por la RP2 en el mes de octubre de 2009, pero el Tribunal “*especificó que las Partes deben abstenerse de no agravar más la disputa*”.¹¹¹⁷ En última instancia, ambas Partes desobedecieron las recomendaciones del Tribunal, por lo que es inútil remitirse a la RP1. En cualquier caso, el anuncio de Burlington de que suspendería las operaciones ocurrió después de que Ecuador agravara significativamente la disputa mediante los juicios de coactiva.
582. Tampoco se puede decir que Burlington haya contribuido al daño al rehusarse a firmar los Acuerdos Transitorios. Según el criterio establecido en el Artículo 39 de los Artículos de la CDI, la cuestión es si la conducta de Burlington puede caracterizarse como una falta manifiesta de debido cuidado de sus propios bienes o derechos, que contribuyó materialmente al daño ocasionado. La negativa de

¹¹¹² Véase, en particular: DR, ¶¶ 311-315; 412-419.

¹¹¹³ La Árbitro Stern está en desacuerdo con el análisis de la mayoría respecto de la culpa concurrente de Burlington, ya que está convencida de que la conducta de Burlington al rehusar pagar sus impuestos tuvo un papel preeminente en la cadena de eventos que culminó en la expropiación. En otras palabras, la Árbitro Stern considera que, si Burlington hubiese pagado sus impuestos, como debía hacerlo para respetar la soberanía fiscal del Estado, nada habría pasado.

¹¹¹⁴ RP1, ¶ IV.8 (“Las partes se abstendrán de todo acto que pueda agravar la controversia hasta el dictado del laudo o la reconsideración de la presente resolución. En particular, Burlington Oriente se abstendrá de cumplir su amenaza de abandonar el proyecto y Ecuador se abstendrá de realizar cualquier acto que pueda inducir a Burlington Oriente a tomar esa medida”).

¹¹¹⁵ *Id.*, ¶ IV.7 (“Las Demandadas deberán poner término a los procedimientos pendientes contra la Demandante en el marco del juicio de coactivas y se abstendrán de iniciar nuevas acciones de esa naturaleza”).

¹¹¹⁶ *Id.*, ¶ IV.8.

¹¹¹⁷ RP2, ¶ 29.

Burlington de firmar los Acuerdos Transitorios o llegar a algún otro tipo de acuerdo con Ecuador no puede caracterizarse como violación manifiesta del debido cuidado de sus bienes o derechos. Al contrario, Burlington estaba tratando de proteger sus derechos contractuales. Tal como indicó el Sr. Moyes durante la Audiencia:

*“Al mirar las cartas de Burlington... veo una empresa bajo coacción... Y, según mi interpretación, el proceso de negociación consistía en pagar los impuestos de la Ley 42, celebrar un Acuerdo Transitorio con el Gobierno que no está completo ni es definitivo, seguir pagando los impuestos controvertidos y renunciar a los derechos a las cláusulas de absorción de impuestos bajo el Acuerdo de Participación y demás beneficios dentro de dicho Acuerdo. No es una posición de negociación favorable. No es lo que yo le recomendaría al cliente”.*¹¹¹⁸

583. Si bien el Tribunal acepta que existe un deber de negociar ante un cambio importante en las circunstancias, este deber no obliga a las partes a llegar a un acuerdo en contra de su consentimiento. Incluso si la estrategia de “*jugar duro*” de Burlington fuera uno de los factores que indujeron a Ecuador a tomar el control de los Bloques, sería perverso concluir que la decisión de Burlington de proteger su contrato válido y vigente contribuyó a esa toma de control forzada.
584. Por último, Ecuador alega que la amenaza de Burlington de iniciar acciones legales contra los compradores participantes en las subastas coactivas contribuyó a que percibiera menos ganancias por la venta forzada del petróleo. Dado que el Tribunal desestimó la reclamación de Burlington por las cuotas pasadas de la Ley 42 tomadas o incautadas, no necesita analizar este argumento.
585. Por los motivos expuestos *supra*, este Tribunal rechaza, por mayoría, el argumento de Ecuador de que Burlington contribuyó a sus propias pérdidas.

F. INTERESES POSTERIORES AL LAUDO

586. Las Partes no disputan que Burlington tiene derecho a cobrar intereses posteriores al laudo. Tal como se señala en la Sección VII.D.5.3.3 *supra*, las Partes concuerdan en que se devengarán intereses posteriores al laudo a la misma tasa y periodicidad que los intereses anteriores al laudo.

¹¹¹⁸ Tr. Cuantificación (Día 3) (ENG), 991:2-992:1 (Tribunal, Moyes). El Tribunal ha preferido traducir desde la transcripción en inglés, ya que considera la versión en español de la transcripción no refleja fielmente el testimonio del Sr. Moyes, que fue rendido en inglés.

587. Dado que el Tribunal tomó el día 31 de agosto de 2016 como fecha de valuación, los intereses aplicables al laudo sobre daños se devengarán desde el día siguiente, es decir el 1 de septiembre de 2016.
588. Por ende, el Tribunal adjudica intereses sobre el monto total de indemnización otorgada, capitalizados de forma anual, a la tasa LIBOR más dos por ciento para préstamos a 3 meses, los que se devengarán desde el día 1 de septiembre de 2016, es decir, el día siguiente a la fecha de valuación, hasta la fecha de pago.

VIII. COSTAS

589. El Tribunal primero procederá a brindar una síntesis de la postura de cada una de las Partes respecto de las costas incurridas en relación con las reclamaciones y las reconveniones (Secciones A y B), antes de proceder a su análisis (Sección C).

A. POSICIÓN DE BURLINGTON

590. Burlington solicita una *“indemnización íntegra por los costos incurridos razonablemente en aras de obtener compensación por sus pérdidas”*.¹¹¹⁹ Según Burlington, *“la adjudicación de costas indemnizatorias (i) es necesaria para dar cumplimiento al principio rector de reparación íntegra, y (ii) se encuentra asimismo justificada a la luz de la conducta de Ecuador en el presente procedimiento”*.¹¹²⁰
591. Primero, Burlington alega que el principio de reparación íntegra exige que se le adjudiquen sus costas en su totalidad. Puesto que la compensación debe eliminar las consecuencias de los actos ilícitos de Ecuador y restituir a Burlington a la posición en la que se habría encontrado si Ecuador no hubiese violado el Tratado, *“la obligación de Ecuador [...] exige no sólo el pago de la indemnización por daños que represente el valor de los activos que Ecuador expropiara ilícitamente, sino que exige asimismo el reembolso de los costos en los que Burlington incurrió de manera legítima en aras de obtener esa compensación”*.¹¹²¹ Como consecuencia de ello, *“[t]odo laudo que no compense a la litigante vencedora por las costas razonables en las que incurriera para impulsar su reclamación no constituye un laudo de*

¹¹¹⁹ Presentación sobre Costas de la Demandante, ¶ 1.

¹¹²⁰ *Ibid.*

¹¹²¹ *Id.*, ¶¶ 3-5, que cita a: *ADC c. Hungría*, Laudo del 2 de octubre de 2006, ¶ 533 (**Anexo CL-101**); *Hrvatska Elektroprivada d.d. c. República de Eslovenia*, Caso CIADI N.º ARB/05/24 (*“Hrvatska c. Eslovenia”*), Laudo del 17 de diciembre de 2015, ¶ 599 (**Anexo CL-392**); *SPP c. Egipto*, Laudo del 20 de mayo de 1992, ¶ 207 (**Anexo CL-376**).

reparación íntegra, sino algo que no se encuentra a la altura del estándar del derecho internacional.¹¹²²

592. Por este motivo, Burlington afirma que “[/]la tendencia creciente en los arbitrajes en materia de inversión es [...] que las costas sigan el resultado del juicio.”¹¹²³ En contraposición a las afirmaciones de Ecuador, esto no se circunscribe a circunstancias excepcionales, tales como la prueba de dolo. Según Burlington, el “*criterio contemporáneo*” consiste en transferir las costas a la parte vencida.¹¹²⁴
593. Para Burlington, no existe duda alguna de que es la parte vencedora en el marco del presente arbitraje. Si bien cada una de las partes se impuso en algunos argumentos y perdió en otros, fue Burlington quien se impuso en las dos cuestiones determinantes que constituyen el núcleo de la controversia entre las Partes, a saber, (a) si el Tribunal tenía competencia sobre la presente controversia y (b) si Ecuador violó el Tratado. La adjudicación de costas argumento por argumento ignoraría el hecho de que Burlington se vio obligada a invertir tiempo y dinero considerables para recuperar la compensación por la expropiación ilícita de su inversión.¹¹²⁵ Según Burlington, “[e]l análisis no consiste en determinar si se aceptaron todos los argumentos de Burlington, sino en cambio, si una vez que ha quedado demostrado que la conducta de Ecuador que diera origen al presente arbitraje fue ilícita y activó una obligación de reparación íntegra, las reclamaciones de Burlington y sus costas asociadas fueron la consecuencia natural de la conducta ilícita de Ecuador”.¹¹²⁶ Según Burlington, “la reparación íntegra exige la indemnización íntegra de esos costos – costos en los que Burlington nunca habría incurrido en ausencia de la conducta ilícita de Ecuador”.¹¹²⁷

¹¹²² Presentación sobre Costas de la Demandante, ¶ 7.

¹¹²³ *Ibid.* Véase asimismo: Réplica, ¶ 354.

¹¹²⁴ Réplica, ¶ 354, citando: *Libananco Holdings Co. Ltd. c. República de Turquía*, Caso CIADI N.º ARB/06/8 (“*Libananco c. Turquía*”), Laudo del 2 de septiembre de 2011, ¶ 563 (**Anexo CL-287**); *Yukos c. Rusia*, Laudo Definitivo del 18 de julio de 2014, ¶ 1887 (**Anexo CL-384**); *EDF (Services) Limited c. Rumania*, Caso CIADI N.º ARB/05/13 (“*EDF c. Rumania*”), Laudo del 8 de octubre de 2009, ¶¶ 325-29 (**Anexo EL-59**); *Convial Callao S.A. y CCI – Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República de Perú*, Caso CIADI N.º ARB/10/2, Laudo del 21 de mayo de 2013, ¶¶ 680-81 (**Anexo CL-344**); *Rumeli c. Kazajistán*, Laudo del 29 de julio de 2008, ¶ 819 (**Anexo CL-158**); *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República Eslovaca*, Caso CIADI N.º ARB/97/4 (“*CSOB c. Eslovaquia*”), Laudo del 29 de diciembre de 2004, ¶ 372 (**Anexo CL-347**); *Gold Reserve Inc. c. Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/09/1, Laudo del 22 de septiembre de 2014, ¶¶ 860, 862 (**Anexo CL-350**).

¹¹²⁵ Presentación sobre Costas de la Demandante, ¶¶ 8-10; Réplica, ¶ 353.

¹¹²⁶ *Id.*, ¶ 11.

¹¹²⁷ *Ibid.*

594. Segundo, Burlington alega que una adjudicación de la totalidad de las costas se encuentra justificada asimismo por la conducta de Ecuador en el presente procedimiento. Para Burlington, *“la conducta de Ecuador ha exacerbado y demorado el presente procedimiento en cada una de sus etapas, y ha aumentado significativamente las costas incurridas por Burlington”*.¹¹²⁸ En particular, Burlington alega que:

- i. Ecuador violó la resolución sobre medidas provisionales del Tribunal, la cual, según afirmaciones de Burlington era obligatoria, agravando así la controversia, obstaculizando la reparación principal solicitada por Burlington (el cumplimiento específico de los PSC) y exhibiendo desacato respecto del Tribunal.¹¹²⁹ Burlington alega en particular que *“si [Ecuador] hubiese cumplido con la resolución sobre medidas provisionales del Tribunal, se habría evitado una proporción significativa (cuando menos) del presente procedimiento”*.¹¹³⁰
- ii. La solicitud de Ecuador de trifurcar el presente procedimiento en tres fases separadas de jurisdicción, fondo, y cuantificación de daños agregó gastos y demoras innecesarios.¹¹³¹
- iii. Además, Ecuador *“opuso reconvencciones fabricadas, únicamente en un intento de contrarrestar la indemnización por daños que adeudaría por haber violado los derechos de Burlington en el derecho internacional”*, lo que dio lugar a una fase adicional del procedimiento que implicó más de 1.400 páginas de escritos, 7 días de audiencias y una visita del sitio de 5 días de duración a un emplazamiento remoto en Ecuador, que se *“prolongó aún más por la insistencia de Ecuador en volver a alegar su caso en reiteradas oportunidades sobre la base de teorías jurídicas, técnicas y de cuantificación de daños alternadas”*.¹¹³²
- iv. Ecuador pretendió una sexta fase del arbitraje mediante su *“petición de ‘reconsideración’ infundada”*, al solicitar la bifurcación en dos oportunidades.

¹¹²⁸ *Id.*, ¶ 13.

¹¹²⁹ *Id.*, ¶ 14.

¹¹³⁰ *Id.*, ¶ 15.

¹¹³¹ *Id.*, ¶ 16.

¹¹³² *Id.*, ¶ 17.

Si bien estos intentos de bifurcar el procedimiento fallaron, ocasionaron un “*debate extendido y costoso entre las partes*”.¹¹³³

595. Además, Burlington niega que la decisión provisional del tribunal de *Perenco* sobre la reconvencción ambiental de Ecuador en el arbitraje de *Perenco* (la “Decisión Provisional de *Perenco*”)¹¹³⁴ le otorgue derecho a Ecuador a las costas relacionadas con sus reconvencciones en el presente arbitraje. Ningún tribunal ha adjudicado alguna vez costas sobre la base de una decisión provisional de otro tribunal. Aun si la Decisión Provisional de *Perenco* fuera relevante para la adjudicación de costas del presente Tribunal (*quod non*), “*esa decisión no se pronuncia a favor de Ecuador en ninguna de sus reconvencciones, y definitivamente no sustenta un otorgamiento de costas en favor de Ecuador en el presente caso*”.¹¹³⁵ Burlington hace hincapié en que el tribunal de *Perenco* se reservó su decisión definitiva en materia de responsabilidad sobre las reconvencciones, y observó que “es improbable que las cuestiones restantes den lugar a un laudo de daños por un monto cercano al reclamado por Ecuador”.¹¹³⁶ Burlington alega asimismo que el tribunal de *Perenco* coincidió con muchos de los argumentos de Burlington en el presente arbitraje, “*incluyendo que (1) las regulaciones ecuatorianas (y no los valores de fondo) establecen el criterio para el perjuicio legal; (2) las regulaciones ecuatorianas y la práctica permiten la disposición permanente de lodo de perforación y rípios en las piscinas de lodo en el sitio; (3) la responsabilidad objetiva no es aplicable con anterioridad al mes de octubre de 2008; (4) la delineación es el método estándar de la industria para determinar la magnitud de la contaminación; (5) los modelos de IEMS son poco confiables y no pueden utilizarse para establecer la magnitud de la contaminación; y (6) son aplicables los costos de remediación locales*”.¹¹³⁷ En consecuencia, Burlington sostiene que no existen “*fundamentos para la afirmación de Ecuador de que tuvo éxito en sus reconvencciones en el caso Perenco, y menos justificación aún para procurar obtener costas en el presente caso sobre esa base infundada*”.¹¹³⁸ En todo caso, Burlington afirma que la Decisión Provisional de *Perenco* “*confirma que la reconvencción de Ecuador – salvo por la suma limitada de USD 1,09 millones que Burlington admite se debe a las operaciones del Consorcio*

¹¹³³ *Id.*, ¶ 18.

¹¹³⁴ *Perenco Ecuador Limited c. La República del Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/08/06, Decisión Provisional sobre la Reconvencción Ambiental del 11 de agosto de 2015 (la “Decisión Provisional de *Perenco*”).

¹¹³⁵ Presentación de Réplica sobre Costas de la Demandante, ¶ 4.

¹¹³⁶ Decisión Provisional de *Perenco*, ¶ 593.

¹¹³⁷ Presentación de Réplica sobre Costas de la Demandante, ¶ 5.

¹¹³⁸ *Id.*, ¶ 11.

– se trata de una reclamación fabricada en gran parte diseñada para contrarrestar los daños de expropiación de Burlington [...]”.¹¹³⁹

596. Por estos motivos, Burlington solicita una “*indemnización íntegra, de conformidad con la Regla 28(2) de las Reglas de Arbitraje CIADI y el Artículo 61(2) del Convenio CIADI, de los costos incurridos en el presente arbitraje, además de los intereses compuestos calculados a una tasa comercial razonable desde la fecha del laudo hasta la fecha de pago*”:¹¹⁴⁰

597. Burlington alega que en el presente procedimiento ha incurrido en honorarios y gastos totales que ascienden a la suma de USD 48.171.235,14, desglosada de la siguiente manera:¹¹⁴¹

i. Honorarios (incluidos honorarios legales, peritos y otros servicios) relacionados con el fondo (el Tribunal interpreta que esto significa honorarios incurridos en relación con las reclamaciones principales, incluida la jurisdicción): USD 23.986.145,89;

ii. Gastos relacionados con el fondo: USD 2.453.258,53;

iii. Honorarios (incluidos honorarios legales, peritos y otros servicios) relacionados con las reconvencciones: USD 16.892.289,00;

iv. Gastos relacionados con las reconvencciones: USD 2.239.541,72; y

v. Anticipos al CIADI: si bien en su presentación sobre costas Burlington indica que ha realizado anticipos por un monto de USD 2.600.000, a la fecha del presente Laudo, el Tribunal observa que Burlington ha realizado anticipos por un monto de USD 3.250.000.

598. Burlington argumenta que los costos enumerados *supra* son razonables habida cuenta de la duración y complejidad del procedimiento. Burlington observa que “[e]l presente arbitraje implicó cinco fases separadas – medidas provisionales, jurisdicción, fondo, reconvencciones, cuantificación de daños y reconsideración – cada una de las cuales demandó escritos exhaustivos y audiencias”, lo cual exigió un total combinado de 30 escritos principales que sumaron en total 3.000 páginas

¹¹³⁹ *Id.*, ¶ 13.

¹¹⁴⁰ Presentación sobre Costas de la Demandante, ¶ 19.

¹¹⁴¹ Presentación de Réplica sobre Costas de la Demandante, nota al pie 10, y Anexo A, “Resumen modificado de honorarios y gastos en dólares estadounidenses”.

sobre cuestiones sumamente complejas y técnicas (sin contar numerosas presentaciones sobre cuestiones procesales) acompañados por 18 declaraciones testimoniales y 15 informes periciales, y que implicaron cinco audiencias y una visita del sitio.¹¹⁴²

599. A la luz de lo que antecede, Burlington le solicita al Tribunal que:

“[...]”

- (e) *ORDENE a Ecuador a pagar todas las costas y gastos de este arbitraje, incluyendo los honorarios de los abogados y peritos de Burlington;*
- (f) *ORDENE a Ecuador a pagar intereses compuestos sobre la suma otorgada en (e) supra, a la tasa y por el período de capitalización que el Tribunal considere justo y apropiado en las circunstancias del caso; y*
- (g) *OTORGUE el cualquier otro resarcimiento que el Tribunal considere apropiado”.¹¹⁴³*

B. POSICIÓN DE ECUADOR

600. Las presentaciones sobre costas de Ecuador trazan una distinción entre (1) las costas pertenecientes a las reclamaciones principales, (2) aquellas pertenecientes a Petroecuador, y (3) aquellas pertenecientes a las reconvencciones.

1. Costas relacionadas con las reclamaciones principales

601. Con respecto a las costas incurridas por las reclamaciones principales, la posición principal de Ecuador es que debería recuperar la totalidad de estas costas debido a que “*Ecuador es claramente la parte vencedora*” respecto de estas reclamaciones.¹¹⁴⁴ Ecuador sostiene que “*en caso de que el Tribunal reconsidere su pronunciamiento de expropiación ilícita, o determine que la conducta de Burlington contribuyó a su pérdida hasta tal punto de negar o reducir de manera significativa la compensación, desaparece el argumento injustificado de Burlington y Ecuador habrá prevalecido totalmente en esta materia*”.¹¹⁴⁵ En consecuencia, aplicando el propio criterio de Burlington, tiene derecho a recuperar la totalidad de sus costas relacionadas con las reclamaciones principales. Ecuador reclama en este sentido un total de USD 13.429.238,96 en concepto de honorarios y gastos legales,¹¹⁴⁶ y

¹¹⁴² *Id.*, ¶ 20.

¹¹⁴³ C-EPA, ¶ 249.

¹¹⁴⁴ Presentación sobre Costas de la Demandada, ¶ 2.

¹¹⁴⁵ *Id.*, ¶ 7.

¹¹⁴⁶ Según se desglosan en el Anexo 2 de la Presentación sobre Costas de Ecuador.

100% de las costas del arbitraje (es decir, los honorarios y gastos del Tribunal y los gastos administrativos del CIADI), según sean asignadas por el Tribunal a las reclamaciones principales,¹¹⁴⁷ más intereses simples sobre todas las costas otorgadas a la “tasa comercialmente razonable de LIBOR + 2%, o en subsidio, a otra tasa comercialmente razonable, desde la fecha del presente Laudo hasta el pago”.¹¹⁴⁸

602. En subsidio, Ecuador sostiene que incluso en el supuesto de que el Tribunal rechazara la Petición de Reconsideración de Ecuador y su argumento de que Burlington contribuyó a sus propias pérdidas, no existe una parte vencedora clara en el presente procedimiento en tanto cada una de las partes habrá prevalecido en determinadas cuestiones. Salvo por una excepción (la intervención de Ecuador en los Bloques) se determinó que la totalidad de las reclamaciones de Burlington eran inadmisibles, recaían fuera de la competencia del Tribunal o simplemente carecían de fundamento.¹¹⁴⁹ Además, Ecuador sostiene que el Tribunal determinó que la expropiación fue ilícita sólo porque Ecuador no pagó ni ofreció compensación alguna, y Burlington ha sobredimensionado el monto de la compensación durante el presente procedimiento. En consecuencia, el Tribunal debería aplicar la regla de “pagar sólo lo que le corresponde a uno”, de modo tal que Ecuador sólo debería sufragar sus propios honorarios y gastos legales y periciales, y la mitad de las costas del arbitraje.¹¹⁵⁰ Según Ecuador, ésta ha sido la práctica de los tribunales CIADI,¹¹⁵¹ quienes sólo la han quebrantado en circunstancias excepcionales.¹¹⁵²

¹¹⁴⁷ La postura de Ecuador con respecto a los anticipos pagados por las Partes al CIADI es que, puesto que estos anticipos tienen por finalidad cubrir los honorarios y gastos del Tribunal y los gastos administrativos del CIADI, el Tribunal está en mejores condiciones de distribuirlos que las Partes. En consecuencia, Ecuador sólo especifica el porcentaje que pretende recuperar en cada procedimiento. Presentación sobre Costas de la Demandada, ¶ 4. El Tribunal observa que, a la fecha del presente Laudo, el monto total que Ecuador ha anticipado al CIADI asciende a la suma de USD 2.950.000.

¹¹⁴⁸ Presentación sobre Costas de la Demandada, ¶ 8.

¹¹⁴⁹ *Id.*, ¶¶ 2, 9; CM, ¶¶ 585-589.

¹¹⁵⁰ Presentación sobre Costas de la Demandada, ¶¶ 2, 10.

¹¹⁵¹ *Id.*, ¶ 10; CM, ¶¶ 569-574; Réplica, ¶ 354, en alusión a: *Enron c. Argentina*, Laudo del 22 de mayo de 2007, ¶ 453 (**Anexo CL-81**); *Sempra c. Argentina* Laudo del 28 de septiembre de 2007, ¶ 487.5 (**Anexo CL-80**); *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. República de Chile*, Caso CIADI N.º ARB/04/7 (“*Vieira c. Chile*”), Laudo del 21 de agosto de 2007, ¶ 305 (**Anexo EL-297**); *Metalpar c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/5 (“*Metalpar c. Argentina*”), Laudo del 6 de junio de 2008, ¶¶ 234-235 (**Anexo EL-298**); *Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/05/19 (“*Helnan c. Egipto*”), Laudo del 3 de julio de 2008, ¶¶ 173-174 (**Anexo EL-299**); *Gustav F W Hamester c. Ghana*, Caso CIADI N.º ARB/07/24 (“*Hamester c. Ghana*”), Laudo del 18 de junio de 2010, ¶ 361 (**Anexo EL-150**); *Liman Caspian Oil BV c. Kazajistán*, Caso CIADI N.º ARB/07/14 (“*Caspian c. Kazajistán*”), Extractos del Laudo del 22 de junio de 2010, ¶¶ 466-468 (**Anexo EL-300**); *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömu Kft c. República de Hungría*, Caso CIADI N.º ARB/07/22, Laudo del 23 de septiembre de 2010, ¶ 15.3.3 (**Anexo EL-168**); *Impregilo c.*

Ecuador observa en particular que los tribunales han aplicado la regla de “*pagar sólo lo que le corresponde a uno*” en circunstancias similares a aquellas del presente caso, en casos en donde las demandantes sólo han prevalecido en la jurisdicción y el fondo,¹¹⁵³ cuando el Estado fue responsable de algunas violaciones del tratado, pero no de otras,¹¹⁵⁴ e incluso cuando las demandantes han ganado la totalidad de sus reclamaciones, pero recuperaron una compensación monetaria muy inferior al monto reclamado.¹¹⁵⁵ Para Ecuador, esto no sería diferente a aplicar la “*regla moderna [de Burlington] en favor de la transferencia de costas*” a la parte vencida.¹¹⁵⁶ Los tribunales han transferido el 100% de las costas sólo en circunstancias excepcionales, y en opinión de Ecuador las circunstancias del presente caso no justifican esta transferencia.¹¹⁵⁷

603. En consecuencia, Ecuador afirma que “*como la parte claramente vencedora*”, “*tiene derecho a recuperar el 100% de las costas incurridas en relación con las reclamaciones principales, más intereses simples a la tasa LIBOR + 2%, o en subsidio, a otra tasa comercialmente razonable, desde la fecha del Laudo hasta el pago. En subsidio, cada una de las Partes debería ‘pagar la parte que le corresponde’ y Ecuador no debería sufragar más que sus propios honorarios y gastos legales y periciales y la mitad de las costas del arbitraje (es decir, los*

Argentina, Laudo del 21 de junio de 2011, ¶ 385 (**Anexo CL-250**); *Arif c. Moldavia*, Laudo del 8 de abril de 2013, ¶¶ 631-632 (**Anexo EL-416**).

¹¹⁵² Presentación sobre Costas de la Demandada, ¶ 10, en referencia a: *Alasdair Ross Anderson c. Costa Rica*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/07/3 (“*Anderson c. Costa Rica*”), Laudo del 19 de mayo de 2010, ¶ 64 (**Anexo EL-301**).

¹¹⁵³ Presentación sobre Costas de la Demandada, en alusión a: *Enron c. Argentina*, Laudo del 22 de mayo de 2007, ¶ 453 (**Anexo CL-81**); *Sempre c. Argentina*, Laudo del 28 de septiembre de 2007, ¶ 487.5 (**Anexo CL-80**); *EDF International S.A., SAUR International S.A. Y León Participaciones Argentinas S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/23 (“*EDF c. Argentina*”), Laudo del 11 de junio de 2012, ¶ 1345 (**Anexo EL-303**); *Impregilo c. Argentina*, Laudo del 21 de junio de 2011, ¶ 385 (**Anexo CL-250**); *CME c. República Checa*, Laudo Definitivo del 14 de marzo de 2003, ¶¶ 648-649 (**Anexo CL-174**); *Rurelec c. Bolivia*, Laudo del 31 de enero de 2014, ¶ 619 (**Anexo EL-260**); *Arif c. Moldavia*, Caso CIADI N.º ARB/11/23, Laudo del 8 de abril de 2013, ¶¶ 631-632 (**Anexo EL-416**).

¹¹⁵⁴ Presentación sobre Costas de la Demandada, ¶ 10.

¹¹⁵⁵ *Id.*, en alusión a: *CME c. República Checa*, Laudo Definitivo del 14 de marzo de 2003, ¶¶ 648-649 (**Anexo CL-174**).

¹¹⁵⁶ Presentación sobre Costas de la Demandada, ¶ 11.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*, en alusión a: *Rumeli c. Kazajistán*, Laudo del 29 de julio de 2008, ¶ 819 (**Anexo CL-158**); *Aucoven c. Venezuela*, Laudo del 23 de septiembre de 2003, ¶¶ 424-425 (**Anexo EL-295**); *SAUR c. Argentina*, Laudo del 22 de mayo de 2014, ¶¶ 403-415 (**Anexo CL-372**); *CSOB c. República Eslovaca*, Laudo del 29 de diciembre de 2004, ¶ 372 (**Anexo CL-347**); *Gold Reserve c. Venezuela*, Laudo del 22 de septiembre de 2014, ¶¶ 860 y 862 (**Anexo CL-350**).

honorarios y gastos del Tribunal y los gastos administrativos del CIADI) según fueran distribuidos por el Tribunal a las reclamaciones principales".¹¹⁵⁸

2. Costas incurridas por Petroecuador

604. Ecuador afirma que, en cualquier caso, Petroecuador (quien para estos fines se encuentra representada por la Procuraduría General del Estado) tiene derecho a recuperar la totalidad de sus costas, "*en tanto prevaleció totalmente sobre Burlington cuando Burlington retiró sus reclamaciones contra Petroecuador*".¹¹⁵⁹ En la RP2, el Tribunal confirmó (i) que a partir del día 6 de noviembre de 2009, Petroecuador dejó de ser parte de la presente controversia; (ii) que el retiro de las Reclamaciones Contractuales tendría efecto en la distribución de las costas en el presente procedimiento; y (iii) que trataría las consecuencias del retiro de las Reclamaciones Contractuales sobre las costas del arbitraje en una etapa ulterior, presumiblemente en el laudo definitivo.¹¹⁶⁰
605. Ecuador afirma que "*[h]abida cuenta del retiro de las reclamaciones de Burlington, Petroecuador es – sin lugar a dudas – la parte vencedora frente a Burlington*".¹¹⁶¹ Por lo tanto, Petroecuador reclama un total de USD 48.589,72 por los honorarios y gastos legales en los que incurriera en su defensa contra las reclamaciones de Burlington,¹¹⁶² más intereses simples a tasa LIBOR más dos por ciento, o, en subsidio, a una tasa comercialmente razonable, desde la fecha del Laudo hasta el pago.¹¹⁶³

3. Costas relacionadas con las reconvenciones

606. Ecuador afirma que tiene derecho a recuperar la totalidad de las costas pertenecientes a las reconvenciones en tanto es la parte que prevaleció en esas reclamaciones.
607. Con respecto a la reconvención ambiental, Ecuador afirma que la postura de Ecuador ha sido reivindicada por la Decisión Provisional de *Perenco*, la cual, según

¹¹⁵⁸ Presentación sobre Costas de la Demandada, ¶ 13.

¹¹⁵⁹ Presentación sobre Costas de la Demandada, ¶ 2.

¹¹⁶⁰ *Id.*, ¶ 14, en alusión a: la RP2, ¶ 23 y pág. 14.

¹¹⁶¹ Presentación sobre Costas de la Demandada, ¶ 15.

¹¹⁶² Se proporciona un resumen de estos honorarios y gastos en el Anexo 3 de la Presentación sobre Costas de Ecuador.

¹¹⁶³ Presentación sobre Costas de la Demandada, ¶ 15.

Ecuador deja en claro que el Consorcio es responsable de la contaminación.¹¹⁶⁴ Ecuador observa en particular que el tribunal de *Perenco* concluyó que “hay algo de contaminación en los Bloques y que probablemente se responsabilizará [al Consorcio] de ello”.¹¹⁶⁵

608. En cualquier caso, Ecuador sostiene que tiene derecho a recuperar la totalidad de estas costas debido a que “*la conducta obstruccionista de Burlington y su ocultamiento de la contaminación han obligado a Ecuador y al Tribunal a incurrir en costos significativos e innecesarios*”, y Burlington “*prolongó de manera deliberada el presente procedimiento*” en aras de ocultar su responsabilidad.¹¹⁶⁶ Según Ecuador, la conducta obstruccionista de Burlington se torna manifiesta en los siguientes ejemplos:

- i. Burlington ha propuesto una lectura formalista de la legislación aplicable, según la cual sólo se consideran ecosistemas sensibles aquellas zonas designadas como protegidas. Según Ecuador, esta postura es absurda y ha prolongado el debate entre las Partes.¹¹⁶⁷
- ii. Burlington controvirtió la presencia de contaminación sobre la base de que no era visible, cuando su propio testigo, el Sr. Saltos, declaró que habían ocurrido incidentes ambientales, aunque los rastros de contaminación no eran visibles. Esto obligó a Ecuador, (a través de IEMS) a emprender una investigación costosa y exhaustiva para medir la magnitud de la contaminación en los Bloques.¹¹⁶⁸
- iii. Burlington describió al Consorcio como un “*operador modelo*”, obligando a Ecuador a realizar evaluaciones detalladas y costosas del sitio para determinar la verdadera condición ambiental de los Bloques. Estas evaluaciones del sitio refutaron la afirmación de Burlington de que se habían tratado oportunamente y se habían divulgado a las autoridades los incidentes significativos.¹¹⁶⁹ Tras analizar pruebas similares, el tribunal de *Perenco* concluyó que “las afirmaciones del Consorcio sobre su sólido cumplimiento de

¹¹⁶⁴ *Id.*, ¶ 3, en referencia a: Decisión Provisional de *Perenco*, ¶¶ 447, 582. Véase asimismo: Presentación sobre Costas de la Demandada, ¶¶ 16, 23.

¹¹⁶⁵ Presentación sobre Costas de la Demandada, ¶ 16, citando: la Decisión Provisional de *Perenco*, ¶ 582.

¹¹⁶⁶ Presentación sobre Costas de la Demandada, ¶ 3.

¹¹⁶⁷ *Id.*, ¶ 17.

¹¹⁶⁸ *Id.*, ¶ 18.

¹¹⁶⁹ *Id.*, ¶ 19.

las leyes ambientales no encuentran sustento”, y que “existen pruebas de que [el Consorcio] fue menos que comunicativo en algunos casos”.¹¹⁷⁰

iv. Burlington se basó en GSI, cuyo “*total ignorancia y manipulación de información*”, “*metodologías de muestreo inadecuadas*” y “*delineación inadecuada con base en información insuficiente y poco confiable*” demandaron esfuerzos y costos adicionales por parte de Ecuador y sus peritos.¹¹⁷¹ Ecuador alega que su crítica de GSI ha sido reivindicada por el tribunal de Perenco.¹¹⁷²

609. A la luz de lo que antecede, Ecuador sostiene que Burlington y su perito se han visto obligados a reconocer que las operaciones del Consorcio ocasionaron contaminación dentro de los Bloques. Ecuador observa en particular que “*Burlington ha reconocido que 37.555 m³ requieren remediación en 17 sitios*”, y en consecuencia “*ya no puede simular que el Consorcio no les ha ocasionado a los Bloques un impacto negativo significativo*”.¹¹⁷³

610. En consecuencia, Ecuador afirma que tiene derecho a la totalidad de las costas relacionadas con las reconvenções, independientemente del volumen de contaminación.¹¹⁷⁴ Según Ecuador, ya que el comportamiento obstruccionista de Burlington forzó “*de manera innecesaria e inaceptable*” a que Ecuador y el Tribunal incurrieran en mayores costos en la fase de reconvenções, ahora Burlington debería pagar por esto.¹¹⁷⁵

611. En contraposición a las afirmaciones de Burlington, Ecuador afirma que la Decisión Provisional de *Perenco* es relevante a los fines de la adjudicación de costas en el presente arbitraje por al menos tres motivos:

i. En el supuesto de que el Tribunal aceptara la reconvenção de Ecuador en su totalidad, Ecuador sería “*claramente la parte vencedora*” y tendría derecho a recuperar la totalidad de sus costas. El Tribunal podría tener en cuenta la Decisión Provisional de *Perenco* para arribar a esta decisión.¹¹⁷⁶

¹¹⁷⁰ *Id.*, ¶ 20, citando: la Decisión Provisional de *Perenco*, ¶ 447.

¹¹⁷¹ Presentación sobre Costas de la Demandada, ¶ 21.

¹¹⁷² *Id.*, ¶ 21, refiriéndose en general a la Decisión Provisional de *Perenco*.

¹¹⁷³ Presentación sobre Costas de la Demandada, ¶ 22.

¹¹⁷⁴ *Id.*, ¶ 16.

¹¹⁷⁵ *Id.*, ¶ 23.

¹¹⁷⁶ Presentación de Réplica sobre Costas de la Demandada, ¶ 3.

- ii. En el supuesto de que el Tribunal aceptara la reconvencción de Ecuador sólo en forma parcial, pero decidiera que no existe claramente una parte vencedora, Ecuador sostiene que la Decisión Provisional de *Perenco* proporciona un fundamento para una resolución íntegra sobre costas contra Burlington, independientemente del volumen de contaminación del cual se considera responsable a Burlington o las costas finales de remediación otorgadas por el Tribunal. Según Ecuador, las conclusiones del tribunal de *Perenco* confirman que Burlington no cumplió con los estándares ambientales y ocultó la contaminación en los Bloques. En el supuesto de que el Tribunal no le otorgara costas a Ecuador sobre esta base, “esto enviaría un mensaje a la comunidad internacional de que un inversionista puede contaminar las tierras de un Estado Receptor, ocultar esta contaminación, evitar su remediación, y, aun así, no soportar costo alguno por esta conducta flagrante”.¹¹⁷⁷
- iii. Aun si el Tribunal rechazara la reconvencción de Ecuador en su totalidad, la Decisión Provisional de *Perenco* demuestra que la reconvencción de Ecuador era justificada y razonable, y como tal, proporciona fundamentos para que el Tribunal arribe a la conclusión de que Ecuador no debería sufragar más que sus propios honorarios y gastos legales y periciales y la mitad de las costas del arbitraje adjudicadas por el Tribunal al procedimiento de reconvencciones.¹¹⁷⁸
612. Ecuador sostiene asimismo que tiene derecho a sus honorarios y gastos legales y periciales relacionados con la reconvencción de infraestructura. Ecuador sostiene que es “claramente la parte vencedora” respecto de esta reclamación,¹¹⁷⁹ en tanto ha “demostrado pormenorizadamente que el Consorcio no siguió los mejores estándares y prácticas de la industria petrolera, estableciendo mediante pruebas contemporáneas que los equipos e infraestructura se encontraban en estados por debajo de la norma debido a que el Consorcio no contaba con planes de mantenimiento preventivos o predictivos y simplemente operaba en virtud de una estrategia de “mantener en funcionamiento hasta que falle”.¹¹⁸⁰ En cambio, Ecuador alega que Burlington no ha brindado prueba contemporánea alguna de las

¹¹⁷⁷ *Id.*, ¶ 4.

¹¹⁷⁸ *Id.*, ¶ 5.

¹¹⁷⁹ Presentación sobre Costas de la Demandada, ¶ 27.

¹¹⁸⁰ *Id.*, ¶ 25.

presuntas prácticas de mantenimiento del Consorcio, y sus demás defensas son infructuosas.¹¹⁸¹

613. En subsidio, en el supuesto de que el Tribunal determinase que no existe claramente una parte vencedora, Ecuador sostiene que se le debería ordenar a Burlington que sufrague la totalidad de los costos incurridos por Ecuador en relación con la reconvencción de infraestructura, en tanto *“la negación flagrante de Burlington del mal estado de la infraestructura – sin perjuicio de las pruebas claras de violaciones a gran escala de la obligaciones del Consorcio en virtud de los Contratos de Participación y la legislación ecuatoriana – aumentó de manera innecesaria la complejidad del presente procedimiento y, con ella, los costos que debió sufragar Ecuador”*.¹¹⁸²
614. Ecuador reclama por la totalidad de los costos relacionados con las reconvencciones, los que incluyen USD 12.439.746,75 incurridos en honorarios y gastos legales y periciales,¹¹⁸³ así como el 100% de los honorarios y gastos del Tribunal y los costos administrativos del CIADI distribuidos por el Tribunal a las reconvencciones, con más intereses simples a tasa LIBOR más dos por ciento, o en subsidio, a otra tasa comercialmente razonable, desde la fecha del Laudo hasta el pago.¹¹⁸⁴
615. Por último, en su Réplica, Ecuador realiza determinados comentarios acerca de tres casos de jurisprudencia presentados por Burlington con su Réplica, específicamente, *Olguín c. República de Paraguay*,¹¹⁸⁵ *Renée Rose Levy y Gremcitel S.A. c. República de Perú*,¹¹⁸⁶ y *Hrvatska Elektroprivada d.d. c. La República de Eslovenia*.¹¹⁸⁷ Ecuador afirma que coincide con los principios expresados en *Olguín* y *Levy*, a saber, que la conducta procesal de una demandante puede exigirle que contribuya con las costas del procedimiento a pesar

¹¹⁸¹ *Id.*, ¶ 26.

¹¹⁸² *Id.*, ¶ 27.

¹¹⁸³ Las costas de Ecuador en relación con las reconvencciones se resumen en el Anexo 4 de su Presentación sobre Costas.

¹¹⁸⁴ Presentación sobre Costas de la Demandada, ¶ 29. Ecuador aclara que, aunque en su EPA sobre Reconvencciones (en ¶ 1019) solicitó intereses sobre las costas *“a una tasa de interés comercial adecuada”*, en su presentación esto significa lo mismo que intereses a una *“tasa comercialmente razonable”*. *Ibid.*

¹¹⁸⁵ *Olguín c. República de Paraguay*, Caso CIADI N.º ARB/98/5 (*“Olguín c. Paraguay”*), Laudo del 26 de julio de 2001 (**Anexo CL-390**).

¹¹⁸⁶ *Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. c. República de Perú*, Caso CIADI N.º ARB/11/17 (*“Levy c. Perú”*), Laudo del 9 de enero de 2015 (**Anexo CL-391**).

¹¹⁸⁷ *Hrvatska Elektroprivada d.d. c. La República de Eslovenia*, Caso CIADI N.º ARB/05/24 (*“Hrvatska c. Eslovenia”*), Laudo del 17 de diciembre de 2015 (**Anexo CL-392**).

de haber tenido éxito en sus reclamaciones,¹¹⁸⁸ y que “una determinación de abuso de proceso justifica asignar las costas en contra de la parte no victoriosa”.¹¹⁸⁹ Dicho esto, Ecuador “*disiente, sin embargo, con que estos principios tengan influencia alguna en este sentido, y controvierte enérgicamente la caracterización de Burlington de la conducta de Ecuador en el presente procedimiento*”.¹¹⁹⁰ En cambio, Ecuador niega que el principio por el cual Burlington cita a *Hrvatska* (a saber, que las costas siguen el resultado del juicio) sea aplicable en el marco del derecho internacional. Según Ecuador, las autoridades que ya obran en el expediente contradicen esta postura.¹¹⁹¹

616. A la luz de lo que antecede, Ecuador le solicita al Tribunal:

- a) *que le ordene a Burlington sufragar la totalidad de las costas y gastos incurridos por Ecuador en relación con las reclamaciones principales, incluidos los honorarios y gastos legales y periciales de Ecuador cuantificados en la suma de **USD 13.429.238,96**, así como el 100% de los honorarios y gastos del Tribunal y los gastos administrativos del CIADI según fueran distribuidos por el Tribunal a las reclamaciones principales, más intereses simples a la tasa de interés comercialmente razonable de LIBOR + 2%, o en subsidio, otra tasa comercialmente razonable, desde la fecha del Laudo hasta el pago;*
- b) *en subsidio, que le ordene a cada una de las partes sufragar sus propios honorarios y gastos legales y periciales y la mitad de las costas del arbitraje en relación con las reclamaciones principales;*
- c) *en cualquier caso, que le ordene a Burlington pagar los honorarios y gastos legales de Petroecuador incurridos en relación con las reclamaciones principales, cuantificados en la suma de **USD 48.589,72**, más intereses simples a la tasa de interés comercialmente razonable de LIBOR + 2%, o en subsidio, otra tasa comercialmente razonable, desde la fecha del Laudo hasta el pago;*
- d) *que le ordene a Burlington sufragar la totalidad de las costas y gastos incurridos por Ecuador en relación con las reconveniones, incluidos los honorarios y gastos legales y periciales de Ecuador cuantificados en la suma de **USD 12.439.746,75**, así como el 100% de los honorarios y gastos del Tribunal y los gastos administrativos del CIADI según fueran distribuidos por el Tribunal a las reconveniones, más intereses simples a la tasa de interés comercialmente razonable de LIBOR + 2%, o en subsidio, otra tasa comercialmente razonable, desde la fecha del Laudo hasta el pago; y*

¹¹⁸⁸ *Olguín c. Paraguay*, Laudo del 26 de julio de 2001, ¶ 85.

¹¹⁸⁹ *Levy c. Perú*, Laudo del 17 de diciembre de 2015, ¶ 201.

¹¹⁹⁰ Presentación de Réplica sobre Costas de la Demandada, ¶ 9.

¹¹⁹¹ *Id.*, ¶ 10, citando: *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI N.º ARB/05/8 (“*Parkerings c. Lituania*”), Laudo del 11 de septiembre de 2007, ¶ 462 (**Anexo CL-119**) y *EDF c. Rumania*, Caso CIADI N.º ARB/05/13, Laudo del 8 de octubre de 2009, ¶ 322 (**Anexo EL-59**).

- e) *que otorgue cualquier otro resarcimiento que el Tribunal considere apropiado*".¹¹⁹²

C. ANÁLISIS

1. Estándares aplicables

617. El Tribunal goza de amplia discrecionalidad para adjudicar las costas del arbitraje entre las Partes, incluyendo honorarios y gastos legales, según lo considere apropiado al amparo del Artículo 61(2) del Convenio CIADI, que dispone lo siguiente:

“En el caso de procedimiento de arbitraje el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación y distribución formarán parte del laudo”.

618. Las Partes no han controvertido esta discrecionalidad.

619. En el ejercicio de esta discrecionalidad, los tribunales en materia de inversiones han tendido a aplicar uno de los dos criterios principales de adjudicación de costas. Algunos tribunales se han guiado por el principio según el cual “las costas siguen el resultado del juicio” y así, han adjudicado la totalidad o parte de las costas a la parte vencedora.¹¹⁹³ Otros tribunales han dividido las costas del arbitraje entre las partes y han ordenado a cada parte sufragar sus propias costas.¹¹⁹⁴ Algunos tribunales efectivamente aplican una combinación de estos dos enfoques, empezando con uno y mitigando sus efectos con el otro, o considerando una serie de factores a ser tomados en cuenta para otorgar costas.¹¹⁹⁵

¹¹⁹² Presentación sobre Costas de la Demandada, ¶ 30.

¹¹⁹³ Véanse, por ejemplo: *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI N.º ARB/03/24 (“*Plama c. Bulgaria*”), Laudo del 27 de agosto de 2008, ¶ 316 (**Anexo EL-306**); *EDF c. Rumania*, Laudo del 8 de octubre de 2009, ¶ 327 (**Anexo EL-59**); *ADC c. Hungría*, Laudo del 2 de octubre de 2006, ¶ 533; *Lemire c. Ucrania*, Laudo del 28 de marzo de 2011, ¶ 380 (**Anexo EL-279**); *Libananco c. Turquía*, Laudo del 2 de septiembre de 2011, ¶¶ 563-565 (**Anexo CL-287**).

¹¹⁹⁴ Véanse, por ejemplo: *Enron c. Argentina*, Laudo del 22 de mayo de 2007, ¶ 453 (**Anexo CL-81**); *Sempra c. Argentina*, Laudo del 28 de septiembre de 2007, punto 5 del dispositivo (**Anexo CL-80**); *Vieira c. Chile*, Laudo del 21 de Agosto de 2007, ¶ 305 (**Anexo EL-297**); *Anderson c. Costa Rica*, Laudo del 19 de mayo de 2010, ¶ 62 (**Anexo EL-301**); *AES c. Hungría*, Laudo del 23 septiembre de 2010, ¶ 15.3.3 (**Anexo EL-168**).

¹¹⁹⁵ Véase, por ejemplo: *Parkerings c. Lituania*, Laudo del 11 de septiembre de 2007, ¶ 462 (**Anexo CL-119**) (que sostuvo que “la cuestión de costas se encuentra comprendida dentro de la discrecionalidad del Tribunal con respecto, al resultado del procedimiento, por un lado,

620. En opinión del Tribunal, la distribución de costas exige un análisis de todas las circunstancias del caso, incluyendo en qué medida una parte ha contribuido a las costas del arbitraje y si esa contribución fue razonable y justificada.¹¹⁹⁶ Este análisis debe comenzar por considerar si una parte ha prevalecido en sus pretensiones, y si ha prevalecido sólo en parte, si las reclamaciones rechazadas eran razonables o frívolas.¹¹⁹⁷ Debería asimismo tener en cuenta la conducta procesal de las partes, y, en particular, si esta conducta dilató el procedimiento o aumentó sus costas en forma innecesaria. El Tribunal observa que ambas Partes parecen estar de acuerdo con estos principios fundamentales: cada una de las Partes se considera la parte vencedora, y como tal, pretende la recuperación de la totalidad de sus costas. Además, cada una de las Partes considera que la conducta de la otra parte justifica un otorgamiento íntegro de las costas en su favor.
621. En opinión del Tribunal, tras una consideración de todas las circunstancias relevantes, los principios enumerados *supra* pueden ajustarse para tener en cuenta que la demandada es un Estado soberano. En particular, considera que, aun si un tribunal determina que un Estado ha violado sus obligaciones internacionales en relación con un inversionista, deben considerarse los motivos y la buena fe del Estado. En particular, cuando las acciones de un Estado han estado guiadas por su interpretación de buena fe del interés público y el Estado podría dudar razonablemente de que violaba sus obligaciones internacionales, el Tribunal podría considerar adecuado distribuir las costas de manera tal de aliviar la carga del Estado demandado. Estas consideraciones son aplicables a situaciones en las que el Estado es la demandada, no la demandante.
622. El Tribunal se guiará por estos principios al distribuir las costas. En primer lugar, el Tribunal procederá a analizar las costas incurridas por Petroecuador (2), y posteriormente abordará el grueso de las costas de las Partes pertenecientes a las reclamaciones y reconveniones (3).

y a otros factores relevantes, por el otro). Véase también: *Funnekotter c. Zimbabwe*, Laudo del 22 de abril de 2009, ¶ 147 (**Anexo CL-150**).

¹¹⁹⁶ Véanse, por ejemplo: *Electrabel S.A. c. República de Hungría*, Caso CIADI N.º ARB/07/19, Laudo del 25 de noviembre de 2015, ¶¶ 232-235 (distribuyendo las costas después de “*tener en cuenta todas las circunstancias de[] caso*”); *Helnan c. Egipto*, Laudo del 3 de julio de 2008, ¶¶ 173-174 (que también distribuyó las costas después de haber “*tenido en consideración todas las circunstancias de[] caso*”) (**Anexo EL-299**).

¹¹⁹⁷ Véase: C. H. Schreuer y otros, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY* (Cambridge: Cambridge University Press, 2^{da} edición, 2009), pág. 1233 (“*Aun los casos en los cuales los tribunales se han negado a adjudicar costas indican una creciente conciencia del principio de que la parte vencida debería soportar las consecuencias también en términos de costas*”) (**Anexo EL-370**).

2. Costas incurridas por Petroecuador

623. Ecuador afirma que, como consecuencia del retiro de las reclamaciones por parte de las Demandantes Contractuales (a las que también se hace alusión como las Subsidiarias de Burlington), Petroecuador es la parte vencedora con respecto a esas reclamaciones y debe recuperar la totalidad de sus costas, que ascienden a la suma de USD 48.589,72.
624. En la RP 2, el Tribunal indicó que “*era consciente de que el retiro de las Reclamaciones tendría efecto en la distribución de las costas en el presente procedimiento, y tratará la cuestión en una etapa ulterior, probablemente en el Laudo Definitivo*”.¹¹⁹⁸
625. Aplicando los principios delineados en las secciones precedentes, el Tribunal considera que Burlington debe sufragar las costas de Petroecuador en su totalidad. Petroecuador sólo fue parte del presente procedimiento porque las Demandantes Contractuales habían incoado las Reclamaciones Contractuales¹¹⁹⁹ en su contra. Como consecuencia del retiro de las Reclamaciones Contractuales,¹²⁰⁰ Petroecuador dejó de ser parte del presente procedimiento.¹²⁰¹ Aunque las Demandantes Contractuales también dejaron de ser parte del presente procedimiento por los mismos motivos¹²⁰² y ya no se les puede ordenar que cubran las costas de Petroecuador, el Tribunal considera apropiado que Burlington, en calidad de accionista controlante de las Demandantes Contractuales, soporte esta carga.
626. Ecuador ha solicitado intereses simples a la tasa LIBOR más dos por ciento sobre las costas otorgadas, desde la fecha del Laudo hasta el pago. Por los motivos expuestos en la Sección VII.D.5.3.3 *supra*, el Tribunal considera que la tasa LIBOR más dos por ciento para préstamos a tres meses constituye una tasa de interés adecuada. También por los motivos expuestos en esa sección, el Tribunal considera que este monto debe capitalizarse anualmente. En este caso, debido a que las costas se fijan en la fecha del Laudo y no dependen de la fecha de

¹¹⁹⁸ RP2, ¶ 23. Véase, asimismo: *Id.* pág. 14, ¶ III.3.

¹¹⁹⁹ Según se definiera en la Solicitud de Arbitraje de las Demandantes, ¶¶ 2 y 13(c), y C-Mem., Sección IV.

¹²⁰⁰ Carta de las Demandantes del 18 de septiembre de 2009, pág. 3. Véase, asimismo: la carta de las Demandantes del 10 de octubre de 2009, pág.1; RP2, ¶ 10; ¶¶ 11-18, and DJ, ¶ 80.

¹²⁰¹ RP2, ¶ 19 y pág. 14, ¶ III.1; DJ, ¶ 80.

¹²⁰² RP2, ¶ 19 y pág. 14, ¶ III.1.

valuación de la compensación adeudada a Burlington, los intereses se devengarán desde la fecha del Laudo, según lo solicitado, hasta la fecha de pago.

3. Costas pertenecientes a las reclamaciones y reconvencciones

627. Ambas Partes pretenden recuperar la totalidad de sus costas pertenecientes a las reclamaciones y reconvencciones. En subsidio, Ecuador solicita que se le exija sufragar sólo sus propios honorarios y gastos legales y periciales, y la mitad de las costas del arbitraje (honorarios y costas del CIADI y del Tribunal).
628. En las circunstancias del presente caso, el Tribunal considera apropiado que Ecuador sufrague el 65% de las costas del arbitraje (y que Burlington sufrague el 35%), y que cada una de las Partes sufrague sus propios costos y gastos legales, por los siguientes motivos.
629. Primero, Burlington prevaleció en sus reclamaciones, en el sentido de que el Tribunal ratificó su competencia y determinó que Ecuador había violado el Tratado. Dicho esto, el Tribunal determinó asimismo que carecía de competencia sobre muchas de las reclamaciones de Burlington, determinó que otras reclamaciones eran inadmisibles, y sostuvo que diversas reclamaciones de Burlington carecían de fundamento. De manera similar, el Tribunal rechazó dos de las tres reclamaciones de daños y perjuicios de Burlington y algunos de sus supuestos legales y financieros, con la consecuencia de que la compensación otorgada a Burlington asciende a un 25% del monto reclamado.
630. Por otro lado, aunque Ecuador también prevaleció respecto de parte de sus reconvencciones, el monto otorgado a Ecuador es un porcentaje extremadamente pequeño del monto reclamado. Contrariamente a lo que afirma Ecuador, el Tribunal no considera que la Decisión Provisional de *Perenco* proporcione fundamentos para una adjudicación íntegra de costas a Ecuador sobre las reconvencciones, independientemente de la magnitud de la contaminación. El Tribunal no se encuentra obligado por las conclusiones de hecho ni las consideraciones de derecho del tribunal de *Perenco*. Aunque, tal como se observara previamente, la mayoría cree que debe prestarse debida atención a decisiones anteriores de tribunales internacionales,¹²⁰³ la decisión del tribunal de *Perenco* no forma parte de una serie de casos establecidos a los cuales debería deferir el Tribunal. En cualquier caso, como lo señala correctamente Burlington, el tribunal de *Perenco*

¹²⁰³

Véase: párrafo 44 *supra*. Véanse, asimismo: DJ, ¶ 100; DR, ¶ 187.

aún no se ha pronunciado respecto de la responsabilidad definitiva del Consorcio, y su decisión brinda sustento para algunos de los argumentos de Burlington.

631. Más importante aún, el Tribunal considera que su decisión respecto de la distribución de costas debe realizarse únicamente sobre la base de las circunstancias del presente procedimiento. Con base en el expediente ante sí, el Tribunal ha determinado que, aunque el Consorcio no siempre cumplió con los estándares ambientales aplicables, la contaminación real atribuible al Consorcio distó de tener la envergadura alegada por Ecuador, ni tampoco los costos de remediación fueron tan elevados como reclamó Ecuador.
632. Segundo, aunque el Tribunal coincide con Burlington en que la conducta procesal de Ecuador aumentó la duración y el costo del procedimiento, el Tribunal considera que las solicitudes procesales de Ecuador fueron en general razonables en virtud de las circunstancias. La solicitud de Ecuador de una trifurcación del procedimiento en fases separadas de jurisdicción, fondo y cuantificación de daños no fue irracional habida cuenta de la complejidad de las reclamaciones, que en ese momento incluían también las reclamaciones de las Subsidiarias de Burlington. Además, dada la falta de claridad del Convenio y las Reglas de Arbitraje CIADI en cuanto a si un tribunal puede reconsiderar una decisión anterior al laudo, no se puede considerar ilegítimo que Ecuador haya presentado una Petición de Reconsideración. Finalmente, esa petición se oyó conjuntamente con la fase de cuantificación de daños y no demandó una fase separada. Y aunque la demora y el gasto ocasionados por la fase de reconveniones puedan considerarse desproporcionados al monto otorgado, esa desproporción se ve mitigada de algún modo por el interés público que subyace la reconvenición ambiental de Ecuador, a saber, la protección de la selva amazónica, que representa un interés fundamental en la subsistencia de la humanidad.
633. Tras haber evaluado la totalidad de estos elementos, y en el ejercicio de su discrecionalidad en materia de adjudicación de costas, el Tribunal considera razonable que Ecuador sufrague el 65% de las costas del arbitraje (honorarios y gastos del CIADI y del Tribunal), y que Burlington sufrague el 35% de esas costas.
634. En cambio, el Tribunal considera apropiado que cada una de las Partes sufrague sus propios honorarios y costos legales. Además de los motivos expuestos *supra*, el Tribunal observa que las costas de Burlington, en particular con respecto a las reclamaciones, son significativamente mayores que las de Ecuador. Es de

esperarse que existan diferencias en las costas de las partes contendientes, en tanto dependen esencialmente de las elecciones de litigio que pueda realizar cada parte para alegar su caso. Aquí, la disparidad de los niveles de costas entre las Partes constituye un motivo adicional por el cual el Tribunal considera apropiado que cada Parte sufrague sus propios honorarios y gastos legales y periciales.

IX. PARTE DISPOSITIVA

635. Por las razones expuestas *supra*, el Tribunal Arbitral:

- A. Deniega la Petición de Reconsideración de la Decisión sobre Responsabilidad presentada por Ecuador;
- B. Deniega las objeciones a la jurisdicción y a la admisibilidad planteadas por Ecuador en esta fase;
- C. Sobre la cuantificación de daños:
 - 1. Ordena a Ecuador a pagar a Burlington la suma de USD 379.802.267, más intereses, capitalizados anualmente, a la tasa LIBOR para préstamos a tres meses más dos por ciento, los que se devengarán desde el día 1 de septiembre de 2016, hasta la fecha de pago;
 - 2. Declara que el Laudo es neto de impuestos a la renta y a la participación laboral, y que Ecuador no puede imponer o intentar imponer impuestos a la renta y a la participación laboral sobre el Laudo;
- D. Sobre costas:
 - 1. Burlington soportará la totalidad de las costas de Petroecuador en el arbitraje, y por lo tanto se le ordena pagar a Petroecuador la suma de USD 48.589,72 más intereses, capitalizados anualmente, a la tasa LIBOR para préstamos a tres meses más dos por ciento, los que se devengarán desde el día del presente Laudo hasta la fecha de pago;

2. Ecuador soportará el 65% de las costas del arbitraje, tal como éstas sean determinadas en el estado financiero final del CIADI, y Burlington soportará el 35% de dichas costas;
 3. Cada Parte soportará sus propios costos de representación legal y de peritos;
- E. Desestima cualquier otra reclamación.

[firmado]

Sr. Stephen Drymer
Árbitro
Fecha:
15 de enero de 2017

[firmado]

Prof. Brigitte Stern
Árbitro
Fecha:
20 de enero de 2017

[firmado]

Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler
Presidenta del Tribunal
Fecha:
20 de enero de 2017