

Las *preocupaciones*  
del **Ecuador** en torno al  
sistema de **solución de disputas**  
**Inversionista - Estado**

**Dr. Diego García Carrión**  
Procurador General del Estado

Octubre,  
2012

**Críticas y  
consecuencias de los  
laudos**

**Oxy II**

**Chevron II**

**TBI ECU - EUA**

**Otras  
preocupaciones  
inherentes al diseño  
del sistema de  
solución de  
controversias  
Inversionista-Estado**

# Oxy II

mayo 2006 – octubre 2012

**OXY**

17 may 2006

Normas **CIADI**

Administrado por **CIADI**

Sede **París**

Cuantía USD **3.370 millones**

Causa

**Declaratoria de Caducidad del Contrato de Participación del Bloque 15 y campos unificados Edén Yuturi y Limoncocha.**

## Laudo 5 de octubre de 2012

- Ecuador violó el Artículo II.3(a) del Tratado al no otorgar trato justo y equitativo a la inversión de Oxy.
- Ecuador violó el Artículo III.1 del Tratado al expropiar la inversión de Oxy en el Bloque 15 a través de una medida “equivalente a la expropiación”.

**OXY**

17 may 2006

Normas **CIADI**

Administrado por **CIADI**

Sede **París**

Cuantía USD **3.370 millones**

Causa

**Declaratoria de Caducidad del Contrato de Participación del Bloque 15 y campos unificados Edén Yuturi y Limoncocha.**

## Laudo 5 de octubre de 2012

- El Tribunal aplicó un test de proporcionalidad a la sanción derivada del incumplimiento del art. 74.11 de la Ley de Hidrocarburos (LDH) que facultaba al Ministro a declarar la caducidad del Contrato de Participación. Concluyó que la sanción fue desproporcionada.
- Declaró que OXY violó la Cláusula 16.1 del Contrato de Participación al ceder sus derechos a AEC, lo que redujo en tan solo el 25% el monto de la indemnización.
- A pesar de haber concluido que OXY cedió derechos a AEC, declaró que la falta de autorización volvió inexistente a la misma.

**OXY**

17 may 2006

Normas **CIADI**

Administrado por **CIADI**

Sede **París**

Cuantía USD **3.370 millones**

Causa

**Declaratoria de Caducidad del Contrato de Participación del Bloque 15 y campos unificados Edén Yuturi y Limoncocha.**

## Fallo disidente al Laudo de 5 de octubre de 2012 Prof. Brigitte Stern

- Se ha subestimado groseramente la consecuencia del ilícito de Oxy al violar el derecho ecuatoriano y la importancia que tiene para cada Estado la observancia de su orden jurídico.
- La posición de la mayoría sobre el acuerdo *Farmout* es escandalosa en términos jurídicos y adolece de una absoluta falta de fundamentación.
- Existe un manifiesto exceso de poder al anular un contrato de una compañía que no era parte del arbitraje ni sujeto a la jurisdicción del Tribunal por tratarse de un inversor chino.

**OXY**

17 may 2006

Normas **CIADI**

Administrado por **CIADI**

Sede **París**

Cuantía USD **3.370 millones**

Causa

**Declaratoria de Caducidad del Contrato de Participación del Bloque 15 y campos unificados Edén Yuturi y Limoncocha.**

## Fallo disidente al Laudo de 5 de octubre de 2012 Prof. Brigitte Stern

Para el cálculo de daños debió considerarse:

- i. Ley 42-2006: cumple la función de un impuesto;
- ii. El cobro del IVA;
- iii. El acuerdo *Farmout*: constituye una cesión de derechos; el Tribunal solo pudo otorgarle el 60% de los daños a la Oxy; y
- iv. Oxy asumió el riesgo de la caducidad, por lo que habría sido más razonable distribuir la responsabilidad entre Oxy y Ecuador utilizando una división 50/50.

## Criticas y consecuencias

1

El Tribunal juzgó la Ley de Hidrocarburos y la dejó sin efecto, a pesar de nunca fue impugnada por Oxy y expresamente aceptada en su contrato de exploración y explotación.

Se reduce la capacidad estatal para dictar sus propias leyes e imponer sanciones a los inversionistas extranjeros.



## Criticas y consecuencias

1

El Tribunal juzgó la Ley de Hidrocarburos y la dejó sin efecto, a pesar de nunca fue impugnada por Oxy y expresamente aceptada en su contrato de exploración y explotación.

¿Se abre la puerta para que los inversionistas puedan violar las leyes locales sin ninguna consecuencia?

## Criticas y consecuencias

1

El Tribunal juzgó la Ley de Hidrocarburos y la dejó sin efecto, a pesar de nunca fue impugnada por Oxy y expresamente aceptada en su contrato de exploración y explotación.

Los tribunales desestiman el valor de las leyes locales y los acuerdos entre las partes frente al derecho internacional, alterando el justo equilibrio que debe existir entre ellos.

## Criticas y consecuencias

1

El Tribunal juzgó la Ley de Hidrocarburos y la dejó sin efecto, a pesar de nunca fue impugnada por Oxy y expresamente aceptada en su contrato de exploración y explotación.

No existe una adecuada comprensión del principio de legalidad, ni de su importancia en un Derecho de tradición romana, ni de la obligación de los funcionarios públicos para cumplir y hacer cumplir la Ley.

## Criticas y consecuencias

1

El Tribunal juzgó la Ley de Hidrocarburos y la dejó sin efecto, a pesar de nunca fue impugnada por Oxy y expresamente aceptada en su contrato de exploración y explotación.

Los árbitros toman decisiones respecto del derecho público sin el conocimiento pleno de los principios que lo gobiernan, tales como las prerrogativas estatales.

## Criticas y consecuencias

2

El laudo dictado por el Tribunal contiene graves errores en cuanto a la apreciación de las pruebas presentadas durante el proceso y una errónea aplicación del derecho internacional y de la ley ecuatoriana.

El recurso de Anulación del Laudo no garantiza una adecuada revisión sobre los errores arbitrales pues su examen está limitado a causales muy concretas.

**CMS c.  
Argentina**

**MINE c.  
Guinea**

## CMS Gas Transmission Company c. República Argentina

“El Comité recuerda, una vez más, que sólo tiene una jurisdicción limitada con arreglo al Artículo 52 del Convenio CIADI. En concreto, lisa y llanamente el Comité no puede imponer su visión del derecho y apreciación de los hechos sobre los del Tribunal. A pesar de los errores y vacíos identificados en el Laudo, en definitiva el Tribunal aplicó el Artículo XI del Tratado, aun si lo fue en forma ambigua y defectuosa. Por lo tanto, no existió extralimitación manifiesta de facultades” (Decisión sobre Anulación. Caso CIADI No. ARB/01/8, párr. 136)

## **MINE Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea**

“Debe trazarse una distinción entre el desconocimiento voluntario de las normas aplicables del derecho y una aplicación errónea de esas normas que, aun cuando sea manifiestamente injustificada, no constituye causal de anulación” (Decisión de anulación, Caso CIADI No. ARB/84/4, párr. 5.04)

## Criticas y consecuencias

2

El laudo dictado por el Tribunal contiene graves errores en cuanto a la apreciación de las pruebas presentadas durante el proceso y una errónea aplicación del derecho internacional y de la ley ecuatoriana.

No existe dentro del sistema de solución de controversias un control de la calidad de los laudos, lo cual es agravado por la inexistencia de jurisprudencia o criterios obligatorios.



# — Chevron II —

diciembre 2006 – agosto 2011

**Chevron**

19 dic 2006

Normas

**CNUDMI  
UNCITRAL**

Administrado por

**Corte  
Permanente de  
Arbitraje**

Sede

**La Haya**

Cuantía USD

**USD 1.605  
millones**

Causa

**La existencia de 7 casos comerciales iniciados entre 1991 y 1993 no resueltos por las cortes ecuatorianas.**

## TBI Ecuador – EUA, artículo II (7)

Artículo II(7) del TBI suscrito entre el Ecuador y los Estados Unidos dice:

“Cada Parte deberá proveer medios efectivos de hacer valer las demandas y ejercer los derechos con respecto a la inversión, los contratos de inversiones y las autorizaciones de inversión.”

## Chevron

19 dic 2006

Normas

**CNUDMI  
UNCITRAL**

Administrado por

**Corte  
Permanente de  
Arbitraje**

Sede

**La Haya**

Cuantía USD

**USD 1.605  
millones**

Causa

**La existencia de 7 casos comerciales iniciados entre 1991 y 1993 no resueltos por las cortes ecuatorianas.**

## Interpretación del Tribunal Chevron II

- El Artículo II(7) del TBI expresa un estándar independiente de “medios efectivos”, es decir una *lex specialis*.
- Implica una prueba distinta y menos exigente en comparación con el estándar de Denegación de Justicia al amparo del Derecho Internacional Consuetudinario.
- El Tribunal tomó el lugar de los jueces ecuatorianos y revisó los casos comerciales subyacentes: “*El estándar aplicable de revisión exige que el tribunal se ponga en el lugar de un juez ecuatoriano honesto, independiente e imparcial ...*”

## Criticas y consecuencias

1

Tanto Chevron como el Ecuador argumentaron que el Art. II:7 del TBI aludía a Denegación de Justicia. La disputa, versaba sobre si se produjo o no dicha Denegación. El Tribunal se apartó de los alegatos de las partes.

Si los Tribunales están facultados para apartarse de la *litis* trabada por las partes, ¿Qué limite existe en sus decisiones?

## Criticas y consecuencias

1

Tanto Chevron como el Ecuador argumentaron que el Art. II:7 del TBI aludía a Denegación de Justicia. La disputa, versaba sobre si se produjo o no dicha Denegación. El Tribunal se apartó de los alegatos de las partes.

A través de las decisiones arbitrales los Estados ven modificados sus acuerdos sin que medie un mecanismo de negociación o enmienda del Tratado.

## Criticas y consecuencias

1

Tanto Chevron como el Ecuador argumentaron que el Art. II:7 del TBI aludía a Denegación de Justicia. La disputa, versaba sobre si se produjo o no dicha Denegación. El Tribunal se apartó de los alegatos de las partes.

¿Qué sucede si un laudo posterior contradice la interpretación que hizo del Tratado otro Tribunal? ¿Que seguridad jurídica puede existir después de la misma? Una vez más no existe un control de los laudos emitidos ni una jurisprudencia obligatoria.

**Duke Energy c.  
Ecuador**

## Ecuador vs. Duke Energy

### **Interpretación del Tribunal sobre el Art. II (7) TBI Ecuador - EUA**

- Esta disposición garantiza el acceso a los tribunales y la existencia de mecanismos institucionales de protección de inversiones.
- En consecuencia, tiene como fin hacer efectiva la garantía más general de protección contra la Denegación de Justicia, y forma parte de la misma.

## Criticas y consecuencias

2

El Tribunal tomó el lugar de los jueces nacionales y revirtió sus decisiones

Art. VIII del TBI ECU – EUA:

*“El presente Tratado no menoscabará: a) Las leyes, los reglamentos, las prácticas y los procedimientos administrativos y los fallos administrativos y judiciales de cualquiera de las Partes.”*



## Criticas y consecuencias

2

El Tribunal tomó el lugar de los jueces nacionales y revirtió sus decisiones

Existe una disminución de la capacidad estatal para administrar justicia sobre las controversias que planteen los inversionistas extranjeros. Se convierte el arbitraje internacional en un mecanismo de apelación?.

# TBI ECU- ECUA

junio 2011 – septiembre 2012

**TBI ECU –  
EUA**

28 junio 2011

Normas

**UNCITRAL**

Administrado por

**CPA**

Sede

**La Haya**

Cuantía USD

**Indeterminada**

Causa

**Disputa sobre la  
interpretación del artículo II  
(7) TBI ECU – EUA.**

**TBI Ecuador – EUA, interpretación artículo II (7)**

- Arbitraje sujeto a confidencialidad.
- El artículo VII:1 del Tratado establece que toda controversia sobre la interpretación o aplicación del Tratado será sometido a un Tribunal gobernado por las Reglas UNCITRAL.
- El Tribunal se declaró incompetente.

## Criticas y consecuencias

El Estado se encuentra en indefensión, pues no ha sido escuchado sobre su reclamo respecto a la correcta interpretación del TBI ECU-USA

Los Árbitros parecen haber olvidado que las cláusulas de un tratado deben tener un efecto. La ineficacia del mecanismo de solución de controversias Estado – Estado en el TBI, deja en indefensión al Ecuador

Otras **preocupaciones**  
inherentes  
al diseño del sistema de  
*solución de controversias*  
Inversionista - Estado

1

Los **TBI** son instrumentos que no solo proveen **obligaciones para los Estados.**

2

Las **interpretaciones arbitrales** han otorgado **más derechos a los inversionistas** que los establecidos en los TBI.

3

No existe un mecanismo adecuado que efectúe un **control de la legalidad y calidad** de los laudos arbitrales. Los **mecanismos de anulación son muy limitados.**

1

Los **TBI** son instrumentos que no solo proveen **obligaciones para los Estados.**

- Las decisiones arbitrales están produciendo una violación de la Ley interna sin una consecuencia, por lo tanto los beneficios a los inversionistas protegidos por un TBI son mayores a los ostentan los ciudadanos de un país.
- Los Tribunales Arbitrales parecen entender que a la luz de los TBI, el Estado es el único deudor de derechos, lo que vuelve al sistema de solución de controversias injusto, no equilibrado.

2

Las **interpretaciones arbitrales** han otorgado **más derechos a los inversionistas** que los establecidos en los TBI.

- Los casos Chevron II y Oxy II, demuestran que las decisiones arbitrales han reconocido más derechos a los inversionistas que los otorgados por el TBI.
- Existe una gran distancia entre los derechos concedidos a través de los TBI por los Estados y los que los Árbitros con una mirada no estatal han concedido a los inversionistas.
- Se debería tener en cuenta que la interpretación de cualquier tratado o convenio debe efectuarse desde la intención de las partes subscriptoras.



3

No existe un mecanismo adecuado que efectúe un **control de la legalidad y calidad** de los laudos arbitrales. Los **mecanismos de anulación son muy limitados.**

Necesidad de implementar mecanismos que permitan la revisión y/o corrección de los laudos:

- i. Las consecuencias de los Laudos son críticas para los Estados y sus ciudadanos desde el punto de vista económico.

3

No existe un mecanismo adecuado que efectúe un **control de la legalidad y calidad** de los laudos arbitrales. Los **mecanismos de anulación son muy limitados.**

Necesidad de implementar mecanismos que permitan la revisión y/o corrección de los laudos:

- ii. Desde el punto de vista jurídico el hecho de que los Tribunales Arbitrales ejerzan control sobre la legislación o las decisiones judiciales de los Estados tiene consecuencias sobre la seguridad jurídica nacional.

3

No existe un mecanismo adecuado que efectúe un **control de la legalidad y calidad** de los laudos arbitrales. Los **mecanismos de anulación son muy limitados.**

Necesidad de implementar mecanismos que permitan la revisión y/o corrección de los laudos:

- iii. El Arbitraje de Inversión es un sistema de Derecho Internacional Público similar al de Solución de Controversias de la OMC (en donde un organismo de apelación ha ayudado a mejorar el sistema). Por lo tanto debe contar con decisiones apegadas al Derecho internacional, a los acuerdos de las partes y a la legislación local; brindando seguridad jurídica y legitimidad a través de sus resultados.

3

No existe un mecanismo adecuado que efectúe un **control de la legalidad y calidad** de los laudos arbitrales. Los **mecanismos de anulación son muy limitados.**

Un mecanismo de revisión y/o corrección de los laudos sería recomendable, para buscar:

- Consistencia entre las decisiones arbitrales.
- Disminuir el riesgo de interpretaciones dispares.
- Corrección de graves errores de interpretación sobre los hechos y el derecho.
- Correcciones puntuales como por ejemplo la inadecuada condena en costas o la falta de ella (Caso EMELEC)
- Legitimidad de las decisiones y facilidad en la aceptación de la decisión por las partes.
- Disminuir acciones de nulidad ante las Cortes Nacionales de la sede arbitral.



# **Dr. Diego García Carrión**

## Procurador General del Estado