PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO

P G E

ECUADOR

Caso OXY:

Defensa Jurídica de una decisión soberana y en derecho del Estado ecuatoriano

Quito, 17 de octubre de 2014

16 MEMORIALES

+1000 ANEXOS

35 DECLARACIONES DE EXPERTOS Y TESTIGOS

22 DÍAS EN AUDIENCIAS ORALES

BÚSQUEDA DE INFORMACIÓN EN AL MENOS **6** ENTIDADES ESTATALES

ENTREVISTAS A **DECENAS** DE INVOLUCRADOS

5 de octubre de 2012

El Tribunal Arbitral, dicta uno de **los laudos más polémicos** de la historia del sistema de solución de controversias de inversión, incluyendo un voto disidente en términos tan duros que **hacen impensable que dicho laudo supere la etapa de anulación.**

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
ECUADOR
PGE
CASO OXY:
DEFENSA JURÍDICA
DE UNA DECISIÓN SOBERANA
Y EN DERECHO DEL ESTADO ECUATORIANO
GESTIÓN 2008·2014
DIEGO GARCÍA CARRIÓN

1. | La falta de competencia del Tribunal. La caducidad no era materia arbitrable

La terminación de este Contrato de Participación **por cualquier causa distinta a aquellas que producen caducidad,** podrá ser demandada por cualesquiera de las Partes con sujeción a los procedimientos convenidos en la Cláusula Vigésima (Consultoría y Arbitraje), a falta de acuerdo entre ellas.

2. | Los reclamos fueron prematuros, no se respetó el período de enfriamiento

a) **Siempre y cuando** la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2 y **hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia**, la sociedad o el nacional interesado podrá optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio: [...]

A juicio de este Tribunal, la exigencia de que las partes deban procurar intentar resolver su controversia, mediante consultas y negociaciones, durante un período de seis meses, no es, como pretende la Demandante y han sostenido algunos tribunales arbitrales "una regla procesal" o una etapa "de naturaleza no obligatoria y procesal" que el interesado puede satisfacer o no. **Por el contrario, se trata de un requisito fundamental que debe cumplir, obligatoriamente, la parte Demandante, antes de presentar un arbitraje conforme a las normas del CIADI.**

3. | OXY no podía ceder sus derechos bajo el Contrato de Participación sin el consentimiento del Ministro de Energía y Minas

La transferencia de este Contrato de Participación o la cesión a terceros de derechos provenientes del mismo deberán ser autorizadas por el Ministerio del Ramo, de conformidad con las leyes y reglamentos vigentes; de manera especial se cumplirán las disposiciones previstas en el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos y en los Decretos Ejecutivos Nos. 809, 2713 y 1179.

21.1. Terminación: **Este Contrato de Participación terminará:**

21.1.1. **Por declaratoria de caducidad** emitida por el Ministerio del Ramo por las causales y bajo el procedimiento establecido en los artículos setenta y cuatro (74), setenta y cinco (75) y setenta y seis (76) de la Ley de Hidrocarburos, en lo que sean aplicables.

21.1.2. **Por transferir derechos y obligaciones del Contrato de Participación, sin autorización del Ministerio del Ramo.**

[…] **La falta de solicitud de la autorización correspondiente significó que OEPC violó la Cláusula 16.1 del Contrato de Participación y fue culpable de una violación punible del Artículo 74.11 de la LHC que expresamente le daba la opción al Ministro de declarar la caducidad del Contrato** de Participación y los Acuerdos de Operación Conjunta. Es por este motivo que la acusación realizada por las Demandantes de que el Decreto de Caducidad frustró sus expectativas legítimas es rechazada.

4. | La proporcionalidad de la sanción

5. | El incidente del mail del Presidente del Tribunal del 15 de febrero de 2011

"El Tribunal ***ha llegado al punto en sus deliberaciones*** *en el que necesita la ayuda de los peritos de ambas partes, el Sr. Joseph Kalt y el Sr. Daniel Johnston, para ayudar al Tribunal a* ***determinar el cálculo correcto de la indemnización.*** *[…]"*

6. | El argumento de la culpa compartida. El Tribunal considera que la conducta de OXY fue simplemente negligente

[…] Es posible que hayan sido imprudentes y negligentes. También es posible que el curso de acción propuesto haya sido riesgoso, tal como lo confirman los hechos posteriores; sin embargo, **por los motivos que se describen a continuación**, el Tribunal no considera que exista prueba alguna de que su posición estuviera cargada de mala fe.

Eran hombres de negocios, petroleros experimentados, para quienes los detalles legales no eran tan importantes como las realidades comerciales del negocio.

[…] They were business people, **seasoned oilmen**, for whom legal niceties were not as important as the business realities of the deal […].

Considero que se ha subestimado enormemente la contribución de las Demandantes al daño, ya que las Demandantes deliberadamente asumieron el riesgo de la caducidad por su propio comportamiento. Es decir, la caducidad podía ocurrir o no, pero, efectivamente, las probabilidades de que ocurriera eran mayores que las probabilidades de que no ocurriera, considerando el texto de la ley y la referencia a la caducidad en el contrato. Es interesante observar que en el caso MTD, tanto el tribunal como el comité ad hoc adoptaron una división de 50/50 por el solo hecho de que la demandante había procedido en forma imprudente desde el punto de vista comercial, a pesar de no cometer ningún ilícito. **Ese enfoque 50/50 se justificaba aún más en este caso, ya que las Demandantes procedieron en forma muy imprudente, además de ilegal** [...]

7. | El nuevo argumento del Tribunal: La teoría de la inexistencia

" […] El Tribunal ahora invita a las partes a ***asumir que se produjo una cesión de derechos como resultado del Acuerdo Farm-out y el Contrato de Operación Conjunta****. En base a tal supuesto, se solicita a las partes que* ***realicen un análisis detallado de los efectos de una cesión de derechos conforme a un contrato sujeto a las leyes de Nueva York*** *(es decir, el Acuerdo Farm-out y el Contrato de Operación Conjunta)* ***en violación de la cláusula de prohibición de cesión incluida en un contrato sujeto a las leyes del Ecuador*** *(es decir, el Artículo 16(1) del Contrato de Participación)* ***y en violación del Artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos****. Asímismo, se solicita a las partes analizar tanto las leyes de Nueva York como el derecho ecuatoriano y hacer las presentaciones correspondientes, incluso si una ambas partes consideran que por algún motivo, las leyes de Nueva York y/o el derecho ecuatoriano pudieran ser irrelevantes a los fines de determinar los efectos del Acuerdo Farm-out y el Contrato de Operación Conjunta"*

La transferencia de un contrato o la cesión a terceros de derechos provenientes de un contrato, **serán nulas y no tendrán valor alguno** si no precede autorización del Ministerio del Ramo, **sin perjuicio de la declaración de caducidad según lo previsto en la presente Ley**.

En segundo lugar, me resulta fundamentalmente imposible aceptar las distintas conclusiones del Laudo respecto de los efectos que el Tribunal debe adscribir al Acuerdo de Farmout. En mi opinión, **la posición de la mayoría respecto de los efectos del Acuerdo de Farmout es tan escandalosa en términos jurídicos y tan contradictoria** que no tengo otra alternativa que manifestar mis discrepancias. En mi opinión, el enfoque de la mayoría a la efectividad del Acuerdo de Farmout presenta **dos aspectos principalmente cuestionables:**

el primero de ellos es el análisis de la cuestión de la efectividad de un acto jurídico conforme al derecho ecuatoriano, que se basa en una falta absoluta de fundamentación, tanto así que **no logré seguir el "razonamiento" del punto A al punto B, y presenta groseros errores jurídicos** en la propuesta interpretación del contenido del derecho ecuatoriano.

el segundo, y, en mi opinión, el más grave, es el **manifiesto exceso de poder** del Laudo al anular un contrato relativo a una sociedad que no sólo no era parte del arbitraje sino que, incluso si hubiera sido parte, no podría haber sido considerada, ya que se trata de un **inversor chino, como un inversor respecto del cual el Tribunal no tenía jurisdicción conforme al TBI Estados Unidos/Ecuador**.

8. | La caracterización de la Ley 42-2006

Pero, **para la mayoría, la Ley 42 no constituye un impuesto ni un gravamen. No obstante, esto parecería contradecirse con la caracterización de la Ley 42 por parte de la mayoría**, a saber, "una decisión unilateral del Congreso Ecuatoriano para asignar al Estado Ecuatoriano un porcentaje definido de los ingresos obtenidos por compañías contratistas" (párrafo 510 del Laudo), que, en mi modesta opinión, **describe con exactitud la función de un impuesto o un gravamen**. [...]

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
ECUADOR
PGE
CASO OXY:
DEFENSA JURÍDICA
DE UNA DECISIÓN SOBERANA
Y EN DERECHO DEL ESTADO ECUATORIANO
GESTIÓN 2008·2014
DIEGO GARCÍA CARRIÓN

PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO

P G E

ECUADOR

Dr. Diego García Carrión

Procurador General del Estado

Muchas gracias