

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

---

**DUKE ENERGY ELECTROQUIL PARTNERS  
y  
ELECTROQUIL S.A.**

**(“Duke”)**

**DEMANDANTES**

**c.**

**REPÚBLICA DEL ECUADOR**

**(“Ecuador”)**

**DEMANDADA**

**Caso CIADI N.º ARB/04/19**

---

**LAUDO**

---

**Emitido por el Tribunal de Arbitraje integrado por:**

**Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Presidente**

**Dr. Enrique Gómez Pinzón, Árbitro**

**Prof. Albert Jan van den Berg, Árbitro**

**Secretario del Tribunal:**

**Sr. Gonzalo Flores**

**Fecha de envío a las Partes: 18 de agosto de 2008**

## ÍNDICE

<b>SIGLAS Y ABREVIATURAS .....</b>	<b>5</b>
<b>I. HECHOS .....</b>	<b>6</b>
<b>1. Las partes .....</b>	<b>6</b>
1.1 Las Demandantes.....	6
1.2 La Demandada .....	6
<b>2. Antecedentes de hecho.....</b>	<b>7</b>
2.1 La crisis energética de Ecuador .....	7
2.2 Suscripción de los contratos de compraventa de potencia y energía eléctrica (PPA) y otros contratos conexos .....	8
2.3 Los pagos en virtud de los PPA y la constitución de los Fideicomisos de Pago .....	11
2.4 Las multas impuestas durante la ejecución de los PPA .....	13
2.5 Participación indirecta de Duke Energy en los PPA a través de su inversión en Electroquil .....	15
2.6 Participación directa de Ecuador en los PPA .....	15
2.7 Convenios de arbitraje y mediación.....	16
2.8 La liquidación de los PPA y de los contratos conexos .....	17
2.9 El procedimiento relativo a las exenciones de los aranceles de aduana .....	18
<b>II. HISTORIA PROCESAL .....</b>	<b>20</b>
<b>1. Fase inicial.....</b>	<b>20</b>
<b>2. Fase de presentación de escritos antes de la audiencia .....</b>	<b>21</b>
<b>3. Audiencia .....</b>	<b>23</b>
<b>4. Fase de presentación de escritos posterior a la audiencia .....</b>	<b>23</b>
<b>III. LAS POSICIONES DE LAS PARTES .....</b>	<b>24</b>
<b>1. Las posiciones de las partes sobre la jurisdicción .....</b>	<b>24</b>
1.1 Excepciones presentadas por Ecuador a la jurisdicción .....	25
1.2 Respuesta de Duke a las objeciones a la jurisdicción planteadas por Ecuador .....	25
<b>2. Posiciones de las partes sobre el fondo de la controversia.....</b>	<b>26</b>
2.1 Posición de Duke .....	26
2.1.1 Argumentos de Duke .....	26
2.1.2 Petitorio de Duke .....	27
2.2 Posición de Ecuador sobre el fondo de la controversia.....	28

2.2.1	Argumentos de Ecuador .....	28
2.2.2	Petitorio de Ecuador .....	28
<b>IV.</b>	<b>ANÁLISIS .....</b>	<b>29</b>
<b>1.</b>	<b>Observaciones preliminares .....</b>	<b>29</b>
<b>2.</b>	<b>Competencia .....</b>	<b>30</b>
2.1	Competencia del Tribunal en virtud del Convenio Arbitral.....	31
2.1.1	El alcance del Convenio Arbitral .....	32
a)	Definición de la cuestión .....	32
b)	Posiciones de las Partes .....	33
c)	Decisión del Tribunal.....	34
2.1.2	Requisitos jurisdiccionales bajo el Convenio CIADI .....	38
2.2	Jurisdicción alternativa en virtud del TBI .....	39
2.2.1	Posiciones de las Partes.....	39
2.2.2	Decisión del Tribunal .....	40
a)	La invocación tardía del TBI.....	42
b)	Bases jurisdiccionales conjuntas .....	42
c)	La ejecución de los Fideicomisos de Pago y el alcance del TBI .....	44
d)	Aranceles de aduana y alcance del TBI respecto de cuestiones tributarias.....	45
<b>3.</b>	<b>Ley aplicable .....</b>	<b>50</b>
3.1	Posiciones de las Partes .....	50
3.2	Decisión del Tribunal .....	51
3.2.1	Ley aplicable .....	51
3.2.2	Aplicación racione personae/temporis del TBI .....	52
<b>4.</b>	<b>Fondo de la controversia .....</b>	<b>53</b>
4.1	¿Violó Ecuador los PPA y el derecho ecuatoriano? .....	54
4.1.1	Reclamaciones relativas a la violación de las obligaciones de pago.....	54
a)	Posiciones de las Partes.....	55
b)	Decisión del Tribunal.....	57
4.1.2	Reclamaciones relativas a los intereses aplicables a los pagos tardíos.....	64
a)	¿Se deben intereses? .....	64
b)	Presunta “renuncia” a reclamar el pago de intereses .....	69
4.1.3	Multas y penalidades impuestas durante la ejecución de los PPA.....	71
a)	Posiciones de las Partes.....	71
b)	Régimen contractual .....	72

	c) Examen de las multas realizado por el Tribunal .....	74
4.1.4	Los Convenios de Arbitraje y Mediación y el arbitraje local.....	89
	a) Posiciones de las partes .....	89
	b) Decisión del Tribunal.....	89
4.1.5	¿Incumplió Ecuador su obligación de actuar de buena fe? .....	93
	a) Posiciones de las partes .....	93
	b) Decisión del Tribunal.....	93
4.2	¿Violó Ecuador el TBI? .....	94
4.2.1	Cuestiones a ser determinadas .....	94
4.2.2	¿Violó Ecuador su obligación de cumplir las obligaciones asumidas en relación con la inversión (Artículo II(3)(c) del TBI)? .....	95
	a) Posiciones de las partes .....	95
	b) Decisión del Tribunal.....	95
4.2.3	¿Violó Ecuador su obligación de otorgar un trato justo y equitativo (Artículo II(3)(a) del TBI)? .....	98
	a) Posiciones de las partes .....	98
	b) Estándar aplicable.....	99
	c) Decisión del Tribunal.....	103
4.2.4	¿Violó Ecuador la obligación de no menoscabar la inversión a través de actos arbitrarios (Artículo II(3)(b) del TBI)? .....	109
	a) Posiciones de las partes .....	109
	b) Estándar aplicable.....	111
	c) Decisión del Tribunal.....	112
4.2.5	¿Violó Ecuador la obligación de establecer medios eficaces para hacer valer las reclamaciones (Artículo II(7) del TBI)? .....	112
	a) Posiciones de las partes .....	113
	b) Decisión del Tribunal.....	115
4.3	Daños y perjuicios .....	118
4.3.1	Posiciones de las partes .....	119
	a) Posición de las Demandantes.....	119
	b) Posición de la Demandada .....	125
4.3.2	Análisis del Tribunal.....	129
	a) Derecho aplicable .....	129
	b) Consecuencias de la violación de los PPA y del derecho ecuatoriano.....	129
	c) Consecuencias de las violaciones de las normas del TBI....	134
	d) Moneda del Laudo .....	138
	e) Beneficiario del Laudo.....	139

**V. REPARACIÓN ..... 140**

## SIGLAS Y ABREVIATURAS

1. <sup>er</sup> EPA Dda./ 2. <sup>do</sup> EPA Dda.	Primer escrito de la Demandada posterior a la audiencia, del 30 de junio de 2006 / segundo escrito de la Demandada posterior a la audiencia, del 21 de julio de 2006
1. <sup>er</sup> EPA Dtes./ 2. <sup>do</sup> EPA Dtes.	Primer escrito de las Demandantes posterior a la audiencia, del 30 de junio de 2006 / segundo escrito de las Demandantes posterior a la audiencia, del 21 de julio de 2006
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
Contestación Dda.	Memorial de Contestación a la Demanda presentado por la Demandada el 22 de noviembre de 2005
Convenio CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados
DT	Declaración testimonial
Dúplica Dtes.	Dúplica sobre jurisdicción de las Demandantes del 31 de marzo de 2006
IP	Informe pericial
MEM	Ministerio de Energía y Minas
Mem. Dtes.	Memorial Principal de las Demandantes del 2 de septiembre de 2005
PD C-	Prueba documental de las Demandantes (Solicitud de Arbitraje)
PD Dda.	Prueba documental de la Demandada (prueba documental y material jurídico)
PD Dtes.	Prueba documental de las Demandantes (prueba documental y material jurídico)
PPA	Contratos de compraventa de potencia y energía eléctrica (PPA 95 y PPA 96)
Reglas de Arbitraje	Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje CIADI
Réplica Dda.	Réplica sobre jurisdicción y Dúplica sobre el fondo de la diferencia, de la Demandada, de 6 de marzo de 2006
Réplica Dtes.	Réplica y Memorial de Contestación sobre jurisdicción de las Demandantes de fecha 18 de enero de 2006
S. de A.	Solicitud de Arbitraje
TBI	Tratado Bilateral de Inversiones; específicamente, el "Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones" del 27 de agosto de 1993
Tr.	Transcripción de la audiencia del 24-28 de abril de 2006

## **I. HECHOS**

1. Este capítulo resume los principales hechos de la presente disputa. Hechos adicionales serán tratados en el capítulo titulado “Análisis”, en la medida y oportunidad en que corresponda.

### **1. LAS PARTES**

#### **1.1 Las Demandantes**

2. Las Demandantes en este procedimiento son: (i) Duke Energy Electroquil Partners (“Duke Energy” o la “Primera Demandante”) y (ii) Electroquil S.A. (“Electroquil” o la “Segunda Demandante”) (en conjunto, “Duke” o las “Demandantes”).
3. La Primera Demandante, Duke Energy, es una sociedad creada y constituida de conformidad con las leyes del estado de Delaware, EE. UU. (PD C-4 S. de A.), con domicilio social en 5400 Westheimer Ct. 77056-5310, PO Box 1642, Houston, Texas, EE. UU.
4. Duke Energy es la única compañía matriz de Duke Energy International del Ecuador Cía. Ltda. (“Duke Ecuador” o “DEI”), a través de la cual adquirió una participación en Electroquil el 23 de febrero de 1998.
5. La Segunda Demandante, Electroquil, es una empresa de generación eléctrica creada y constituida de acuerdo con las leyes de Ecuador, con domicilio social en la Calle José Salcedo, N° 410, Guayaquil, Ecuador (PD C-5 S. de A.).
6. Las Demandantes están representadas en este arbitraje por los Sres. Arif H. Ali y Baiju S. Vasani, Crowell & Moring L.L.P.; el Sr. C. Mark Baker, el Sr. Aníbal Sabater, la Sra. Caroline M. Mew, la Sra. Hdeel Abdelhady y el Sr. David Chung, Fulbright & Jaworski L.L.P., y por los Dres. César Coronel y Hernán Pérez Loose, Coronel y Pérez Abogados, Guayaquil.

#### **1.2 La Demandada**

7. La Demandada es la República del Ecuador (“Ecuador” o la “Demandada”).
8. La Demandada está representada en este arbitraje por el Dr. Diego García Carrión, Procurador del Estado de la República del Ecuador, los Sres. Alberto Wray Espinosa, Ernesto Albán Ricaurte, Álvaro Galindo, Estudio Jurídico Cabezas y Wray, de Quito, y por el Sr. Robert Volterra, Latham & Watkins, de Londres.

## 2. ANTECEDENTES DE HECHO

9. La presente diferencia surge de varios contratos celebrados entre las partes a los fines de la generación de energía eléctrica en Ecuador. En aras de la claridad y celeridad, el Tribunal abordará los antecedentes de hecho en forma temática, tratando cada tema cronológicamente en la medida de lo posible.

### 2.1 La crisis energética de Ecuador

10. En 1973, el Gobierno de Ecuador creó el Instituto Ecuatoriano de Electrificación (“INECEL”) de conformidad con lo dispuesto en la Ley Básica de Electrificación de 1973, como empresa estatal bajo el Ministerio de Recursos Naturales y Energía, para desarrollar las funciones de generación, transmisión y distribución de electricidad (PD C-11 S. de A.; PD Dtes. 028). El INECEL era la única entidad autorizada para producir y suministrar electricidad.
11. El sector eléctrico empezó a deteriorarse y en 1992 una crisis dio lugar a la escasez de electricidad en todo el país (PD C-10 S. de A.). Este hecho llevó a Ecuador a emitir, el 7 de febrero de 1992, el Primer Decreto de Emergencia N° 3071 (el “Primer Decreto de Emergencia”), por el que se declaró el estado de emergencia “*por razones de falta de generación de energía eléctrica debida al déficit de lluvias*” (Art. 1) y se ordenó al Ministerio de Finanzas asignar fondos para que el INECEL pudiera comprar energía (PD Dtes. 002).
12. “*En medio de y en respuesta*” a la crisis de electricidad (S. de A., párrafo 18, Inglés en el original, *traducción libre del Tribunal*), Electroquil fue creada el 10 de enero de 1992 (PD C-5 S. de A.; PD Dda. 003). Fue la primera empresa privada de generación eléctrica establecida en el Ecuador y la única empresa privada de generación en la zona de Guayaquil. El Sr. Gustavo Larrea Real asumió como Presidente Ejecutivo de Electroquil en 1992 a petición de su empleador anterior, *La Cemento Nacional*, que era un gran usuario de electricidad y accionista de Electroquil.
13. Al mes siguiente de su creación, el 9 de febrero de 1992, Electroquil estableció la primera central no hidrotérmica de Ecuador, ubicada en la ciudad de Guayaquil.
14. Tres años y medio después, el 3 de octubre de 1995, el Presidente de la República del Ecuador emitió el Segundo Decreto de Emergencia N° 3099 (el “Segundo Decreto de Emergencia”). El Segundo Decreto de Emergencia, en particular, restablecía el estado de emergencia y autorizaba al INECEL a celebrar contratos de compra de electricidad

con carácter de emergencia con empresas privadas de generación eléctrica a fin de atender la acuciante demanda de electricidad (PD C-15 S. de A.; PD Dtes. 004).

15. El Congreso Nacional de la República del Ecuador sancionó la Ley de Régimen del Sector Eléctrico el 10 de octubre de 1996, por la que se disponía, *inter alia*, que se liquidara el INECEL dentro de un plazo determinado. Como lo explicaron los Dres. Juan Larrea Holguín y Alejandro Ponce Martínez en su informe jurídico, esta liquidación se produjo como consecuencia del proceso de liberalización de las contrataciones en el sector eléctrico (IP, párrafo 3.7).

## **2.2 Suscripción de los contratos de compraventa de potencia y energía eléctrica (PPA) y otros contratos conexos**

16. El 31 de octubre de 1995, el INECEL y Electroquil celebraron un contrato de compraventa de potencia y energía eléctrica (el "PPA 95") para la importación, montaje, instalación y puesta en servicio por Electroquil de dos generadores nuevos con turbinas de gas marca Stewart & Stevenson ("Unidades 1 y 2"), de 42 megavatios cada uno, en la central de Guayaquil de Electroquil (la "Central") a fin de subsanar el desabastecimiento de electricidad (Cláusulas 2 y 5; PD C-18 S. de A. y PD Dtes. 005/PD Dda. 006). Las Unidades 1 y 2 debían ponerse en servicio a más tardar a fines de diciembre de 1995.
17. El PPA 95 sería válido por un período de cinco años a partir del inicio de la operación comercial de las unidades (Cláusula 6.01).
18. Como un costo fijo de la electricidad que suministraba al INECEL, a Electroquil se le pagaría un monto fijo de USD12 por kilovatio suministrado como cargo por potencia ISO y un pago mensual por la energía de USD0,0045 por kilovatio/hora suministrado, aplicable al monto mensual redondeado de 433 horas de operación a potencia ISO, es decir, 5.200 horas por año (Cláusula 7.1 del PPA 95).
19. Como costo variable, al final de cada año, el INECEL debía pagar el suministro de electricidad que excediera de las 5.200 horas a la tasa de USD0,0045 por kilovatio/hora (Cláusula 7.2 del PPA 95). Además, en caso de que el administrador del contrato no aprobara las facturas presentadas por Electroquil respecto de los costos variables dentro de los cinco días, la factura en cuestión se consideraría aprobada y sería pagada por el INECEL dentro de los 30 días. Por otra parte, si se impugnara una factura, el monto correspondiente se transferiría a una cuenta de transición en espera de su aprobación final o su rechazo, y cualquier porción de la factura que fuera aprobada debía procesarse y pagarse dentro de los 15 días. Electroquil proporcionaría

después al INECEL todos los documentos de soporte correspondientes a los montos impugnados y, en caso de que Electroquil no lo hiciera así, el INECEL rechazaría los montos impugnados. Si los montos impugnados fueran justificados a satisfacción del INECEL, este último debería pagar la factura dentro de los 15 días.

20. El combustible debía ser suministrado por la Empresa Estatal de Comercialización y Transporte de Petróleos del Ecuador (“Petrocomercial”) para el funcionamiento de la central y el pago debía ser reembolsado mensualmente por el INECEL dentro de los 30 días contados a partir de la recepción de la factura conexas, sobre la base del consumo de combustible medido a la entrada de las turbinas (Cláusulas 7.4 y 15.3 del PPA 95).
21. Antes de firmar el PPA 95, Electroquil debía presentar una garantía de cumplimiento incondicional, irrevocable y de pago inmediato, emitida por un banco o una compañía de seguros y pagadera al INECEL por el monto de USD3.052.800, equivalente al 5% del valor total del PPA 95, que se estimaba en USD61.056.000 (Cláusula 8).
22. En el PPA 95 también se disponían varias garantías y penalidades en caso de que no se cumpliera con dichas garantías. En particular, si la disponibilidad de las unidades generadoras de Electroquil fuera inferior a las 7.500 horas garantizadas por año (Cláusula 10.3), el INECEL tendría derecho a imponer una multa de USD500 por hora de diferencia entre la disponibilidad garantizada y la efectiva (Cláusula 12.1).
23. Además, si el número de kilovatios/hora generados con un galón de combustible fuera inferior al número garantizado en la oferta de Electroquil, el INECEL podría imponer una penalidad equivalente al costo del combustible requerido para producir la energía que se deje de generar por esta causa durante el mes en cuestión (Cláusula 12.2). El cumplimiento garantizado se basaría en las características del combustible anexadas al PPA 95.
24. Además, en caso de que la cantidad de energía efectivamente suministrada fuera inferior a la garantizada en la oferta de Electroquil, el INECEL podría imponer una penalidad mensual de USD250 por punto porcentual inferior a la cantidad garantizada desde el momento del inicio de las operaciones hasta que se corrigiera la diferencia (Cláusula 12.3).
25. Estas penalidades no podrían aplicarse si los incumplimientos de Electroquil se debieran a fuerza mayor o caso fortuito, como se dispone en el Artículo 3 del Código Civil ecuatoriano, o a otras razones que no le sean imputables a Electroquil. Además, dentro del mismo mes, las penalidades no podrían exceder el monto del pago que

Electroquil recibiera mensualmente por la disponibilidad de la electricidad garantizada. Si durante un mes determinado las penalidades superaran el último monto mencionado, el INECEL podría tomar medidas para corregir dicha falta según la gravedad de ésta, sin perjuicio de su derecho a rescindir el PPA 95 si así correspondiera (Cláusula 12.4).

26. Las penalidades se calcularían una vez por año y se pagarían dentro de los 15 días contados a partir del envío de la notificación del INECEL y, en caso de falta de pago, el INECEL podría exigir que se hiciera efectiva parcialmente la garantía de fiel cumplimiento (Cláusula 12.5). Además, el monto de las penalidades se limitaría al 5% del monto total del PPA 95 (Cláusula 12.6).
27. En el PPA 95 también se disponían multas por demora en el inicio de la operación comercial de cada unidad. Electroquil debía pagar al INECEL una penalidad de USD5.000 por cada día de demora, a partir de los 150 días siguientes a la fecha de suscripción del PPA 95, salvo que no hubiere sido posible continuar las pruebas funcionales por motivos de seguridad, en cuyo caso el período de prueba se extendería por el mismo número de días (Cláusula 12.7).
28. El 12 de febrero de 1996 se designó a Patricio Burbano de Lara, del INECEL, administrador del contrato en virtud del PPA 95 (el “Administrador del Contrato”; PD Dda. 009).
29. El 3 de mayo de 1996, el INECEL y Electroquil firmaron una carta de intención con respecto a la instalación por Electroquil de otra unidad generadora de electricidad y la venta al INECEL de la energía adicional generada (PD Dda. 011 y 066). A esta carta de intención le siguió una oferta hecha al INECEL, con fecha 17 de mayo de 1996, para instalar dos nuevas turbinas de gas, que más adelante se concretó en la firma de un segundo contrato de compraventa (PD Dtes. 06).
30. La operación comercial de las Unidades 1 y 2 comenzó el 10 de mayo de 1996 (PD Dda. 012). Sin embargo, el 26 de junio de 1996, se produjo una falla técnica en la Unidad 2 que condujo a su reemplazo (PD Dda. 018).
31. Alrededor de esa fecha se suscitó un problema con respecto al pago por Electroquil del combustible suministrado por Petrocomercial y su correspondiente reembolso por el INECEL. Para solucionar este problema, las partes convinieron que el INECEL compraría el combustible directamente a Petrocomercial y después lo entregaría a Electroquil (PD Dtes. 22). El 2 de agosto de 1996, Petrocomercial y Electroquil celebraron un contrato de suministro de combustible (el “Contrato de Suministro de

Combustible”), según el cual Petrocomercial suministraría combustible del oleoducto Libertad-Pascuales a la central de Electroquil (PD Dtes. 048).

32. Como se preveía en la carta de intención y la posterior oferta de Electroquil, el INECEL y Electroquil celebraron un segundo contrato de compraventa de potencia y energía eléctrica el 8 de agosto de 1996 (“PPA 96”; el PPA 95 y el PPA 96 se denominarán en conjunto los “Contratos” o los “PPA”) con respecto a dos unidades generadoras adicionales (“Unidades 3 y 4”; Cláusula 2 del PPA 96; PD Dtes. 006).
33. El INECEL acordó pagar a Electroquil un pago mensual por capacidad y por electricidad durante un período de 60 meses con respecto a las Unidades 3 y 4. En lugar de basarse en la potencia ISO para fijar los pagos por capacidad como en el PPA 95, en el PPA 96 se preveía la facturación de la capacidad sobre la base de una tarifa contratada de 80 MW. La tarifa mensual por potencia se fijó en USD9 por kW en tanto que la tarifa por energía se fijó en USD0,0055 por kWh (Cláusula 8).
34. A diferencia de lo previsto en el PPA 95, el PPA 96 no disponía ni garantizaba a Electroquil el pago de un número mínimo de kWh (es decir, una compra garantizada). En cambio, en el PPA 96 se preveía que las Unidades 3 y 4 suministrarían probablemente 250 horas por mes de energía. Los pagos efectivos por la energía se basarían en la energía efectivamente suministrada.
35. Los términos y condiciones del PPA 96 con respecto al sistema de penalidades (Cláusula 13) eran similares (aunque no idénticos) a los del PPA 95. A fin de evitar largas repeticiones en esta sección, las disposiciones pertinentes serán objeto de una referencia más minuciosa o se citarán en el capítulo titulado “Análisis” cuando y donde corresponda.
36. La operación comercial de las Unidades 3 y 4 empezó el 19 de junio de 1997.

### **2.3 Los pagos en virtud de los PPA y la constitución de los Fideicomisos de Pago**

37. Los costos fijos por el suministro de energía se pagarían de conformidad con lo establecido en la Cláusula 7.1 del PPA 95 dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la factura a través de un fideicomiso de pago establecido en el Banco Central de Ecuador a nombre de Electroquil. A fin de establecer dicho fideicomiso, el INECEL debía firmar los correspondientes contratos de fideicomiso antes de iniciarse la operación comercial de la central (Cláusula 7.1 del PPA 95). Los costos variables de la energía en exceso de 5.200 horas se regían por un régimen distinto y se pagaban

directamente al final de cada año de acuerdo con lo dispuesto en la Cláusula 7.2 del PPA 95.

38. En el PPA 96 se disponía fundamentalmente el pago de un valor fijo mensual (Cláusula 8.1), de un cargo por energía (Cláusula 8.2) y los costos de combustible (Cláusula 8.4). Los pagos debían efectuarse mensualmente a través de un fideicomiso de pago establecido en el Banco Central de Ecuador a nombre de Electroquil, fideicomiso que también debía establecerse antes del inicio de la operación comercial de la central. Además, en el PPA 96 se disponía que el Ministro de Finanzas intervendría también en el fideicomiso a nombre del Estado ecuatoriano a fin de efectuar pagos a Electroquil con fondos de la cuenta del Ministerio mantenida en el Banco Central, en caso de que los fondos del INECEL o del fideicomiso resultaran insuficientes (Cláusula 8.5 del PPA 96; PD Dtes. 006).
39. Al momento del inicio de la operación comercial de las centrales, no se había establecido ninguno de los fideicomisos de pago. Los pagos en virtud de los PPA habían sido parciales, irregulares y efectuados por distintos medios como dinero en efectivo y bonos del Estado (Réplica Dda., párrafos 171-172).
40. El primer paso para el establecimiento de los fideicomisos fue la emisión por el Presidente de la República del Decreto de Garantía de Pago N° 804 (el “Decreto de Pago”) el 10 de noviembre de 1997. Por este Decreto se autorizaba al Ministro de Finanzas a actuar en nombre del Estado y a otorgar las garantías de pago correspondientes a los fideicomisos que serían constituidos en el Banco Central por el INECEL y Electroquil. En virtud de estas garantías se facultaba al Banco Central a transferir del Ministerio de Finanzas a los fideicomisos, los fondos necesarios para pagar las facturas pendientes presentadas por Electroquil en caso de que el INECEL no cumpliera con los pagos que debía efectuar en virtud de los PPA (PD Dtes. 007). Además, en el Decreto de Pago se estipulaba que el INECEL debía autorizar a los fideicomisos a retener de sus cuentas los fondos necesarios a fin de asegurar el pago de las facturas mensuales presentadas por Electroquil en el marco de los PPA. Según lo entiende el Tribunal, los fideicomisos y las garantías colaterales suelen utilizarse en transacciones de financiamiento de proyectos, ya que el fideicomiso permite a un solo prestamista controlar todas las garantías, lo que reduce los costos de administración y transacción y facilita el ejercicio de los derechos de los titulares de las garantías.
41. Posteriormente, el 17 de febrero de 1998, el Ministerio de Finanzas, el INECEL y el Banco Central de Ecuador firmaron dos fideicomisos de pago idénticos en el marco de los PPA (los “Fideicomisos de Pago”, los “Contratos de Fideicomiso de Pago” o el

“Fideicomiso de Pago 95 ” y el “Fideicomiso de Pago 96”). En la Cláusula 5 de cada Fideicomiso de Pago se disponía que, según lo autorizaba el Decreto de Pago, el Ministerio de Finanzas otorgará al INECEL una “*garantía para respaldar el cumplimiento de la obligación de pago asumida por*” el INECEL frente a Electroquil en virtud de los PPA. Al tal fin, los Fideicomisos de Pago autorizaban al Banco Central de Ecuador a debitar las cuentas del Ministerio de Finanzas en caso de que el INECEL no pudiera cumplir con sus obligaciones (PD Dtes. 010, PD Dtes. 011 y PD Dda. 054).

#### 2.4 Las multas impuestas durante la ejecución de los PPA

42. A mediados de 1996, el INECEL comenzó a aplicarle varias multas a Electroquil en virtud de lo dispuesto en los PPA, en relación con los primeros cuatro años de operación. Desde julio de 1996 hasta fines de 1997, antes de la inversión de Duke Energy, seis multas fueron impuestas a Electroquil relacionadas con el suministro de energía y la demora en el inicio de las operaciones comerciales. A Electroquil se le impusieron luego cinco multas en 1998. Durante los tres años siguientes no recibió ninguna multa. Sin embargo, le fueron impuestas una serie de multas desde agosto de 2001 hasta junio de 2002. En total, Electroquil recibió 15 multas por valor de USD8,18 millones. Once de estas multas son actualmente objeto de controversia en el presente arbitraje por un monto nominal de USD7.292.114.
43. En el cuadro siguiente se consignan las multas objeto de controversia, las fechas en que fueron impuestas y liquidadas (mediante compensación o de otra manera) y la fecha en que Electroquil impugnó su aplicación.

Multa N°	Fecha	Multas	Compensación o fecha de liquidación <sup>1</sup>	Fecha de las impugnaciones de Electroquil
Multa N° 1	8/07/96	El INECEL impuso una multa de <b>USD400.000</b> por la presunta demora en la puesta en marcha de las operaciones, conforme a lo dispuesto en el PPA 95. (PD C-24 S. de A., PD Dtes. 047 y PD Dda. 013)	Monto compensado con el de la factura N.º 008, que se pagó el 17/07/96 (declaración del Sr. Tumbaco, Anexo 5, página 1).	31/07/96, (PD Dda. 014)
Multa N° 2	18/11/97	El INECEL impuso una multa de USD619.102, de los cuales <b>USD550.000</b> corresponden a la demora en la puesta en	Monto compensado con el de la factura de Electroquil N.º 137 del	22/05/98 (PD Dda. 075)

<sup>1</sup> La determinación de la fecha de pago de la multa o, más bien, de la fecha en que ésta fue compensada o liquidada resultó ser de vital importancia. Las Demandantes no abordaron esta cuestión. La fecha indicada por la Demandada en el Anexo A que acompaña su 1.º EPA no siempre coincide con las pruebas documentales. Por lo tanto, el Tribunal se basó en la información contenida en el Anexo 5 de la primera declaración testimonial del Sr. Tumbaco, contralor y director financiero de Electroquil desde 2000, a la cual también hizo referencia la Demandada.

Multa N°	Fecha	Multas	Compensación o fecha de liquidación <sup>1</sup>	Fecha de las impugnaciones de Electroquil
		marcha de las Unidades 3 y 4, conforme a lo dispuesto en el PPA 96. (PD C-25 S. de A., PD Dtes. 073, PD Dtes. 075 y PD Dda. 074)	31 de octubre de 1997 por valor de USD864.616, que se pagó el 23/12/97 (Tumbaco, Anexo 5, página 3).	
Multa N° 3	12/03/98	El INECEL impuso una multa de <b>USD901.637</b> en relación con el PPA 96, alegando que Electroquil no había cumplido con las cuotas contractuales de generación de energía del mes de febrero de 1998. (PD C-28 S. de A., PD Dtes. 080, PD Dtes. 81, PD Dtes. 083 y PD Dda. 088)	Monto compensado con el de la factura N.º 165 del 28 de febrero de 1998, que se liquidó el 15/03/98 (Tumbaco, Anexo 5, página 3, 1.º EPA Dda., párrafo 150).	16/03/98 (PD Dtes. 082, PD Dda. 089)
Multa N° 4	20/04/98	El INECEL impuso una multa de <b>USD554.592</b> relacionada con el PPA 96, alegando que Electroquil no había cumplido con las cuotas contractuales de generación de energía del mes de marzo de 1998. (PD C-29 S. de A., PD Dtes. 084, PD Dtes. 088 y PD Dda. 096)	Monto compensado con el de la factura de Electroquil N.º 171 del 31 de marzo de 1998. No se pudo determinar la fecha de pago o liquidación.	Objeción inmediata según Duke (Anexo A del 1.º EPA Dtes., aunque no constan pruebas en el expediente)
Multa N° 5 Multa N° 6 Multa N° 7	29/05/98	El INECEL le impuso a Electroquil multas por un total de USD748.118, desglosados de la siguiente manera: i) la suma de <b>USD274.550</b> por la presunta falta de disponibilidad de las Unidades 1 y 2 durante el primer año de operación comercial, ii) la suma de <b>USD444.387</b> por el presunto exceso en el consumo de diésel de las turbinas de Electroquil, y iii) la suma de <b>USD29.181</b> , sobre la base de la afirmación de que Electroquil no había alcanzado la producción de energía garantizada por contrato debido a la falta de enfriadores. (PD C-31 S. de A., PD Dtes. 091 y PD Dda. 022)	Monto compensado con el de las facturas 135, 149 y 150, que se liquidaron conforme al Acta de Liquidación del PPA 95 el 27/11/01.	23/06/98 (PD Dda. 032)
Multa N° 8 Multa N° 9 Multa N° 10	14/08/01	El Administrador del Contrato impuso multas por un total de USD3.467.250, desglosados de la siguiente manera: i) la suma de <b>USD2.243.675</b> por la presunta falta de disponibilidad de las Unidades 1 y 2 durante al menos 7.500 horas anuales por unidad del segundo al quinto año del PPA 95, ii) la suma de <b>USD1.019.033</b> por el presunto exceso en el consumo de combustible del segundo al quinto año del PPA 95, y iii) la suma de <b>USD204.542</b> , sobre la base de la afirmación de que Electroquil no había alcanzado la producción de energía garantizada por contrato del segundo al quinto año del PPA 95. (PD C-33 S. de A., PD Dtes. 109 y PD Dda. 047)	Monto presuntamente compensado con el de las facturas N.º 135, 149 y 150, liquidadas conforme al Acta de Liquidación del PPA 95 el 27/11/01. (PD Dda. 052)	16/08/01 (PD Dda. 048)
Multa N° 11	10/12/01	El Administrador del Contrato le aplicó a Electroquil una multa de USD641.469, que fue incrementada a <b>USD734.366</b> el 24 de julio de 2002 debido a la presunta falta de disponibilidad de las Unidades 3 y 4 en	Liquidación efectuada conforme al Acta de Liquidación del PPA 96 el 28/08/2002. (PD Dda. 105)	14/12/01 (PD Dda. 101)

Multa N°	Fecha	Multas	Compensación o fecha de liquidación <sup>1</sup>	Fecha de las impugnaciones de Electroquil
		<p>octubre y noviembre de 2001. (PD C-34 y C-35 S. de A., PD Dtes. 113 y PD Dda. 100)</p> <p>El 24 de julio de 2002, el Administrador del Contrato, tras examinar la multa N.º 11, la redujo a USD560.913,68 para el mes de octubre de 2001 y a USD173.452,74 para el mes de noviembre de 2001, es decir, a un total de USD734.366,42. (PD Dtes. 114 y PD Dda. 104)</p>		

## 2.5 Participación indirecta de Duke Energy en los PPA a través de su inversión en Electroquil

44. Duke Energy entró en escena el 12 de noviembre de 1997, cuando firmó una carta de intención para la adquisición de una participación mayoritaria en Electroquil (PD Dtes. 017). Pocos meses después, el 23 de febrero de 1998, adquirió efectivamente la propiedad del 51.5% de Electroquil por el monto de USD45 millones a través de su filial de propiedad absoluta, DEI (PD C-17 S. de A., PD Dtes. 008, Anexo NAV-15 del 1<sup>er</sup> IP Kaczmarek). Presuntamente, la inversión efectiva de Duke Energy representó tan sólo USD38,5 millones debido a algunas cuentas por cobrar registradas en los libros de Electroquil (1<sup>er</sup> EPA Dtes., párrafo 208). La participación de Duke Energy en el capital de Electroquil aumentó con el tiempo. Al momento de presentación de la Solicitud de Arbitraje, DEI era propietaria del 72,3% del capital accionario de Electroquil, que más tarde se elevó al 79,7% (PD Dtes. 026, PD Dtes. 027).

## 2.6 Participación directa de Ecuador en los PPA

45. El Congreso Nacional de la República del Ecuador dispuso en la Ley 98-14 del 30 de septiembre de 1998, que el INECEL entraría en proceso de liquidación y dejaría de existir el 31 de marzo de 1999 (PD Dtes. 015), según se preveía en la Ley de Régimen del Sector Eléctrico del 16 de octubre de 1996.
46. Como consecuencia de la liquidación del INECEL, el Presidente de Ecuador ordenó, mediante Decreto Ejecutivo N° 506, del 28 de enero de 1999, que el Estado ecuatoriano, a través del Ministerio de Energía y Minas ("MEM"), asumiera los derechos y las obligaciones del INECEL en virtud de los PPA con efecto al 1° de abril 1999 (PD Dtes. 016). Des esta forma, el INECEL se disolvió el 31 de marzo de 1999.
47. El INECEL y Electroquil firmaron después un acuerdo, el 3 de diciembre de 1999, en el que se establecían los montos adeudados por el INECEL a Electroquil por concepto de pagos por potencia y energía en virtud de los Contratos, a fin de "liquidar los valores

*pendientes de pago y establecer de manera clara y precisa todos aquellos rubros que han sido objeto de reclamación administrativa por parte de Electroquil S. A. hasta el 31 de marzo de 1999” antes de que el estado se subrogara en las obligaciones del INECEL (el “Acta Provisional de Liquidación”; PD Dtes. 103; PD Dda. 116).*

48. El 25 de mayo y el 1º de junio de 1999, el Estado de Ecuador, a través del MEM, celebró dos convenios de subrogación con Electroquil (los “Convenios de Subrogación”). En virtud de estos convenios, el Estado ecuatoriano asumió los derechos y las obligaciones del INECEL contemplados en los PPA (PD C-12 S. de A., C-13 S. de A., PD Dtes. 017 y PD Dtes. 018).

## **2.7 Convenios de arbitraje y mediación**

49. El 30 de mayo de 2000, el MEM y Electroquil celebraron dos convenios idénticos de arbitraje y mediación (los “Convenios de AyM”) en relación con las diferencias surgidas respecto de las multas y el primer año de vigencia de los PPA (PD C-37 y PD C-38 S. de A., PD Dtes. 019 y PD Dtes. 020).
50. Electroquil y el MEM iniciaron el trámite de mediación el 19 de diciembre de 2000 bajo los auspicios del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado. La mediación fracasó, como lo prueba el certificado conexo (PD Dtes. 105).
51. En consecuencia, el 29 de enero de 2001, Electroquil inició el procedimiento arbitral contra el MEM ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Guayaquil (PD Dtes. 106; el "arbitraje local").
52. En marzo de 2001, el Procurador General manifestó a los árbitros locales que los Convenios de AyM eran nulos y sin valor por incumplimiento del Artículo 4 de la Ley de Arbitraje (PD C-44 S. de A.).
53. El tribunal de arbitraje local suspendió el procedimiento sobre el fondo del asunto a fin de estudiar su competencia el 27 de julio de 2001 (Tr. en castellano, Vol. 3, 26 de abril de 2006, Dr. Álvarez Grau, págs. 751-752, PD Dtes. 120).
54. El 3 de agosto de 2001, el tribunal de arbitraje local desestimó la excepción a la jurisdicción planteada por el Procurador General y afirmó su competencia después de escuchar las observaciones del MEM, el Procurador General y Electroquil (PD C-43 S. de A.). El Procurador General presentó un pedido de reconsideración el 27 de agosto de 2001 (PD Dtes. 110). El tribunal local reiteró su rechazo de la excepción a la competencia en una resolución del 20 de septiembre de 2001 (PD C-45 S. de A.). El

presidente del tribunal de arbitraje local, Sr. Álvarez Grau, confirmó durante su testimonio que las resoluciones de agosto y septiembre eran "decisiones firmes" (Tr. Vol. 3, 26 de abril 2006, pp. 728-729).

55. Sin embargo, el tribunal de arbitraje local dictó su laudo definitivo el 11 de marzo de 2002, y declaró que, de conformidad con la Ley ecuatoriana de Arbitraje, el arbitraje era nulo y sin valor en razón de la invalidez de la cláusula de arbitraje (PD Dtes. 023).

## **2.8 La liquidación de los PPA y de los contratos conexos**

56. El MEM y Electroquil celebraron un acta de liquidación el 27 de noviembre de 2001 (el "Acta de Liquidación del PPA 95") relativa a la terminación del PPA 95, en la que, *inter alia*, se identificaban las diferencias pendientes entre las partes. En esta acta constaba un saldo final a favor de Electroquil por valor de USD4.173.718,65 (Cláusula 6.2.2) (PD C-46 S. de A., PD Dtes. 022 y PD Dda. 052).
57. Respecto de la terminación del PPA 96, el MEM y Electroquil celebraron un acta de liquidación el 28 de agosto de 2002 (el "Acta de Liquidación del PPA 96"), en la que también se enunciaban las diferencias pendientes entre las partes y los montos adeudados. En esta segunda acta constaba un saldo final a favor de Electroquil por valor de USD96.980,64 (Cláusula 6.2.2) (PD C-47 S. de A., PD Dtes. 024 y PD Dda. 105).
58. En ambas Actas de Liquidación se reconocía expresamente la existencia de procedimientos arbitrales en el marco de los Convenios de AyM (Cláusula 7 del Acta de Liquidación del PPA 95 y del Acta de Liquidación del PPA 96).
59. Mediante carta de fecha 3 de septiembre de 2002, el MEM solicitó al Banco Central de Ecuador que se pagara a Electroquil el monto de liquidación de USD96.980,64 (PD Dda. 108).
60. En ese momento también se liquidaron otras relaciones contractuales. El MEM, Electroquil y Petroecuador (el monopolio estatal de petróleo y gas que había vendido el combustible para operar y mantener la central eléctrica a través de su filial, Petrocomercial) celebraron el denominado Convenio de Reconocimiento y Extinción Recíproca de Obligaciones (el "Convenio sobre Obligaciones Recíprocas") el 30 de mayo de 2003. En este Convenio se disponía: i) la extinción de la obligación de pago por valor de USD4.173.718,65 a favor de Electroquil, que había sido reconocida por el MEM en el Acta de Liquidación del PPA 95; ii) la extinción de la obligación de pago de Electroquil frente a Petrocomercial por valor de USD4.173.718,65 por concepto de

pagos pendientes por la compra de combustible, y iii) la extinción de las obligaciones de Petroecuador frente al Estado ecuatoriano por valor de USD3.693.190 (PD Dda. 059) por concepto del pago de obligaciones financieras vencidas.

61. Casi un año después, el 23 de abril de 2004, se firmó un convenio para la compensación de los intereses recíprocos devengados sobre los pagos en mora por el combustible, entre Electroquil, el Gobierno ecuatoriano y Petrocomercial (el “Convenio Transaccional”; PD Dda. 063).
62. Por último, Duke Energy y Electroquil, ambos denominados los “Inversionistas”, y Ecuador celebraron un Convenio Arbitral (el “Convenio Arbitral”; PD C-1 S. de A. y PD Dtes. 025) el 26 de abril de 2004, para someter a la jurisdicción del CIADI algunas diferencias que no se habían abordado en las Actas de Liquidación. Más adelante se describirán y analizarán las disposiciones pertinentes del Convenio.

## **2.9 El procedimiento relativo a las exenciones de los aranceles de aduana**

63. El 23 de junio de 1989, el Gobierno ecuatoriano sancionó la Ley Número 30 de Exoneración de Impuestos a Importaciones del Sector Público para Obras y Servicios Prioritarios (“Ley Número 30”). De acuerdo con la Ley Número 30, los bienes importados que ingresaban a Ecuador tenían derecho a exenciones de aranceles de aduana cuando: a) los bienes se necesitaran para una industria o actividad que el CONADE (Consejo Nacional de Desarrollo) hubiera enumerado como prioridad para el país, y b) el Ministerio de Finanzas hubiera autorizado específicamente que estuvieran exentos.
64. En respuesta a una solicitud de Electroquil, el CONADE declaró el 8 de noviembre de 1995 que los bienes necesarios para la generación de electricidad eran una prioridad para el país y, por lo tanto, eran elegibles para su importación libre de aranceles de aduana de conformidad con lo dispuesto en la Ley Número 30. Además, el 23 de noviembre de 1995, el Ministerio de Finanzas de Ecuador confirmó que las turbinas importadas en el marco del PPA 95 estaban exentas del pago de aranceles y tasas de aduana teniendo en cuenta lo dispuesto en la Cláusula 23.01 del PPA 95.
65. A pedido de Electroquil, el CONADE reafirmó su opinión, el 19 de septiembre de 1996, de que los bienes necesarios para generar electricidad eran una prioridad nacional y que, por lo tanto, eran admisibles para su importación libre del pago de impuestos. El 11 de diciembre de 1996, el Ministerio de Finanzas de Ecuador confirmó que las turbinas importadas en el marco del PPA 96 estaban exentas del pago de aranceles y tasas de aduana de acuerdo con lo previsto en la Cláusula 24.1 del PPA 96.

66. En mayo de 1998, después de varios meses de funcionamiento, una de las turbinas que Electroquil había importado en relación con el PPA 96 ("Turbina 185-209") se averió y tuvo que ser devuelta a su fabricante, en los Estados Unidos, para su reparación.
67. El Estado ecuatoriano sancionó la Ley Orgánica de Aduanas el 13 de julio de 1998. En esta ley se establecía, *inter alia*, que un órgano público (la Corporación Aduanera Ecuatoriana, "CAE") tenía competencia exclusiva en cuestiones aduaneras. En virtud de la Ley Orgánica de Aduanas, tan sólo algunas instituciones públicas eran eligibles para la exención del pago de aranceles de aduana. La Ley Orgánica de Aduanas no preveía exención del pago de aranceles de aduana para las empresas privadas.
68. La Turbina 185-209, que había sido reparada en los Estados Unidos, fue cargada en un buque para su envío a Ecuador el 30 de julio de 1998. Dos días más tarde, el buque se hundió en el puerto de Houston y la turbina se perdió. En consecuencia, el fabricante de la turbina ofreció enviar a Ecuador una turbina de reposición 185-207, idéntica a la Turbina 185-209 que se había perdido, sin costo adicional para Electroquil. Electroquil lo aceptó y el fabricante envió la turbina 185-207 el 31 de agosto de 1998.
69. El 1º de septiembre de 1998, Electroquil solicitó a la CAE la exención del pago de aranceles de aduana por valor de USD1.008.614, con respecto a la turbina de reposición. Al no haber recibido respuesta, presentó un segundo pedido ante el Ministerio de Finanzas el 24 de marzo de 1999. El 14 de mayo de 1999, este último contestó que a raíz de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Aduanas, ésta era una cuestión que debía resolver la CAE y se negó, por lo tanto, a tratar el pedido de exención del pago de aranceles de aduana.
70. Un mes después, el 17 de junio de 1999, la CAE denegó la exención del pago de aranceles de aduana solicitada por Electroquil.
71. En noviembre de 2001, Electroquil presentó entonces una reclamación ante el tribunal distrital fiscal de Ecuador, sobre la base de la denegatoria de la exención del pago de aranceles de aduana. Esta reclamación fue desestimada el 28 de enero de 2004 (PD Dda. 125 y PD Dda. 126). Electroquil apeló esta decisión ante la Corte Suprema de Justicia de Ecuador (PD Dda. 127) el 5 de marzo de 2004.
72. La Corte Suprema de Justicia de Ecuador declaró admisible la apelación de Electroquil el 15 de julio de 2004. Se fijó una audiencia para el 27 de enero de 2005, a la que Electroquil no asistió (PD Dda. 128).

73. En abril de 2005, el Presidente de Ecuador destituyó a todos los jueces de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador. La Corte Suprema fue restablecida el 30 de noviembre de 2005. Las partes no presentaron pruebas acerca de los hechos ulteriores al respecto.

## **II. HISTORIA PROCESAL**

### **1. FASE INICIAL**

74. El 25 de agosto de 2004, Duke presentó su Solicitud de Arbitraje al CIADI acompañada de 48 pruebas documentales (PD C-1 a C-48).
75. El 30 de agosto de 2004, el Centro, de conformidad con la Regla 5 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje CIADI (“Reglas de Iniciación”), acusó recibo y envió una copia de la Solicitud de Arbitraje a Ecuador y a la embajada de Ecuador en la ciudad de Washington.
76. El 7 de octubre de 2004, el Secretario General del CIADI registró la Solicitud de Arbitraje y notificó a las partes dicho registro de conformidad con las Reglas 6 y 7 de las Reglas de Iniciación. El Secretario General invitó además a las partes a proceder a constituir un Tribunal Arbitral.
77. Ante la falta de acuerdo entre las partes, el 9 de diciembre de 2004, Duke optó por someter el arbitraje a un panel de tres árbitros de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 37(2)(b) del Convenio CIADI y designó al Dr. Enrique Gómez Pinzón, ciudadano de Colombia, como árbitro. El 10 de enero de 2005, Ecuador designó al Prof. Albert Jan van den Berg, ciudadano de los Países Bajos, como árbitro. El 4 de mayo de 2005, las partes acordaron designar a la Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, ciudadana de Suiza, como Presidente del Tribunal.
78. De conformidad con lo dispuesto en la Regla 6(1) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje CIADI (“Reglas de Arbitraje”), el Secretario General del CIADI notificó a las partes, el 18 de mayo de 2005, que los tres árbitros habían aceptado sus nombramientos y que, por lo tanto, el Tribunal se consideraba constituido y el procedimiento iniciado en esa fecha. En la misma carta se informaba a las partes que el Sr. José Antonio Rivas, Consejero Jurídico del CIADI, actuaría como Secretario del Tribunal. Mediante carta del 27 de diciembre de 2005 del Centro, se informó al Tribunal que el Sr. Gonzalo Flores, Consejero Jurídico Principal del CIADI, reemplazaría al Sr. Rivas como Secretario del Tribunal.

79. El Tribunal Arbitral y las partes celebraron la primera sesión del Tribunal en la sede del CIADI en la ciudad de Washington, el 15 de junio de 2005. Durante la primera sesión, las partes acordaron, en particular, la constitución del Tribunal y la aplicación de las Reglas de Arbitraje que entraron en vigor el 1º de enero de 2003, así como algunas reglas procesales adicionales. En el acta de la primera sesión se dispusieron, además, dos cronogramas procesales distintos dependiendo de si la Demandada oponía excepciones a la jurisdicción. En caso de que se opusieran excepciones a la jurisdicción, el cronograma contemplaba otras alternativas en caso que el proceso relativo a la competencia y al fondo de la diferencia se consolidaran en uno solo. También se especificó que los idiomas del procedimiento serían el inglés y el español y que el Tribunal dictaría su decisión y laudo en ambos idiomas.

## **2. FASE DE PRESENTACIÓN DE ESCRITOS ANTES DE LA AUDIENCIA**

80. De acuerdo con el cronograma acordado durante la primera sesión y revisado a pedido de las partes el 9 de enero de 2006, las partes presentaron los siguientes escritos y documentación adjunta.

81. El 2 de septiembre de 2005, las Demandantes presentaron su Memorial de Demanda junto con documentación de soporte (PD Dtes. 001-117), así como las declaraciones testimoniales de los Sres. Gustavo Larrea Real, Mickey John Peters, John Theodore Sickman, Ramiro Tumbaco, Dr. Jacinto Velázquez Herrera y Dr. Santiago Velázquez Coello, y los informes periciales del Sr. Brent C. Kaczmarek, del Prof. Dr. Rudolf Dolzer, del Dr. Juan Larrea Holguín y del Dr. Alejandro Ponce Martínez.

82. La Demandada informó al Tribunal, mediante carta del 1º de noviembre de 2005, que opondría excepciones a la jurisdicción que podrían tratarse junto con el fondo de la diferencia. El 2 de noviembre de 2005, el Tribunal de Arbitraje confirmó, por consiguiente, que las excepciones a la jurisdicción se tratarían junto con el fondo de la diferencia y que se seguiría el cronograma previsto al efecto en el acta de la primera sesión.

83. El 22 de noviembre de 2005, la Demandada presentó su Memorial de Contestación a la Demanda junto con documentación de soporte (PD Dda. 001-115) y autoridades legales (PD Dda. D-001-075), así como las declaraciones testimoniales de los Sres. Hernán Salgado Pesantes, Galo García Feraud, Walter Spurrier Baquerizo, Edgar Santos Játiva y la Sra. Ximena Cárdenas Yandún, y los informes periciales de los Sres. Nico Schrijver, Luis Parraguez Ruiz, Juan Pablo Aguilar y Alfredo Mancero Samán.

84. El 18 de enero de 2006, las Demandantes presentaron su Réplica y Memorial de Contestación sobre Jurisdicción junto con la prueba documental 118, la declaración testimonial del Sr. Wilson Vergara, las declaraciones testimoniales de refutación de los Sres. Gustavo Larrea Real y Ramiro Tumbaco, y los informes periciales de refutación del Sr. Brent C. Kaczmarek, el Prof. Dr. Rudolf Dolzer, el Dr. Juan Larrea Holguín y el Dr. Alejandro Ponce Martínez.
85. El Tribunal Arbitral emitió la Orden Procesal N° 1 (“OP 1”) el 24 de febrero de 2006, por la que se negó la petición de la Demandada, de fecha 6 de febrero de 2006, con respecto al supuesto amplio alcance de la Dúplica de las Demandantes.
86. El 6 de marzo de 2006, la Demandada presentó su Réplica sobre competencia del Tribunal y Dúplica sobre el fondo de la reclamación junto con documentación de soporte (PD Dda. 116-124) y autoridades legales (PD Dda. D-076-097), así como también las declaraciones testimoniales de los Sres. Pablo Terán Ribadeneira, Raúl Baca Carbo, Fidel Jaramillo; las declaraciones testimoniales de refutación del Sr. Edgar Santos Játiva y la Sra. Ximena Cárdenas Yandún, y los informes periciales de refutación de los Sres. Nico Schrijver, Luis Parraguez Ruiz, Juan Pablo Aguilar y Alfredo Mancero Samán. El 6 de marzo de 2006, el Secretario del Tribunal informó al Tribunal Arbitral y a las partes que estaba distribuyendo una declaración escrita presentada por el Dr. Vladimiro Álvarez Grau.
87. El 14 de marzo de 2006, el Presidente del Tribunal Arbitral y las partes celebraron una conferencia telefónica en preparación de la audiencia, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 12 del acta de la primera sesión, a fin de discutir todas las cuestiones de organización que quedaban pendientes. Las decisiones adoptadas durante esta conferencia telefónica se confirmaron en la Orden Procesal N° 2 (“OP 2”) del 23 de marzo de 2006.
88. El 31 de marzo de 2006, las partes intercambiaron simultáneamente sus listas de testigos y peritos a los fines de la audiencia.
89. En esa misma fecha, las Demandantes presentaron su Dúplica sobre jurisdicción, junto con documentación de soporte (PD Dtes. 119) y el dictamen pericial de refutación del Prof. Dr. Rudolf Dolzer.

### **3. AUDIENCIA**

90. El Tribunal Arbitral y las partes celebraron la audiencia sobre jurisdicción y sobre el fondo de la diferencia del 24 al 27 de abril de 2006 en la sede del CIADI, en la ciudad de Washington.

91. Los siguientes testigos y peritos comparecieron a favor de Duke en la audiencia:

- Gustavo Larrea Real
- Mickey John Peters
- John Theodore Sickman
- Ramiro Tumbaco
- Alejandro Ponce Martínez
- Brent C. Kaczmarek

Los siguientes testigos y peritos comparecieron a favor de Ecuador en la audiencia:

- Edgar Santos Játiva
- Pablo Terán Ribadeneira
- Vladimiro Álvarez Grau
- Luis Parraguez Ruiz
- Alfredo Mancero Samán
- Walter Spurrier Baquerizo.

92. Se preparó una grabación de audio y una transcripción estenográfica de la audiencia, las que fueron luego distribuidas al Tribunal y a las partes ("Tr.").

### **4. FASE DE PRESENTACIÓN DE ESCRITOS POSTERIOR A LA AUDIENCIA**

93. El 4 mayo de 2006, el Tribunal Arbitral emitió la Orden Procesal N° 3 ("OP 3"), por la que confirmó y complementó la decisión adoptada al final de la audiencia. Concretamente, concedió a ambas partes plazos para la presentación de sus escritos posteriores a la audiencia y, sin poner límites a la libertad de las partes para plantear

cualquier aspecto que consideraran adecuado, invitó a las partes a abordar algunas cuestiones específicas.

94. El 30 de junio de 2006, las partes presentaron simultáneamente su primer escrito posterior a la audiencia y sus peticiones en materia de costas y gastos.
95. El 21 de julio de 2006, las partes presentaron simultáneamente su segundo escrito posterior a la audiencia y peticiones adicionales en materia de costas y gastos.
96. El 30 de agosto de 2007, el abogado de las Demandantes presentó una carta al Centro, donde llamó la atención del Tribunal sobre algunos “hechos nuevos”. Mediante correo electrónico del 31 de agosto de 2007, el abogado de la Demandada solicitó a la Secretaría del CIADI que no enviara la mencionada carta al Tribunal *“en tanto no se hubieran escuchado las opiniones de las partes sobre el tema de presentaciones adicionales sobre cuestiones de hecho y de derecho”* (Inglés en el original, traducción libre del Tribunal). Mediante carta del 4 de octubre de 2007, el Secretario, actuando en nombre del Tribunal, invitó a las partes a fijar su posición al respecto y les informó que el Tribunal estaba por llegar al término de su labor y comunicar sus conclusiones a las partes. Mediante carta del 12 de octubre de 2007, las Demandantes retiraron su carta del 30 de agosto de 2007.
97. El 11 Junio de 2008, el Tribunal declaró cerrado el procedimiento de conformidad con la Regla 38(1) de las Reglas de Arbitraje.

### **III. LAS POSICIONES DE LAS PARTES**

98. Las posiciones de las partes se resumen en este capítulo y se analizarán detenidamente en el capítulo titulado “Análisis” en la medida y oportunidad en que se analice una cuestión específica.

#### **1. LAS POSICIONES DE LAS PARTES SOBRE LA JURISDICCIÓN**

99. Las Demandantes invocan la disposición sobre arbitraje CIADI contenida en el Convenio Arbitral, así como también el Artículo VI del Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, del 27 de agosto de 1993 (el “TBI” o “Tratado”), que entró en vigor el 11 mayo de 1997 (PD C-48 S. de A. y PD Dtes. 003), en respaldo de su reclamación relativa a la siguiente conducta de la Demandada:

- i) ejecución tardía y deficiente de los Fideicomisos de Pago;

- ii) falta de pago de intereses sobre los pagos tardíos;
- iii) imposición indebida de multas y penalidades;
- iv) descartar la aplicación de los aranceles de aduana, y
- v) negativa a considerar las acciones entabladas por las Demandantes en el marco del arbitraje local.

### **1.1 Excepciones presentadas por Ecuador a la jurisdicción**

- 100. Ecuador reconoce la competencia del Tribunal en materia de diferencias relativas a multas y penalidades de conformidad con lo establecido en el Convenio Arbitral, pero objeta la competencia del Tribunal respecto de las reclamaciones relativas a los Fideicomisos de Pago, intereses sobre pagos tardíos y aranceles de aduana. Los argumentos de Ecuador pueden resumirse de la siguiente manera:
- 101. El alcance de la competencia del Tribunal, tal como se define en los párrafos 2 y 3 del Convenio Arbitral, no abarca las reclamaciones relativas a los Fideicomisos de Pago, intereses sobre pagos tardíos y aranceles de aduana.
- 102. Las Demandantes no pueden someter reclamaciones adicionales al Tribunal Arbitral al amparo del TBI. Las partes han acordado que el presente procedimiento se basaría exclusivamente en el Convenio Arbitral. Por lo tanto, de no existir consentimiento expreso de las partes de proceder de otra manera, las reclamaciones relativas al Tratado no pueden unirse a las reclamaciones surgidas del Convenio Arbitral.

### **1.2 Respuesta de Duke a las objeciones a la jurisdicción planteadas por Ecuador**

- 103. En respuesta a las objeciones planteadas por Ecuador, las Demandantes presentan los siguientes argumentos:
  - i) El Convenio Arbitral, en sus párrafos 2 y 3, extiende la competencia del Tribunal a todas las reclamaciones.
  - ii) En caso de que el Tribunal considerara que su competencia no se extiende a las cuestiones relativas a los Fideicomisos de Pago, a los intereses sobre pagos tardíos y a los aranceles de aduana en el marco del Convenio Arbitral, el TBI proporciona una base paralela de competencia y las Demandantes, por lo tanto, tendrían derecho a presentar estas tres reclamaciones en virtud del TBI. Ni el Convenio Arbitral ni el Convenio CIADI impiden a las partes unir sus reclamaciones en un solo arbitraje. No era la intención del Convenio Arbitral

constituir una renuncia del derecho de las Demandantes a iniciar cualquier posible reclamación en virtud del TBI.

## **2. POSICIONES DE LAS PARTES SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSIA**

### **2.1 Posición de Duke**

#### **2.1.1 Argumentos de Duke**

104. Duke ha planteado los siguientes argumentos:

- i) Ecuador no cumplió con su obligación de constituir los Fideicomisos de Pago antes del inicio de la operación comercial. Ecuador ha violado, de forma general, el régimen de pagos de los PPA al no cumplir con el calendario y la forma de efectuar los pagos —incluida la ejecución deficiente de los Fideicomisos de Pago— ni con el régimen de penalidades, al imponer multas sin justificación y en violación de los plazos acordados. También ha violado el régimen de aranceles de aduana de los PPA en violación de éstos últimos, del derecho ecuatoriano y de su obligación general de actuar de buena fe.
- ii) El Artículo II(3)(c) del TBI constituye una “cláusula paraguas” (*umbrella clause*), que implica que Ecuador está obligado a cumplir con cualesquiera y todas las obligaciones —incluidas las contractuales— respecto de la inversión, es decir, sus obligaciones de pago y el régimen de penalidades y aranceles de aduana en el marco de los PPA.
- iii) Ecuador no ha cumplido con la obligación de conceder a la inversión de Duke un trato justo y equitativo de conformidad con lo previsto en el Artículo II(3)(a) del TBI.
- iv) Ecuador ha violado el Artículo II(3)(b) del TBI y menoscabado la inversión de las Demandantes con su conducta arbitraria.
- v) Ecuador no ha establecido medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos relativos a su inversión de las Demandantes, en violación del Artículo II(7) del TBI, lo que equivale a una denegación de justicia.

105. En consecuencia, las Demandantes solicitan al Tribunal que declare que Ecuador ha violado los PPA, los Contratos de Fideicomiso de Pago, el derecho ecuatoriano y el TBI y que, por lo tanto, tienen derecho al cobro de daños y perjuicios por el menoscabo de su inversión y las pérdidas sufridas por Electroquil.

## 2.1.2 Petitorio de Duke

106. En su Réplica, las Demandantes solicitan las siguientes medidas de reparación:

*Las Demandantes solicitan respetuosamente mediante la presente las siguientes medidas de reparación, que reflejan, inter alia, cálculos complementarios de los daños y perjuicios desde los hechos al momento de la presentación inicial de las Demandantes:*

- 1.a. El monto de USD24.720.904, que representa los daños y perjuicios sufridos por Electroquil como resultado de la conducta ilícita de Ecuador. Este monto incluye intereses, compuestos anualmente hasta el 31 de diciembre de 2005. Véase el Cuadro 2 del Informe Pericial de Refutación de Brent C. Kaczmarek, analista financiero certificado (CFA);*
- b. Subsidiariamente al monto establecido en 1.a, el monto de US\$19.263.434, que representa el menoscabo del valor de la inversión de DEI en Electroquil como resultado de la conducta ilícita de Ecuador. Este monto incluye intereses, compuestos anualmente hasta el 31 de diciembre de 2005. Véase el párrafo 67 del Informe Pericial de Brent C. Kaczmarek, CFA;*
- 2. El monto de US\$358.954, que representa los daños y perjuicios sufridos en virtud de la denegación de justicia de Ecuador, medido por los costos incurridos en el arbitraje celebrado en Guayaquil. Este monto incluye intereses, compuestos anualmente hasta el 31 de diciembre de 2005. Véase el Cuadro 5 del Informe Pericial de Refutación de Brent C. Kaczmarek, CFA;*
- 3. Todas las costas y gastos y los honorarios de abogados vinculados con este arbitraje;*
- 4. Intereses por el período anterior y posterior al laudo causados con posterioridad al 31 de diciembre de 2005, según corresponda teniendo en cuenta los demás rubros de reparación solicitados, a la tasa legal más alta;*
- 5. Toda otra reparación adicional que el Tribunal pueda considerar adecuada.*

(Réplica Dtes., págs. 121-122, Inglés en el original, traducción libre del Tribunal)

107. En su 1<sup>er</sup> EPA, las Demandantes realizan la siguiente solicitud final:

*Las Demandantes respetuosamente solicitan que sus reclamaciones sean atendidas en su totalidad, que la reparación solicitada sea otorgada, que se les adjudiquen intereses a la tasa aplicable hasta el momento del pago, que todas las costas y los honorarios de los abogados relacionados con este arbitraje se impongan a la Demandada, y que el Tribunal otorgue toda otra reparación adicional que el Tribunal pueda considerar adecuada.*

(1<sup>er</sup> EPA Dtes., pág. 121, Inglés en el original, traducción libre del Tribunal)

## **2.2 Posición de Ecuador sobre el fondo de la controversia**

### **2.2.1 Argumentos de Ecuador**

108. En sus presentaciones escritas y orales, Ecuador ha planteado los siguientes argumentos principales:

- i) Los hechos del caso no constituyen ninguna violación de los Fideicomisos de Pago, de los PPA ni, en términos generales, ninguna violación del derecho ecuatoriano ni del TBI.
- ii) El alcance de la cláusula paraguas del Artículo II(3)(c) del TBI no es aplicable a la conducta de Ecuador en el presente caso, puesto que dicha disposición exige que el Estado receptor incumpla sus obligaciones en ejercicio de su soberanía. De cualquier modo, Ecuador niega que haya incurrido en incumplimiento alguno de sus obligaciones en virtud de los PPA, ya sea con respecto a los pagos o multas, y en relación con los aranceles de aduana.
- iii) Ecuador no ha violado su obligación de conceder el trato justo y equitativo garantizado en el Artículo II(3)(a) del TBI. Esta obligación no puede extenderse más allá de los estándares establecidos en el derecho consuetudinario internacional; no protege al inversionista del riesgo comercial.
- iv) Ecuador niega haber incurrido en una conducta discriminatoria o arbitraria en el sentido de las disposiciones del Artículo II(3)(b) del TBI.
- v) Ecuador no ha violado su obligación de brindar un foro adecuado e imparcial de solución de diferencias según lo establecido en el Artículo II(7) del TBI.
- vi) Duke no tiene derecho al cobro de daños y perjuicios por el menoscabo de su inversión.

### **2.2.2 Petitorio de Ecuador**

109. En su 2<sup>do</sup> EPA, Ecuador solicita las siguientes medidas de reparación:

*Con todos los antecedentes expuestos a lo largo del presente procedimiento, la República del Ecuador se ratifica en su solicitud de:*

- a) *Que aceptando las excepciones a la competencia, limite su decisión sobre el fondo a la controversia relativa a las multas;*
- b) *Que rechace la pretensión de las Demandantes sobre la devolución del valor de las multas con sus respectivos intereses, por tratarse de una cuestión exclusivamente contractual respecto de la cual no se ha*

*probado conducta alguna de la República del Ecuador que pueda considerarse violatoria del TBI ; y*

- c) *Que condene a las Demandantes al pago de las costas y gastos vinculados con este procedimiento, por haber avanzado una reclamación temeraria. No de otra manera puede calificarse al intento de someter al Tribunal cuestiones evidentemente ajenas al ámbito definido por el Convenio Arbitral, con el evidente propósito de incrementar el valor de un reclamo que debió haberse planteado ante los tribunales previstos en el contrato.*

(2.<sup>do</sup> EPA Dda., párrafo 137)

#### **IV. ANÁLISIS**

110. Antes de pasar al análisis de la competencia (2), de la ley aplicable (3) y del fondo de la diferencia (4), el Tribunal quiere referirse brevemente a algunas cuestiones previas (1).

##### **1. OBSERVACIONES PRELIMINARES**

111. El Tribunal encara dos cuestiones complejas: primero, la posible combinación de dos bases distintas para determinar la jurisdicción del CIADI: el Convenio Arbitral y el TBI, y segundo, la doble invocación del TBI como base para determinar la jurisdicción y como ley aplicable en virtud del Convenio Arbitral.
112. Las Demandantes invocan el Convenio Arbitral como base principal de la competencia del Tribunal. Sólo como opción alternativa —en caso de falta de competencia en virtud del Convenio Arbitral— se basan en el TBI para sus demás reclamaciones. No han invocado el TBI como base general de la competencia, ni ello ha sido discutido como tal por las partes.
113. Además, en su Memorial Principal, las Demandantes inicialmente hicieron la distinción entre violaciones de los PPA y el derecho ecuatoriano por un lado, y violaciones del TBI por el otro. Sin embargo, en sus presentaciones posteriores, se centraron en las violaciones del TBI, al mismo tiempo que declararon, en términos generales, en una nota a pie de página de su primer escrito posterior a la audiencia, que no renunciaban a los argumentos anteriores.
114. Mientras que la Demandada objeta la invocación del TBI como base de la competencia, reconoce expresamente la aplicación del TBI como parte del “marco sustancial” de las diferencias comprendidas en el Convenio Arbitral. Insiste, sin embargo, en que la principal fuente de derecho sea, en cualquier caso, la ley ecuatoriana.

115. En consecuencia, el Tribunal determinará, en primer lugar, el fundamento adecuado de su competencia (2) y la ley aplicable (3). El Tribunal procederá a examinar las reclamaciones de las Demandantes teniendo en cuenta las disposiciones contractuales y la ley ecuatoriana (4.1.) para luego establecer si la conducta de Ecuador violó las disposiciones del TBI (4.2). Finalmente, el Tribunal analizará las alegaciones sobre los daños y perjuicios y establecerá si los Demandantes tienen derecho a ser indemnizadas.
116. Antes de abordar su análisis, el Tribunal quisiera comentar la relevancia que otorgará a los precedentes del CIADI en este caso, puesto que ambas partes se han basado extensamente en previas decisiones y laudos del CIADI en apoyo de sus posiciones, ya sea para concluir que se debería adoptar la misma solución en el presente caso o en un intento por explicar por qué este Tribunal debería apartarse de esa solución.
117. Si bien el Tribunal considera que no está obligado por decisiones anteriores, opina que debe prestar la debida consideración a dichas decisiones adoptadas por otros tribunales internacionales. Considera que, a menos que existan razones de peso en contrario, tiene el deber de tener en cuenta las soluciones establecidas consistentemente en casos anteriores similares. Con sujeción a las características específicas de un tratado determinado y a las circunstancias del caso en examen, tiene el deber de procurar contribuir al desarrollo armónico del derecho de las inversiones y, por lo tanto, de satisfacer las legítimas expectativas de la comunidad de Estados e inversionistas con miras a crear certidumbre en el imperio de la ley<sup>2</sup>.

## **2. COMPETENCIA**

118. No se discute la competencia de este Tribunal para decidir las excepciones a la jurisdicción presentadas por Ecuador (Art. 41 del Convenio CIADI). La cuestión de la competencia se ha unido al fondo de la diferencia y, en consecuencia, el Tribunal la abordará como cuestión previa en el presente laudo (Art. 41(2) del Convenio CIADI).
119. Habida cuenta que la principal base de jurisdicción invocada por las Demandantes es el Convenio Arbitral, el Tribunal analizará su competencia en virtud del Convenio y determinará cuáles de las reclamaciones están comprendidas en él (2.1.1). Una vez hecho esto, procederá a verificar si se cumplen las condiciones impuestas por el Convenio CIADI respecto de estas reclamaciones (2.1.2). El Tribunal examinará

---

<sup>2</sup> En lo que respecta al valor jurisprudencial de las decisiones del CIADI, véase Gabrielle Kaufmann-Kohler, *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?* Arbitration International 2007, pág. 357.

seguidamente si las Demandantes pueden invocar al TBI como base adicional para determinar la competencia respecto de las reclamaciones no comprendidas en el Convenio Arbitral (si existiese alguna) y, en caso afirmativo, si se cumple con los requisitos relativos a la competencia establecidos en el Convenio CIADI y el TBI (2.2).

## 2.1 Competencia del Tribunal en virtud del Convenio Arbitral

120. El Convenio Arbitral (PD Dtes. 025) contiene las siguientes disposiciones pertinentes:

2. *Si las partes no alcanzaran un acuerdo dentro del término máximo de 70 días previstos en el párrafo No. 1 anterior, contados a partir de la fecha de la celebración del presente convenio, la RDE y las Inversionistas consienten en someter las diferencias descritas en el párrafo 3 de este instrumento, al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (el "Centro") para que sean resueltas de forma completa y definitiva por medio de arbitraje en derecho conforme al Convenio de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados ("Convenio CIADI"), y del Tratado entre los Estados Unidos de América y la República de Ecuador sobre Promoción y Protección de Inversiones, firmado en Agosto 27, 1993 y que se encuentra vigente desde Mayo 11, 1997 (el "Tratado").*
3. *Las siguientes diferencias se definen como "diferencias relativas u originadas en una inversión" para los propósitos de este Convenio, del consentimiento de las Partes establecido en el párrafo 2, el Convenio CIADI y el Tratado: **Cualesquiera y todas las reclamaciones, controversias, demandas y causas originadas en o en conexión con (i) las multas y penalidades impuestas por la RDE en base del Contrato de Compraventa de Potencia y Energía suscrito en Octubre 31 de 1995 con ELECTROQUIL S.A. (PPA 95), y sus intereses y cualquier otro asunto y/o acuerdo relacionado con dichos conceptos, (ii) las multas y penalidades impuestas por la RDE en base del Contrato de Compraventa de Potencia y Energía suscrito el 8 de Agosto de 1996 con ELECTROQUIL S.A. (PPA 96), y sus intereses y cualquier otro asunto y/o acuerdo relacionado con dichos conceptos.***
4. *Las Partes renuncian a formular cualesquiera y toda impugnación a la jurisdicción de cualquier tribunal arbitral constituido en relación con este Convenio.*
5. *El PPA 95, el PPA 96 y el interés que Duke Energy Electroquil tiene en Electroquil, constituirán, separada o colectivamente, una «inversión» para los propósitos del Convenio CIADI.*
- [...]
9. *El Tribunal decidirá las Diferencias relativas a la Inversión de conformidad con las leyes de la República del Ecuador y los principios aplicables de Derecho Internacional. Todas las cuestiones relativas a la validez, eficacia, ámbito de aplicación e interpretación de este Convenio, serán decididas por el Tribunal de conformidad con el Derecho Internacional. [...]*
- [...]
12. *El Arbitraje realizado en conformidad con este Convenio será el medio exclusivo para resolver todas las Diferencias relativas a la Inversión. Ni las Inversionistas ni la RDE ejercerán ninguna acción ni darán*

*comienzo a ningún procedimiento para detener, retrasar o poner fin al procedimiento arbitral previsto en este Convenio.*

13. *Concluido el término máximo de setenta días previsto en el párrafo primero de este convenio, la RDE no exigirá el agotamiento por parte de las Inversionistas de los recursos locales administrativos, judiciales o de otro tipo como condición previa para la prestación de su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.*
14. *Este Convenio sustituye cualesquiera otros Convenios o entendimientos que pudiera haber entre las Partes en relación con la solución de Diferencias relativas a la Inversión. (Énfasis añadido).*

### **2.1.1 El alcance del Convenio Arbitral**

#### **a) Definición de la cuestión**

121. Como se indicó antes, las Demandantes objetan la siguiente conducta de la Demandada: (i) constitución tardía y ejecución deficiente de los Fideicomisos de Pago; (ii) falta de pago de intereses aplicables a los pagos tardíos; (iii) imposición indebida de multas y penalidades; (iv) desconsideración de la aplicación de los aranceles de aduana, y (v) negativa a considerar las reclamaciones sometidas al arbitraje local. La Demandada sostiene que el único fundamento de la competencia es el Convenio Arbitral y que sólo abarca las reclamaciones relativas a multas y penalidades.
122. El Tribunal debe establecer si tiene competencia para considerar todas las reclamaciones de las Demandantes. A tal fin, primero debe determinar el alcance del Convenio Arbitral: ¿abarca éste tan sólo las reclamaciones relativas a multas y penalidades y, de ser así, qué reclamaciones se relacionan con multas y penalidades?
123. El punto de partida de este análisis son las cláusulas 2 y 3 del Convenio Arbitral antes mencionado, cuyo texto es el siguiente:
  2. *Si las partes no alcanzaran un acuerdo dentro del término máximo de 70 días previstos en el párrafo No. 1 anterior, contados a partir de la fecha de la celebración del presente convenio, **la RDE y las Inversionistas consienten en someter las diferencias descritas en el párrafo 3** de este instrumento, al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (el "Centro") para que sean resueltas de forma completa y definitiva por medio de arbitraje en derecho conforme al Convenio de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados ("Convenio CIADI"), y del Tratado entre los Estados Unidos de América y la República de Ecuador sobre Promoción y Protección de Inversiones, firmado en Agosto 27, 1993 y que se encuentra vigente desde Mayo 11, 1997 (el "Tratado").*
  3. *Las siguientes diferencias se definen como "diferencias relativas u originadas en una inversión" para los propósitos de este Convenio, del consentimiento de las Partes establecido en el párrafo 2, el Convenio CIADI y el Tratado: **Cualesquiera y todas las reclamaciones, controversias, demandas y causas originadas en o en conexión con (i) las multas y penalidades impuestas por la RDE en base***

**del Contrato de Compraventa de Potencia y Energía suscrito en Octubre 31 de 1995 con ELECTROQUIL S.A. (PPA 95), y sus intereses y cualquier otro asunto y/o acuerdo relacionado con dichos conceptos, (ii) las multas y penalidades impuestas por la RDE en base del Contrato de Compraventa de Potencia y Energía suscrito el 8 de Agosto de 1996 con ELECTROQUIL S.A. (PPA 96), y sus intereses y cualquier otro asunto y/o acuerdo relacionado con dichos conceptos.** (Énfasis añadido).

**b) Posiciones de las Partes**

124. La Demandada opina que la frase “*diferencias relativas u originadas en*” que consta en el párrafo 3 del Convenio Arbitral debe interpretarse en forma restrictiva y sólo se relaciona con las reclamaciones por multas y penalidades. Ni las reclamaciones por aranceles de aduana ni las reclamaciones por intereses aplicables a los pagos tardíos están relacionadas con multas y penalidades. Las primeras están pendientes de una decisión de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador desde marzo de 2004, lo que significa *a contrario*, que no estaban amparadas por el Convenio Arbitral celebrado en abril de 2004 (Abogado de la Demandada, Tr. en castellano, págs. 96-98). La Demandada encuentra respaldo en la carta de Electroquil del 26 de abril de 2004, que interpreta como confirmación de que la intención de las partes era excluir dichas reclamaciones del alcance del Convenio Arbitral.
125. En cambio, las Demandantes alegan que el Convenio Arbitral debería interpretarse de manera amplia y que la intención de las partes había sido someter a arbitraje todas sus diferencias ante un tribunal del CIADI. La frase “*cualesquiera y todas las reclamaciones, controversias, demandas y causas originadas en o en conexión con*” es el resultado de un debido análisis y negociación. Se incluyó para asegurar que cualquier diferencia pudiera ser sometida a un tribunal del CIADI. Al respecto, las Demandantes invocan la misma carta del 26 de abril de 2004 enviada por Electroquil al Gobierno ecuatoriano, en la que afirman que su entendimiento del Convenio fue comunicado a Ecuador en el momento de celebrarse el Convenio Arbitral. Además, las Demandantes alegan que el Sr. Larrea, el Presidente Ejecutivo de Electroquil, solicitó expresamente que se agregaran las palabras “*asunto y/o acuerdo*” al texto del párrafo 3.
126. Las Demandantes insisten, además, en que las reclamaciones por intereses aplicables a los pagos tardíos están relacionadas con las reclamaciones relativas a las multas y penalidades, pues Ecuador se valió indebidamente de multas y penalidades para compensar las obligaciones pendientes de pago de Ecuador. Las Demandantes nunca han renunciado a sus derechos ni abandonado sus reclamaciones respecto de los intereses aplicables a los pagos tardíos. Análogamente, se pagaron aranceles de

aduana respecto de la importación de una turbina, que hacía falta para ejecutar los PPA.

**c) Decisión del Tribunal**

127. Teniendo en cuenta la discrepancia entre las partes en cuanto al alcance de las disposiciones pertinentes del Convenio Arbitral, el Tribunal deberá determinar primero los principios aplicables a la interpretación dada por las partes (i). Sobre la base de sus conclusiones procederá luego a interpretar estas disposiciones (ii).

*i) Principios aplicables a la interpretación del Convenio Arbitral*

128. En el párrafo 9 del Convenio Arbitral, las partes han especificado que “*todas las cuestiones relativas a la validez, ámbito de aplicación e interpretación de este Convenio, serán decididas por el Tribunal de conformidad con el Derecho Internacional*”.

129. ¿Debe interpretarse el consentimiento al arbitraje de manera restrictiva, como aduce la Demandada, o en sentido amplio, como sostienen las Demandantes? En numerosas decisiones —que van desde el caso *Holiday Inns c. Marruecos* hasta el caso *Tradex c. Albania*, incluidos los casos *Amco c. Indonesia*, *SOABI c. Senegal* y *SPP c. Egipto*, a los que se remite Ecuador— se ha insistido en la necesidad de interpretar la intención real de las partes teniendo en cuenta las circunstancias y se han negado a considerar la soberanía como un factor limitante del consentimiento de un Estado al arbitraje.

130. Sin entrar en los pormenores de estas decisiones, el Tribunal opina que la perspectiva mediadora utilizada en el caso *SPP c. Egipto* es la adecuada para interpretar el consentimiento de un estado a la jurisdicción del CIADI:

*Por lo tanto, los instrumentos jurisdiccionales no deben interpretarse ni restrictiva ni ampliamente, sino más bien objetivamente y de buena fe, y se concluirá que existe competencia cuando - y sólo cuando - la fuerza de los argumentos esgrimidos a su favor sea preponderante<sup>3</sup>.*

131. Esta perspectiva es igualmente esgrimida por otros Tribunales del CIADI, como el tribunal del caso *ČSOB c. la República Eslovaca*<sup>4</sup>:

---

<sup>3</sup> Véase el caso *Southern Pacific Properties (Middle East) y Southern Pacific Properties Ltd. c. la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/84/3, Decisión sobre jurisdicción, 14 de abril de 1988, 3 ICSID Reports 143/4. (Traducción libre del Tribunal)

<sup>4</sup> *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (CSOB) c. la República Eslovaca*, Caso CIADI N° ARB/97/4, Decisión sobre jurisdicción, 24 de mayo de 1999, párrafo 35, 14 ICSID Rev. – FILJ 251 (1999). (Traducción libre del Tribunal)

*[p]ara determinar cómo interpretar los convenios para someter las diferencias a arbitraje bajo el Convenio del CIADI, el Tribunal se guía por una decisión del CIADI dictada en el caso [Amco c. Indonesia] en la que se sostuvo que ‘un acuerdo arbitral no debe interpretarse de manera restrictiva ni, de hecho, amplia ni literalmente. Debe interpretarse de una manera que conduzca a conocer y respetar la voluntad común de las partes [...] Asimismo [...] todo acuerdo, incluidos los convenios arbitrales, deben interpretarse de buena fe, es decir, teniendo en cuenta las consecuencias de los compromisos que pueda considerarse que las partes han previsto razonable y legítimamente’.* (Se ha omitido la nota a pie de página)

132. Para determinar las verdaderas intenciones de las partes, un tribunal examina, *inter alia*, las expectativas de las partes teniendo en cuenta el acuerdo en su totalidad<sup>5</sup>. La importancia de las expectativas razonables y legítimas de las partes en la interpretación de los convenios de arbitraje ha sido, por ejemplo, puesta de relieve en el caso *SOABI c. Senegal*<sup>6</sup>:

*En otras palabras, la interpretación debe tener en cuenta las consecuencias que puede considerarse que las partes previeron razonable y legítimamente que se derivarían de sus compromisos. Es este principio de interpretación, y no uno de interpretación a priori en sentido estricto o, en todo caso, amplia y literal, el que el Tribunal ha elegido aplicar.*

ii) *Interpretación de las disposiciones relevantes del Convenio Arbitral*

133. Habiendo identificado los principios pertinentes de interpretación conforme al derecho internacional aplicable, el Tribunal examinará ahora si la intención de las partes, expresada en el párrafo 3 del Convenio Arbitral, era someter todas las reclamaciones en discusión, al arbitraje CIADI.

134. A fin de establecer su intención, las partes se han remitido a documentos contemporáneos vinculados con el Convenio. Dos de estos documentos parecen tener especial importancia. En primer lugar, la autorización del Procurador General para firmar el Convenio Arbitral de fecha 26 de abril de 2004, que se adjunta al Convenio como “*supporting documentation*” (en la traducción de las Demandantes) o “*documentos habilitantes*” en la versión original en español. En su autorización, el Procurador General afirma que: “[...] *esta Procuraduría General del Estado autoriza a someter la controversia en lo referente exclusivamente a multas o penalidades surgidas en la ejecución de los contratos señalados, al procedimiento de arbitraje internacional*”. En su calidad de “*documento habilitante*”, esta autorización fija los límites del consentimiento del Estado para someter las diferencias a arbitraje. Por lo tanto, queda claro que el Estado no tenía intención de prestar su consentimiento para

<sup>5</sup> Véase el caso *Amco Asia Corp. c. la República de Indonesia*, Caso CIADI N° ARB/81/1, Laudo del 25 de septiembre de 1983, párrafo 14, 1 ICSID Reports 389.

<sup>6</sup> *SOABI c. Senegal*, Caso CIADI N° ARB/82/1, Laudo del 25 de febrero de 1988, párrafo 4.10, ICSID Rev. – FILJ 125 (1991). (Traducción libre del Tribunal)

someter a arbitraje las diferencias distintas de las relacionadas con las multas y penalidades.

135. Segundo, las Demandantes invocan una carta enviada por el Sr. Larrea, Presidente Ejecutivo de Electroquil, al Ministro de Energía y Minas, de la misma fecha que la autorización del Procurador General, es decir, 26 de abril de 2004, que también es la fecha en que se suscribió el Convenio Arbitral. En dicha fecha, el Sr. Larrea escribió al MEM con respecto a las enmiendas que debían introducirse en el proyecto de Convenio Arbitral que se había presentado a Electroquil (PD Dtes. 118). Las partes pertinentes de esta carta dicen lo siguiente:

*Las siguientes diferencias se definen como "relativas u originadas en una inversión" para los propósitos de este Convenio, del consentimiento de las Partes establecido en el párrafo 2, el Convenio CIADI y el Tratado: Cualesquiera y todas las reclamaciones, controversias, demandas y causas originadas en o en conexión con (i) las multas y penalidades impuestas por la RDE en base del Contrato de Compraventa de Potencia y Energía suscrito en Octubre 31 de 1995 con ELECTROQUIL S.A. (PPA 95), y sus intereses y cualquier otro asunto y/o acuerdo relacionado con dichos conceptos, (ii) las multas y penalidades impuestas por la RDE en base del Contrato de Compraventa de Potencia y Energía suscrito el 8 de Agosto de 1996 con ELECTROQUIL S.A. (PPA 96), y sus intereses y cualquier otro asunto y/o acuerdo relacionado con dichos conceptos.*

[...]

*Además e independientemente de lo expresado antes, Duke señala oficialmente que la exclusión en el párrafo 3 del Convenio propuesta por el Gobierno de cualquier referencia al tema de los derechos de aduana pagaderos por la importación de las turbinas, así como toda otra cuestión vinculada con la explotación comercial de los inversionistas en el Ecuador, no puede interpretarse como un acuerdo ni aceptación por parte de Duke o su filial ELECTROQUIL a los efectos de que toda diferencia relativa a dichas materias no es susceptible de ser sometida a arbitraje. (Énfasis añadido).*

136. El agregado por Electroquil de las palabras "y/o acuerdo" que acaban de citarse figura en la versión final suscrita del Convenio Arbitral. Las Demandantes alegan que Electroquil efectuó este agregado específicamente para asegurar que las Actas de Liquidación y los Convenios de AyM estarían comprendidos (Mem. Dtes., párrafo 56). En su declaración testimonial, El Sr. Larrea también explica que en el segundo párrafo de su carta del 26 de abril de 2004 relativo a los aranceles de aduana se insistía en que dichas reclamaciones estuvieran sujetas al mismo arbitraje (DT, párrafo 81).
137. El Tribunal no puede guiarse por estos argumentos. Primero, son contrarios a la clara redacción de la carta del Procurador General de la misma fecha. Segundo, no se ajustan al entendimiento del Tribunal respecto del segundo párrafo de la carta del Sr. Larrea. En efecto, a su entender este pasaje significa que, si bien Duke aceptó que las reclamaciones relativas a aranceles de aduana no estarían comprendidas en el Convenio Arbitral, no reconoció que no pudieran someterse a arbitraje de alguna

manera. Por lo tanto, el Tribunal interpreta que la intención de las partes es que el Convenio Arbitral abarque tan sólo las reclamaciones relativas a las multas y penalidades.

138. Dicho esto, la expresión relativa a las “*multas y penalidades*” es amplia. Expresiones como “*cualesquiera y todas las reclamaciones, controversias, demandas y causas originadas en o en conexión con*” así como “*cualquier otro asunto y/o acuerdo relacionado con dichos conceptos*” parecen abarcar una amplia variedad de reclamaciones, siempre que ellas se relacionen con las “*multas y penalidades*”. El Tribunal debe, por lo tanto, determinar si las reclamaciones relativas a los pagos tardíos, los Fideicomisos de Pago, los Convenios de AyM y los aranceles de aduana están comprendidas en el Convenio Arbitral por relacionarse con las multas y penalidades y/o cualquier acuerdo relativo a estos conceptos.
139. Primero, el Tribunal considera que el pago tardío de las facturas de Electroquil sí se relacionaba con la imposición y el pago de penalidades. En este sentido, toma nota de los argumentos de las Demandantes en cuanto a que Ecuador hizo uso indebido de la aplicación de multas y penalidades para compensar sus obligaciones pendientes de pago, que tan sólo 37 de las 122 facturas emitidas por Electroquil fueron pagadas dentro de los 30 días y que, de todos modos, los pagos pocas veces fueron de todo el monto facturado (1<sup>er</sup> IP Kaczmarek, párrafos 49 y 50). Lo que es más importante, observa que el Acta de Liquidación del PPA 96 se refiere a las “[*m*]ultas descontadas del valor facturado por Electroquil [...]”. Análogamente, en la opinión del abogado del MEM acerca del Convenio Arbitral se afirma que se impusieron a Electroquil multas por valor de USD7.982.187 y que este monto fue “*descontado de las facturas pendientes de pago a favor de ELECTROQUIL S.A.*” (PD Dda. 117).
140. Segundo, el Tribunal pasa a considerar la relación entre las multas y los Fideicomisos de Pago. Las Demandantes aducen que las Multas N° 1 y N° 2 fueron impuestas injustamente, puesto que la demora en poner en marcha las unidades se debió a la constitución tardía de los Fideicomisos de Pago. En ese sentido, existe una relación entre las reclamaciones relativas al establecimiento de los Fideicomisos de Pago y las multas. No sucede lo mismo con la ejecución de la garantía de pago, que las Demandantes también alegan que fue violada. En efecto, ninguna de las multas muestra un vínculo con la ejecución de los Fideicomisos de Pago. Por lo tanto, el Tribunal opina que, de acuerdo con la intención de las partes, tiene competencia en virtud del Convenio Arbitral respecto de cualquier reclamación relativa a la constitución de los Fideicomisos de Pago pero no a su ejecución. Se examinará más adelante si tiene competencia para conocer de estas últimas reclamaciones sobre la base del TBI.

141. Tercero, el Tribunal concluye que los Convenios de AyM estaban directamente relacionados con las multas y penalidades. Fueron el recurso inicial utilizado por las Demandantes para solucionar las diferencias relativas a las multas aplicadas entre 1996 y 1998 (es decir, las multas N° 1 a N° 7). Esto se reconoce en las Actas de Liquidación del PPA 95 y del PPA 96 y también fue reconocido por la Demandada en su Réplica: *“El entendido correcto es que debe haber una relación directa con las multas [se ha omitido la nota a pie de página], como por ejemplo el reclamo de las Demandantes referido al arbitraje local.”* (Réplica Dda., párrafo 33).
142. En cambio, el Tribunal no observa relación alguna entre los aranceles de aduana y las multas y penalidades. Los aranceles de aduana se relacionan con la aplicación de impuestos y no están relacionados con algún mecanismo contractual para la imposición de multas y penalidades.
143. Sobre la base de estas consideraciones, el Tribunal considera que tiene competencia en virtud del Convenio Arbitral para decidir acerca de las reclamaciones sometidas a este arbitraje, excepto las relacionadas con la ejecución de los Fideicomisos de Pago y con los aranceles de aduana.
144. El Tribunal debe ahora considerar si se cumplen los requisitos del Convenio CIADI en relación con las reclamaciones de su competencia en virtud del Convenio Arbitral (2.1.2). A continuación, decidirá si tiene competencia sobre las reclamaciones relativas a la ejecución de los Fideicomisos de Pago y a los aranceles de aduana sobre la base del TBI, puesto que las Demandantes han invocado el Tratado en caso de que el Tribunal denegara su competencia en virtud del Convenio Arbitral (2.2).

### **2.1.2 Requisitos jurisdiccionales bajo el Convenio CIADI**

145. Los requisitos jurisdiccionales están establecidos en el Artículo 25(1) del Convenio CIADI en los siguientes términos:

*La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.*

146. Ecuador no objeta el hecho de que: (i) las diferencias relativas a multas y penalidades sean de naturaleza jurídica; (ii) surjan directamente de una inversión; (iii) existan entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante; y (iv) se hayan sometido por escrito al arbitraje CIADI dentro del marco del Artículo 25(1) del Convenio

CIADI (Contestación Dda., párrafo 48). Asimismo, el Tribunal considera que, en el párrafo 4 del Convenio Arbitral, las partes acuerdan no impugnar la competencia del Tribunal respecto de las diferencias descritas en su párrafo 3.

147. El Tribunal observa, en particular, que las partes han acordado, en el párrafo 5 del Convenio Arbitral, que las Demandantes serían tratadas como nacionales de los Estados Unidos de América. Observa además que, en el momento de suscribir el Convenio Arbitral, no cabía duda de que Electroquil estaba bajo control extranjero y, por lo tanto, reunía los requisitos establecidos en el Artículo 25(2)(b) del Convenio de Washington.
148. El Convenio Arbitral también especifica en el párrafo 5 que los PPA y la participación que Duke Energy Electroquil tiene en Electroquil constituyen una inversión a los fines del Convenio CIADI. Por lo tanto, el Tribunal partirá del supuesto, que para los fines del Convenio CIADI, tanto Duke Energy como Electroquil tienen una inversión.
149. En consecuencia, el Tribunal está conforme con que se ha cumplido con los requisitos del Artículo 25(1) del Convenio CIADI con respecto a las diferencias relativas a las multas y penalidades, que incluyen:
  - las reclamaciones relativas a la constitución de los Fideicomisos de Pago;
  - las reclamaciones de intereses por concepto de pagos tardíos de las facturas de Electroquil;
  - las reclamaciones por multas y penalidades *stricto sensu*, y
  - la reclamación relativa a los Convenios de AyM.

## **2.2 Jurisdicción alternativa en virtud del TBI**

150. Las Demandantes han invocado al TBI como base adicional de jurisdicción en caso de que algunas reclamaciones no se consideraran comprendidas en el Convenio Arbitral. El Tribunal considerará ahora si el TBI puede, en efecto, invocarse en el presente caso.

### **2.2.1 Posiciones de las Partes**

151. La Demandada plantea tres objeciones fundamentales a la invocación por las Demandantes del TBI. Primero, afirma que las reclamaciones en virtud del tratado no pueden unirse a las reclamaciones que surgen del Convenio Arbitral. En su opinión,

las Demandantes no pueden plantear reclamaciones en virtud del TBI en este procedimiento porque: (i) no invocaron dicho fundamento en su Solicitud de Arbitraje, y (ii) los términos del Convenio excluyen expresamente la posibilidad de acumular procedimientos basados en los contratos con el de arbitraje basado en el TBI. Segundo, la Demandada alega que los aranceles de aduana, en todo caso, se relacionan con cuestiones fiscales que están fuera del ámbito del TBI de conformidad con lo previsto en el Artículo X(2)(c). Por último, alega que las Demandantes no han cumplido con los requisitos jurisdiccionales y procesales del TBI y del Convenio CIADI.

152. Para defender su reclamación de jurisdicción alternativa en virtud del TBI, las Demandantes alegan, primero, que expresaron su consentimiento conforme al TBI en su Memorial de Contestación (Réplica Dtes., párrafo 99) y que las reclamaciones, en todo caso, serían admisibles como reclamaciones incidentales en virtud del Artículo 46 del Convenio CIADI y la Regla de Arbitraje 40. Además, afirman que ninguna de las disposiciones del Convenio Arbitral ni del Convenio CIADI limita el número de instrumentos por el que puede expresarse el consentimiento, y que el único requisito es que el consentimiento sea “por escrito”. Segundo, las Demandantes niegan solicitar el examen de una cuestión tributaria en el sentido del Artículo X(2)(c) del Tratado y afirman que, aunque ese fuera el caso, las reclamaciones relativas a los aranceles de aduana encuadrarían en las excepciones del Artículo X(2). Por último, las Demandantes expresan que se ha cumplido con los requisitos jurisdiccionales y procesales establecidos tanto en el Convenio CIADI como en el TBI.

### **2.2.2 Decisión del Tribunal**

153. El Tribunal debe primero determinar si las Demandantes invocaron debidamente el TBI (a). Después debe considerar si tiene competencia tanto en virtud del Convenio Arbitral como del Tratado (b). Por último, el Tribunal debe determinar si las reclamaciones relativas a la ejecución de los Fideicomisos de Pago y los aranceles de aduana encuadran dentro del ámbito del mecanismo de solución de diferencias previsto en el TBI y, en tal caso, si se cumple con los requisitos relativos a la jurisdicción previstos en el Tratado y el Convenio CIADI (c) a (e).
154. El texto del Artículo VI del TBI es el siguiente:

*1. A efectos del presente Artículo una diferencia en materia de inversión es una diferencia entre una Parte y un nacional o una sociedad de la otra Parte, que se deba o sea pertinente a: a) un acuerdo de inversión concertado entre esa Parte y dicho nacional o sociedad; b) una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en materia de inversiones extranjeras de una Parte a*

dicho nacional o sociedad, o c) una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión.

2. Cuando surja una diferencia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías, para su resolución:

a) Los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia; o

b) A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convenido, o

c) Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo.

3. 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 por consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio:

i) Del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“el Centro”) establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 (“Convenio del CIADI”), siempre que la Parte sea parte en dicho Convenio; o

ii) Del Mecanismo Complementario del Centro, de no ser posible recurrir a éste; o

iii) Según las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Internacional (CNUDMI), o

iv) De cualquier otra institución arbitral o conforme a otra norma de arbitraje, según convengan las partes en la diferencia.

b) Una vez que la sociedad o el nacional interesado dé su consentimiento, cualquiera de las partes en la diferencia podrá iniciar el arbitraje según la opción especificada en el consentimiento.

4. Cada una de las Partes consiente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio para su solución, de conformidad con la opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o de la sociedad, según el párrafo 3. Ese consentimiento, junto con el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, cuando se da conforme el párrafo 3, cumplirá el requisito de:

a) Un “consentimiento por escrito” de las partes en la diferencia a efectos del Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del Centro) y a efectos de las normas del Mecanismo Complementario, y

b) Un “acuerdo por escrito” a efectos del Artículo II de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 (“Convención de Nueva York”).

5. Todo arbitraje efectuado de conformidad con la cláusula ii), iii) o iv) del inciso a), párrafo 3 del presente Artículo, tendrá lugar en un estado que sea Parte en la Convención de Nueva York.

6. Todo laudo arbitral dictado en virtud de este Artículo será definitivo y obligatorio para las partes en la diferencia. Cada Parte se compromete a aplicar sin demora las disposiciones de dicho laudo y a garantizar su ejecución en su territorio.

7. En todo procedimiento relativo a una diferencia en materia de inversión, las Partes no emplearán como defensa, reconvencción, derecho de contra

*reclamación o de otro modo, el hecho de que la sociedad o el nacional interesado ha recibido o recibirá, según los términos de un contrato de seguro o de garantía, alguna indemnización u otra compensación por todos sus supuestos daños o por parte de ellos.*

*8. A efectos de un arbitraje efectuado según lo previsto en el párrafo 3 del presente Artículo, toda sociedad legalmente constituida conforme al ordenamiento interno de una Parte o subdivisión política de la misma que, inmediatamente antes de ocurrir el suceso o los sucesos que dieron lugar a la diferencia, constituyera una inversión de nacionales o de sociedades de la otra Parte, deberá ser tratada como nacional o sociedad de esa otra Parte, conforme al inciso b), párrafo 2, del Artículo 25 del Convenio del CIADI.*

**a) La invocación tardía del TBI**

155. El Tribunal considera que el hecho de que las Demandantes no hayan invocado el TBI como fundamento de la jurisdicción hasta el momento de presentar su Memorial de Contestación sobre jurisdicción no debe impedirles basarse en él y concuerda con las Demandantes en que sostener lo contrario sería un exceso de formalismo. De hecho, desde entonces, las Demandantes han invocado el TBI como base alterna de jurisdicción en respuesta a las excepciones planteadas por la Demandada. No puede considerarse que las Demandantes hayan renunciado a este fundamento al no mencionarlo en su Solicitud de Arbitraje, habida cuenta de que no había motivos para esgrimir dicho argumento en ese entonces.

**b) Bases jurisdiccionales conjuntas**

156. El Tribunal no encuentra nada en el Convenio CIADI que le impida seguir un procedimiento teniendo en cuenta bases acumulativas de jurisdicción. Lo que importa es el “*consentimiento de las partes*”. El consentimiento de las partes al arbitraje CIADI puede expresarse en una cláusula de arbitraje, o en un ofrecimiento general por parte de un Estado, en un TBI o su legislación nacional, seguido de la aceptación de este ofrecimiento por el inversionista. El único requisito es que dicho consentimiento se exprese por escrito<sup>7</sup>. Si el consentimiento puede verificarse en ambos casos, nada parece impedir basarse conjuntamente en distintos instrumentos en los que se exprese dicho consentimiento.

157. En el presente caso, el consentimiento respecto de las reclamaciones relativas a las multas y penalidades está comprendido en el Convenio Arbitral. En cuanto a otras cuestiones relativas a la inversión de las Demandantes, Ecuador hizo en el Tratado un ofrecimiento abierto y general de aceptar el arbitraje CIADI, el que fue aceptado

---

<sup>7</sup> Lucy Reed, Jan Paulsson y Nigel Blackaby, “Guide to ICSID Arbitration”, (2004) Kluwer Law International, págs. 21 y siguientes.

después por las Demandantes al iniciar este procedimiento y, en particular, al invocar el TBI como base para la competencia del Tribunal.

158. Como segunda objeción a la jurisdicción conjunta, la Demandada sostiene que los términos del Convenio excluyen expresamente la invocación del TBI. Considera que la disposición del párrafo 12, en el que se establece que “[e]l arbitraje realizado en conformidad con este Convenio será el medio exclusivo para resolver todas las Diferencias relativas a la Inversión”, prohíbe a las Demandantes iniciar un procedimiento ante el CIADI basándose en el TBI. Las Demandantes contestan que ellas no renunciaron a su derecho a invocar el TBI al celebrar el Convenio Arbitral y que el párrafo 12 fue incluido sencillamente para evitar posibles conflictos con otros mecanismos de solución de diferencias que surgieran de la relación entre las partes.
159. El Tribunal concluye que el hecho de que las partes acordaron someter algunas de sus diferencias relativas a inversiones al arbitraje CIADI en el Convenio Arbitral no impide por sí mismo que las Demandantes se valgan del Tratado para plantear reclamaciones adicionales que no encuadran en el ámbito del Convenio Arbitral. Es cierto que la situación sería distinta si las Demandantes renunciaran concretamente a su derecho a invocar el Tratado. Sin embargo, dicha renuncia, como lo señala el perito de las Demandantes, el Profesor Dolzer, debería ser expreso, lo que no sucede en este caso<sup>8</sup>.
160. Además, el párrafo 12 del Convenio Arbitral y la exclusividad del procedimiento previsto en él sólo se aplica a las reclamaciones comprendidas en dicho Convenio. Dado que ni la reclamación relativa a los aranceles de aduana ni la relativa a la ejecución deficiente de los Fideicomisos de Pago están comprendidas en el Convenio Arbitral, no pueden verse afectadas por esta exclusividad.
161. Por último, el Tribunal señala que la Demandada no se opone en general al sometimiento de estas reclamaciones al procedimiento CIADI en virtud del TBI. Sencillamente opone excepción a su sometimiento en este arbitraje, como se afirma en la Réplica: “*Por cierto que las Demandantes pueden presentar otros reclamos bajo el TBI, pero no en este procedimiento*” (Réplica Dda., párrafo 40).
162. En consecuencia, el Tribunal concluye que no hay razones para rechazar el uso de bases diferentes para la jurisdicción relativa a distintas reclamaciones sometidas al mismo arbitraje CIADI y que las Demandantes no han renunciado a su derecho a

---

<sup>8</sup> Segundo dictamen del Profesor Dr. Rudolf Dolzer, 17 de enero de 2006, párrafo 19.

invocar el TBI con respecto a las reclamaciones no comprendidas en el Convenio Arbitral.

**c) La ejecución de los Fideicomisos de Pago y el alcance del TBI**

163. El Tribunal sostuvo antes que la ejecución de los Fideicomisos de Pago no se relaciona con las multas y penalidades y que, por lo tanto, carece de competencia en virtud del Convenio Arbitral respecto de las reclamaciones emergentes de dicha ejecución. En consecuencia, el Tribunal debe ahora examinar si tiene competencia respecto de esta reclamación sobre la base del TBI, en consonancia con la afirmación general de las Demandantes en el sentido de que el TBI podría ser usado como base de la jurisdicción respecto de cualquier reclamación que no estuviera comprendida en el ámbito del Convenio Arbitral. El Tribunal no ignora que las Demandantes no invocaron jurisdicción sobre esta base respecto de esta reclamación en particular. Sin embargo, determinar la jurisdicción de esta manera se ajusta a su argumento general de que el TBI constituye una base alterna para la jurisdicción respecto de las reclamaciones que no encuadran en el ámbito del Convenio Arbitral. También se ajusta a la metodología adoptada antes por el Tribunal (párrafo 119) y a la obligación de ejercer *ex officio* su competencia en virtud de un tratado.
164. El Artículo VI del TBI dispone que una diferencia “*que se deba o sea pertinente a*” una inversión entre una parte del Tratado y un nacional de la otra parte que “*no se soluciona amigablemente*” podrá someterse al arbitraje CIADI, siempre y cuando alguna de las partes “*no haya sometido la diferencia, para su solución, a [otros mecanismos]*” y “*hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia*”. Se ha cumplido con estos requisitos.
165. No cabe duda de que Duke Energy califica como nacional de los Estados Unidos a los fines del TBI. Análogamente, Electroquil puede considerarse un nacional de los Estados Unidos a los fines del TBI puesto que puede considerarse como una “inversión” de Duke Energy en virtud del Artículo VI(8) del TBI.
166. El Tribunal también está además conforme con que existe una diferencia que surge o se relaciona con una presunta violación de un derecho conferido en virtud del Tratado respecto de una inversión. En este sentido, señala que en el Artículo I(1) del TBI la definición de “inversión” abarca “*el derecho al dinero o alguna operación que tenga valor económico y que esté relacionada con una inversión*” y “*todo derecho conferido por la ley o por contrato*”.

167. El Tribunal también está conforme con que la diferencia no pudo resolverse amigablemente y que no fue sometida anteriormente a los otros mecanismos de solución previstos en el Tratado. Es más, en los Convenios de AyM no se aborda la ejecución de los Fideicomisos de Pago. Además, la diferencia relativa a la ejecución de los Fideicomisos de Pago surgió más de seis meses antes de que las Demandantes consintieran en someterla al arbitraje CIADI. En consecuencia, las Demandantes consintieron válidamente en someter la diferencia ante el CIADI y el consentimiento de Ecuador consta en el Artículo VI del TBI.
168. El Tribunal también observa que la diferencia relativa a la ejecución de los Fideicomisos de Pago surgió después de que los Fideicomisos fueron constituidos, es decir, después del 17 de febrero de 1998 y, por lo tanto, encuadra en el ámbito *ratione temporis* del TBI.
169. El Tribunal concluye, además, que se ha cumplido con los requisitos del Convenio CIADI respecto de esta reclamación, así como también de conformidad con sus conclusiones anteriores (párrafos 145-148).
170. Por tales motivos, el Tribunal concluye que tiene competencia en virtud del TBI para entender en la diferencia que surge de la ejecución de los Fideicomisos de Pago.

**d) Aranceles de aduana y alcance del TBI respecto de cuestiones tributarias**

171. La Demandada alega que la reclamación por los aranceles de aduana está fuera del ámbito del TBI, puesto que es una cuestión tributaria excluida en virtud del Artículo X(2)(c). Las Demandantes sostienen que esta reclamación no entraña una cuestión tributaria en el sentido del Artículo X(2) del Tratado, sino que surge de la falta de reembolso, por parte de la Demandada, a las Demandantes de los cargos arancelarios pagados con respecto a la importación de una turbina para la central eléctrica, de conformidad con lo dispuesto en los PPA (2<sup>do</sup> EPA Dtes., párrafo 46). Las Demandantes alegan además, que aunque la reclamación se considerara una cuestión tributaria, encuadraría dentro de las excepciones del Artículo X(2), puesto que los PPA son “*acuerdos de inversión*” de conformidad con la decisión dictada en el caso *OEPC c. Ecuador* (2<sup>do</sup> EPA Dtes., párrafo 47).
172. El Artículo X(2) del TBI establece lo siguiente:

*No obstante, las disposiciones del presente Tratado, especialmente los Artículos VI y VII del mismo, se aplicarán a cuestiones tributarias solamente con respecto a:*

- a) *La expropiación, de conformidad con el Artículo III;*
  - b) *Las transferencias, de conformidad con el Artículo IV, o*
  - c) *La observancia y el cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversión, tal como se menciona en el inciso a) o el inciso b),*
- en la medida en que no estén sujetas a las disposiciones sobre la solución de diferencias de un Convenio para evitar la doble imposición tributaria concertado entre las dos Partes, o que se hayan suscitado de conformidad con dichas disposiciones y no se hayan resuelto en un plazo razonable.*

173. Por lo tanto, el Tribunal primero debe dar respuesta a los siguientes interrogantes: (i) si la reclamación por los aranceles aduaneros es una cuestión tributaria en el sentido del Artículo X y, en tal caso, (ii) si dicha reclamación está comprendida dentro de las excepciones dispuestas en el párrafo 2 de este Artículo. El Tribunal se valdrá de las reglas sobre interpretación de los tratados contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, en particular, su Artículo 31, en el que se dispone que “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos [...]”.
174. En el Tratado no se define la expresión “cuestiones tributarias”. La decisión dictada en el caso *EnCana c. Ecuador* parece ser especialmente pertinente para tratar de aclarar su significado. En relación con una disposición del TBI celebrado entre Canadá y Ecuador con respecto a la exclusión de las “medidas fiscales”, el tribunal señaló que “[e]s inherente a la naturaleza de un impuesto el ser dispuesto en virtud de ley” y agregó que “[u]na ley tributaria es aquella que [se] impone a determinados grupos de personas la carga de pagar dinero al Estado para el beneficio público”<sup>9</sup>.
175. La exención del pago de aranceles de aduana, que es el objeto de esta reclamación, fue dictada por la Ley Número 30 de Exoneración de Impuestos a Importaciones del Sector Público para Obras y Servicios Prioritarios, supuestamente modificada por la Ley Orgánica de Aduanas del 13 de julio de 1998. En estas leyes se dispone la exención del pago de aranceles de aduana con respecto a bienes importados para atender las necesidades de una industria considerada de prioridad nacional. En ellas también se detallan los medios para determinar el alcance de dichas exenciones y se designa su autoridad de aplicación. Teniendo en cuenta su título y, aún más, su finalidad, la Ley Número 30 y la Ley Orgánica de Aduanas deben considerarse constitutivas de legislación tributaria. Es más, como lo afirmó el tribunal del caso *EnCana*, “[u]na medida que disponga una exención impositiva es tan medida fiscal

---

<sup>9</sup> *EnCana Corporation c. la República del Ecuador*, Caso LCIA N° UN3481, CNUDMI, Laudo del 3 de febrero de 2006, párrafo 142. (Inglés en el original, traducción libre del Tribunal)

como aquella que en primer lugar obligó al pago del impuesto”<sup>10</sup>. Por lo tanto, está claro que la reclamación por el pago de aranceles de aduana se relaciona con cuestiones tributarias.

176. Las Demandantes aducen, además, en este contexto, que su reclamación surge de la aplicación de los términos de los PPA. El Tribunal no está convencido de este argumento. Si bien las Demandantes citan disposiciones de los PPA en su Memorial Principal, la presente diferencia se relaciona con la modificación del régimen aduanero establecido por la Ley Número 30. A fin de reclamar la exención del pago de aranceles de aduana, las Demandantes mismas se han basado en las leyes tributarias de Ecuador, no en el PPA 96. En el Memorial Principal señalan lo siguiente:

[...] sobre la base de una solicitud de Electroquil, el CONADE reafirmó su opinión de que los bienes necesarios para la generación de electricidad eran una prioridad para el país y, por lo tanto, reunían las condiciones para su importación libre de impuestos de conformidad con las disposiciones de la Ley Número 30. Electroquil se basó en estas declaraciones en el sentido de que todos los bienes que necesitaba importar para cumplir con los PPA estarían exentos del pago de derechos.

(Mem. Dtes., párrafo 157, Inglés en el original, traducción libre del Tribunal)

177. Las Demandantes nunca explicaron cómo se aplicaban las disposiciones del PPA 96 ni su interacción con las leyes tributarias. La Demandada tampoco emitió opinión acerca de estas disposiciones. Al parecer, no era una cuestión objeto de debate. En consecuencia, el Tribunal concluye que la reclamación relativa a los aranceles de aduana debe considerarse una cuestión tributaria.
178. Además, el Tribunal observa la redacción abierta del Artículo X(2), que excluye todas las cuestiones tributarias, salvo las expresamente incluidas en el ámbito de los incisos (a) a (c). El alcance del Artículo X(2) se discutió específicamente en el caso *OEPC c. Ecuador*, en el laudo dictado por un tribunal bajo los auspicios de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) en el marco del TBI celebrado entre Estados Unidos y Ecuador<sup>11</sup>, y en la posterior decisión del juez Aikens de la Queen's Bench Division, por la que se rechazó la acción de Ecuador contra el laudo<sup>12</sup>. En esta última decisión se afirmó que la redacción del Artículo X(2) “*deja en claro que, salvo las cuestiones*

---

<sup>10</sup> *Op. cit.*

<sup>11</sup> En este caso se trató la cuestión del reembolso del IVA, estipulado en las disposiciones del contrato de participación celebrado entre el inversionista extranjero y la empresa petrolera estatal. *Occidental Exploration and Production Company (OEPC) c. la República del Ecuador*, Caso LCIA N° UN3467, CNUDMI, Laudo definitivo, 1 de julio de 2004. (Inglés en el original, traducción libre del Tribunal)

<sup>12</sup> Decisión de la Second Queen's Bench, 2 de marzo de 2006, [2006] EWHC 345 (Comm).

*tributarias inherentes a las tres excepciones identificadas, todas las cuestiones tributarias quedan fuera del ámbito del TBI*<sup>13</sup>.

179. Habiendo concluido que la reclamación relativa a los aranceles de aduana está relacionada con cuestiones tributarias, el Tribunal examinará ahora si ésta encuadra en alguna de estas excepciones. Las Demandantes aducen que su reclamación relativa a los aranceles de aduana encuadra en la excepción mencionada en el Artículo X(2)(c) del TBI, puesto que se vincula con la obligación de Ecuador de reembolsar a las Demandantes en virtud de los PPA y porque los PPA son acuerdos de inversión. El Tribunal observa que las Demandantes no dan una explicación de la razón por la que los PPA son acuerdos de inversión y sencillamente se remiten a los párrafos 71-72 del laudo dictado en el caso *OEPC*.

180. Según el Artículo X(2)(c), las reclamaciones relacionadas con cuestiones impositivas están comprendidas en el TBI si se vinculan con:

*[...] La observancia y el cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversión, tal como se menciona en el inciso (a) o el inciso (b), en la medida en que no estén sujetas a las disposiciones sobre la solución de diferencias de un Convenio para evitar la doble imposición tributaria concertado entre las dos Partes, o que se hayan suscitado de conformidad con dichas disposiciones y no se hayan resuelto en un plazo razonable.*

181. El Tribunal debe dar respuesta a dos interrogantes: (a) si los PPA son en efecto acuerdos de inversión en el sentido del Artículo VI(1)(a) o (b), y (b) si, como lo afirmó el tribunal en el caso *OEPC*, “*la observancia y el cumplimiento de los términos de un acuerdo de inversión relacionado con asuntos tributarios es un punto controversial en la presente disputa*”<sup>14</sup>.

182. Si bien el Tratado no brinda una definición de “acuerdo de inversión”, el Artículo X(2)(c) se refiere al tipo de acuerdo mencionado en el Artículo VI(1)(a) en su definición de “diferencia en materia de inversión”:

*A efectos del presente Artículo una diferencia en materia de inversión es una diferencia entre una Parte y un nacional o una sociedad de la otra Parte, que se deba o sea pertinente a: a) un acuerdo de inversión concertado entre esa parte y dicho nacional o sociedad [...].*

183. En tal sentido, el juez Aikens señala que, a los fines del Artículo VI, un acuerdo de inversión debe ser el celebrado “*entre un Estado Parte y un nacional o una empresa*

<sup>13</sup> Decisión de la Second Queen’s Bench, 2 de marzo de 2006, [2006] EWHC 345 (Comm), párrafo 93.

<sup>14</sup> *OEPC c. la República del Ecuador, op. cit.*, párrafo 71. (Inglés en el original, traducción libre del Tribunal)

*del otro Estado Parte*<sup>15</sup>. En este caso, los PPA fueron celebrados entre el INECEL — una entidad estatal— y Electroquil, una empresa constituida en Ecuador que, al momento de suscribirse los Contratos, no era de propiedad de inversionistas extranjeros. En consecuencia, al parecer, a los fines del Artículo VI(1)(a) —según lo exigido por el Artículo X(2)(c) —, los PPA no pueden considerarse como acuerdos de inversión.

184. Además, la referencia de las Demandantes al laudo dictado en el caso *OEPC* no es suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo de inversión. Es más, el laudo dictado en el caso *OEPC* conduce a la conclusión contraria. El caso *OEPC* se refería a un contrato de concesión firmado entre un inversionista extranjero (OEPC) y Petroecuador, una empresa de propiedad del Estado ecuatoriano. El tribunal de ese caso aceptó el argumento de Ecuador de que el contrato de concesión calificaba como un acuerdo de inversión de conformidad con la decisión dictada en el caso *Lanco* “*en la medida en que en esta decisión se identificó al contrato de concesión [...] con un acuerdo de inversión*”<sup>16</sup>.

185. No sucede lo mismo en este caso. Primero, los PPA no son contratos de concesión, sino contratos para la instalación de algunos equipos y la compra y venta de electricidad al INECEL. Segundo, aunque los PPA fueran contratos de concesión, tampoco calificarían como acuerdos de inversión en los términos del TBI. En la decisión dictada en el caso *Lanco* no se equiparaba a los contratos de concesión con los acuerdos de inversión en general. Aplicando una cláusula del TBI celebrado entre Argentina y Estados Unidos que es idéntica a la cláusula en cuestión en el presente caso, se hizo un examen de las posiciones de las partes y sus obligaciones y se sostuvo lo siguiente:

*Ésta [la existencia de una inversión a los fines de la aplicación del Tratado celebrado entre Argentina y los Estados Unidos] no convierte al Contrato de Concesión en un acuerdo de inversión, puesto que no todas las partes tienen la misma condición jurídica. Sin embargo, también está claro que en la medida en que LANCO también es parte en este contrato en calidad de adjudicataria y garante, el Contrato de Concesión, con respecto al inversionista extranjero, puede considerarse como un acuerdo de inversión [...]*<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Decisión de la Second Queen’s Bench, 2 de marzo de 2006, [2006] EWHC 345 (Comm), párrafo 102. (Inglés en el original, traducción libre del Tribunal)

<sup>16</sup> *Op. cit.*, párrafo 44. (Inglés en el original, traducción libre del Tribunal)

<sup>17</sup> *Lanco International, Inc. c. la República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/97/6, Decisión sobre jurisdicción, 8 de diciembre de 1998, párrafo 16. (Inglés en el original, traducción libre del Tribunal)

186. Duke Energy no firmó los PPA ni asumió ninguna obligación en virtud de sus términos. Además, el Estado ecuatoriano no era parte de tales contratos. En consecuencia, el Tribunal concluye que los PPA no pueden considerarse como acuerdos de inversión a los fines del Artículo VI(1)(a), según los requisitos del Artículo X(2)(c).
187. Por último, el Tribunal señala que, aún si los PPA fueran considerados como acuerdos de inversión debido a la posterior participación del Estado y la adquisición de la mayoría de la participación de Duke Energy en Electroquil, las reclamaciones relativas a los aranceles de aduana aún estarían fuera del alcance del Artículo X(2). De hecho, el Tribunal no está convencido de que la diferencia se refiera a “la observancia y el cumplimiento” de los términos de los presuntos acuerdos de inversión. Como se discutió antes, la diferencia se relaciona con la modificación del régimen aduanero establecida por la Ley Número 30.
188. Por tales motivos, el Tribunal concluye que la reclamación relativa a los aranceles de aduana no encuadra en el ámbito del TBI. Por lo tanto, carece de competencia para decidir acerca de dicha reclamación.
189. A la luz de esta conclusión, no hace falta examinar la tercera excepción planteada por la Demandada en cuanto a la falta de cumplimiento de los requisitos jurisdiccionales en virtud del TBI y el Convenio CIADI. En consecuencia, el Tribunal pasará ahora a analizar la segunda de las dos cuestiones que surgen de las circunstancias particulares de esta diferencia, que es la cuestión de la ley aplicable.

### **3. LEY APLICABLE**

190. El TBI no sólo se invoca como base para la jurisdicción sino también como la ley aplicable en virtud del Convenio Arbitral. Esta distinción no parece haber sido siempre claramente hecha por las partes durante el procedimiento, lo que ha dado lugar a cierta confusión. El Tribunal ha procurado discernir los argumentos de las partes respecto de la ley aplicable a fin de llegar a su conclusión.

#### **3.1 Posiciones de las Partes**

191. Según las Demandantes, las partes acordaron inequívocamente en el Convenio Arbitral que sus diferencias se decidirían de acuerdo con el TBI y que el Tribunal decidiría la diferencia en materia de inversión “*de acuerdo con las leyes de Ecuador y los principios aplicables del derecho internacional [...] y el estándar de revisión se basaría en los términos del TBI*” (Réplica Dtes., párrafo 204, Inglés en el original, traducción libre del Tribunal).

192. Las Demandantes solicitan la aplicación de las normas sustanciales del TBI y “*en todo caso protección y garantías que no sean menos que los estándares mínimos garantizados por el derecho consuetudinario internacional*” (Dúplica Dtes., párrafo 44, Inglés en el original, traducción libre del Tribunal). En su opinión, al evaluar si se han violado las protecciones sustanciales contenidas en el TBI, el Tribunal puede hacer referencia al derecho ecuatoriano en la medida en que no esté en contradicción con el derecho internacional (Réplica Dtes., párrafo 44). La posición de las Demandantes en cuanto a la ley aplicable a los daños y perjuicios es más compleja y ha evolucionado a lo largo del procedimiento. El Tribunal volverá más adelante a tratar la posición de las partes en la sección sobre los daños y perjuicios.
193. La Demandada acepta que en el Convenio Arbitral se dispone que las diferencias se resuelvan de acuerdo con el derecho ecuatoriano y los principios del derecho internacional. La Demandada también reconoce que el TBI se aplica como parte del derecho internacional de acuerdo con el párrafo 9 del Convenio Arbitral (Contestación Dda., párrafo 441). Sin embargo, la Demandada considera que las Demandantes procuran eludir la aplicación del derecho interno al invocar exclusivamente las disposiciones del TBI. Al igual que en el caso de las Demandantes, la posición de la Demandada con respecto a la ley aplicable a los daños y perjuicios se expondrá en la sección dedicada a la discusión de este tema.

## 3.2 Decisión del Tribunal

### 3.2.1 Ley aplicable

194. El Artículo 42(1) del Convenio CIADI contiene la siguiente regla:

***El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.*** (Énfasis añadido)

195. Las partes reconocen que su acuerdo respecto de la ley aplicable consta en el Artículo 9 del Convenio Arbitral, cuyo texto es el siguiente:

9. El Tribunal decidirá las Diferencias relativas a la Inversión de conformidad con las leyes de la República del Ecuador y los principios aplicables de Derecho Internacional. Todas las cuestiones relativas a la validez, eficacia, ámbito de aplicación e interpretación de este Convenio, serán decididas por el Tribunal de conformidad con el Derecho Internacional. El Tribunal no está facultado ni podrá decidir las Diferencias ni *ex aequo et bono* ni como amigable componedor (*amiable compositeur*), ni basándose en cualquier otra doctrina o principio que le permitiere al Tribunal eludir la aplicación de este Convenio o Del Derecho Aplicable.

196. El Tribunal concluye que la elección de la ley aplicable por las partes es clara: deben aplicarse tanto el derecho ecuatoriano como los principios del derecho internacional. La cuestión es si la referencia a los “*principios aplicables de derecho internacional*” incluye las disposiciones del TBI. Las Demandantes alegan que las partes inequívocamente acordaron dicha inclusión. La Demandada acepta la aplicación del TBI en calidad de “*marco sustantivo*” para la resolución de diferencias comprendidas en el Convenio Arbitral (Réplica Dda., párrafo 35). Además, cuando el Tribunal le pidió que explicara la referencia al TBI en el párrafo 2 del Convenio Arbitral, el abogado de la Demandada contestó que “*el TBI ayuda a las partes a definir precisamente la formulación de los principios de derecho internacional que el Tribunal podría aplicar*” (Tr. en castellano, pág. 103). En consecuencia, el Tribunal concluye que es la intención de las partes incluir a las normas del TBI en la referencia a los “*principios aplicables de derecho internacional*”.
197. Habiendo llegado a esta conclusión, el Tribunal observa que las partes acuerdan, en la práctica, primero, aplicar los PPA y sus disposiciones teniendo en cuenta el derecho ecuatoriano y, segundo, aplicar las normas del TBI. El Tribunal considera que éste es el enfoque correcto y en consecuencia lo seguirá en su análisis del fondo de la diferencia. Por lo tanto, el Tribunal examinará primero las cuestiones contractuales teniendo en cuenta el derecho ecuatoriano y después el cumplimiento de las normas del TBI. Las normas aplicables a los daños y perjuicios se tratarán a medida que surja la cuestión.

### **3.2.2 Aplicación *ratione personae/temporis* del TBI**

198. Antes de pasar al examen de la conducta de la Demandada, el Tribunal se referirá a la cuestión de la aplicación *ratione temporis* y *ratione personae* de las disposiciones sustanciales del Tratado<sup>18</sup>.
199. Si bien las Demandantes aplican las normas del TBI a todas sus reclamaciones sin distinción, la posición de la Demandada ha evolucionado durante el procedimiento. Inicialmente alegó que el TBI debía aplicarse tan sólo a las inversiones efectuadas después del 23 de febrero de 1998, es decir, después de que Duke Energy adquirió una participación en Electroquil (Contestación Dda., párrafo 441). Más adelante, en su análisis de los daños y perjuicios, la Demandada alegó que tan sólo podían tenerse en

---

<sup>18</sup> Esta cuestión no se analizó en la discusión acerca de la jurisdicción, ya que el Tribunal prefirió examinarla una vez tomada la decisión acerca de la ley aplicable.

cuenta los actos posteriores a la entrada en vigor del TBI, el 11 mayo de 1997 (Contestación Dda., párrafo 563). En su Réplica, señaló<sup>19</sup>:

*[...] El Convenio Arbitral amplía considerablemente la competencia que hubiera tenido el Tribunal si las demandantes hubieran iniciado el procedimiento únicamente sobre la base del TBI [nota a pie de página omitida]. Concretamente: El Convenio Arbitral somete al Tribunal diferencias que surgieron antes de la entrada en vigencia del TBI. Las primeras multas incurridas bajo cada PPA se impusieron antes del 11 de mayo de 1998 cuando entró en vigor el TBI. Sin haber negociado y concluido el Convenio Arbitral, las Demandantes no hubieran podido someter a la competencia del Tribunal reclamos por esas multas iniciales. (Réplica Dda., párrafos 83-84)*

200. La Demandada señaló, además, en su primer escrito posterior a la audiencia, al responder la pregunta del Tribunal acerca de la referencia al TBI en el Convenio Arbitral:

*Es importante mencionar en segundo lugar que, tal como ha quedado demostrado por la RDE, varias de las multas fueron impuestas con anterioridad a la vigencia del TBI y también con anterioridad a la existencia de la inversión por parte de las demandantes. Por lo tanto, si no se hubiere firmado el Convenio Arbitral, las Demandantes no hubieran podido invocar, como ahora hacen, el TBI con respecto a varias de las multas y penalidades bajo el PPA95 y PPA96. El segundo sentido de la referencia al TBI, por lo tanto, es el de abarcar cierta conducta de la RDE que de otro modo hubiera caído fuera del alcance ratione temporis del TBI.*

*[En la nota No. 12 de pie de página se afirmaba lo siguiente: Respecto de las multas impuestas antes de la inversión de Duke, es aún dudoso que puedan dar lugar a una diferencia en los términos ratione personae del Artículo 25 del Convenio CIADI. La RDE sin embargo, no busca cuestionar lo que ella misma ha pactado en el Convenio Arbitral, sino precisamente hacerlo cumplir.] (1.º EPA Dda., párrafo 29)*

201. Sobre esta base, el Tribunal no puede menos que concluir que las partes acordaron la aplicación de las normas del TBI a todas las reclamaciones comprendidas en el Convenio Arbitral: (i) las reclamaciones relacionadas con las multas y penalidades, incluidas las multas impuestas antes de la entrada en vigencia del TBI y la adquisición de la inversión de Duke Energy en Ecuador; (ii) las reclamaciones relativas a la constitución de los Fideicomisos de Pago; y (iii) las reclamaciones relativas a la ejecución de los Fideicomisos de Pago amparadas por el TBI.

#### **4. FONDO DE LA CONTROVERSIA**

202. Según las Demandantes, Ecuador violó los PPA y el derecho ecuatoriano al demorar la constitución de los Fideicomisos de Pago, ejecutarlos deficientemente y no cumplir con el régimen contractual acordado respecto de las multas y penalidades. Las

---

<sup>19</sup> Obsérvese que el TBI entró en vigencia el 11 de mayo 1997 y no el 11 de mayo de 1998, como lo afirman incorrectamente las Demandantes.

Demandantes alegan que estas violaciones constituyen una violación del principio de buena fe de acuerdo con el derecho ecuatoriano y dan lugar a violaciones del TBI. La Demandada niega ser responsable de violación alguna del derecho ecuatoriano o del TBI.

203. Teniendo en cuenta las reclamaciones de las partes y de conformidad con sus conclusiones acerca de la ley aplicable a la controversia, el Tribunal examinará primero la posición según las disposiciones de los PPA y el derecho ecuatoriano (4.1), empezando por las obligaciones de pago en virtud de los PPA y los Contratos de Fideicomiso de Pago (4.1.1), siguiendo con los intereses aplicables a los pagos tardíos (4.1.2), las multas y penalidades (4.1.3), los Convenios de AyM (4.1.4) y, por último, las reclamaciones relativas a la mala fe (4.1.5). Después evaluará el cumplimiento de la Demandada con las normas del TBI (4.2). En este sentido, determinará las cuestiones que deben decidirse (4.2.1) y examinará la cláusula paraguas (4.2.2), el trato justo y equitativo (4.2.3), el menoscabo de la inversión (4.2.4) y la aplicación del Artículo II(7) (4.2.5).

204. Antes de iniciar el análisis, el Tribunal observa que los PPA fueron celebrados por el INECEL, una entidad independiente del Estado. También observa que, como se mencionó antes (párrafos 45-48), el MEM, actuando según lo dispuesto por el Decreto Ejecutivo N° 506 (PD Dtes. 016), celebró los Convenios de Subrogación en mayo y junio de 1999. A través de estos convenios, el Estado ecuatoriano asumió los derechos y obligaciones del INECEL en virtud de los PPA (PD Dtes. 017, PD Dtes. 018). Por lo tanto, a diferencia de muchas otras controversias en materia de inversión, la cuestión de si Ecuador es responsable de los actos y omisiones (contractuales) del INECEL no necesita ser discutida y en realidad no se discutió. Ello es así porque la responsabilidad de la Demandada se deriva claramente de los términos de los Convenios de Subrogación. Sin embargo, esta posición no elimina la posibilidad de una asunción de responsabilidad independiente del Estado en relación con los Fideicomisos de Pago.

#### **4.1 ¿Violó Ecuador los PPA y el derecho ecuatoriano?**

##### ***4.1.1 Reclamaciones relativas a la violación de las obligaciones de pago***

205. El Tribunal recordará primero la posición de las partes (a), antes de examinar si la Demandada cumplió con el mecanismo contractual de pago (b).

**a) Posiciones de las Partes**

*i) Posición de las Demandantes*

206. Las Demandantes afirman que la Demandada no cumplió con sus obligaciones de pago contenidas en los PPA, el Decreto de Pago y los Contratos de Fideicomiso de Pago.
207. Primero, la constitución de los Fideicomisos de Pago era una condición previa a la operación comercial identificada en los PPA, es decir, al 31 de marzo de 1996 en el PPA 95 (Cláusula 12.7) y al 5 de enero de 1997 en el PPA 96 (Cláusula 13.1) (Mem. Dtes., párrafo 112). Según las Demandantes, la garantía dispuesta en los Fideicomisos de Pago era necesaria para asegurar la obtención de los préstamos para financiar la adquisición de las turbinas generadoras de la electricidad que suministraría Electroquil en virtud de los PPA. De hecho, el fabricante de la turbina, Stewart & Stevenson, demoró el envío hasta que recibió confirmación de que se habían constituido los Fideicomisos de Pago. Pese a los numerosos recordatorios enviados al INECEL, el Gobierno ecuatoriano no constituyó los Fideicomisos de Pago, lo que casi llevó a la insolvencia de Electroquil (Mem. Dtes., párrafos 112-116; 1<sup>er</sup> EPA Dtes., párrafos 13-20). Las Demandantes sostienen, además, que las multas N° 1 y 2 se impusieron como resultado del inicio tardío de las operaciones debido a la falta de ejecución de los Fideicomisos de Pago.
208. Segundo, tanto antes como después de constituirse los Fideicomisos de Pago y antes y después de la inversión de Duke Energy, Ecuador incurrió constantemente en incumplimiento de los pagos debidos a Electroquil según lo dispuesto en los PPA. Tan sólo 37 de las 122 facturas presentadas por Electroquil fueron pagadas dentro de los 30 días. Asimismo, cuando Ecuador pagaba a Electroquil, rara vez liquidaba el monto total de la factura. El INECEL no tenía derecho a compensar las multas y penalidades impagas con los montos que debía a Electroquil en relación con el pago periódico mensual o anual exigido en virtud de los PPA (1<sup>er</sup> EPA Dtes., párrafo 39).
209. Tercero, Ecuador no suministró la garantía de pago asumida en el Decreto de Pago y en los Contratos de Fideicomiso de Pago. Para las Demandantes, los Fideicomisos de Pago se previeron como garantías de los pagos del INECEL a Electroquil en virtud de los PPA. La obligación de Ecuador no era tan sólo constituir los Fideicomisos de Pago sino también cumplir con ellos y garantizar su ejecución (Réplica Dtes., párrafos 119-120). Una vez constituidos, los Fideicomisos de Pago deberían haber asegurado el pago total y oportuno de todos los montos adeudados por Ecuador.

ii) *Posición de la Demandada*

210. La Demandada alega que constituyó los Fideicomisos de Pago el 17 de febrero de 1998, una vez satisfechos todos los requisitos esenciales conforme al derecho ecuatoriano, y que no hubo dolo ni negligencia en su constitución tardía (Contestación Dda., párrafo 293).
211. En respuesta al argumento de las Demandantes basado en la *exceptio non adimpleti contractus* respecto de la demora en constituir los Fideicomisos de Pago, Ecuador señala que la constitución de los Fideicomisos de Pago no era una obligación esencial como la relacionada con el suministro de energía y que la *exceptio* se aplica a obligaciones de otra naturaleza, como se dispone en el Artículo 1568 del Código Civil ecuatoriano. Por último, Ecuador niega que “*las razones no atribuibles a Electroquil*” constituyan fundamento para una exención distinta e independiente.
212. Afirma, además, que las facturas de Electroquil no se pagaron de manera oportuna debido a condiciones económicas catastróficas e imprevistas ocurridas en el país. La Demandada afirma que Electroquil estaba al tanto de los problemas financieros del país debido a acontecimientos políticos y económicos sucesivos, tales como el conflicto armado con Perú, la baja del precio de los combustibles, los efectos de El Niño, la falta de crédito externo, el desmoronamiento del sector financiero y el cambio del sistema monetario. Las demoras en los pagos se debieron a estas dificultades y no eran atribuibles a negligencia o mala fe. Sin embargo, todos los pagos fueron eventualmente hechos a satisfacción de Electroquil sin reservas (Contestación Dda., párrafos 384-389). Además, la compensación estaba autorizada en virtud de los PPA y el INECEL no violó los PPA al respecto.
213. Por último, los Fideicomisos de Pago no tenían por fin servir como garantía sino que eran entendidos sencillamente como un mecanismo de pago de los PPA, entendimiento al que nunca se opuso Electroquil. Mediante el Decreto de Pago, Ecuador se comprometió a ser el garante (“aval”) del INECEL. Sin embargo, el INECEL, que era una entidad independiente y distinta del Estado (Réplica Dda., párrafo 160), continuó siendo el deudor directo de la obligación de pago hasta marzo de 1999, cuando Ecuador asumió los derechos y las obligaciones del INECEL después de la liquidación de este último. En consecuencia, Ecuador cumplió su obligación en virtud del Decreto de Pago constituyendo los Fideicomisos de Pago que permitieron que las facturas fueran canceladas mensualmente. Además, los Fideicomisos de Pago excluían la responsabilidad del Estado en caso de que los fondos fueran insuficientes para efectuar los pagos pertinentes.

**b) Decisión del Tribunal**

214. El Tribunal pasará ahora a examinar si (i) los Fideicomisos de Pago fueron constituidos de acuerdo con el cronograma establecido en los PPA; (ii) los Fideicomisos de Pago fueron ejecutados debidamente; (iii) el pago de las facturas de Electroquil fue tardío; y si (iv) los PPA permitían la compensación. En subsecciones siguientes examinará, a continuación, si corresponde el pago de intereses por pagos tardíos y si el INECEL cumplió con el régimen de penalidades de los PPA.

*i) Constitución de los Fideicomisos de Pago*

215. El siguiente es el texto de las disposiciones de los PPA relativas a los Fideicomisos de Pago, comenzando con el PPA 95:

*Costos fijos: a) INECEL pagará al Contratista un valor fijo mensual de doce dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$12.00), por cada kilovatio, por concepto de cargo por potencia ISO. Además, INECEL pagará mensualmente al Contratista el cargo por energía de US\$0,0045 por cada kilovatio hora, aplicables al valor redondeado mensual de cuatrocientos treinta y tres (433) horas de operación a potencia ISO (cinco mil doscientas (5.200) horas anuales). b) **Los valores indicados en el literal precedente se pagarán mediante fideicomiso de rentas en el Banco Central del Ecuador a favor del Contratista, para lo cual INECEL se compromete a gestionar y firmar el respectivo compromiso de fideicomiso a favor del Contratista, o a su beneficiario designado, el mismo que debe estar suscrito antes de la operación comercial de la central. INECEL dispondrá de treinta (30) días para hacer efectivo el pago.***

(Cláusula 7.1 del PPA 95; PD Dtes. 010, énfasis añadido)

216. Y siguiendo con el PPA 96:

*Los valores indicados en los numerales OCHO.UNO, OCHO.DOS y OCHO.CUATRO se pagarán en forma mensual dentro de los treinta (30) días contados a partir de la fecha de entrega y recepción de tales planillas y los indicados en el numeral OCHO.CINCO, en caso de haberlos, serán liquidados anualmente y serán pagados también dentro de los treinta (30) días contados a partir de la fecha de entrega y recepción de la planilla correspondiente. **El pago se hará mediante fideicomiso de rentas en el Banco Central del Ecuador a favor del Contratista, para lo cual INECEL se compromete a gestionar y firmar el respectivo contrato de fideicomiso a favor del Contratista o de su beneficiario designado, el mismo que debe estar suscrito antes de la operación comercial de la Central. En este contrato de fideicomiso intervendrá también el Señor Ministro de Finanzas y Crédito Público a nombre y representación del Estado Ecuatoriano, de conformidad con el Decreto número tres mil noventa y nueve del veintisiete de septiembre de mil novecientos noventa y cinco, dispondrá se debiten las cuentas que el Ministerio tenga en el Banco Central del Ecuador, proporcionando los fondos que sean necesarios y en las fechas que se requiera, en el caso de los recursos existentes en las cuentas del INECEL, o en las cuentas de Fideicomiso sean insuficientes. Para dar operatividad a este mecanismo, será suficiente que el INECEL remita con siete días de anticipación a la fecha de pago, una notificación, al Ministerio de Finanzas y Crédito Público, para que se realicen los pagos de conformidad con lo que se determina en el literal b) del punto***

*siete punto cero punto uno, de la cláusula del contrato de compra venta de energía (PPA) [es decir, PPA 96].*

(Cláusula 8.6 del PPA 96; PD Dtes. 011, énfasis añadido)

217. La operación comercial de las Unidades 1 y 2 comenzó el 10 mayo de 1996, es decir, aproximadamente un mes y medio después de las fechas programadas. La operación comercial de las Unidades 3 y 4 se inició el 19 de junio de 1997, es decir, aproximadamente seis meses después de las fechas programadas.
218. En enero de 1996, Electroquil recordó al INECEL el Fideicomiso de Pago requerido en virtud de la Cláusula 7.1 del PPA 95 (PD Dtes. 039, PD Dtes. 040 y PD Dtes. 045). En respuesta, el 13 de marzo de 1996, el INECEL envió al Banco Central de Ecuador una solicitud a fin de que se iniciaran los procedimientos necesarios para constituir los Fideicomisos de Pago (PD Dtes. 040). Sin embargo, no fue sino hasta el 10 de noviembre de 1997 que se emitió el Decreto de Pago, por el que se exigía al Banco Central de Ecuador la constitución de los Fideicomisos de Pago, y no fue sino hasta el 17 de febrero de 1998 que éstos se establecieron de acuerdo con el Decreto.
219. Por lo tanto, está claro que los Fideicomisos de Pago no se constituyeron antes de la operación comercial de las Unidades 1, 2, 3 y 4.

*ii) Falta de ejecución de los Fideicomisos de Pago*

220. La cuestión sometida al Tribunal tiene dos aspectos: primero, ¿violaron el INECEL— hasta 1999— y Ecuador —en adelante— los PPA y los Contratos de Fideicomiso de Pago al no ejecutarlos debidamente? Segundo, ¿garantizó Ecuador, a través de su Ministerio de Finanzas, el pago oportuno de las facturas de Electroquil de acuerdo con las disposiciones del Decreto de Pago y los Fideicomisos de Pago?
221. Además de las disposiciones citadas antes de los PPA, resulta útil examinar el texto del Decreto de Pago y de los Fideicomisos de Pago.
222. El siguiente es el texto del Decreto de Pago:

*Art. 1.- Autorízase al Ministro de Finanzas y Crédito Público, para que, personalmente o mediante delegación suscriba la garantía de pago de obligaciones, (AVAL), del Estado Ecuatoriano en los dos contratos de fideicomiso que suscribirán el Instituto Ecuatoriano de Electrificación, INECEL, en su calidad de fideicomitente; el Banco Central del Ecuador, como fideicomisario, y, la Compañía ELECTROQUIL S.A. como beneficiaria, por medio del cual el INECEL autoriza expresa y de manera irrevocable, para que el fideicomisario retenga mensualmente y en las proporciones debidas los recursos de la cuenta o cuentas que INECEL mantenga en el Banco Central del Ecuador, así como también de rentas que posea o que le fueran asignadas en el futuro a través del Instituto Emisor, para realizar el pago de las planillas mensuales de acuerdo con el monto, plazo y*

condiciones financieras determinados en los respectivos contratos de compra-venta de potencia y energía eléctrica en bloque suscritos entre el INECEL y la Compañía ELECTROQUIL S.A., el 31 de octubre de 1995 y el 8 de agosto de 1996, respectivamente.

**Art. 2.- Esta garantía de pago que se incluirá en los dos contratos de fideicomiso, faculta al Banco Central del Ecuador, en el evento de que el INECEL no contara con recursos suficientes para los pagos que debe realizar en conformidad con los contratos de compra-venta de Potencia y Energía Eléctrica que suscribió con ELECTROQUIL S.A., a debitar de las cuentas que el Ministerio de Finanzas y Crédito Público mantuviere en el Banco Central del Ecuador, los valores suficientes y en las fechas que se requiera para el pago total de las respectivas planillas, y los deposite en la cuenta especial de Fideicomiso que se establezca para el efecto, para los pagos a ELECTROQUIL S.A. (PD Dtes. 007, énfasis añadido)**

223. El siguiente es el texto de los apartes pertinentes del Fideicomiso de Pago 95 (PD Dtes. 010):

1.4. En virtud de la aprobación concedida por el Ministerio de Finanzas y Crédito Público en Resolución Ministerial N° STCP-97-124 de 12 de septiembre de 1997, se expidió el Decreto Ejecutivo N° 804, publicado en el Registro Oficial N° 190 de 10 de noviembre de 1997, mediante el cual se autorizó a dicha Cartera de Estado a suscribir la garantía (aval) de pago de las obligaciones derivadas del antes mencionado contrato, garantía a ser otorgada del Estado ecuatoriano en el contrato de fideicomiso a ser suscrito con el Banco Central del Ecuador.

**SEGUNDA.- CONSTITUCIÓN DE FIDEICOMISO Y PROCEDIMIENTO:** Con tales antecedentes, el Instituto Ecuatoriano de **Electrificación - INECEL-** autoriza expresamente y de manera irrevocable para que retenga mensualmente y en las proporciones debidas debite los recursos de la cuenta No. 01310016 que el Instituto Ecuatoriano de Electrificación -el INECEL- mantiene en el Banco Central del Ecuador o en cualquier otra cuenta que posea en esa institución; así como también de rentas que posea o que le fueren asignadas en el futuro a través del Instituto Emisor, para realizar el pago de los dividendos, de acuerdo con el monto, plazo y condiciones financieras determinados en la cláusula séptima "Precios y Forma de Pago" del contrato de Compraventa de Potencia y Energía Eléctrica en Bloque celebrado el 31 de octubre de 1995 ante el Notario Trigésimo Quinto del cantón Guayaquil.

**Para dar operatividad a este mecanismo, el Instituto Ecuatoriano de Electrificación INECEL remitirá al Banco Central, con quince días de anticipación a la fecha de pago copia de las facturas debidamente legalizadas, para que se realicen los procedimientos de pago.**

Los valores retenidos de conformidad con el inciso anterior serán depositados por el Banco fiduciario en una cuenta especial que se denominará: "FIDEICOMISO-INECEL-ELECTROQUIL SA." De esta cuenta se realizarán los pagos a Electroquil S. A., conforme las instrucciones emitidas para el efecto por esta empresa, las cuales obran de la comunicación. No. PEJ-97-12-1124 de 11 de diciembre de 1997.

El Banco Central del Ecuador acepta prestar los servicios de fiduciario en los términos del presente instrumento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120 de Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado.

**QUINTA.- GARANTÍA DE PAGO:** El Ministerio de Finanzas y Crédito Público, debidamente autorizado por el artículo 2 del Decreto No. 804, publicado en el Registro Oficial No.190 de 10 de noviembre de 1997, otorga a nombre del Estado ecuatoriano y a favor del instituto

***Ecuatoriano de Electrificación - INECEL-, la garantía para respaldar el cumplimiento de la obligación de pago asumida por el Instituto Ecuatoriano de Electrificación -INECEL- para con la empresa Electroquil S. A. mediante contrato de Compraventa de Potencia y Energía Eléctrica en Bloque celebrado el 31 de octubre de 1995 ante el Notario Trigésimo Quinto del cantón Guayaquil, abogado Roger Arosemena Benites.***

***Al efecto, el Ministerio de Finanzas y Crédito Público autoriza irrevocablemente al Banco Central del Ecuador para que, en el evento de que el Instituto Ecuatoriano de Electrificación -INECEL- no cuente con recursos suficientes en sus cuentas para atender la referida obligación de pago, proceda a debitar de las cuentas que el Ministerio de Finanzas y Crédito Público mantuviere en el Banco Central del Ecuador, los valores suficientes y en las fechas que se requiera para el pago total de las respectivas planillas, y efectuar los depósitos en la cuenta especial de fideicomiso que se establece para el efecto mediante el presente instrumento.***

***SEXTA.- RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO: Las obligaciones que el Banco Central del Ecuador asume por medio de este contrato cesarán si los recursos existentes en la cuenta especial de fideicomiso o en las cuentas del Ministerio de Finanzas y Crédito Público, según el caso, fueren insuficientes y, en general, en todos los casos en que el Banco Central del Ecuador se encontrare en imposibilidad física o legal de cumplir con el compromiso contraído.***

***Así mismo, el Banco Central del Ecuador no asume ninguna responsabilidad frente a las obligaciones contraídas en virtud del contrato de Compraventa de Potencia y Energía Eléctrica en Bloque celebrado entre el Instituto Ecuatoriano de Electrificación -INECEL- y la compañía Electroquil S. A. celebrado el 31 de octubre de 1995 ante el Notario Trigésimo Quinto del cantón Guayaquil. (PD Dda. 054, énfasis añadido)***

224. El Fideicomiso de Pago 96 tiene disposiciones similares (PD Dtes. 011).
225. De la lectura de la Cláusula 7.1 del PPA 95 antes citada, el pago mensual del INECEL por concepto de costos fijos debía efectuarse a través de un fideicomiso de pago. Según la Cláusula 8.3 del PPA 96, al parecer, todos los pagos mensuales del INECEL también debían efectuarse a través de un fideicomiso de pago. Las Cláusulas 2 de los Contratos de Fideicomiso de Pago no parecen condicionar de manera alguna el pago del INECEL. Por lo tanto, el Tribunal entiende que los Fideicomisos de Pago constituyen el mecanismo contractual principal de pago de las facturas de Electroquil respecto del suministro de energía.
226. A fin de que los pagos se efectuaran a través de los Fideicomisos de Pago, el INECEL debía aprobar las facturas de Electroquil de acuerdo con las disposiciones de los PPA y proporcionar una copia al Banco Central 15 días antes de la fecha de pago (Cláusula 2 de los Fideicomisos de Pago; Tr. en castellano G. Larrea, págs. 269-270).
227. En su primera declaración testimonial, el Sr. Larrea afirma que “[e]n algunas ocasiones, pudimos sacar algún dinero de los Fideicomisos, como había sido prometido en el Decreto de Garantía de Pago. Aunque, frecuentemente, se nos

*informaba que sencillamente no había dinero en la cuenta del INECEL” (1ª DT G. Larrea, párrafo 51, Inglés en el original, traducción libre del Tribunal). En su segunda declaración, mencionó que, a fines de 1998, el Gerente General del INECEL demoró el envío de las facturas de Electroquil al Banco Central para evitar el pago (2ª DT G. Larrea, párrafo 27). El Sr. Larrea también anotó que, a principios de 1999, el INECEL transfirió sus fondos del Banco Central a un banco privado (2ª DT, párrafo 28). En la audiencia, el Sr. Larrea afirmó que “en lugar de enviar las facturas al Banco Central, básicamente no las enviaron. Retuvieron las facturas” (Tr. en castellano, pág. 269). Por su parte, el perito de las Demandantes asumió que los Fideicomisos de Pago no fueron utilizados antes de marzo de 2000. Señala que, eventualmente, después de la liquidación del INECEL, los Fideicomisos fueron usados entre marzo de 2000 y marzo de 2001 para el pago de USD8,6 millones (1º IP Kaczmarek, párrafo 47).*

228. Sea como fuere, es indiscutible que los Fideicomisos de Pago no funcionaron como se disponía en los PPA. Sin embargo, las facturas de Electroquil fueron a veces pagadas dentro del plazo pertinente, aunque, con más frecuencia, se pagaron con demoras, tanto antes como después de la constitución de los Fideicomisos de Pago. El Tribunal observa que el pago de las facturas efectivamente realizado fue hecho por el Ministerio de Finanzas que gestionó dicho pago (E. Santos, administrador del contrato del INECEL desde 1999 hasta la Liquidación, Tr. en castellano, págs. 479-480).
229. El Tribunal entiende, además, que los Fideicomisos de Pago contienen también una garantía del Ministerio de Finanzas de que, en caso de falta de fondos suficientes en la cuenta de fideicomiso del INECEL, el pago sería hecho a través de la cuenta del Ministerio de Finanzas con el Banco Central. Una disposición a tal efecto ya se había incluido en el PPA 96. El Tribunal no puede estar de acuerdo con la Demandada en cuanto a que la responsabilidad del Ministerio de Finanzas cesó con la creación de los Fideicomisos de Pago, ni en cuanto a que el Contrato de Fideicomiso de Pago excluía la responsabilidad del Estado. El Tribunal observa que en los Contratos de Fideicomiso de Pago no se incluía ningún procedimiento específico para ejecutar la garantía del Estado. Si bien no queda claro del expediente si esta garantía fue alguna vez hecha efectiva por el Banco Central, al parecer no lo fue. Dicho esto, en el expediente no consta carta alguna enviada por Electroquil al Ministerio de Finanzas al respecto.
230. Por lo tanto, los Fideicomisos de Pago eran un mecanismo importante de naturaleza mixta: constituían un mecanismo contractual de pago y también una garantía del Estado en caso de que el mecanismo contractual no fuera cumplido. Esta última es una obligación contractual contraída por el Estado *vis-a-vis* Electroquil en su condición

soberana. En los Contratos de Fideicomiso de Pago, esta obligación no se extendía a Duke Energy, que no era parte en los Contratos. Estos aspectos se discutirán más adelante con ocasión del análisis del TBI.

231. Parecería por lo tanto que las condiciones para el pago de las facturas de Electroquil, tal como estaban establecidas en los PPA y en los Contratos de Fideicomiso de Pago, no fueron cumplidas por el INECEL y la Demandada, lo que a su vez condujo al pago tardío de las facturas de Electroquil.

*iii) Los pagos tardíos*

232. Las Demandantes han presentado un informe pericial con varios cuadros, donde se analiza la presunta falta de pago por Ecuador de las facturas de Electroquil, junto con copias de dichas facturas, extractos del sistema contable de Electroquil donde consta la fecha de pago, cartas enviadas por Electroquil en las que acusa recibo del pago y/o documentos del INECEL sobre el pago (Anexos NAV-18 y NAV-19 del 1<sup>er</sup> IP Kaczmarek). El informe pericial de las Demandantes y los documentos adjuntos al mismo dan cuenta de los pagos tardíos de las facturas de Electroquil y muestran el número de días de demora en cada PPA (Anexo NAV-6 del 1<sup>er</sup> IP Kaczmarek). Los pagos tardíos pueden ilustrarse mediante el saldo adeudado a Electroquil. Por ejemplo, cuando se firmaron los Fideicomisos de Pago, el saldo en mora adeudado a Electroquil era de aproximadamente USD7,2 millones (1<sup>er</sup> IP Kaczmarek, párrafo 43). En marzo de 1999, dicho saldo ascendía a USD20,7 millones antes de abonarse parcialmente y reducirse a USD11,3 millones mediante la emisión de bonos públicos. El saldo en mora adeudado a Electroquil se redujo a USD9,2 millones al mes de marzo de 2000 cuando se efectuó el pago en dólares a través de los Fideicomisos de Pago (1<sup>er</sup> IP Kaczmarek, párrafo 47). Los pagos de algunas facturas también se dividieron en cuotas. En general, el Tribunal entiende que el total de facturas de Electroquil ascendía a USD124.224.305 (1<sup>er</sup> IP Mancero Samán, párrafo 44).

233. El informe pericial de las Demandantes también contiene un cálculo de los intereses aplicables a dichos pagos tardíos por el monto de USD8.421.050. El Tribunal observa que no se reclama monto alguno de capital en ninguna factura (Cuadro 13 y Anexo NAV-1 del 1<sup>er</sup> IP Kaczmarek).

234. La Demandada no objeta las demoras en el pago. Aduce, sin embargo, que el pago tardío de las facturas de Electroquil está excusado, puesto que dicha circunstancia fue atribuible a eventos que estaban fuera del control de Ecuador.

235. A diferencia de las disposiciones de los PPA sobre multas y penalidades (Cláusula 12 del PPA 95 y Cláusula 8 del PPA 96), las cláusulas relativas a las obligaciones de pago del INECEL no prevén ningún fundamento para la exención de responsabilidad (Cláusula 7 del PPA 95 y Cláusula 8 del PPA 96). Según los PPA, el INECEL estaba, por lo tanto, obligado a efectuar puntualmente el pago, independientemente de la situación política o económica reinante.
236. Queda pendiente el interrogante de si las demoras pueden excusarse por razones de fuerza mayor. La ocurrencia de los eventos políticos y económicos mencionados en el párrafo 212 anterior no se discute. Tampoco se discute que las Demandantes sabían de ellos (PD Dda. 55).
237. Si bien reconoce la carga que estos acontecimientos pueden haber representado para el país, el Tribunal no puede menos que señalar que Ecuador no ha demostrado que ellos entrañen fuerza mayor ni que se hubiera cumplido con las condiciones exigidas para su aplicación. Tampoco ha demostrado el impacto que ellos pueden haber tenido en las obligaciones de pago del INECEL en virtud de los PPA. El Tribunal observa, en particular, que el testimonio del Sr. Spurrier, uno de los testigos por Ecuador, ha revelado que la crisis financiera era previsible.

*iv) ¿Era admisible la compensación?*

238. Al parecer, una de las razones de algunos pagos tardíos era la práctica del INECEL de compensar algunas multas con los montos de las facturas debidas a Electroquil según lo establecido en la Sección 2.4 anterior en la parte de los Hechos de este Laudo.
239. Las partes discutieron la validez de dicha práctica. Ecuador afirma que no había impedimento para la compensación según lo dispuesto en el Artículo 1671 del Código Civil ecuatoriano en la medida en que tanto las facturas como las multas son acreencias monetarias debidas.
240. Las Demandantes no discuten la pertinencia del Artículo 1671 del Código Civil a esta cuestión, pero alegan que los PPA no autorizaban a la Demandada a compensar los montos por concepto de multas con los montos de las facturas adeudadas y pagaderas a Electroquil, aunque podría haberlos compensado con las garantías de cumplimiento.
241. Interpretando la Cláusula 12 del PPA 95 y la Cláusula 13 del PPA 96 sobre las penalidades (lo que se expondrá en detalle más adelante) más allá de su redacción y dentro de su contexto, de conformidad con la Cláusula 4 del PPA 95, la Cláusula 4 del

PPA 96 y el Título XIII del Código Civil ecuatoriano mencionado allí, el Tribunal no considera que estas disposiciones contractuales específicas estuvieran destinadas a regir exclusivamente las reclamaciones y deudas en virtud de los contratos.

242. De hecho, la compensación está expresamente dispuesta en la Cláusula 18.1 del PPA 95 y la Cláusula 19.1 del PPA 96 en la etapa de liquidación de los PPA. Por consiguiente, en los PPA se previó el principio de la compensación y no hay razón por la que no pudiera utilizarse la compensación durante la vigencia de los PPA, siempre que se cumpliera con los requisitos jurídicos, es decir, la existencia de dos acreencias monetarias adeudadas mutuamente (Arts. 1672 y 1673 del Código Civil ecuatoriano). Dicho esto, el Tribunal no considera que la práctica de compensación del INECEL pudiera justificar los pagos tardíos; en otras palabras, el INECEL aún debía cumplir con las demás disposiciones contractuales.

v) **Conclusión**

243. En consecuencia: (i) el INECEL violó los PPA al no constituir los Fideicomisos de Pago antes de la operación comercial de las Unidades 1 a 4; (ii) el INECEL y la Demandada no ejecutaron satisfactoriamente los Fideicomisos de Pago; (iii) el INECEL y la Demandada efectuaron pagos tardíos en virtud de los PPA; y (iv) la compensación estaba permitida en virtud de los PPA.

#### **4.1.2 Reclamaciones relativas a los intereses aplicables a los pagos tardíos**

244. Habiendo determinado que el INECEL y la Demandada efectuaron pagos tardíos de las facturas de Electroquil, el Tribunal determinará si se deben intereses (a), antes de decidir si Electroquil ha renunciado a su derecho al cobro de intereses (b).

a) **¿Se deben intereses?**

i) **Posiciones de las Partes**

245. Las Demandantes alegan que la causación de intereses a favor de Electroquil como resultado de los persistentes pagos tardíos de Ecuador constituye una práctica comercial y jurídica corriente. Alegan que Electroquil se reservó el derecho de reclamar intereses por mora en varias ocasiones y que Ecuador no puede aducir razonablemente que dicho reclamo sea excusado por razones de fuerza mayor o que el mismo haya sido objeto de renuncia, liquidación o liberación en virtud del Acta Provisional de Liquidación, el Acta de Liquidación del PPA 95 y el Acta de Liquidación

del PPA 96, los Convenios de Subrogación, el Convenio sobre Obligaciones Recíprocas y/o el Convenio Transaccional.

246. Ecuador se basa en el Artículo 1611 del Código Civil ecuatoriano para aducir que, como Electroquil no efectuó ninguna reserva respecto de la falta de pago de intereses, se presume que los intereses aplicables a los pagos tardíos han sido abonados. También aduce que corresponde a la parte que objeta esta presunción probar que se efectuaron reservas, lo que las Demandantes no han hecho.

247. La Demandada alega además que, en todo caso, los intereses han sido renunciados o cancelados respecto del Acta Provisional de Liquidación, el Acta de Liquidación del PPA 95 y el Acta de Liquidación del PPA 96, el Convenio sobre Obligaciones Recíprocas y el Convenio Transaccional. Es más, todas las obligaciones pendientes de pago, excepto las relacionadas con las multas, fueron objeto de liquidación de conformidad con tales convenios, y Electroquil nunca objetó la liquidación.

*ii) Decisión del Tribunal respecto del derecho al cobro de intereses*

248. Ambas partes se han basado en el Artículo 1611 del Código Civil ecuatoriano, en el que se dispone lo siguiente:

**Art. 1611.** *Si se deben capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute al capital.*

*Si el acreedor otorga carta de pago de capital, sin mencionar los intereses, se presumen éstos pagados.*

249. Por otra parte, las Demandantes aducen que existe la presunción según la cual se deben intereses cuando se adeudan montos de capital e intereses, el deudor debía hacer un pago parcial y el acreedor aprueba el pago sin reservarse expresamente el derecho al cobro de intereses. Alegan que estos requisitos no se cumplieron, ya que Electroquil nunca aprobó los pagos efectuados por el Gobierno ecuatoriano, ni emitió ningún recibo de pago al respecto. Además, sostienen que Electroquil efectuó varias reservas claras de sus derechos respecto de la reclamación por el pago de intereses, dejando así sin efecto toda presunción (1<sup>er</sup> EPA Dtes., párrafo 59 y 2<sup>do</sup> EPA Dtes., párrafo 39).

250. Por otra parte, Ecuador sostiene que sí se aplica la presunción que consta en el Artículo 1611(2) del Código Civil ecuatoriano y que no se adeudan intereses por pagos tardíos. Sostiene que Electroquil no hizo reserva alguna cuando recibió y aprobó los pagos (1<sup>er</sup> EPA Dda., párrafos 173-174 y 2<sup>do</sup> EPA Dda., párrafo 11).

251. A fin de determinar si resulta aplicable la presunción del Artículo 1611(2) del Código Civil ecuatoriano, el Tribunal debe examinar fundamentalmente si existe el derecho al cobro de intereses y si las Demandantes efectuaron alguna reserva respecto de los intereses al momento del pago de las facturas por parte del INECEL y Ecuador.

252. El Artículo 1575 del Código Civil ecuatoriano establece lo siguiente:

*Art. 1575. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:*

- 1. Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes, en ciertos casos;*
- 2. El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses. En tal caso basta el hecho del retardo;*
- 3. Los intereses atrasados no producen interés; y*
- 4. La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas.*

253. El perito legal de Ecuador ha sostenido que sólo deben pagarse intereses en caso de un incumplimiento total del deudor respecto de su obligación y no en el caso de una mera demora en el pago. Además, sostiene que las demoras eran excusables por razones de fuerza mayor y que, a todo evento, las entidades públicas no deben pagar intereses por pagos tardíos, salvo que las demoras alteren el equilibrio económico del contrato.

254. En cambio, el perito legal de Duke ha sostenido que se debían intereses tan pronto como la demora se hiciera manifiesta, y que la norma se aplicaba de la misma manera a las entidades públicas.

255. Habiendo examinado las opiniones legales y el Artículo 1575 del Código Civil ecuatoriano, el Tribunal llega a la conclusión de que en el derecho ecuatoriano se dispone el derecho al cobro de intereses por pagos tardíos independientemente de la condición de persona de derecho público o privado del deudor. Las mismas partes tenían conocimiento cierto de este derecho cuando reconocieron que la cuestión de los intereses era objeto de controversia en los distintos acuerdos en los que se procuró solucionar sus discrepancias<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> El Tribunal ve confirmada su decisión por el reconocimiento del MEM de que Electroquil tenía derecho al cobro de intereses por falta de pago de una obligación del Estado, intereses “*que fueron establecidos legalmente a favor de dicha empresa*” (Cláusula 7 “*De los intereses*”, Convenio sobre Obligaciones Recíprocas, PD Dda. 059). Esto se confirmó además en el Convenio Transaccional (véase el párrafo 61, *infra*).

256. Además, el Tribunal no encuentra indicación alguna de que los intereses sólo se devengarían en caso de un total incumplimiento del deudor y no en el caso de mora en el cumplimiento. Finalmente, como se indicó antes, la Demandada no ha demostrado la ocurrencia de fuerza mayor.

iii) *Decisión del Tribunal acerca de la reserva del derecho al cobro de intereses*

257. Las Demandantes alegan que la Cláusula 7 *in fine* del Acta de Liquidación del PPA 95 y la Cláusula 7.6 del Acta de Liquidación del PPA 96 constituyen una reserva del derecho al cobro de intereses por pago tardío de las facturas. En sus versiones originales, el texto de estas disposiciones era el siguiente:

*Las partes se reservan el derecho de reclamar los intereses que por Ley les correspondan.*

(PD Dtes. 22 y 24)

258. Según las Demandantes, en las Actas de Liquidación se enumeran específicamente las obligaciones pendientes de cada parte y los correspondientes montos adeudados. La referencia a los intereses incluida después de tal enumeración evidentemente está destinada a cubrir los intereses relacionados con las obligaciones enunciadas en las Actas de Liquidación, y no los intereses relacionados con obligaciones que no son objeto de las Actas de Liquidación (1<sup>er</sup> EPA Dda., párrafo 175).

259. La Demandada niega que estas disposiciones constituyan una reserva del derecho al cobro de intereses por pago tardío.

260. La finalidad de las Actas de Liquidación era hacer efectiva la Cláusula 18.1 del PPA 95 y la Cláusula 19.1 del PPA 96, en cuyas partes pertinentes se señala:

*Una vez concluido [el plazo de] este Contrato o siempre que no haya sido posible continuar con las relaciones provenientes de este mismo instrumento, las partes procederán a levantar una **Acta de Liquidación** en la que constará de manera pormenorizada los aspectos técnicos y económico-contables del mismo, **debiendo dejar constancia del volumen de potencia y energía suministrados en este lapso, los valores que por parte de INECEL haya pagado al Contratista, así como todos aquellos que tengan que entregársele o los que le deban ser deducidos o deba devolver, por cualquier concepto, aplicando los ajustes correspondientes. A este efecto, podrá procederse a las compensaciones a que hubiere lugar.***

(PD Dtes. 010 y 011, énfasis añadido).

261. Concretamente, en el Acta de Liquidación del PPA 95 se afirma que el Administrador del Contrato había autorizado el pago de las facturas de Electroquil, detalladas en la liquidación financiera adjunta, en la que se tuvo en cuenta, *inter alia*, el Acta Provisional de Liquidación (PD Dtes. 103 y PD Dda. 116) (Cláusula 6.2 y PD Dtes. 22).

Después de calcular el saldo correspondiente al combustible y transporte y el saldo de energía eléctrica por separado, las partes acordaron un saldo final de USD4.173.718,65 a favor de Electroquil (Cláusula 6.2.2). La Cláusula 7 del Acta de Liquidación del PPA 95 especificó que la misma “*no resuelve ni transige sobre ninguno de los asuntos sometidos a arbitraje*”, es decir, las multas impuestas en virtud del PPA 95. En la Cláusula 7 *in fine* del Acta de Liquidación del PPA 95 se agregó la reserva del derecho de las partes a reclamar intereses.

262. En cuanto al Acta de Liquidación del PPA 96, se siguió sustancialmente la misma estructura que en la versión correspondiente al PPA 95 y se determinó que el saldo final a favor de Electroquil ascendía a USD96.980, 94 (PD Dtes. 24).
263. Las Actas de Liquidación se celebraron para liquidar los PPA. Está claro que la liquidación incluía las facturas impagas o pagadas parcialmente. Dichas facturas se tuvieron en cuenta para el cálculo del saldo final.
264. Teniendo en cuenta el acuerdo de las partes respecto de las facturas pagadas por el INECEL y Ecuador y aquellas pendientes en la etapa de liquidación de los PPA, el argumento de las Demandantes según el cual Electroquil nunca aprobó los pagos ni acusó recibo de los pagos no resulta convincente. De hecho, aún antes de las Actas de Liquidación, Electroquil había enviado cartas al INECEL acusando recibo del pago de algunas facturas, aunque no de manera sistemática (véanse los Anexos NAV-18 y NAV-19 del 1<sup>er</sup> IP Kaczmarek).
265. Al mismo tiempo, el Tribunal concuerda con las Demandantes en que ellas se reservaron expresamente en las Actas de Liquidación el derecho al cobro de intereses sobre el saldo final adeudado después de liquidarse las obligaciones pendientes en virtud de los PPA, ya sea que dichas obligaciones consistieran en el pago de las facturas de Electroquil por el suministro de energía eléctrica o el pago del costo del combustible y del transporte.
266. Como bien lo señala la Demandada (2<sup>do</sup> EPA Dda., párrafo 20), la reserva del derecho al cobro de intereses sólo se efectuó respecto de los montos finales de USD4.173.718,65 y USD96.980,64 respectivamente establecidos en las Actas de Liquidación. Esta opinión será confirmada al examinarse el Convenio sobre Obligaciones Recíprocas junto con el Convenio Transaccional (véanse los párrafos 60-61, *supra*).
267. Como la Demandada acepta que la reserva del derecho al cobro de intereses fue hecha en las Actas de Liquidación, el Tribunal puede dejar de examinar los

argumentos adicionales de las Demandantes, es decir, que se hizo una reserva de derechos mediante la reclamación sometida a arbitraje local y que el pago de intereses por mora constituye una práctica comercial corriente.

**b) Presunta “renuncia” a reclamar el pago de intereses**

268. La próxima cuestión que se plantea para su decisión es si la reclamación de intereses por parte de Duke fue objeto de renuncia o arreglo mediante acuerdo, tal como lo alega la Demandada. El Tribunal procederá a examinar en su momento cada uno de los acuerdos a que se han referido las partes.
269. Primero, el Acta Provisional de Liquidación (PD Dtes. 103 y PD Dda. 116) se celebró entre las partes en 1999 con el fin de liquidar las obligaciones pendientes de pago en virtud de los PPA como consecuencia de la liquidación del INECEL y la subrogación de derechos y obligaciones de los PPA por parte del Gobierno ecuatoriano a través del MEM (Considerandos del Acta Provisional de Liquidación, 6, pág. 2).
270. Las Demandantes sostienen que el Acta Provisional de Liquidación no tenía por fin ocuparse de los intereses. Si las partes hubieran querido hacerlo, ya sea en forma de arreglo o renuncia, así lo habrían establecido. En cambio, la Demandada sostiene que la falta de mención alguna a los intereses entraña una renuncia, y que resulta aplicable la presunción del Artículo 1611 del Código Civil.
271. En otras palabras, las partes coinciden en que en el Acta Provisional de Liquidación no se mencionan los intereses, pero extraen distintas consecuencias de ese hecho. Como se estableció respecto de las Actas de Liquidación, si el acreedor no se reserva expresamente el derecho a reclamar el cobro de intereses al momento del pago del capital, se presume que se han pagado los intereses<sup>21</sup>. En el presente caso, el Acta Provisional de Liquidación no contiene reserva del derecho al cobro de intereses. Por lo tanto, el Tribunal aplicará la presunción y concluirá que las Demandantes perdieron su derecho al cobro de intereses al no haber efectuado una reserva expresa, a diferencia de lo que hicieron en las Actas de Liquidación con respecto al saldo final. Respecto de esta última cuestión, el Tribunal concluye que el hecho de que en las Actas de Liquidación se haya hecho reserva del derecho al cobro de intereses con respecto a los montos finales adeudados en virtud de los PPA no puede desestimarse razonablemente por la falta de reserva en acuerdos anteriores.

---

<sup>21</sup> Aunque las partes hayan utilizado el término “renuncia”, el Tribunal observa que el Artículo 1611 contiene una presunción de pago de intereses cuando el acreedor otorga un recibo de pago sin reservarse el derecho a reclamar el pago de intereses.

272. El último razonamiento se aplica igualmente a los Convenios de Subrogación celebrados entre las partes en 1999 (PD Dtes. 17 y 18).
273. Es más, en el Convenio sobre Obligaciones Recíprocas celebrado entre las partes y Petroecuador se disponía la extinción de la obligación de Ecuador a favor de Electroquil por el monto de USD4.173.718,65 resultante del Acta de Liquidación del PPA 95, así como también la extinción de la obligación de Electroquil a favor de Petrocomercial por el monto de USD4.173.718,65 (Cláusula 4 del Convenio sobre Obligaciones Recíprocas). En otras palabras, a solicitud de Electroquil, el monto que Ecuador debía a Electroquil debía transferirse a Petrocomercial —que tenía una reclamación en contra de Electroquil—, con lo que se extinguían parcialmente tanto la deuda de Electroquil como la de Ecuador (Cláusula 1.11, Cláusula 2.1 y Cláusula 4 del Convenio sobre Obligaciones Recíprocas). En el Convenio sobre Obligaciones Recíprocas se disponía el pago de intereses por el monto de USD4.173.718,65.
274. Las Demandantes sostienen que el Convenio sobre Obligaciones Recíprocas no condujo a la liquidación ni la renuncia de ninguna de sus reclamaciones contra Ecuador que son objeto del presente arbitraje. Afirman que la reclamación de Duke por el cobro de intereses se ha preservado en virtud de la Cláusula 7 del Convenio sobre Obligaciones Recíprocas. La Demandada no niega que el Convenio sobre Obligaciones Recíprocas dispusiera el pago de intereses por el monto de USD4.173.718,65. Alega, sin embargo, que dichos intereses se pagaron en virtud del Convenio Transaccional (2<sup>do</sup> EPA Dda., párrafo 23).
275. En la Cláusula 7 del Convenio sobre Obligaciones Recíprocas se dispone lo siguiente:

*El MINISTERIO reconocerá a favor de ELECTROQUIL los intereses generados por la falta de pago oportuna de la obligación especificada en el primer párrafo del numeral 2.1 de la cláusula segunda de este convenio, que fueren establecidos legalmente a favor de dicha empresa.*

*En todo caso, los intereses se estipularán en un convenio separado conjuntamente con aquéllos a los que se refiere el numeral 2.3 de la cláusula segunda de este convenio en términos exactamente iguales en cuanto al tipo de tasa de interés aplicable.*

276. En la Cláusula 2.1, a la que se refiere la Cláusula 7 del Convenio sobre Obligaciones Recíprocas, se dispone lo siguiente:

*De conformidad al numeral 6.2.2 de la Cláusula Sexta del Acta de Liquidación del Contrato No. 020/95 suscrita el 27 de noviembre de 2001, entre los representantes de EL MINISTERIO y ELECTROQUIL, el primero declara adeudar a Electroquil el monto de USD 4.173.718,65 [...].*

*Por su parte, el ESTADO manifiesta que en virtud de lo dispuesto por el Decreto Ejecutivo No. 506, y en atención al Contrato de Fideicomiso al que*

*se refiere el numeral 6 de la Cláusula Primera, es garante del pago de las obligaciones que tiene EL MINISTERIO con ELECTROQUIL.*

277. Por último, con el Convenio Transaccional (PD Dda. 63) se procuró aplicar la Cláusula 7 del Convenio sobre Obligaciones Recíprocas. En el acuerdo anterior, las partes convinieron expresamente que se debían intereses a Electroquil (Cláusula 2.1 del Convenio de Intereses sobre los Montos no Impugnados). También acordaron la liquidación y extinción de todas las reclamaciones de intereses a favor de Electroquil por pago tardío de las facturas por concepto de costo del combustible según se mencionó en la Cláusula 7.4 del PPA 95 (Cláusula 3 del Convenio de Intereses sobre los Montos no Impugnados).
278. En el Convenio Transaccional se expresa claramente que no pueden reclamarse intereses por los montos pendientes en virtud del PPA 95 de acuerdo con el Acta de Liquidación del PPA 95.
279. En consecuencia, sólo se deben intereses sobre el monto de USD96.980,64 fijado en el Acta de Liquidación del PPA 96. Es más, la presunción del Artículo 1611 se ve refutada respecto de esta acta como consecuencia de la reserva expresa formulada (véase el párrafo 265, *supra*).
280. Por lo tanto, el Tribunal considera que no pueden reclamarse intereses por pago tardío de las facturas de Electroquil a la luz de la presunción del Artículo 1611, salvo el pago de intereses sobre el monto de USD96.980,64 que surge del Acta de Liquidación del PPA 96.

#### **4.1.3 Multas y penalidades impuestas durante la ejecución de los PPA**

281. El Tribunal empezará por examinar las alegaciones generales de las partes respecto de la imposición de las multas y penalidades (a) y las disposiciones aplicables de los PPA (b). Después analizará los argumentos planteados en relación con cada una de las multas objetadas (c).

##### **a) Posiciones de las Partes**

282. Según las Demandantes, en ambos PPA se excusaban expresamente los incumplimientos técnicos de Electroquil en circunstancias específicas. Si bien algunas circunstancias pueden haber permitido la imposición de una multa, en casi todos los casos también se presentaban otras circunstancias que justificaban la no aplicación de la multa. La imposición de multas por Ecuador en circunstancias en que sus propios incumplimientos contractuales condujeron a que Electroquil incurriera en

incumplimientos técnicos era claramente incorrecta y, dicha conducta, es contraria al espíritu de la Cláusula 12.4 del PPA 95 y la Cláusula 13.4 del PPA 96.

283. Las Demandantes alegan además que, aparte de las cláusulas mencionadas antes y las disposiciones generales de los PPA aplicables a la solución de diferencias contractuales, en los PPA no se decía nada respecto de la manera en que debían imponerse y cobrarse las multas. Ecuador no tenía derecho a compensar los montos de las multas contra los montos de las facturas adeudadas y pagaderas a Electroquil. Asimismo, en los PPA no se preveía la imposición ni el cobro de ninguna suma fija de multas al momento del vencimiento de los PPA.
284. Por su parte, Ecuador alega que el derecho del INECEL de imponer multas a Electroquil se otorgó al INECEL a fin de asegurar la debida ejecución de los PPA. En los PPA se estipulaban situaciones específicas que justificarían la imposición de las multas, especialmente el suministro insuficiente de energía dentro de un plazo determinado y en determinadas circunstancias técnicas. Por lo tanto, tan pronto como se produjeran los hechos pertinentes que justificaban la imposición de una multa, el INECEL estaba facultado a ejercer sus derechos, que de ninguna manera estaban limitados ni tenían un plazo para su ejercicio, en virtud de los PPA.
285. Asimismo, como ya se indicó, Ecuador manifiesta que no habría impedimento para proceder a las compensaciones en virtud de lo dispuesto por el Artículo 1671 del Código Civil ecuatoriano.
286. Antes de examinar detenidamente los argumentos de las partes y cada multa, el Tribunal considera útil examinar brevemente los fundamentos de las penalidades estipuladas en los PPA.

**b) Régimen contractual**

287. De conformidad con el Artículo 12 del PPA 95, el INECEL puede aplicar una multa por razón de:
- diferencias entre la disponibilidad garantizada en el contrato y la disponibilidad efectiva de cada unidad (Cláusula 12.1);
  - consumo excesivo de combustible (Cláusula 12.2);
  - insuficiencia de la producción garantizada (Cláusula 12.3), y
  - demoras en la puesta en marcha (Cláusula 12.7).

288. Las penalidades aplicables en virtud del PPA 95 debían calcularse una vez por año y pagarse dentro de los 15 días. No podían exceder del 5% del valor del PPA 95 (Cláusula 12.6). En la Cláusula 12.4 del PPA 95 se especificaba que no podía aplicarse ninguna multa si los incumplimientos de Electroquil se debían a fuerza mayor, caso fortuito o razones debidamente probadas que no fueran atribuibles a Electroquil.
289. De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 13 del PPA 96, el INECEL puede aplicar una multa por razón de:
- demoras en la puesta en marcha (Cláusula 13.1);
  - incumplimiento de las cuotas de generación de energía o consumo excesivo de combustible (Cláusula 13.2), y
  - deficiencias de disponibilidad (Cláusula 13.3).
290. Las penalidades aplicables en virtud del PPA 96 debían pagarse mensualmente y no podían exceder del 5% del valor total del PPA 96 (Cláusulas 13.5 y 13.6). No podía aplicarse ninguna penalidad en virtud del PPA 96 cuando se probara que los incumplimientos no eran atribuibles a Electroquil (Cláusula 13.4).
291. Teniendo en cuenta los principales argumentos y disposiciones contractuales mencionados antes, el Tribunal examinará cada multa y las objeciones específicas a cada una de ellas en el cuadro siguiente.

c) **Examen de las multas realizado por el Tribunal**

Multas	Imposición y objeción	Argumentos de las partes		Conclusiones del Tribunal
		Demandantes	Demandada	
<p><b>Multa N° 1, por la suma de USD400.000, fechada el 8 de julio de 1996, basada en la instalación tardía de las Unidades 1 y 2 conforme al PPA 95.</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El 8 de julio de 1996, el INECEL impuso la Multa N° 1, en relación con la instalación tardía conforme al PPA 95 (PD C-24 S. de A., PD Dtes. 047, PD Dda. 013).</li> <li>El 31 de julio de 1996 Electroquil objetó la imposición de la Multa N° 1, invocando razones de fuerza mayor (PD Dda. 014).</li> </ul>	<p>Esencialmente, la impugnación de la Multa N° 1 por parte de Electroquil se basa en el hecho de que el Gobierno no estableció el Fideicomiso de Pago antes del comienzo de la operación comercial. Además, Electroquil invocó asimismo la existencia de un caso de fuerza mayor (consistente en una tormenta de nieve ocurrida en Washington, D.C., que demoró unos días el financiamiento del proyecto). Las Demandantes han demostrado asimismo que los Fideicomisos de Pago revestían vital importancia para Electroquil, especialmente en relación con la capacidad de esa empresa de obtener préstamos para capital de trabajo y otros financiamientos.</p> <p>Basándose en lo que antecede, las Demandantes sostienen que Electroquil no inició puntualmente las operaciones previstas en el PPA 95 por causa justificada, en virtud de (i) la existencia de "hechos no atribuibles a Electroquil", y (ii) el incumplimiento, por parte del Gobierno ecuatoriano, de las obligaciones que le imponía el PPA 95 ("<i>exceptio non adimpleti contractus</i>").</p>	<p>La Demandada niega enteramente lo alegado por las Demandantes, en especial a la luz de la Cláusula 19 del PPA 95, y sostiene que, en las circunstancias del caso, la Multa N° 1 estaba totalmente justificada.</p>	<p>1. La Cláusula 12.7 del PPA 95 establece:</p> <p><i>El Contratista pagará al INECEL una multa equivalente a CINCO MIL DÓLARES de los Estados Unidos de Norte América (US\$5.000,00) por cada día que se retrase en iniciar la explotación comercial de cada unidad, a partir de ciento cincuenta (150) días calendario después de la fecha de suscripción del presente Contrato.</i></p> <p>No es objeto de controversia el hecho de que las Unidades 1 y 2 comenzaron la operación comercial el 10 de mayo de 1996, en lugar del 31 de marzo de 1996, según lo previsto por el PPA 95, es decir, 40 días después de la fecha prevista en el contrato. Según lo dispuesto en la Cláusula 17.7, una demora de 40 días de duración da lugar a una multa de USD200.000 por unidad, y de USD400.000 por ambas unidades.</p> <p>2. El monto de la multa impuesta ascendió a USD400.000. Las Demandantes sostienen que el saldo de USD200.000 se compensó con la factura N° 002 de Electroquil, lo que era inadmisibles.</p> <p>No obstante el hecho de que la compensación se considera admisible, las Demandantes no han probado por qué la Multa N° 1 fue indebidamente compensada, ni cuál sería el monto correspondiente en caso de que hubiera sido improcedente.</p> <p>Por otra parte, del expediente no se desprende que las Demandantes se hubieran opuesto a la compensación a la fecha en que se impuso la Multa N° 1.</p> <p>3. Las Demandantes alegan, asimismo, que Electroquil no cumplió por causa justificada su obligación de iniciar puntualmente las operaciones previstas en el PPA 95, dada la existencia de una causa de fuerza mayor y de "hechos no atribuibles a Electroquil", es decir, una supuesta tormenta de nieve en Washington, D.C.</p>

Multas	Imposición y objeción	Argumentos de las partes		Conclusiones del Tribunal
		Demandantes	Demandada	
				<p>La Cláusula 19 del PPA 95 establecía que la fuerza mayor debía definirse tal como lo hace el Artículo 30 del Código Civil Ecuatoriano (“<i>el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.</i>”) y que cualquiera de esos eventos debía notificarse a la otra parte dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que se produjera, junto con una explicación sobre las razones por las que afectaba al cumplimiento del PPA 95, acompañada por documentos de respaldo.</p> <p>De una carta del 31 de julio de 1996 (PD Dda. 14) se desprende que Electroquil se refirió inicialmente al evento en una carta fechada el 25 de enero de 1996. No obstante, el expediente no contiene pruebas convincentes de que las Demandantes hayan explicado por qué un evento de ese tipo afectaba al cumplimiento del PPA 95.</p> <p><b>4.</b> Con respecto a la objeción opuesta por las Demandantes a la Multa N° 1 en virtud de la <i>exceptio non adimpleti contractus</i>, la Cláusula 5.0.1 del PPA 95 y la Cláusula 5.1 del PPA 96 establecían claramente que Electroquil tenía la responsabilidad exclusiva por la iniciación puntual del funcionamiento de las unidades generadoras. Electroquil asumió el riesgo y la obligación de importar, armar, instalar, operar y mantener las turbinas. En su oferta del 16 de agosto de 1995, Electroquil se comprometió a instalar dos nuevas unidades generadoras a más tardar el 31 de diciembre de 1995 (PPA 95, Cláusula 2.0.2). La obligación de Electroquil a ese respecto no parece estar directamente vinculada con los Fideicomisos de Pago. Aparentemente, no existe correlación alguna entre la obligación del INECEL de pagar la energía proporcionada por Electroquil y las obligaciones de esta última de iniciar las operaciones comerciales de las unidades previstas en los PPA.</p> <p>Además, contrariamente a lo alegado por las Demandantes, del expediente no surge que el fabricante se haya rehusado a despachar las turbinas debido a que no se hubiera establecido el Fideicomiso de Pago 95. Las pruebas del presente caso</p>

Multas	Imposición y objeción	Argumentos de las partes		Conclusiones del Tribunal
		Demandantes	Demandada	
				<p>muestran que Electroquil y el fabricante mantuvieron correspondencia referente a la demora del embarque, pero no permiten establecer un nexo causal con la omisión de crear el Fideicomiso de Pago 95 antes del inicio de la operación comercial (PD Dtes. 034, 035, 037, 039, 041 y 042). La declaración testimonial del Sr. Tumbaco, de la división de contabilidad de Electroquil, no altera esa conclusión. El hecho de que meramente recuerde la existencia de un supuesto documento que prueba la insistencia del fabricante en que se estableciera el Fideicomiso de Pago 95 no resulta convincente para el Tribunal, dado que ese documento no figura en el expediente (Tr., págs. 442-444). En cuanto al testimonio del Sr. Larrea, su análisis sobre los Documentos de prueba 034, 037 y 039, ofrecidos por las Demandantes, no prueba que el fabricante efectivamente haya condicionado el embarque a la constitución del Fideicomiso de Pago 95 (Tr., págs. 235-237). La lectura del Documento de prueba 037 de las Demandantes, en conjunción con el Documento de prueba 039, no permite demostrar que el fabricante haya condicionado el embarque a la existencia de los Fideicomisos de Pago. En realidad, en las Actas de la Junta Directiva de Electroquil, fechadas el 4 de octubre de 1995, que se adjuntan al PPA 95, se menciona, en el punto 4, el hecho de que el contrato con Stewart and Stevenson entraría en vigor después de la realización del pago inicial del 15%, que se demoró por culpa de la propia compañía Stewart and Stevenson. Esta última debía otorgar un préstamo para las turbinas en caso de que no pudiera obtenerse financiamiento del Eximbank. Para acelerar el proceso, Electroquil decidió realizar el pago inicial del 15% a través de un préstamo puente. No se mencionó ningún fideicomiso de pago en ese documento, que se preparó antes de la conclusión del PPA 95. En consecuencia, el préstamo puente al que se hace referencia en el Documento de prueba 039 de las Demandantes no tenía relación alguna con la inexistencia del Fideicomiso de Pago. En su declaración testimonial, el Sr. Larrea confirma el hecho de que <i>“un fabricante no puede poner ese tipo de condiciones”</i> (Tr. castellano, pág. 196).</p>

Multas	Imposición y objeción	Argumentos de las partes		Conclusiones del Tribunal
		Demandantes	Demandada	
				<p>El Tribunal opina que los PPA no permitían a Electroquil demorar el comienzo de las operaciones comerciales basándose en la tardanza en la creación de los Fideicomisos de Pago. Además, las Demandantes no han probado que el incumplimiento de la obligación de establecer el Fideicomiso de Pago 95 efectivamente haya provocado la instalación tardía de las Unidades 1 y 2. En consecuencia, no es aplicable la <i>exceptio non adimpleti contractus</i>.</p> <p><b>En virtud de las consideraciones que anteceden, la Multa N° 1 estaba justificaba en las circunstancias del caso.</b></p>
<p><b>Multa N° 2, por la suma de USD550.000, fechada el 18 de noviembre de 1997, basada en la instalación tardía de las Unidades 3 y 4 conforme al PPA 96.</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El 18 de noviembre de 1997, el INECEL impuso a Electroquil la Multa N° 2, en relación con la instalación tardía de las Unidades 3 y 4 conforme al PPA 96 (PD C-25 S. de A., PD Dtes. 073, PD Dtes. 075, PD Dda. 074).</li> <li>El 22 de mayo de 1998, Electroquil impugnó la Multa N° 2, basándose en que la Demandada había faltado a su obligación de constituir los Fideicomisos de Pago (PD Dda. 075).</li> </ul>	<p>Las Demandantes alegan que la Multa N° 2 se compensó indebidamente con la factura N° 137 de Electroquil. Las Demandantes también alegan que la imposición de la multa fue extemporánea, porque se produjo cinco meses después del mes en que se produjeron los hechos que dieron lugar a la multa. En consecuencia, la Multa N° 2 es extemporánea, ya que se impuso después de transcurrido un plazo razonable según lo previsto en el PPA 96.</p> <p>Además, la omisión de Electroquil de iniciar puntualmente las operaciones obedeció a que carecía de flujo de caja, debido a que Ecuador había efectuado con tardanza los pagos que le correspondía realizar conforme al PPA 95, y a las dificultades de obtener financiamiento para adquirir las Unidades 3 y 4, que obedecían al incumplimiento, por parte del Gobierno, de su obligación de</p>	<p>La Demandada alega que las Demandantes no han probado que el cumplimiento de los PPA estuviera condicionado a la creación de los Fideicomisos de Pago. Además, no es pertinente sostener que el supuesto incumplimiento, por parte del INECEL, del PPA 95 pueda justificar el incumplimiento del PPA 96 por parte de Electroquil. Finalmente, Ecuador niega que su derecho a imponer una multa estuviera sujeto a una limitación de tiempo.</p>	<p>1. La Cláusula 13.1 del PPA 96 establece:</p> <p><i>El Contratista pagará al INECEL la suma de CINCO MIL 00/100 DÓLARES por cada día de atraso en la iniciación de la operación comercial respecto del plazo de ciento cincuenta (150) días comprometido en este Contrato, siempre que tal atraso no sea imputable al INECEL.</i></p> <p>La fecha prevista para el comienzo de la operación comercial de las Unidades 3 y 4 era el 5 de enero de 1997, y Electroquil inició la operación comercial el 19 de junio de 1997, por lo tanto, 164 días más tarde. Según fuera señalado por la Demandada (Contestación Dda., párrafo 228), INECEL justificó la demora por 54 días imponiendo una multa solamente por los 110 días restantes por el monto de USD 550.000.</p> <p>2. La Multa N° 2 supuestamente fue compensada con la factura N° 137 de Electroquil. Dado que las compensaciones se consideran admisibles en el marco de los PPA (véase <i>supra</i>), el argumento de las Demandantes a este respecto no es admisible. En todo caso, las Demandantes no prueban que la compensación se haya aplicado indebidamente en ese caso concreto, y cuál habría sido el monto que habría correspondido si no se hubiera compensado.</p> <p>3. Las Demandantes alegan también que el incumplimiento, por parte de Electroquil, de su obligación de iniciar</p>

Multas	Imposición y objeción	Argumentos de las partes		Conclusiones del Tribunal
		Demandantes	Demandada	
		ejecutar los Fideicomisos de Pago.		<p>puntualmente la operación comercial obedeció a que carecía de flujo de caja, lo que a su vez se debía a la tardanza de Ecuador en efectuar los pagos previstos en el PPA 95 y al hecho de que el Gobierno no estableció el Fideicomiso de Pago 96.</p> <p>A este respecto, surge del expediente que Electroquil dio a conocer varias veces al INECEL las dificultades financieras que experimentaba y su necesidad de que estableciera el Fideicomiso de Pago 96 (PD Dtes. 052, 061 y 062).</p> <p>En una primera carta de Electroquil al INECEL, del 2 de septiembre de 1996, se hacía referencia a la falta de pago de determinadas facturas conforme al PPA 95, que había generado preocupación con respecto al flujo de caja, y a la necesidad de establecer el Fideicomiso de Pago 95. Ese documento no puede <i>per se</i> constituir prueba de hechos no atribuibles al INECEL, en la acepción de la Cláusula 13.1 del PPA 96, ya que guarda relación con el PPA 95 y con circunstancias surgidas en el marco de ese contrato.</p> <p>Por otra parte, en otras dos cartas dirigidas al INECEL por Electroquil, fechadas los días 6 de enero de 1997 y 3 de abril de 1997, se señala que Electroquil dio a conocer al INECEL el riesgo de que surgieran dificultades financieras que paralizaran el funcionamiento de las Unidades 3 y 4.</p> <p>Como ya se vio, independientemente del hecho de que no se han probado dificultades financieras reales, el Tribunal opina que los PPA no permiten a Electroquil, como contratista, demorar el cumplimiento basándose en la creación tardía de los Fideicomisos de Pago.</p> <p>Por lo tanto, se justifica la imposición de la Multa N° 2, ya que no se ha probado ninguna demora atribuible al INECEL, en la acepción dada a ese término por la Cláusula 13.1 del PPA 96.</p> <p><b>4.</b> Finalmente, las Demandantes alegan que la Multa N° 2 era extemporánea, ya que la Cláusula 13.5 establecía que Electroquil debía pagar mensualmente las multas que se le impusieran. A juicio del Tribunal, esa disposición no puede</p>

Multas	Imposición y objeción	Argumentos de las partes		Conclusiones del Tribunal
		Demandantes	Demandada	
				interpretarse en el sentido de que prohíba la aplicación de una multa en una fecha diferente durante el periodo de cumplimiento del PPA 96.  <b>En consecuencia, la Multa N° 2 se justificaba en las circunstancias del caso.</b>
<b>Multa N° 3, fechada el 12 de marzo de 1998 por USD 901.637 y Multa N° 4, fechada el 20 abril de 1998, por USD 554.592, basadas en el incumplimiento de la obligación de cumplir las cuotas de generación de energía previstas en el PPA 96.</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El 12 de marzo de 1998, el INECEL impuso la Multa N° 3, sosteniendo que Electroquil no había cumplido las cuotas de generación de energía contractualmente previstas para el mes de febrero de 1998 (PD C-28 S. de A., PD Dtes. 080, PD Dtes. 81, PD Dtes. 083, PD Dda. 088).</li> <li>El 16 de marzo de 1998, Electroquil impugnó la Multa N° 3, alegando que el combustible proporcionado por el Ecuador no era adecuado (PD Dtes. 082, PD Dda. 089).</li> <li>El 20 de abril de 1998, el INECEL impuso la Multa N° 4, alegando que Electroquil no había satisfecho las cuotas</li> </ul>	<p>Las Demandantes alegan que, antes de la notificación de esas multas efectuada por el INECEL, Electroquil se había quejado por la mala calidad del combustible proporcionado por el Gobierno, y había advertido que era probable que ello diera lugar a daños en las turbinas y a que Electroquil no pudiera cumplir las cuotas de generación. Además, Electroquil había informado al Administrador del Contrato que, debido a los graves perjuicios experimentados por los difusores en la primera etapa de la turbina de alta presión correspondiente a la Unidad 4, la turbina no debía hacerse funcionar hasta que se reparara, para evitar daños a la totalidad de la unidad.</p> <p>El INECEL niega que Electroquil pueda invocar la fuerza mayor como excusa de su incumplimiento. Sin embargo, INECEL no tiene en cuenta el problema real, consistente en la mala calidad del combustible, que no puede imputarse a Electroquil. Por lo tanto, cualquier incumplimiento de obligaciones de desempeño provocado por la mala calidad del combustible está justificado.</p>	<p>La Demandada alega que Electroquil no cumplió en su totalidad la cuota de energía de 7.231.880 kWh prevista para febrero de 1998, lo que justificó la Multa N° 3, ni la cuota de 4.717.885 kWh prevista para marzo de 1998, lo que justificó la Multa N° 4.</p> <p>Además, cualquier daño causado al equipo debía ser asumido por el fabricante, que sustituyó el equipo defectuoso. Las Demandantes omiten mencionar que el propio fabricante había caracterizado como falla de fabricación el problema de corrosión de la turbina, razón por la cual sugirió la sustitución, conforme a la garantía. En todo caso, Electroquil debió haber acudido directamente a Petrocomercial, o no aceptar en absoluto el combustible proveniente de Petrocomercial.</p>	<p>1. La Cláusula 13.3 del PPA 96 establece:</p> <p><i>Si el Contratista no cumpliere con la cuota establecida en el mes, INECEL, por cada kilovatio hora no entregado, le aplicará una multa equivalente al precio de la 'energía de emergencia', con el recargo del cien por ciento según el Pliego Tarifario del SNI vigente.</i></p> <p>La Cláusula 15.7 del PPA 96 establecía en los términos siguientes la cuota mencionada en el párrafo precedente:</p> <p><i>El Contratista garantiza una disponibilidad en cada una de sus unidades de: Seiscientas cincuenta (650) horas en cada uno de los meses de Octubre, Noviembre, Diciembre, Enero y Marzo de cada año; Seiscientas (600) horas en el mes de Febrero de cada año; Tres mil seiscientas (3.600) horas en el periodo comprendido entre Abril y Septiembre de cada año.</i></p> <p>2. Las Demandantes alegan que los montos fueron indebidamente compensados con las sumas adeudadas a Electroquil conforme a las facturas 165 (PD Dtes. 080) y 171 (PD Dtes. 084). El argumento de las Demandantes es inaceptable, ya que la compensación se ha declarado admisible (véase <i>supra</i>). Además, las Demandantes no indican cuál sería el monto que estaría pendiente de pago si la compensación fuera inadmisibles. Lo que las Demandantes pretenden, en definitiva, es el reembolso de la totalidad del importe de la multa, basándose en que ésta no se justificaba, sin explicar por qué la compensación afectó a ese importe. El argumento de las Demandantes consiste, esencialmente, en que Ecuador interrumpió arbitrariamente el flujo de caja de Electroquil, al compensar las multas, aseveración que no ha sido probada (1<sup>er</sup> EPA Dtes., págs. 46-48).</p>

Multas	Imposición y objeción	Argumentos de las partes		Conclusiones del Tribunal
		Demandantes	Demandada	
	de generación de energía contractualmente previstas para el mes de marzo de 1998 (PD C-29 S. de A., PD Dtes. 084, PD Dtes. 088, PD Dda. 096).			<p><b>3.</b> Las Demandantes alegan, asimismo, que la imposición de las Multas N° 3 y N° 4 fue infundada, ya que las bajas cuotas de generación obedecieron a fuerza mayor o a hechos que no les son atribuibles, tal como la mala calidad del combustible, que provocó corrosión en la turbina.</p> <p>La Cláusula 8.4 del PPA 96 establecía que el INECEL soportaría los costos del combustible, pero que, en el caso de que se trata, Electroquil adquiriría el combustible a Petrocomercial, conforme al Contrato de Suministro de Combustible (PD Dtes. 048).</p> <p>La Cláusula 13.4 del PPA 96 establece que una multa no puede ser aplicada si podían probarse razones por las que la insuficiencia de combustible no fuera imputable a Electroquil.</p> <p>La Cláusula 21 del PPA 96 establece que el término "fuerza mayor" debía definirse como lo hace el Artículo 30 del Código Civil Ecuatoriano (es decir, "el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.") y que todo hecho de ese género debía notificarse a la otra parte dentro de los 10 días de ocurrido el hecho, junto con una explicación los efectos del evento sobre el cumplimiento del PPA 95, y los documentos de respaldo.</p> <p>Consta en el expediente que Electroquil advirtió al INECEL sobre la mala calidad del combustible y el impacto que habría de experimentar la turbina corroída (PD Dtes. 079 y 082), lo que consideraba como un hecho de fuerza mayor. El Tribunal se siente inclinado a aceptar la respuesta del INECEL a este respecto (PD Dtes. 085). La interrupción del funcionamiento de la central no puede constituir fuerza mayor en la acepción dada a ese término por la Cláusula 21 del PPA 96, ya que la unidad corroída seguía estando amparada por la garantía del fabricante y era reparable (PD Dtes. 079).</p> <p>Habiendo dicho esto, correspondería considerar la causa subyacente de la corrosión, es decir, la mala calidad del combustible. Consta en el expediente que Electroquil no estaba en condiciones de someter el combustible a pruebas,</p>

Multas	Imposición y objeción	Argumentos de las partes		Conclusiones del Tribunal
		Demandantes	Demandada	
				<p>ya que, en el período pertinente, el propio INECEL tenía a su cargo la adquisición del combustible de Petrocomercial (Cláusula 6.2.1 del Acta de Liquidación del PPA 96; PD Dtes. 024).</p> <p><b>En consecuencia, Ecuador no podía imponer justificadamente a Electroquil las Multas N° 3 y N° 4.</b></p>
<p><b>Multa N° 5, fechada el 29 de mayo de 1998, por USD274.550, basada en la falta de disponibilidad de unidades en el primer año de operación según lo previsto en el PPA 95.</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El 29 de mayo de 1998, el INECEL impuso la Multa N° 5 basada en el supuesto hecho de que las Unidades 1 y 2 no estaban disponibles durante el primer año de operación comercial (PD C-31 S. de A., PD Dtes. 091, PD Dda. 022).</li> <li>El 23 de junio de 1998, Electroquil impugnó la Multa N° 5 y solicitó una reunión para discutir la misma (PD Dda. 032).</li> </ul>	<p>Las Demandantes alegan que Electroquil excedió el número de horas disponibles preceptuado por el PPA 95. El PPA 95 establece que Electroquil sólo tenía la obligación de poner a disposición ambas unidades durante no menos de 7.500 horas por año. La prueba de autos demuestra claramente que en ese año Electroquil cumplió claramente el estándar arriba indicado de disponibilidad: la Unidad 1 estuvo disponible durante más de 8.500 horas y la Unidad 2 estuvo disponible durante más de 8.200 horas.</p> <p>Pese al texto inequívoco referente a las horas de falta de disponibilidad según lo previsto en el PPA 95, se aplicó una definición de conveniencias de falta de disponibilidad. El INECEL interpretó el concepto de no disponibilidad en el marco del PPA 95 como equivalente a los períodos en que se solicitaron unidades y éstas no estuvieron en condiciones de operar, independientemente del cumplimiento de la obligación de</p>	<p>Según la Demandada, las Unidades 1 y 2 no estuvieron disponibles durante 549,1 horas en el primer año de operación, lo que dio lugar a la Multa N.º 5. Electroquil no cuestionó entonces esos hechos.</p> <p>En lo que respecta a la defensa de las Demandantes basada en razones no atribuibles a Electroquil, Ecuador señala que todas las alegaciones de Duke a este respecto están relacionadas con el segundo año de operación y con las Unidades 3 y 5 conforme al PPA 96, por lo que son irrelevantes para llegar a un pronunciamiento sobre la cuestión de que se trata.</p>	<p>1. La Cláusula 12.1 del PPA 95 establece:</p> <p><i>Si la disponibilidad de las unidades de generación del Contratista fuere inferior a las siete mil quinientas (7.500) horas anuales garantizadas, INECEL aplicará una multa de quinientos Dólares de los Estados Unidos de Norte América (US\$500,00), por cada hora de diferencia entre la disponibilidad garantizada y la efectiva.</i></p> <p>Consta en el expediente que las partes discreparon con respecto a la interpretación del número de horas de disponibilidad en el período de ejecución del PPA 95 (PD Dtes. 090). Por una parte, el INECEL alegó que el período de falta de disponibilidad correspondió a períodos en que las unidades no estaban en condiciones de operar cuando se les solicitara, independientemente de las 7.500 horas de disponibilidad garantizada. Por otra parte, Electroquil consideró que la Cláusula 12.1 del PPA 95 establecía claramente que la multa debía basarse en la diferencia entre disponibilidad garantizada y disponibilidad efectiva.</p> <p>2. La Cláusula 4.1 del PPA 95 establece, sustancialmente, que las condiciones del PPA 95 han de interpretarse en forma literal o contextual para determinar la intención de las partes.</p> <p>El concepto de disponibilidad se definía en el PPA 95 como el número de horas anuales durante las cuales cada una de las unidades estaría disponible para operación comercial (Cláusula 4.3 del PPA 95).</p> <p>A la luz de lo que antecede, resulta evidente que la Cláusula</p>

Multas	Imposición y objeción	Argumentos de las partes		Conclusiones del Tribunal
		Demandantes	Demandada	
		<p>disponibilidad garantizada durante 7.500 horas. En consecuencia, el INECEL mencionó las 140,4 horas (Unidad 1) y las 408,7 horas (Unidades 2) como periodos del primer año de operación en que las turbinas tenían que estar en condiciones de operar y no lo estuvieron. En su interpretación del contrato, el INECEL se aparta del sentido llano del texto del PPA 95.</p> <p>Además, aunque este Tribunal permita a Ecuador dejar de lado el texto llano del PPA 95 para evaluar la falta de disponibilidad, la multa de que se trata sigue siendo improcedente, ya que el hecho de que Electroquil no haya puesto a disposición las unidades en el primer año de operación obedeció en muchos casos a actos que no le son imputables. Las Demandantes presentan varias cartas que prueban oportunas declaraciones de Electroquil sobre su necesidad de suspender las operaciones por diversas razones.</p>		<p>12.1 se refería a la diferencia entre el número de horas de operación comercial garantizado y el efectivo, independientemente de cualquier solicitud, como alega la Demandada. No puede compartirse la interpretación del INECEL sobre falta de disponibilidad.</p> <p>Las Demandantes han establecido que el número de horas de disponibilidad para el primer año de operación fue de 8.580,3 para la Unidad 1 y de 8.213,9 para la Unidad 2 (PD Dtes. 090).</p> <p><b>En consecuencia, en las circunstancias del caso, no se justificaba el monto de USD274.550 correspondiente a la Multa N° 5. Por lo tanto, el Tribunal puede abstenerse de examinar los argumentos de las Demandantes referentes a la compensación, así como su defensa basada en la existencia de razones no atribuibles a Electroquil.</b></p>
<p><b>Multa N° 6, fechada el 29 de mayo de 1998, por USD444.387, basada en el consumo excesivo de combustible conforme al</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El 29 de mayo de 1998, el INECEL impuso la Multa N° 6 basándose en el supuesto consumo excesivo de combustible diesel por las turbinas de Electroquil (PD C-31 S. de A., PD Dtes.</li> </ul>	<p>Según las Demandantes, el importe de esta multa se compensó indebidamente con los importes de las facturas 135, 149 y 150. Además, la multa no debería haberse impuesto porque el consumo excesivo de combustible por parte de Electroquil se debía a la mala calidad del combustible suministrado por Petrocomercial. La mala calidad del</p>	<p>La Demandada alega que el consumo de combustible en el primer año de operación de las Unidades 1 y 2 fue de 689.734 galones en exceso, lo que justificaba la Multa N° 6.</p> <p>La Demandada alega además que, conforme al contrato de suministro de combustible,</p>	<p>1. Según lo dispuesto por la Cláusula 12.2 del PPA 95, si el número de kilovatios/hora generados con un galón de combustible fuera inferior al volumen garantizado en la oferta de Electroquil, INECEL podría imponer una multa equivalente al costo del combustible necesario para producir la energía no generada por esa razón en el mes en cuestión.</p> <p>Las Demandantes no impugnan el cálculo de la Multa N° 6 sobre la base de un volumen excesivo de combustible, sino que cuestionan la supuesta compensación de la propia multa</p>

Multas	Imposición y objeción	Argumentos de las partes		Conclusiones del Tribunal
		Demandantes	Demandada	
PPA 95.	<p>091, PD Dda. 022).</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>El 23 de junio de 1998, Electroquil impugnó la Multa N° 6 y solicitó una reunión para discutir la misma (PD Dda. 032).</li> </ul>	<p>combustible hizo imposible que Electroquil observara los límites de consumo establecidos en el PPA; por lo tanto, el incumplimiento técnico de Electroquil fue causado por un hecho no imputable a dicha empresa.</p>	<p>Electroquil debía controlar la calidad del combustible proporcionado por Petrocomercial y que estaba en condiciones de adoptar medidas para corregir la alegada mala calidad del combustible. Además, el combustible podía haberse adquirido de otras entidades, distintas de Petrocomercial.</p>	<p>con los importes de las facturas N° 135, 149 y 150.</p> <p><b>2.</b> Como la compensación es admisible (véase <i>supra</i>), el Tribunal puede abstenerse de examinar el argumento de las Demandantes a ese respecto. De todos modos, del documento que invocan las Demandantes (PD Dtes. 091) no surge esa compensación. Además, las Demandantes no proporcionan ninguna explicación o documento que pruebe que la compensación se haya realizado en forma indebida.</p> <p><b>3.</b> Las Demandantes alegan, asimismo, que el excesivo volumen de combustible obedeció a la mala calidad del combustible suministrado.</p> <p>La Cláusula 12.2 del PPA 95 establecía que el desempeño garantizado debía basarse en las características del combustible previsto para el PPA 95, es decir, el combustible diesel N° 2 a un precio no subsidiado de 2.900 sucres por galón (PD Dtes. 005), lo que está en consonancia con la definición prevista en la Cláusula 4.3 del PPA 95.</p> <p>Además, la Cláusula 15.3 del PPA 95 establecía que INECEL debía ejercer su influencia en relación con el otorgamiento de un acuerdo mutuo de Petrocomercial y Electroquil para garantizar el suministro oportuno de combustible diesel N° 2, que ulteriormente dio lugar al Contrato de Suministro de Combustible (PD Dtes. 048). El INECEL debía reembolsar a Electroquil el costo del combustible adquirido (Cláusula 7.4 del PPA 95).</p> <p>Sin embargo, entre septiembre de 1996 y el 31 de marzo de 1999, el INECEL se hizo cargo de la adquisición de combustible de Petrocomercial y lo entregó a Electroquil (Cláusula 6.2.1 del Acta de Liquidación del PPA 95; PD Dtes. 022).</p> <p>En ese período, Electroquil dio a conocer al INECEL la mala calidad del combustible, que no cumplía las especificaciones del contrato, y las consecuencias conexas de ese hecho (PD Dtes. 064; PD R-24; Tr. 507; 16-21).</p> <p>De lo que antecede se infiere que Electroquil no estaba en</p>

Multas	Imposición y objeción	Argumentos de las partes		Conclusiones del Tribunal
		Demandantes	Demandada	
				<p>condiciones de verificar la calidad del combustible de Petrocomercial proporcionado al INECEL.</p> <p>En cuanto a los argumentos de Ecuador de que Electroquil pudo haber adoptado medidas para corregir el problema de la inadecuada calidad del combustible, o de que ese combustible pudo haberse adquirido de otra fuente, del expediente surge que, por una parte, ciertas medidas correctivas (por ejemplo, la centrifugación), que se adoptaron conforme a la Cláusula 15.2 del PPA 95, no pudieron corregir plenamente el problema y, por otra parte, Petrocomercial ejercía un monopolio <i>de facto</i> del combustible en Ecuador (Tr. 190:16-191:2, 509:2-511:3).</p> <p><b>En consecuencia, el Tribunal considera que la mala calidad del combustible, que dio lugar a un excesivo consumo de este último, no puede atribuirse a Electroquil, y que, en las circunstancias del caso, la Multa N° 6 no se justificaba.</b></p>
<p><b>Multa N° 7, fechada el 29 de mayo de 1998, por la suma de USD29.181, basada en el incumplimiento de la obligación de instalar enfriadores en forma oportuna conforme al PPA 95.</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El 29 de mayo de 1998, el INECEL impuso la Multa N° 7, alegando que Electroquil no había alcanzado el nivel de generación contractualmente garantizado, por falta de enfriadores (PD C-31 S. de A., PD Dtes. 091, PD Dda. 022).</li> <li>El 23 de junio de 1998, Electroquil impugnó la Multa N° 7 y solicitó una reunión para discutir la misma (PD Dda.</li> </ul>	<p>Las Demandantes sostienen que el importe de esta multa se compensó indebidamente con los de las facturas 135, 149 y 150. La Demandada ha reconocido que la imposibilidad de Electroquil de alcanzar el nivel de generación garantizado obedeció a la falta de enfriadores. La Demandada no reconoce, en cambio, el rol que desempeñó en impedir a Electroquil instalar a tiempo los enfriadores. Fue el incumplimiento, por parte del INECEL, de sus obligaciones de pago lo que impidió la oportuna adquisición e instalación de los enfriadores. Además, Electroquil no pudo instalar a tiempo los enfriadores debido a circunstancias que escaparon a su control;</p>	<p>Ecuador refuta que Electroquil celebró el contrato de adquisición de los enfriadores cuatro meses antes de la fecha prevista para la instalación y que, en esa fecha, los enfriadores estaban disponibles para su instalación.</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>La Cláusula 5.1 del PPA 95 imponía a Electroquil la obligación de suministrar 84,8 MW con potencia real y, a esos efectos, de importar e instalar las turbinas en las Unidades 1 y 2.</li> <li>La cláusula 5.1 específica que las turbinas debían equiparse con enfriadores, que debían estar en condiciones de funcionar cinco meses después del comienzo de la operación comercial.</li> </ol> <p>En los casos en que la potencia real fuera inferior al volumen garantizado, INECEL podría imponer una multa mensual de USD250,00 por punto porcentual de electricidad producida, deducido el volumen garantizado a la fecha de comienzo de las operaciones, hasta que se corrigiera la diferencia (Cláusula 12.3 del PPA 95).</p> <p>Las Demandantes no cuestionan el cálculo de la Multa N° 7, pero objetan la supuesta compensación de la multa misma con el importe de las facturas N° 135, 149 y 150.</p> <p><b>2.</b> Como la compensación se ha considerado admisible (véase <i>supra</i>), el Tribunal se abstendrá de examinar el argumento de</p>

Multas	Imposición y objeción	Argumentos de las partes		Conclusiones del Tribunal
		Demandantes	Demandada	
	032).	específicamente, al incumplimiento de fabricante en la entrega de los enfriadores. En consecuencia, esto debió haber sido excusado, en aplicación de la doctrina de la <i>exceptio non adimpleti contractus</i> y de la Cláusula 12.4 del PPA 95.		<p>las Demandantes a ese respecto. De todos modos, del documento que invocan las Demandantes (PD Dtes. 091) no surge esa compensación. Además, las Demandantes no proporcionan ninguna explicación o documento que pruebe que la compensación se haya realizado en forma indebida.</p> <p><b>3.</b> Las Demandantes alegan, asimismo, que fue el incumplimiento, por parte del INECEL, de su obligación de pago el que impidió la adquisición y oportuna instalación de los enfriadores. Además, Electroquil no pudo instalar a tiempo los enfriadores porque el fabricante no los entregó a tiempo.</p> <p>La operación comercial de las Unidades 1 y 2 se inició el 10 de mayo de 1996 (PD Dda. 12), con lo cual los enfriadores debían estar en funcionamiento cinco meses después, es decir, el 10 de octubre de 1996, conforme a la Cláusula 5.1 del PPA 95.</p> <p>Consta en el expediente que, el 22 de abril de 1996, Electroquil notificó al INECEL la demora en la entrega de los enfriadores (PD Dtes. 043).</p> <p>El 28 de octubre de 1996, Electroquil informó al INECEL que los enfriadores estaban disponibles en la central pero que no podían instalarse por falta de fondos suficientes, debido al incumplimiento, por parte del INECEL, de sus obligaciones de pago. Electroquil agregó que procedería a instalar los enfriadores tan pronto como el INECEL hubiera efectuado el pago correspondiente (PD Dda. 33).</p> <p>Consta en el expediente que la Demandada faltó a su obligación de efectuar puntualmente los pagos de algunas de las facturas de Electroquil (véase <i>supra</i> Sección D (b)(cc)(b)). Habiendo dicho esto, no se ha probado el nexo causal con respecto a la supuesta demora subsiguiente en la instalación de los enfriadores; y tampoco se ha demostrado la existencia de las dificultades financieras reales que se hayan experimentado.</p> <p><b>En consecuencia, en las circunstancias del caso, se justificaba la Multa N° 7.</b></p>

Multas	Imposición y objeción	Argumentos de las partes		Conclusiones del Tribunal
		Demandantes	Demandada	
<p><b>Multa N° 8, por USD2.243.675 (por falta de disponibilidad de las Unidades 1 y 2 durante el segundo al quinto año de operación), Multa N° 9, por USD1.019.033 (por consumo excesivo de combustible durante el segundo al quinto año de operación), y Multa N° 10, por la suma de USD204.542 (por incumplimiento de la obligación de alcanzar el nivel de producción garantizado durante el segundo al quinto año de operación), fechadas el 14 de agosto de 2001, en virtud</b></p>	<p>• El 14 de agosto de 2001, el Administrador del Contrato impuso la Multa N° 8, basándose en la supuesta falta de disponibilidad de las Unidades 1 y 2 durante el mínimo requerido de 7.500 horas por año por unidad durante el segundo al quinto año del PPA 95; la Multa N° 9, basada en el supuesto consumo excesivo de combustible durante el segundo al quinto año del PPA 95, y la Multa N° 10, basada en la afirmación de que Electroquil había faltado al cumplimiento de llegar al nivel de producción de electricidad contractualmente garantizado durante el segundo al quinto año del PPA 95 (PD C-33 S. de A., PD Dtes. 109, PD Dda. 047).</p>	<p>Según las Demandantes, el INECEL determinó los montos de las multas pertinentes basándose en los incumplimientos en que había incurrido Electroquil al final de cada año de operación. Las Demandantes sostienen, no obstante, que las demoras en la imposición de estas multas —más de tres años en el caso de las multas correspondientes al segundo año de operación— podían atribuirse al tiempo que tardaron las partes en analizar plenamente esas multas. Dado que el proceso de análisis, cuestionamiento e imposición de las multas correspondientes al quinto año de operación se cumplió en su totalidad dentro de los cuatro meses que siguieron al final de ese año de operación, es evidente que la demora con respecto a las multas correspondientes a los otros años de operación es arbitraria, así como retaliatoria, a la luz del arbitraje local entre las partes. Además, las multas correspondientes al segundo y tercer año de operación resultan incompatibles con el Acta Provisional de Liquidación, que liquidó todas las cuentas correspondientes a las multas del primer año de operación hasta el 31 de marzo de 1999.</p> <p>Además, la falta de disponibilidad de la Unidad 2 por parte de Electroquil era imputable directamente al Ecuador, dada la mala calidad del</p>	<p>La Demandada alega que las Multas N° 8 a la N° 10 se basaron enteramente en las disposiciones del PPA 95. Conforme al procedimiento de liquidación aceptado de común acuerdo por las partes para el segundo al quinto año de operación, se estableció una falta de disponibilidad de 4.487,35 horas, que dio lugar a la Multa N° 8, por un monto de USD2.243.675. A este respecto, la Demandada alega, asimismo, que Electroquil tenía la obligación de poner a prueba la calidad del combustible proporcionado por Petrocomercial y estaba en condiciones de adoptar medidas tendientes a corregir el problema de la supuesta mala calidad del combustible. El combustible, además, pudo haber sido adquirido de entidades distintas de Petrocomercial.</p> <p>Según Ecuador, la liquidación de la cuenta estableció, asimismo, un consumo excesivo de combustible en el segundo al cuarto año de operación, que dio lugar a la Multa N° 9, por un monto de USD1.019.033, y el incumplimiento de la obligación de alcanzar el nivel de producción garantizado, que dio lugar a la Multa N° 10, por un monto de USD204.542.</p>	<p>1. Las partes no cuestionan la imposición de las Multas N° 8 a la N° 10 conforme a las Cláusulas 12.1 a 12.3 del PPA 95 (PD Dtes. 109). La controversia guarda relación con la Cláusula 12.5 del PPA 95; especialmente sobre la oportunidad de imposición de esas multas. Las Multas N° 8 a la N° 10 se impusieron el 14 de agosto de 2001.</p> <p>La Cláusula 12.5 del PPA 95 establece:</p> <p><i>Las multas serán liquidadas una vez por año y serán canceladas por el Contratista en un plazo máximo de quince (15) días a partir de la notificación de INECEL. En caso de que no se realice el pago de la multa en el plazo estipulado, se hará efectiva la parte correspondiente de la garantía de fiel cumplimiento del Contrato.</i></p> <p>Surge de autos que las partes redactaron conjuntamente informes de liquidación al final del segundo y tercer año de operación (PD Dda. 42, PD Dda. 43). Esos informes, conjuntamente con el informe relativo al cuarto año de operación, fueron a su vez aprobados por el comité de operación en enero de 2001 (PD Dda. 44).</p> <p>A pesar de que los informes sólo fueron aprobados en 2001, Ecuador estaba en condiciones de estimar las multas basándose en el contenido de los informes al final de cada año de operación. No obstante, Ecuador no lo hizo sino hasta el 14 de agosto de 2001, es decir, después del vencimiento del plazo del PPA 95.</p> <p>2. En cuanto al argumento de las Demandantes basado en el Acta Provisional de Liquidación, el Tribunal no advierte que el mismo haya liquidado las cuentas relativas a las multas correspondientes al primer año de operación hasta el 31 de marzo de 1999, ya que las partes convinieron en someter a arbitraje local la reclamación de penalidades entonces pendientes (PD Dtes. 103). Además, las Demandantes no han probado que las multas efectivamente fueran retaliatorias, como consecuencia de ese arbitraje local.</p> <p>3. Finalmente, las Demandantes alegan que los hechos que</p>

Multas	Imposición y objeción	Argumentos de las partes		Conclusiones del Tribunal
		Demandantes	Demandada	
del PPA 95.	<ul style="list-style-type: none"> <li>El 16 de agosto de 2001, Electroquil impugnó las Multas N° 8, N° 9 y N° 10 basándose en que el derecho de aplicarlas había prescrito (PD Dda. 048).</li> </ul>	combustible que suministró a Electroquil, que a su vez, como lo ha reconocido Ecuador, provocó corrosión en la Unidad 2, e interrupción de su funcionamiento, así como un excesivo consumo de combustible.	A juicio de Ecuador, ninguna de esas multas fue extemporánea. En los PPA se prevén circunstancias específicas que justifican la imposición de multas, medida que no está sujeta a limitaciones cronológicas o de otro género.	<p>dieron lugar a las multas no eran imputables a Electroquil, dada la mala calidad del combustible. El Tribunal se remite al análisis que efectuó en relación con la Multa N° 6, <i>supra</i>.</p> <p><b>En consecuencia, las Multas N° 8 a la N° 10 no se justificaban, conforme a la Cláusula 12.5 del PPA 95.</b></p>
<b>Multa N° 11, fechada el 10 de diciembre de 2001, por USD734.366, basada en la falta de disponibilidad de las Unidades 3 y 4 en octubre de 2001, conforme al PPA 96.</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El 10 de diciembre de 2001, el Administrador del Contrato impuso la Multa N° 11, por un monto inicial de USD641.469, que fue aumentado a USD734.366 el 24 de julio de 2002, basándose en la supuesta falta de disponibilidad de las Unidades 3 y 4 en octubre y noviembre de 2001 (PD C-34 y C-35 S. de A., PD Dtes. 113, PD Dtes. 114, PD Dda. 100, PD Dda. 104).</li> <li>El 14 de diciembre de 2001, Electroquil impugnó la Multa N° 11 e hizo saber que daría a conocer sus razones ulteriormente (PD</li> </ul>	Según las Demandantes, esta multa fue indebidamente compensada con el importe de facturas emitidas por Electroquil. Además, el INECEL pasó por alto el hecho de que la falta de disponibilidad de Electroquil en octubre y noviembre de 2001 obedeció a una escasez de combustible que afectó a todo el país, y que afectó directamente la capacidad de Electroquil de operar en esos meses. Como esa falta de disponibilidad es atribuible al INECEL, que era responsable de asegurar el suministro de suficiente combustible a Electroquil, esa multa es inapropiada.	La Demandada alega que, conforme al contrato de suministro de combustible, Electroquil era responsable de obtener el combustible que había de entregarse en la central.	<p><b>1.</b> En sus presentaciones, las Demandantes no impugnan el cálculo de la Multa N° 11 basado en las Cláusulas 8.1 y 13.3 del PPA 96 en relación con la cuota mensual de energía (PD Dda. 100, PD Dda. 104). A este respecto, la suma de las dos cantidades independientes en PD Dda. 104 equivale a la impuesta en PD Dda. 100, lo que priva de fundamento a la cuestión de la reducción planteada por la Demandada (1<sup>er</sup> EPA Dda., pág. 44).</p> <p><b>2.</b> Por otra parte, las Demandantes cuestionan la supuesta compensación de que habría sido objeto la multa misma con respecto a ciertas facturas, pero no indica en modo alguno, en forma específica, de qué facturas se trata. Como la compensación se consideró admisible, este argumento no prospera.</p> <p><b>3.</b> Las Demandantes invocan, asimismo, la Cláusula 13.4 del PPA 96, que prohíbe imponer una multa si se puede probar en debida forma la presencia de razones no atribuibles a Electroquil.</p> <p>Primero, no obra prueba alguna en el expediente que evidencie la supuesta insuficiencia de combustible a nivel de todo el país.</p> <p>Segundo, la Multa N° 11 fue impuesta en 2001, por lo cual la cuestión se rige por las disposiciones del PPA 96 que a continuación se mencionan.</p> <p>La Cláusula 8.4 del PPA 96 establece que, si bien el costo del</p>

Multas	Imposición y objeción	Argumentos de las partes		Conclusiones del Tribunal
		Demandantes	Demandada	
	<p>Dda. 101).</p> <p>El Tribunal toma nota de que no existe ningún documento que contenga esas razones.</p>			<p>combustible debe recaer sobre el INECCEL, en el caso de que se trata, Electroquil debía adquirir el combustible de Petrocomercial, conforme al Contrato de Suministro de Combustible.</p> <p>Además, la Cláusula 15.6 establece que, además de instalar todo el equipo de suministro y almacenaje de combustible, Electroquil debía mantener una reserva suficiente para que la central pudiera funcionar durante siete días, a una carga básica.</p> <p>En cuanto al Contrato de Suministro de Combustible, éste impone a Electroquil la obligación de suministrar combustible a la central dependiendo de la disponibilidad de Petrocomercial, y la hace responsable del almacenamiento de combustible y del mantenimiento del equipo conexo (Cláusula 3.1 del Contrato de Suministro de Combustible; PD Dtes. 048).</p> <p><b>Por lo tanto, teniendo en cuenta que Electroquil era responsable del suministro de combustible a la fecha de la Multa N° 11 y que no se ha probado la existencia de causas de exoneración, la Multa N° 11 se justificaba.</b></p>

292. En conclusión, el Tribunal coincide con las Demandantes en que las Multas N.º 3, 4, 5, 6, 8, 9 y 10 no estaban justificadas, y rechaza las alegaciones formuladas por las Demandantes en relación con las restantes multas.

#### **4.1.4 Los Convenios de Arbitraje y Mediación y el arbitraje local**

##### **a) Posiciones de las partes**

293. Las Demandantes consideran que el 20 de septiembre de 2001 se dictó un laudo definitivo y vinculante sobre el tema de la jurisdicción y sobre la validez de los Convenios de AyM (PD C-45 S. de A.), y que ese laudo fue revocado el 11 de marzo de 2002 (PD C-44 S. de A.; PD Dtes. 23). Sostienen que no existía razón legítima alguna para que el tribunal de arbitraje local revisara *sua sponte* su decisión sobre la jurisdicción. Alegan, asimismo, que el Procurador General no cumplió la obligación de someterse a arbitraje asumida por el Estado.

294. Ecuador sostiene que el procedimiento de arbitraje previsto en los Convenios de AyM de 2000 constituía un procedimiento local sujeto a la legislación local, por lo cual el Procurador General estaba facultado para plantear la nulidad del Convenio de AyM. Lo expresado anteriormente por el Procurador General acerca de que las diferencias entre el INECEL y Electroquil podían someterse a arbitraje estaba condicionado al cumplimiento de las normas que rigen el arbitraje y la mediación. La Demandada sostiene, además, que el derecho internacional no prohíbe a un Estado invocar la nulidad de una estipulación sobre arbitraje basándose en la legislación nacional, tal como se prevé en la Convención de Nueva York y en la Ley Modelo de la CNUDMI.

295. La Demandada niega, además, toda participación en la elaboración del laudo de marzo de 2002. Subraya que las actuaciones ante el tribunal de arbitraje local fueron promovidas por la Cámara de Comercio de Guayaquil, entidad privada que no mantiene conexión alguna con el Estado.

##### **b) Decisión del Tribunal**

296. El Tribunal comenzará por examinar la cuestión de si el INECEL y/o Ecuador han violado las disposiciones de los PPA, la legislación ecuatoriana o los Convenios de AyM.

297. Mediante carta fechada el 18 de agosto de 1998, el INECEL solicitó al Procurador General de Ecuador un dictamen acerca de su capacidad para someter a arbitraje

local cualquier diferencia con Electroquil (PD Dtes. 013, PD Dda. 039). El 9 de septiembre de 1998, el Procurador General respondió lo siguiente:

*El Convenio Arbitral puede pactarse independientemente del contrato o constar en el texto de éste. Si no se estableció este mecanismo de solución, las partes tienen la potestad de someter la controversia a ese procedimiento, salvo que dicha controversia fuere materia de juicio pendiente ante la justicia ordinaria; en cuyo caso se requerirá el dictamen del Procurador General del Estado.*

*De acuerdo con la regla 18° del artículo 7 del Código Civil, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, excepto las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos resultantes del contrato.*

*Habiéndose expedido la Ley de Arbitraje y Mediación, con procedimientos específicos, y sin que en ella se establezcan limitaciones para la solución extrajudicial de controversias, considero pertinente, siempre que no hubiere juicio pendiente por los asuntos que son materia de consulta, se proceda en conformidad con su normativa.*

(PD Dtes. 014, PD Dda. 040)

298. Esa carta se cita expresamente en el párrafo 1.5 de los Convenios de AyM celebrados un año y medio más tarde, el 30 de mayo de 2000. Surge del expediente que las partes no consultaron en ese momento al Procurador General con respecto al texto de los convenios, sino que se basaron en la respuesta dada por el Procurador General en 1998, antes de que se hubieran planteado plenamente las diferencias. Como lo señaló el tribunal de arbitraje local en su laudo, “[c]onsecuentemente, no se ha demostrado en este proceso que se haya realizado consulta ni dictamen alguno respecto a los textos de los convenios arbitrales suscritos el 30 de mayo de 2000” (PD Dtes. 023).

299. El Artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997 de Ecuador impone a las partes la obligación de solicitar el dictamen del Procurador General antes de someter a arbitraje una diferencia que mantengan con una entidad del sector público. El siguiente es el texto del Artículo 4:

*Artículo 4.- Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma.*

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

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

*La relación jurídica al cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;*

*En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros, y,*

*El convenio arbitral, por medio del cual la Institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.*

*El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral.*

(PD C-071)

300. Las partes no consultaron al Procurador General antes de llevar adelante el arbitraje. En consecuencia, el tribunal local declaró inválido el Convenio Arbitral, basándose en el Artículo 1724 del Código Civil ecuatoriano, que establece: “[e]s nulo todo acto o contrato al que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes” (PD Dtes. 023). Ciertamente es que el procedimiento seguido por el tribunal de arbitraje local, que inicialmente aceptó su jurisdicción a través de dos “decisiones firmes” y más tarde rechazó el caso por falta de jurisdicción, es, en el mejor de los casos, sorprendente. Sea como fuere, no cabe discutir que ese tribunal era un órgano privado que actuaba bajo la égida de la Cámara de Comercio de Guayaquil, que también es una entidad privada. Nada indica en el expediente que la conducta de ese tribunal pueda atribuirse al Estado.
301. Por el contrario, los actos del MEM o del Procurador General pueden atribuirse a Ecuador. ¿Esos actos violaron los PPA, el derecho ecuatoriano o los Convenios de AyM al plantear una excepción de falta de jurisdicción y, por lo tanto, negar la validez del consentimiento otorgado por el MEM?
302. El Artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación es claro cuando establece la obligación de consultar al Procurador General antes de celebrar un convenio arbitral con una entidad del sector público una vez que ha surgido una diferencia. Este requisito no se cumplió cuando el MEM y Electroquil celebraron los Convenios de AyM en 2000. El Tribunal no cree que la opinión de 1998 del Procurador General dispense del cumplimiento de los requisitos de la Ley de Arbitraje. Por lo tanto, a la luz del Artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el Tribunal no puede identificar ninguna violación del derecho ecuatoriano. No percibe tampoco ninguna violación de los PPA, ya que éstos no contenían cláusulas de arbitraje. Análogamente, no encuentra violación alguna de los Convenios de AyM, en que se preveía la realización del arbitraje en Ecuador y que, por lo tanto, estaban sujetos al derecho ecuatoriano; específicamente, a la Ley de Arbitraje, incluido su Artículo 4.
303. Expresado lo que antecede, el Tribunal se ha preguntado si debía seguir adelante y examinar el derecho ecuatoriano para establecer si contiene alguna otra disposición

que conduzca a una conclusión diferente. A ese respecto, toma nota de que las Demandantes no han alegado que el derecho ecuatoriano contenga disposición alguna que impida al Estado o a una entidad estatal cuestionar la validez de una cláusula de arbitraje que haya consentido. Aunque las Demandantes mencionan brevemente en su Memorial la doctrina de *venire contra factum proprium* o “*common law estoppel*” (Mem. Dtes., párrafo 236), no alegan que la misma se aplique, en virtud de la legislación ecuatoriana, en el contexto de un procedimiento local. De hecho, es esencial tomar nota aquí de que el arbitraje en cuestión era de carácter nacional, no internacional.

304. Dada la selección del régimen jurídico efectuada contractualmente por las partes, que comprende “*los principios aplicables de derecho internacional*”, el Tribunal se ha preguntado, asimismo, si corresponde recurrir al principio internacional ampliamente aceptado de que un Estado no puede invocar su propio derecho para resistir un arbitraje internacional<sup>22</sup>. La escogencia del régimen jurídico efectuada por las partes brinda al Tribunal amplia discrecionalidad para establecer cuál de los sistemas jurídicos elegidos debe regir determinado asunto<sup>23</sup>. En el presente caso, la cuestión gira en torno a la validez de una cláusula de arbitraje que prevé el arbitraje interno regido por el derecho municipal. Parece ser congruente con las características del asunto someter éste al derecho ecuatoriano y no al derecho internacional.
305. Por lo tanto, el Tribunal concluye que el Procurador General y el MEM no infringieron los PPA, el derecho ecuatoriano ni los Convenios de AyM. Esta conclusión no excluye la posibilidad, que se analiza más abajo (párrafos 384-403), de que se haya cometido una transgresión del TBI.

---

<sup>22</sup> Véanse, por ejemplo, *Framatome SA y otros c. Atomic Energy Organization of Iran*, (Prof. Berthold Goldman, Pres., Prof. Jacques Robert, Prof. Pierre Lalive), Laudo sobre la jurisdicción, 30 de abril de 1982, ICC Caso N° 3896, J.D.I. 72 (1984); *Benteler c. Bélgica*, Laudo, 18 de noviembre de 1983, 1989 Rev. arb. 239, analizado por Jan Paulsson en *May a State invoke its internal law to repudiate consent to international commercial arbitration?*, ARB. INT’L 90 (1986). Véase también Pierre Lalive, *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration, Report for the ICCA New York Arbitration Congress 1986*, pág. 295. Véase también Veijo Heskanen, *May a State invoke its domestic law to evade its international obligations?*, TDM, vol. 2, noviembre de 2005.

<sup>23</sup> El Tribunal no tiene por qué analizar aquí la aplicación del Artículo 42 del Convenio CIADI, ya que el régimen jurídico elegido por las partes comprende el derecho ecuatoriano y los principios aplicables de derecho internacional.

#### **4.1.5 ¿Incumplió Ecuador su obligación de actuar de buena fe?**

##### **a) Posiciones de las partes**

306. En su Memorial Principal, las Demandantes alegan que por no haber establecido oportunamente los Fideicomisos de Pago, por haber infringido los regímenes de penalidades previstos en los PPA, incumplido sus obligaciones de pago, haber impuesto aranceles aduaneros y violado los Convenios de AyM, Ecuador incumplió, asimismo, su obligación de actuar de buena fe.
307. Las Demandantes alegan que el Artículo 1562 del Código Civil ecuatoriano prevé que los contratos deben cumplirse de buena fe. Esa obligación emana también “*de la obligación general de la administración y del Gobierno de cumplir las políticas sociales que respaldan las actividades realizadas u obtenidas a través de contratos*” (Mem. Dtes., párrafo 165, en que se hace referencia al dictamen jurídico presentado por el Sr. Ponce Martínez, Inglés en el original, traducción libre del Tribunal). Las Demandantes sostienen, por lo tanto, que conforme al derecho internacional y ecuatoriano, la obligación de actuar de buena fe es primaria e independiente. Esa obligación se hace más severa cuando el Estado, en su carácter de custodio del interés público, asume obligaciones frente a una entidad privada persiguiendo una finalidad pública. De esta forma, los PPA fueron un mecanismo para el cumplimiento, por parte del Estado, de sus obligaciones jurídicas, sociales y económicas de proporcionar niveles adecuados de energía eléctrica a la población de Ecuador.
308. Si bien su experto jurídico, el Dr. Parraguez Ruiz, reconoce la existencia del principio de buena fe en el Código Civil ecuatoriano, la Demandada niega haber faltado a su obligación de actuar de buena fe.

##### **b) Decisión del Tribunal**

309. Con respecto al cumplimiento de los PPA y de los ulteriores contratos celebrados conforme al derecho ecuatoriano, el Tribunal no encontró en el expediente ninguna señal de que Ecuador no hubiera observado el principio de buena fe.
310. La situación es menos evidente en lo que respecta a los Convenios de AyM. El proceder del Procurador General podría considerarse como una interferencia impropia en el cumplimiento de los Convenios por parte de Ecuador. No obstante, por haber concluido que el Procurador General actuó conforme al derecho ecuatoriano y no infringió los Convenios de AyM, el Tribunal descarta también en este contexto la existencia de una conducta de mala fe.

## 4.2 ¿Violó Ecuador el TBI?

### 4.2.1 Cuestiones a ser determinadas

311. El Tribunal ha concluido que el INECEL y Ecuador violaron las disposiciones de los PPA y el derecho ecuatoriano como consecuencia del establecimiento tardío y el funcionamiento deficiente de los Fideicomisos de Pago, la imposición indebida de determinadas multas y penalidades y la falta de pago de intereses en relación con los montos adeudados en virtud del Acta de Liquidación del PPA 96. En la presente sección, el Tribunal establecerá si esas transgresiones, junto con el proceder de Ecuador en relación con las reclamaciones basadas en el Convenio Arbitral, implican la violación de los principios de derecho internacional aplicables y, en especial, de las disposiciones del TBI.
312. Al hacerlo, el Tribunal examinará con detenimiento la conducta del Estado a la luz de los compromisos contractuales e internacionales que éste había asumido. En consecuencia, establecerá si dicha conducta implicó i) el incumplimiento, por parte de Ecuador, de sus obligaciones con respecto a las inversiones de las Demandantes, según lo previsto en el Artículo II(3)(c) del TBI (4.2.2); ii) un trato injusto e inequitativo, de acuerdo con Artículo II(3)(a) del TBI (4.2.3); iii) un trato arbitrario de acuerdo con Artículo II(3)(b) del TBI (4.2.4), y iv) denegación de justicia, por haberse rehusado a arbitrar localmente las diferencias, de acuerdo con el Artículo II(7) del TBI (4.2.5).
313. Antes de pasar al análisis de esos temas, el Tribunal recordará el contenido de las disposiciones pertinentes del TBI, es decir, los Artículos II(3) y II(7):
3. 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 les concederá el 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 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.*
- [...]
7. *Cada parte establecerá medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos relativos a las inversiones, los acuerdos de inversión y las autorizaciones de inversión.*

**4.2.2 ¿Violó Ecuador su obligación de cumplir las obligaciones asumidas en relación con la inversión (Artículo II(3)(c) del TBI)?**

**a) Posiciones de las partes**

314. Las Demandantes sostienen que Ecuador violó el Decreto de Garantía de Pago, los Fideicomisos de Pago, los PPA y los Convenios de AyM, y que esos instrumentos encierran obligaciones relacionadas con la inversión, en la acepción dada a este término por el Artículo II(3)(c) del TBI.
315. Según las Demandantes, el Tribunal debe identificar las obligaciones de Ecuador en conexión con su inversión. A los efectos de esa identificación, las Demandantes invocan el caso *Eureka B.V. c. la República de Polonia*, para alegar que todas y cada una de las obligaciones asumidas con respecto a la inversión están comprendidas en la cláusula paraguas. Agregan que, casos referentes al alcance de dicha cláusula, como *Noble Ventures, Inc. c. Rumania*, respaldan el punto de vista de que todas las obligaciones del Estado receptor de la inversión —y no sólo los actos cumplidos en ejercicio de potestades soberanas— se rigen por la cláusula paraguas. Manifiestan que esa conclusión se ve reforzada por la interpretación de las cláusulas de ese tipo derivada del TBI Modelo de los Estados Unidos de 1992.
316. Ecuador, por el contrario, sostiene que las diferencias meramente contractuales no deben resolverse conforme a los principios de derecho internacional en virtud de una cláusula paraguas como la del Artículo II(3)(c) del TBI. Para que esta última se aplique, las Demandantes tendrían que demostrar que Ecuador, interfirió en las obligaciones contractuales objeto de la controversia actuando como entidad soberana, alterando así el marco jurídico de la inversión o que actuó desconociendo de algún modo esas obligaciones. A la luz de lo decidido en el caso *El Paso c. la República Argentina*, Ecuador rechaza toda interpretación extensiva de la cláusula paraguas del TBI y, por lo tanto, de las obligaciones que ella impone (Réplica Dda., párrafos 217-218, 2.<sup>do</sup> EPA Dda., párrafo 46).

**b) Decisión del Tribunal**

317. El contenido del Artículo II(3)(c) es el siguiente:

*Cada Parte cumplirá los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones.*

318. A la luz de ese texto y teniendo en cuenta el Artículo 31(1) de la Convención de Viena, que preceptúa una interpretación “*de buena fe conforme al sentido corriente que haya*

de atribuirse a los términos del tratado”, las condiciones que han de cumplirse para que se configure un incumplimiento de este artículo consisten en i) que exista un “compromiso” del Estado, ii) “contraído con respecto a las inversiones” y iii) que éste haya sido incumplido.

319. El significado de las cláusulas paraguas ha sido objeto de un intenso debate desde la decisión del caso *SGS Société Générale de Surveillance SA c. Pakistán* y, hasta ahora, no ha surgido una posición consistente al respecto. El que una cláusula de ese tipo incluida en un TBI necesariamente haga que cualquier incumplimiento de un contrato por parte de un Estado se convierta en un incumplimiento de un tratado es una cuestión polémica. De hecho, algunos tribunales han incluido en el contexto de una cláusula paraguas obligaciones contractuales, como las de pago<sup>24</sup> mientras otros han dado preferencia a obligaciones asumidas a través de leyes o reglamentos<sup>25</sup>.
320. Otra cuestión abierta es la de establecer si la interferencia de un ente soberano es necesaria para configurar el incumplimiento de una cláusula paraguas. Si bien, como lo señala la Demandada, alusiones a este respecto aparecen en algunos casos, como *CMS c. Argentina*<sup>26</sup>, *Pan American Energy & BP c. Argentina* y *El Paso c. Argentina*<sup>27</sup>, en la mayoría de las decisiones no se formula una distinción de ese tipo.
321. Dadas las circunstancias del presente caso, no es preciso que el Tribunal considere aquí tales temas. En primer lugar, el Tribunal observa que la redacción del Artículo II(3)(c) es amplia, ya que se refiere a “los compromisos”. Segundo, las partes del Convenio Arbitral han acordado expresamente que el TBI se aplica a diferencias contractuales referentes a la imposición de multas y a reclamaciones planteadas durante la ejecución de los PPA.
322. Tercero, se dictó específicamente un decreto ejecutivo cuando Ecuador decidió asumir los derechos y obligaciones del INECEL en el marco de los PPA. Mediante Decreto Presidencial N.  506, del 28 de enero de 1999, el Estado ecuatoriano, a través del

---

<sup>24</sup> Véanse, por ejemplo, *Fedax N.V. c. Venezuela*, Caso CIADI N  ARB/96/33, Laudo, 9 de marzo de 1998, párrafo 29, y *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. la República de Filipinas*, Caso CIADI N  ARB/02/6, Decisión sobre jurisdicción, 29 de enero de 2004, párrafos 127-128.

<sup>25</sup> Véanse, por ejemplo, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistán*, Caso CIADI N  ARB/01/13, Decisión sobre jurisdicción, 6 de agosto de 2003, párrafo 166; y *LG&E c. la República Argentina*, Caso CIADI N  ARB/02/1, Decisión sobre responsabilidad, 3 de octubre de 2006, párrafo 175.

<sup>26</sup> *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina*, Caso CIADI N  ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005, párrafos 299-300.

<sup>27</sup> *Pan American Energy LLC & BP Argentina Exploration Company c. la República Argentina*, Caso CIADI N  ARB/03/13, Decisión sobre excepciones preliminares, 27 de julio de 2006, párrafos 108, 109; *El Paso Energy Company c. la República Argentina*, Caso CIADI N  ARB/03/15, Decisión sobre jurisdicción, 27 de abril de 2006, párrafos 79-81.

MEM, subrogó al INECEL en los contratos de venta concluidos con Electroquil, EcuPower y Energy Corp. En el preámbulo de ese decreto se insiste en la existencia de una obligación del Estado:

*Que constituye obligación del Estado honrar las obligaciones contraídas con los generadores descritos en este Decreto, conforme versan las garantías de pago del Estado Ecuatoriano contenidas en los contratos de fideicomisos, celebrados para respaldar los contratos de compraventa de potencia y energía eléctrica, suscritos con cada uno de ellos.*

(PD Dtes. 016, énfasis añadido)

323. En consecuencia, en el presente caso no cabe duda de la existencia de una obligación del Estado frente a Electroquil. Se cumple, por lo tanto, el primer requisito para la aplicación del Artículo II(3)(c). Expresado lo que antecede, el Tribunal anota que, conforme al Decreto N.º 506, Ecuador estaba obligado frente a Electroquil y no frente a Duke Energy, ya que no había asumido compromiso alguno, contractual o de otra naturaleza, en beneficio de ésta última.
324. Con respecto al segundo requisito, es decir, que el compromiso del Estado guarde relación con una inversión, los términos “*con respecto a [una inversión]*”, en su acepción ordinaria, denotan un vínculo, una relación, entre la obligación y la inversión, que también parece tener un efecto amplio. En el presente caso, el vínculo entre las obligaciones asumidas por la Demandada y la inversión es evidente. A los efectos del Convenio CIADI y del Convenio Arbitral, la definición de inversión dada en el párrafo 5 del segundo de esos instrumentos incluye al PPA 95 y al PPA 96<sup>28</sup>. La obligación primordial asumida por las partes, incluidos el INECEL y ulteriormente el Estado, consiste en cumplir los PPA según las disposiciones de los mismos. De lo expuesto se infiere que también se cumple el segundo requisito.

---

<sup>28</sup> En el Artículo I del TBI se define, asimismo, el término “inversión” de la siguiente manera:

- a) *“Inversión” significa todo tipo de inversión, tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y 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, y comprende:*
- i) Los bienes corporales e incorporeales, incluso derechos tales como los de retención, las hipotecas y las prendas;*
  - ii) Las sociedades o las acciones de capital u otras participaciones en sociedades o en sus activos;*
  - iii) El derecho al dinero o alguna operación que tenga valor económico y que esté relacionada con una inversión;*
  - iv) La propiedad intelectual que, entre otros, comprende los derechos relativos a [...]; y*
  - v) Todo derecho conferido por la ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la Ley.*

325. En relación con el tercer requisito, el Tribunal constata que la Demandada violó las obligaciones que había asumido frente a Electroquil en virtud de los PPA, así como el derecho ecuatoriano en relación con el establecimiento tardío de los Fideicomisos de Pago, su ejecución deficiente, la imposición indebida de multas y la omisión de pago de intereses por pago tardío que preceptuaba el Acta de Liquidación del PPA 96. De esta manera, la Demandada incurrió en la violación de las obligaciones que le imponía la cláusula paraguas del Artículo II(3)(c).

#### **4.2.3 ¿Violó Ecuador su obligación de otorgar un trato justo y equitativo (Artículo II(3)(a) del TBI)?**

326. Tras recordar la posición de las partes (a), el Tribunal determinará el criterio para establecer si Ecuador violó el Artículo II(3)(a) del TBI (b) para decidir luego si el incumplimiento se ha producido (c).

##### **a) Posiciones de las partes**

327. Según las Demandantes, es obvio que Ecuador no concedió a su inversión un trato justo y equitativo. Esta conclusión es válida tanto en el caso que el Tribunal concluya que Ecuador no mantuvo un marco estable y previsible para esa inversión como en el que concluya que Ecuador faltó a su obligación de actuar en forma transparente y conforme a las expectativas razonables y legítimas de las Demandantes. Éstas sostienen que efectuaron su inversión con las expectativas razonables y legítimas de que el Gobierno de Ecuador actuaría en estricta observancia de su legislación y de sus obligaciones contractuales. Funcionarios gubernamentales de alto rango hicieron eco de los compromisos de Ecuador, mediante aseveraciones escritas y orales, que no se cumplieron.

328. El marco jurídico de la inversión de las Demandantes comprende la Ley ecuatoriana de Promoción y Garantía de las Inversiones Extranjeras de 1997, el Decreto de Pago, los Fideicomisos de Pago, los PPA y la Constitución y el Código Civil ecuatorianos. El hecho de que Ecuador no haya aplicado la ley, rehusándose a proceder conforme a sus compromisos contractuales o a su propio Decreto de Pago, representó la modificación de la estructura jurídica aplicable, en violación del derecho internacional. La falta de pago a Electroquil en la forma prevista por el Decreto de Pago, los Fideicomisos de Pago y los PPA y el incumplimiento del régimen de penalidades preceptuado contractualmente y en los Convenios de AyM, constituye claramente un tratamiento injusto e inequitativo violatorio del derecho internacional. .

329. Ecuador niega haber incurrido en una violación de ese tipo del Artículo II(3)(a) del TBI. Del expediente no surge, a su juicio, prueba alguna de que en su calidad de entidad soberana haya adoptado alguna medida regulatoria que alterara el marco jurídico que rodeaba a la inversión y agrega que observó sus obligaciones contractuales.
330. En cuanto a las supuestas expectativas del inversionista, la Demandada alega que las Demandantes distorsionan las condiciones impuestas por el derecho internacional con el objeto de protegerse del riesgo comercial. Las Demandantes no han probado que sus expectativas se basaran en la conducta del Estado; que esas expectativas hayan sido aniquiladas, y no tan sólo perturbadas; que ello obedeciera a una conducta ambigua del Estado; ni que el Tratado procure conceder protección frente a las consecuencias de decisiones de negocios desacertadas.
331. La Demandada sostiene que, durante y después de la ejecución de los PPA, mantuvo un marco estable para las inversiones de las Demandantes y adoptó un enfoque transparente. Alega que, de todos modos, la obligación de conceder un trato justo y equitativo según lo previsto por el TBI no puede ampliarse más allá de lo que establece el derecho internacional consuetudinario con respecto a la inversión extranjera.

**b) Estándar aplicable**

332. El Tribunal comenzará por considerar la cuestión de si el estándar previsto en el Tratado es de carácter autónomo o se limita a reflejar disposiciones del derecho internacional consuetudinario i), para luego determinar su contenido ii).

*i) Naturaleza del estándar*

333. En cuanto a este primer aspecto, el Tribunal cree que, en las circunstancias del caso, la discusión sobre el carácter autónomo del estándar es irrelevante y parece haber sido superada por la evolución que reflejan las más recientes decisiones del CIADI.
334. Como primer elemento de juicio, poco aporta a la cuestión el caso *Occidental c. Ecuador*, invocado por la Demandada, en el que estaba en juego la misma disposición del TBI Estados Unidos-Ecuador. El tribunal que se ocupó de ese caso declaró que Ecuador había incurrido en incumplimiento del Artículo II(3)(a) del TBI Estados Unidos-Ecuador al no reembolsar el IVA, puesto que dicho reembolso era una expectativa legítima del demandante. Dicho tribunal se pronunció además acerca de si el marco jurídico y económico pertinente cumplía los requisitos de estabilidad y previsibilidad que establece el derecho internacional y concluyó: “*ciertamente existe la obligación de*

*no alterar el entorno jurídico de negocios en que se haya realizado la inversión*<sup>29</sup>, dejando de lado la cuestión de si el estándar establecido por un tratado puede ser más severo que el del derecho consuetudinario. Por lo tanto, los argumentos de la Demandada basados en el caso *Occidental* no contribuyen a resolver la cuestión.

335. En segundo lugar, el Tribunal encuentra orientación útil en el caso *Azurix c. Argentina*<sup>30</sup>. El tribunal respectivo analizó el Artículo II(2)(a) del TBI Estados Unidos-Argentina, cuyo texto, similar al del Artículo II(3)(a) del TBI, es el siguiente: “[S]e otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones, las que gozarán de entera protección y seguridad y en ningún caso se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional”. Por lo tanto, ese tribunal procuró establecer si dicho texto entrañaba obligaciones que se agregaran a las requeridas por el criterio de trato mínimo para los extranjeros previsto en el derecho internacional consuetudinario.

336. Al proceder a esa determinación, el tribunal consideró que el texto del tratado constituye un límite mínimo y no máximo, y declaró que los estándares previstos en el tratado y en el derecho internacional consuetudinario eran sustancialmente similares:

361. [...] La última frase asegura que, cualquiera sea el contenido atribuido a los otros dos niveles, el trato otorgado a la inversión no será inferior al exigido por el derecho internacional. Por su redacción, la cláusula permite interpretar las expresiones “trato justo y equitativo” y “entera protección y seguridad” como niveles más elevados que los exigidos por el derecho internacional. La finalidad de la tercera frase es fijar un límite mínimo, no un límite máximo, a fin de evitar que estos niveles puedan interpretarse como inferiores a los exigidos por el derecho internacional. Si bien esta conclusión se desprende del análisis textual de esta disposición, el Tribunal no considera que revista importancia para la aplicación del estándar de tratamiento justo y equitativo a los hechos del caso de autos. Como se explica más adelante, las exigencias mínimas para cumplir este estándar han variado, y el Tribunal entiende que su contenido es sustancialmente similar, sea que los términos se interpreten según su significado corriente, como lo requiere la Convención de Viena, o conforme al derecho internacional consuetudinario. (Se ha omitido la nota a pie de página, énfasis añadido)

337. El Tribunal coincide con esa declaración y con la conclusión de que los estándares son esencialmente idénticos<sup>31</sup>. A esa conclusión llegó también, en los términos siguientes, el tribunal que se ocupó del caso *CMS*:

284. Si bien la opción entre exigir un estándar más estricto en un tratado o asimilarlo al estándar mínimo internacional podría ser relevante en el marco

<sup>29</sup> *OEPC c. la República del Ecuador*, op. cit., párrafo 191. (Inglés en el original, traducción libre del tribunal)

<sup>30</sup> *Azurix Corp. c. la República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/0/12, Laudo del 4 de julio de 2006.

<sup>31</sup> *Ibid.*, párrafo 364.

*de algunas controversias, el Tribunal no está convencido de que sea pertinente en este caso. En efecto, el estándar del trato justo y equitativo del Tratado y su vinculación con la necesaria estabilidad y previsibilidad del entorno empresarial, que se fundamenta en compromisos legales y contractuales solemnes, no es diferente del estándar mínimo del derecho internacional y su evolución en el marco del derecho consuetudinario<sup>32</sup>. (Énfasis añadido)*

ii) *Contenido del estándar*

338. Pasando a examinar el contenido del estándar, cabe señalar que el Preámbulo del Tratado establece que “[a] los fines de mantener un marco estable para las inversiones y la utilización más eficaz de los recursos económicos, es deseable otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones”.

339. El Tribunal coincide con las conclusiones de los tribunales que decidieron los casos *CMS, Tecmed, Occidental c. Ecuador*, analizados por las partes, según los cuales un entorno jurídico y económico estable y previsible debe considerarse como elemento esencial del estándar del trato justo y equitativo. Coincide también con la decisión más reciente en el caso *LG&E c. Argentina*<sup>33</sup> que concluye que en efecto ha surgido en el derecho internacional un estándar de trato justo y equitativo, en los siguientes términos:

*125. En los últimos años, varios tribunales han realizado el mismo análisis en cuanto al estándar del trato justo y equitativo, previsto en tratados sobre inversión, con redacción similar a la establecida en el Preámbulo del Tratado Bilateral entre Estados Unidos y Argentina. Repetidamente, estos tribunales han concluido, sobre la base de específicas disposiciones y en el contexto de los objetivos establecidos por los distintos tratados, que la estabilidad del marco legal y comercial del Estado parte es un elemento esencial en la valoración del estándar del trato justo y equitativo. Así, el Tribunal considera esta interpretación como un estándar emergente de trato justo y equitativo en el derecho internacional. (Se han omitido las notas a pie de página, énfasis añadido)*

340. La estabilidad del entorno jurídico y económico está directamente vinculada a las expectativas justificadas del inversionista. El Tribunal reconoce el hecho de que esas expectativas constituyen un elemento importante del concepto de trato justo y equitativo. Al mismo tiempo, tiene presentes sus limitaciones. Para que puedan gozar de protección, las expectativas del inversionista deben ser legítimas y razonables en el momento en que el inversionista efectúa la inversión<sup>34</sup>. Para evaluar esa razonabilidad o legitimidad, deben tenerse en cuenta todas las circunstancias incluyendo no sólo los

<sup>32</sup> *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/8, Laudo del 12 de mayo de 2005.

<sup>33</sup> *LG&E Energy Corp. y otros c. la República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/1, Decisión sobre responsabilidad, 3 de octubre de 2006.

<sup>34</sup> Véase *Tecmed*, párrafo 154. Véase también *Occidental*, párrafo 185, y *LG&E*, párrafo 127.

hechos que rodean a la inversión, sino también las condiciones políticas, socioeconómicas, culturales e históricas imperantes en el Estado receptor. Además, esas expectativas deben surgir de las condiciones que el Estado haya ofrecido al inversionista y, este último, debe haberse basado en ellas al decidir la realización de la inversión<sup>35</sup>.

341. El Tribunal observa igualmente que, a la luz de una línea uniforme de casos, parece que la violación del trato justo y equitativo no presupone mala fe de parte del Estado<sup>36</sup>.
342. En el presente caso, la mayor parte de las alegaciones de las Demandantes basadas en el Artículo II(3)(a) se refieren al incumplimiento, por parte de la Demandada, de sus obligaciones contractuales. Por lo menos en el contexto de disposiciones distintas a la cláusula paraguas, es un principio firmemente establecido en la actualidad que la violación de un contrato no implica de por sí la violación de un tratado. Esta conclusión no es más que natural, ya que el incumplimiento de un tratado difiere del incumplimiento de un contrato, estando ambas situaciones sujetas a criterios y normas diferentes. Esto es cierto aun en este caso en que las partes han acordado que el TBI sea la ley que rija su relación contractual.
343. Numerosos tribunales han sostenido que un Estado puede incumplir un contrato, al igual que una parte ordinaria, sin incurrir en responsabilidad internacional. En consecuencia, como se declaró, por ejemplo, en el caso *RFCC c. Marruecos*<sup>37</sup>, “[p]our que la violation alléguée du contrat constitue un traitement injuste ou inéquitable au sens de l’Accord bilatéral, il faut qu’elle résulte d’un comportement exorbitant de celui qu’un contractant ordinaire pourrait adopter” o, en español, “para que la violación del contrato alegada constituya un trato injusto o contrario a la equidad en el sentido dado a esos términos por el Acuerdo bilateral, es preciso que surja de un comportamiento exorbitante en comparación con el que podría adoptar un contratante ordinario” (traducción del Tribunal).

---

<sup>35</sup> Véanse los casos *Southern Pacific Properties (Middle East) y Southern Pacific Properties Ltd. c. la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/84/3, Laudo del 20 de mayo de 1992, párrafo 82; *LG&E c. la República Argentina*, párrafos 127-130, y *Tecmed*, párrafo 154.

<sup>36</sup> Véanse los casos *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina*, *op. cit.*, párrafo 280; *Azurix Corp c. la República Argentina*, *op. cit.*, párrafo 372, en que se hace referencia a *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, *Loewen c. Estados Unidos de América*, *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, *TECMED c. Estados Unidos Mexicanos*.

<sup>37</sup> *Consortium RFCC c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI N° ARB/00/6, Laudo, 22 de diciembre de 2003, párrafo 51.

344. Análogamente, cuando el tribunal que decidió el caso *Impregilo*<sup>38</sup> examinó una reclamación referente a condiciones geológicas imprevistas, subrayó que la reclamación no planteaba cuestiones ajenas a la aplicación de un contrato:

*268. Reclamaciones referentes a condiciones geológicas imprevistas: Aplicando el enfoque arriba expresado, el Tribunal considera que las reclamaciones de Impregilo en relación con condiciones geológicas imprevistas, que fueron objeto de la Recomendación 14 de DRB y las que ulteriormente se refirieron al arbitraje del caso Lahore conforme a las disposiciones sobre solución de diferencias de los Contratos, no pueden constituir un "trato injusto o inequitativo" ni "medidas injustificadas o discriminatorias" a los efectos del Artículo 2 del TBI. Se trata de cuestiones que se refieren a la ejecución de los Contratos y no implican ningún tema que vaya más allá de la aplicación de un contrato y de la conducta de las partes contratantes. En especial, la cuestión no se refiere al ejercicio, por parte del Estado, de 'puissance publique'. (Énfasis añadido)*

345. El Tribunal coincide con esas declaraciones. Probar la violación de un tratado no es lo mismo que probar la violación de un contrato. Con sujeción a la cuestión específica de la cláusula paraguas, para probar la violación de un tratado, las Demandantes deben probar una violación cuyas características difieran de la violación de un contrato; en otros términos, una violación cometida por el Estado en ejercicio de su potestad soberana.

**c) Decisión del Tribunal**

346. El Tribunal examinará desde tres puntos de vista la cuestión de si Ecuador violó la garantía de conceder un trato justo y equitativo: en el contexto de los PPA (i), en el contexto de una aplicación inadecuada de la garantía de pago (ii), y con respecto a los Convenios de AyM (iii).
347. El Tribunal examinará la cuestión de si Ecuador incumplió su obligación de proporcionar un marco jurídico estable y previsible y si las expectativas que tenían las Demandantes cuando realizaron su inversión eran razonables. Para identificar esas expectativas y evaluar su razonabilidad, puede ser útil recordar que la inversión se efectuó en el contexto político y económico de la crisis y la escasez energéticas reinantes a nivel nacional en Ecuador.

---

<sup>38</sup> *Impregilo c. S.p.A. c. República Islámica de Paquistán*, Caso CIADI No. ARB/03/03, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005.

i) *¿Violó Ecuador el principio de trato justo y equitativo en el contexto de los PPA?*

\* *El cumplimiento de los PPA*

348. A juicio del Tribunal, el establecimiento tardío de los Fideicomisos de Pago, su ejecución deficiente, la imposición indebida de multas contractuales y la omisión de pago de intereses por pago tardío en el marco de los PPA no implicaron el ejercicio de su potestad soberana por parte del INECEL ni del Estado. Esos actos constituyen un comportamiento como el que podría adoptar cualquier parte contratante, por lo cual no pueden representar el incumplimiento de la obligación de conceder un trato justo y equitativo.

\* *Duke Energy y las penalidades*

349. Duke Energy alega que, con respecto a las multas, mantenía expectativas razonables que se vieron defraudadas y que se le privó de su derecho al debido proceso.

350. En primer lugar, insistió en que al efectuar su inversión tenía expectativas razonables de que no existieran penalidades pendientes en el marco de los PPA. Tal como lo señaló el perito de la Demandada, es evidente que cuando realizó la inversión, Duke Energy sabía que los pagos de Ecuador ordinariamente se demoraban. En ese momento, los PPA correspondientes a 1995 y 1996 ya se habían completado en un 46,7% y un 30%, respectivamente y los pagos ya se habían demorado en forma sustancial (1.<sup>er</sup> IP Mancero Samán, párrafos 43-44). Del mismo modo, Electroquil ya había sido multada seis veces, por un monto total de USD1,5 millones (ídem, párrafo 45). En otros términos, cuando efectuó la inversión, Duke Energy tenía conocimiento de la aplicación de penalidades en el pasado. El Sr. Kaczmarek, perito de las Demandantes, declaró que *“las multas que se habían impuesto antes de la inversión se tuvieron en cuenta en el acuerdo de suscripción de capital”* (Tr., pág. 904, traducción libre del Tribunal). El Sr. Larrea, por su parte, declaró que en el período de la negociación *“Duke ya había realizado en su totalidad el análisis de debida diligencia de la compañía, por lo cual tenía conocimiento de la situación y de los aspectos financieros y técnicos de los contratos, de modo que todo ello se consideró en el paquete de negociación”* (Tr., pág. 289, traducción libre del Tribunal).

351. En consecuencia, Duke Energy conocía el riesgo de que pudiera imponerse a Electroquil multas por incumplimiento y asumió el consiguiente riesgo de negocios<sup>39</sup>. No obstante, Duke al parecer no esperaba que se impusieran multas en relación con hechos que antecedieron la inversión<sup>40</sup>. El Tribunal no cree que esta expectativa pueda considerarse como razonable, habida cuenta de la manera en que se manejaron los pagos y la opacidad que reinó en la administración del contrato antes de la inversión de Duke Energy. Dada la historia del contrato, la expectativa sólo podría haberse considerado razonable si se hubiera basado en claras seguridades dadas por el Gobierno.
352. El Tribunal no encontró en el expediente garantía alguna con respecto a las penalidades pendientes. Ciertamente es que las Demandantes invocan seguridades dadas en reuniones mantenidas con el Gobierno (véanse Réplica, párrafo 177, 2.<sup>da</sup> DT Gustavo Larrea Real, párrafo 6-16; 1.<sup>a</sup> DT Mickey Peters, párrafo 22 y DT John Sickman, párrafo 26). No obstante, el ex Ministro de Energía y Minas, así como el Ministro de Finanzas, niegan categóricamente haber formulado tales garantías. En las reuniones se limitaron a explicar las dificultades económicas que enfrentaba Ecuador y expresaron su satisfacción ante la intención de Duke de invertir en el país (DT de Raúl Baca Carbo, ex Ministro de Energía y Minas, y DT de Fidel Jaramillo, ex Ministro de Finanzas). En vista de esas declaraciones contradictorias y de la falta de pruebas

---

<sup>39</sup> Véase el conainterrogatorio de Mickey Peters [gerente de proyecto de PanEnergy (compañía adquirida por Duke Power Corporation) y director gerente de Desarrollo de Negocios de Duke Energy para la Región Septentrional de América Latina y vicepresidente para la Región Norte de América Latina, responsable de Ecuador], Tr. págs. 362-363 (traducción libre del Tribunal):

*P: No obstante, ¿su modelo económico admite la posibilidad de imponer penalidades después de su inversión?*

*R: Suponemos que nunca dimos por supuesto que ustedes no iban a poder cumplir sus compromisos contractuales. Uno supone que va a poder cumplir y que no incurrirá en penalidades. Nosotros conocíamos el contrato. No supusimos que íbamos a incurrir en penalidades.*

*P: ¿Pero existía el riesgo de que pudieran incurrir en penalidades por incumplimiento?*

*R: Sí, naturalmente.*

<sup>40</sup> *Ibíd.*, Tr. págs. 362-363:

*P: Entonces, ¿ésa habría sido una condición previa de su inversión, la de que no hubiera penalidades pendientes?*

*R: No tengo certeza de que ésa haya sido una condición previa a nuestra inversión; específicamente, la de que no existieran penalidades pendientes, pero en nuestro modelo económico adoptamos el supuesto de que no existieran penalidades pendientes, ninguna penalidad que aún no se hubiera impuesto.*

escritas, el Tribunal no puede menos que concluir que no se ha probado la existencia de tales garantías.

353. Segundo, Duke Energy alega también que el Estado no cumplió su obligación de conceder un trato justo y equitativo cuando el Administrador del Contrato impuso multas por supuestos actos ilícitos cometidos en el pasado, tras la ejecución de las Actas de Liquidación (Mem. Dtes., párrafo 197). Duke Energy no da más detalles sobre este argumento.

354. En ninguno de los dos casos a los que acaba de hacerse referencia se ha probado que el INECEL o el Estado hayan impuesto las multas previstas en los PPA en otro carácter que el de parte “ordinaria” del contrato. De hecho, del expediente no se desprende la utilización de una potestad soberana en el proceso de imposición de multas. Las partes contractuales privadas pueden convenir en conceder a una de ellas la facultad de imponer sanciones a la otra si ésta incurre en actos ilícitos durante la ejecución del contrato. Esa delegación de potestades establecida de común acuerdo emana de la autonomía que el derecho de los contratos concede a las partes y debe distinguirse de la potestad del Estado de imponer sanciones en ejercicio de sus atribuciones soberanas. Por lo tanto, el Tribunal coincide con la Demandada en cuanto manifiesta que, en este contexto, el Estado no hizo uso de su *"imperium"* (Contestación Dda., párrafo 465). En consecuencia, ese incumplimiento contractual no puede alcanzar el nivel de violación del principio de trato justo y equitativo.

*ii) ¿Violó Ecuador su obligación de conceder un trato justo y equitativo al no implementar la garantía de pago?*

355. Es un hecho que Ecuador no adoptó ninguna medida regulatoria, ni sancionó actos legislativos, en ejercicio de su potestad soberana, que alteraran el marco existente. El Estado no interfirió directamente en la ejecución del contrato. Por el contrario, las Demandantes alegan falta de intervención de Ecuador, al que acusan de haber defraudado sus expectativas<sup>41</sup>. Para evaluar el fundamento de esta reclamación, corresponde distinguir entre las expectativas de Electroquil y las de Duke Energy, ya que no son necesariamente idénticas.

---

<sup>41</sup> Las Demandantes cuestionan, sin embargo, las medidas activas adoptadas por el INECEL (Réplica Dtes., párrafo 131), que, sin embargo, no son pertinentes en el presente contexto.

\* *Expectativas de Electroquil*

356. Según el perito de las Demandantes, Electroquil declaró pérdidas hasta 1995<sup>42</sup>. Luego suscribió con el INECEL los PPA en que se garantizaban ingresos de USD114 millones. Por lo tanto, puede sostenerse que las expectativas de Electroquil están enunciadas en el texto de los PPA.
357. A la fecha del PPA 95, las expectativas de Electroquil consistían en que el INECEL establecería e implementaría el Fideicomiso de Pago 95. Contrariamente a lo manifestado por las Demandantes, en el texto de ese contrato no se menciona ninguna garantía de pago a cargo del Ministerio de Finanzas. El Tribunal tiene entendido que el compromiso del Ministerio de Finanzas se aplicó a pagos realizados en el marco del PPA 95 en una fecha posterior, no en la fecha en que Electroquil efectuó su primera inversión.
358. Además, tampoco aquí surge que el INECEL se haya conducido, con respecto a Electroquil, en forma diferente de lo que lo haría una parte contratante "ordinaria". El establecimiento del Fideicomiso de Pago no implicó el ejercicio de potestades soberanas. El Tribunal entiende que cualquier contratista privado puede comprometerse a establecer un fideicomiso de pago. De estas consideraciones surge que las expectativas de Electroquil en el marco del PPA 95 deben considerarse como "meras" expectativas contractuales, que no gozan de protección en el TBI.
359. La situación es diferente en relación con el PPA 96. De hecho, a este respecto, Electroquil parece haber celebrado el PPA 96 con la expectativa de que el Ministerio de Finanzas cumpliera las disposiciones del mecanismo de pago previsto en la Cláusula 8.6 de dicho contrato. El Ministerio de Finanzas debía tomar parte en el Fideicomiso de Pago 96 y otorgar una garantía de pago. A juicio del Tribunal, dicho ministerio asumió la responsabilidad del Estado en esa coyuntura y era razonable que Electroquil se basara en ese compromiso expreso.
360. Las expectativas generadas por ese compromiso no pueden considerarse "meras" expectativas contractuales. El Ministerio de Finanzas no era la contraparte contractual ordinaria de Electroquil. Intervino en el marco del contrato a los solos efectos de otorgar la garantía de pago del Estado. Esa garantía implicaba el ejercicio de potestades soberanas, ya que suponía que los fondos se extraerían de la cuenta del Ministerio y de Crédito Público.

---

<sup>42</sup> 1.<sup>er</sup> IP Kaczmarek, pág. 7.

361. Cabría preguntarse si la expectativa de Electroquil de que el Ministerio cumpliera la garantía era razonable teniendo en cuenta el hecho de que los pagos requerían la aprobación del INECEL. El perito de las Demandantes cree que el procedimiento de pago no implicaba riesgo alguno, ya que el sistema de facturación era “*bastante sencillo*” (Tr., pág. 950, *traducción libre del Tribunal*). Sea como fuere, el Tribunal concluye que Electroquil podía razonablemente basarse en la manifestación del Estado de que garantizaría los pagos del INECEL en el marco del Fideicomiso de Pago 96. En consecuencia, el Tribunal opina que, al no implementar la garantía de pago, la Demandada no concedió un trato justo y equitativo a la inversión de Electroquil.

\* *Expectativas de Duke Energy*

362. Duke Energy invirtió en un contexto diferente del de Electroquil, pues conocía las circunstancias que rodeaban el cumplimiento de los PPA; en especial en cuanto a los pagos tardíos y a la imposición de fuertes multas. En consecuencia, Duke Energy al parecer solicitó al Estado, como condición previa a su inversión, determinadas garantías, principalmente, el Decreto de Pago y el establecimiento de los Fideicomisos de Pago (M. Peters, Tr., pág. 305). De hecho, fue recién después de la adopción del Decreto de Pago, el 10 de noviembre de 1997, que Duke suscribió la Carta de Intención, el 18 de noviembre de 1997. Ulteriormente, fue solo después de la celebración de los Contratos de Fideicomiso de Pago, el 17 de febrero de 1998, que Duke adquirió su participación de capital en Electroquil, el 23 de febrero de 1998. En los Contratos del Fideicomiso de Pago se incluyó la garantía expresa de que el Estado pagaría facturas de Electroquil si los fondos del INECEL fueran insuficientes.

363. Las supuestas expectativas de Duke Energy consistían en que el saldo impago de USD7,2 millones se “eliminaría” prontamente a través del establecimiento de los Fideicomisos de Pago (Mem. Dtes., párrafo 71, 1.<sup>er</sup> IP Kaczmarek, párrafo 43). Podría preguntarse si, al tratar de establecer si esas expectativas eran razonables en las circunstancias del caso, un inversionista experimentado como Duke Energy, no debió haber examinado con mayor detenimiento el procedimiento establecido para implementar la garantía de pago. Dada la claridad de los términos de los Contratos de Fideicomisos de Pago y del Decreto de Pago, que Duke Energy consideraba como condiciones previas a su inversión, el Tribunal concluye que Duke Energy tenía

derecho, razonablemente, a basarse en el compromiso asumido por el Gobierno. En otros términos, las expectativas de Duke Energy deben considerarse razonables<sup>43</sup>.

364. Por lo tanto, el Tribunal llega a la conclusión de que, al no implementar la garantía de pago, la Demandada defraudó las expectativas razonables de Duke Energy y, por lo tanto, violó la garantía de trato justo y equitativo con respecto a los Fideicomisos de Pago.

*iii) Expectativas de las Demandantes con respecto a los Convenios de AyM*

365. En el contexto de los Convenios de MyA, cabría cuestionarse si el proceder del Procurador General y del MEM fue congruente con las expectativas legítimas de Electroquil. Dicho esto, cierto es que ese proceder se adoptó conforme al derecho ecuatoriano. También es cierto que existe acuerdo en que las Demandantes debieron haber interpretado en forma más prudente el contenido de la Ley de Mediación y Arbitraje. En todo caso, las expectativas legítimas que se protegen son aquéllas en que la parte extranjera se basó al adoptar la decisión de invertir<sup>44</sup>. Los Convenios de MyA se concluyeron más de dos años después de realizada la inversión, por lo cual no generan en modo alguno expectativas protegidas de acuerdo con el estándar de trato justo y equitativo.

366. En consecuencia, el Tribunal sostiene que no hubo ninguna violación de la obligación de conceder trato justo y equitativo en relación con los Convenios de AyM.

**4.2.4 ¿Violó Ecuador la obligación de no menoscabar la inversión a través de actos arbitrarios (Artículo II(3)(b) del TBI)?**

367. Tras recordar la posición de las partes (a), el Tribunal determinará el estándar aplicable conforme al Artículo II(3)(b) del TBI (b), y, finalmente, se pronunciará acerca de si Ecuador violó dicho estándar (c).

**a) Posiciones de las partes**

368. Las Demandantes sostienen que el Artículo II(3)(b) del TBI es una disposición autónoma, independiente de la garantía de trato justo y equitativo. Sostienen que la Demandada violó el Artículo II(3)(b) porque a través de medidas arbitrarias menoscabó la dirección, la operación, el mantenimiento, el uso, el disfrute, la adquisición, la expansión o la enajenación de la inversión por parte de las Demandantes.

---

<sup>43</sup> Si Duke Energy efectuó un juicio económico prudente es un tema claramente diferente, que se analizará en la sección relativa a los daños y perjuicios.

<sup>44</sup> Véanse las citas en la nota a pie de página N° 34, *supra*.

369. Para respaldar esa manifestación, las Demandantes señalan que, en su sentido ordinario, el término “arbitrario” significa “*carente de fundamentos o restricciones adecuados*” (Mem. Dtes., párrafo 201, Inglés en el original, traducción libre del Tribunal), e invocan el caso *ELSI* para definir con mayor claridad el concepto de arbitrariedad. Explican asimismo que el menoscabo supone interferencia con una inversión o perturbación que provoca, como causa próxima, un perjuicio a una inversión (ídem, párrafo 202, Réplica Dtes., párrafo 193), pero no necesariamente la completa desposesión de la inversión. Agregan que el estándar de menoscabo brinda mucha mayor protección que la prevista en el derecho general.
370. Las Demandantes sostienen que la conducta caprichosa y persistente de Ecuador fue arbitraria en el contexto del TBI. Los pagos tardíos, la imposición de multas y el incumplimiento de la obligación de establecer un foro adecuado e imparcial de resolución de controversias ponen de manifiesto un desconocimiento abierto del derecho interno e internacional. La conducta de Ecuador fue también arbitraria porque la Demandada rebasó los límites de toda discrecionalidad y porque su comportamiento, tanto en el arbitraje local como ante este Tribunal, cuya jurisdicción impugnó, pone de manifiesto que no se consideraba obligada a cumplir sus compromisos.
371. Los actos de la Demandada afectaron la dirección, la operación, el mantenimiento, la utilización y el disfrute de la inversión por parte de Duke e hicieron que Electroquil tuviera que incurrir en pérdidas por un monto de casi USD19 millones para Duke. La crisis energética no sirve de excusa de esos actos.
372. La Demandada considera que no existe un estándar independiente sobre el menoscabo de la inversión. Basándose, *inter alia*, en el caso *Saluka*, alega que el concepto de menoscabo forma parte del estándar del trato justo y equitativo.
373. Ecuador niega haber actuado en forma arbitraria. Sostiene que cumplió en todo momento sus compromisos contractuales y utilizó sus prerrogativas de buena fe, basándose en finalidades públicas claras y legítimas, inclusive en el contexto de la crisis energética. También señala que el hecho de que las Demandantes hubieran acordado el método de pago en las Actas de Liquidación, salvo en lo referente a las multas, demuestra que el proceder de la Demandada no fue arbitrario ni discriminatorio (Réplica Dda., párrafo 226).
374. La Demandada sostiene, además, que el concepto de menoscabo supone necesariamente total desposesión, como lo ilustra la decisión del caso *Occidental c.*

*Ecuador*, en que se concluyó que no había existido menoscabo porque las demandantes siguieron ejerciendo sus derechos en forma totalmente compatible con el derecho de propiedad (párrafo 161 del laudo, Contestación Dda., párrafos 497 y siguientes).

**b) Estándar aplicable**

375. El Artículo II(3)(b) del TBI tiene el texto siguiente:

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

376. El Tribunal observa que las Demandantes no invocaron discriminación alguna en cuanto tal, y, por lo tanto, se limitará a examinar la cuestión de la arbitrariedad.

377. Dada la estructura de las disposiciones del TBI, al Tribunal le resulta difícil comprender el argumento de Ecuador de que hay un único concepto de trato justo y equitativo, que abarca una noción de inexistencia de menoscabo. Por lo tanto, el Tribunal se pronunciará por separado sobre la cuestión de si las medidas impugnadas fueron arbitrarias y menoscabaron la dirección, la operación, el mantenimiento, el uso y el disfrute de la inversión por parte de las Demandantes.

378. A los efectos de su decisión, el Tribunal se basará en la definición de arbitrariedad dada por la Corte Internacional de Justicia en el caso *ELSI*, en que se establece que “no se trata tanto de una conducta opuesta a una norma de derecho, sino de un proceder opuesto a la regla de derecho [...] un desconocimiento intencional del debido proceso, un acto que conmociona, o por lo menos sorprende, el sentido de decoro jurídico”<sup>45</sup>.

379. El Tribunal hará referencia, asimismo, a la decisión dictada en el caso *RFCC c. Marruecos* del CIADI<sup>46</sup>, en que el tribunal consideró en los términos siguientes la articulación entre conducta arbitraria e incumplimiento del contrato:

*Le Tribunal n'a pas à procéder à l'examen détaillé des inexécutions contractuelles dont s'accusent mutuellement les parties. Il doit vérifier si le Royaume du Maroc a respecté ses obligations au titre de l'Accord bilatéral.*

<sup>45</sup> *Elctronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*, Sentencia, 20 de julio de 1989, ICJ Reports 1989, párrafo 128. (Inglés en el original, traducción libre del Tribunal)

<sup>46</sup> *Consortium RFCC c. Reino de Marruecos*, op. cit.

*Dans cette perspective, il relève que le refus par ADM de prolonger les délais d'exécution et, partant, l'application des pénalités de retard, ne sont pas des décisions prises en l'absence de tout motif objectif, de façon unilatérale et arbitraire.*

*En réalité, le désaccord des parties, en fait et en droit, ne dépasse pas le cadre normal d'un litige purement contractuel entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur. (Párrafo 104)*

Y, en español:

*El Tribunal no tiene por qué proceder a un examen detallado de las inejecuciones contractuales de las que se acusan mutuamente las partes. Debe verificar si el Reino de Marruecos ha respetado las obligaciones que le imponía el Acuerdo Bilateral. En esa perspectiva, resulta que la negativa de ADM de prolongar los plazos de ejecución y, por lo tanto, la aplicación de las penalidades por mora, no son decisiones adoptadas sin motivo objetivo alguno, ni en forma unilateral ni arbitraria.*

*En realidad, el desacuerdo de las partes de hecho y de derecho, no rebasa el marco normal de un litigio puramente contractual entre el propietario y el empresario. (Traducción libre del Tribunal)*

### **c) Decisión del Tribunal**

380. El Tribunal no puede compartir la opinión de Duke de que la Demandada violó el Artículo II(3)(b) del TBI.
381. Ciertamente es que el INECEL y la Demandada faltaron al cumplimiento de los PPA en determinados casos y no implementaron la garantía de pago. Pero los incumplimientos contractuales no suponen de por sí una conducta arbitraria y las Demandantes no han probado la existencia de diferencias que “rebasa[ran] el marco normal de un litigio puramente contractual”, para usar los términos empleados por el tribunal del caso RFCC. Con respecto a la garantía de pago del Estado, el Tribunal no cree que el comportamiento de Ecuador “haya conmo[cionado] [...] el sentido de decoro jurídico”, especialmente porque las facturas de Electroquil se pagaron, aunque con tardanza.
382. Con respecto al arbitraje local y a los Convenios de AyM, no se ha probado que los actos del tribunal de arbitraje local puedan atribuirse a la Demandada. Además, la conducta del Procurador General y del MEM, aunque atribuible a Ecuador, se realizó en observancia del derecho local, por lo cual no puede considerarse arbitraria.
383. En consecuencia, el Tribunal sostiene que Ecuador no infringió el Artículo II(3)(b) del TBI.

#### **4.2.5 ¿Violó Ecuador la obligación de establecer medios eficaces para hacer valer las reclamaciones (Artículo II(7) del TBI)?**

384. Antes de pronunciarse sobre este tema (b), el Tribunal resumirá las posiciones de las partes (a).

**a) Posiciones de las partes**

385. Las Demandantes alegan que Ecuador incurrió en denegación de justicia por no haber sometido sus reclamaciones a procedimientos de arbitraje locales y tramitado oportunamente sus reclamaciones tributarias.

386. Con respecto al arbitraje local, las Demandantes exponen esencialmente los siguientes argumentos:

- “*Se aniquilaron sus esperanzas de valerse de un mecanismo justo para la resolución de diferencias*” (Mem. Dtes., párrafo 226, Inglés en el original, traducción libre del Tribunal) cuando el tribunal de arbitraje local dictó su laudo definitivo, el 11 de marzo de 2002, declarándose carente de jurisdicción y revocando dos decisiones anteriores ante la presión del Gobierno.
- El argumento en que se basó el Gobierno para “*lograr la anulación de los Convenios de AyM fue que el Procurador General nunca autorizó el otorgamiento de los Convenios de AyM*” (Mem. Dtes., párrafo 228, Inglés en el original, traducción libre del Tribunal). Este argumento conmociona la conciencia, ya que no se requería autorización alguna y, aunque se hubiere requerido, en realidad se había concedido y, aunque no se hubiere concedido, el Procurador General podría haber subsanado esa falla.
- El Estado participó en la mediación previa al arbitraje sin plantear la cuestión de la nulidad de los Convenios de AyM. En consecuencia, toda objeción con respecto a la jurisdicción era extemporánea y contraria a la doctrina de *venire contra factum proprium* (Mem. Dtes., párrafo 236).
- Desde el punto de vista del derecho internacional, “*una vez que el Gobierno accedió a someter a arbitraje su diferencia con las Demandantes [sic] a través de los Convenios de AyM, [...] quedó obligado a cumplir esa promesa*”, y su omisión de hacerlo es “*un caso de estudio de denegación de justicia*” (Réplica Dtes., párrafo 212; véase también 1.<sup>er</sup> EPA Dtes., párrafo 225, Inglés en el original, traducción libre del Tribunal).
- El argumento en contrario de Ecuador de que las Demandantes no agotaron los recursos locales no es pertinente, ya que, en la esfera internacional, el acto ilícito consistió en la frustración, por parte del Estado, del Convenio Arbitral. A eso se agrega que, de todos modos, no había ningún recurso disponible.

387. Con respecto a las reclamaciones tributarias, las Demandantes recuerdan que, el 16 de noviembre de 2001, Electroquil demandó ante un tribunal tributario local el reembolso de aranceles de aduana (PD Dtes. 112). Esa petición fue rechazada y, el 5 de marzo de 2004, Electroquil apeló la decisión ante la Corte Suprema ecuatoriana, que fue desmantelada por decreto presidencial en abril de 2005 y no había sido restablecida a la fecha en que se presentó la solicitud ante el CIADI (Mem. Dtes., párrafo 241). Las Demandantes alegan que esa demora representa en sí misma el rechazo de sus reclamaciones tributarias. Sostienen, además, que el hecho de que el sistema judicial ecuatoriano hubiera sido decapitado por decreto presidencial y despojado de su capacidad de administrar justicia en forma plena es contrario a la obligación del Estado receptor de proporcionar un sistema de justicia adecuado a los inversionistas extranjeros en el marco del TBI.
388. La Demandada niega haber violado el Artículo II(7) del TBI. Con respecto al arbitraje local, formula, esencialmente, los siguientes argumentos principales:
- No participó en la elaboración del laudo de marzo de 2002. El arbitraje local fue promovido por la Cámara de Comercio de Guayaquil, entidad privada sin conexión alguna con el Estado.
  - Basándose en la decisión del caso *Waste Management*, la Demandada sostiene que una excepción opuesta en actuaciones locales no puede representar denegación de justicia.
  - De todos modos, el tribunal de arbitraje local observó las normas del debido proceso. El laudo del 20 de septiembre de 2001 fue tan sólo una decisión preliminar y las Demandantes pudieron haber promovido la anulación del laudo de marzo de 2002, recurso admitido por el derecho ecuatoriano que las Demandantes optaron por no utilizar. Por lo tanto, las Demandantes se abstuvieron de agotar los recursos locales y no pueden alegar, en ninguna medida, denegación de justicia. De todos modos, la diferencia está ahora a consideración de este Tribunal por consentimiento de ambas partes, lo que excluye una posible denegación de justicia.
389. Con respecto a la reclamación de aranceles de aduana, la Demandada sostiene que toda supuesta demora en el desarrollo de los procedimientos locales obedeció al proceder de Electroquil, cuyo abogado no compareció en la audiencia fijada para el 29 de enero de 2005. Agrega, asimismo, que la Corte Suprema ecuatoriana fue restablecida el 30 de noviembre de 2005 y que una demora por el período

comprendido entre abril y noviembre de 2005 no puede representar denegación de justicia.

**b) Decisión del Tribunal**

390. El Artículo II(7) del TBI tiene el texto siguiente:

*Cada Parte establecerá medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos relativos a las inversiones, los acuerdos de inversión y las autorizaciones de inversión.*

391. 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.

392. Como comentario preliminar, el Tribunal observa que no es objeto de controversia aquí la existencia y disponibilidad del sistema judicial ecuatoriano ni la posibilidad de recurrir al arbitraje previsto en la Ley de Mediación y Arbitraje. Lo que sí se discute y debe examinar el Tribunal es el funcionamiento de esos mecanismos, así como el supuesto incumplimiento, por parte del Estado, de su obligación de respetar su compromiso de someter el asunto a arbitraje.

393. El Tribunal examinará esos temas en relación con el arbitraje local, que tuvo lugar entre el MEM y Electroquil (y no con Duke Energy como parecen sugerirlo las Demandantes en su Réplica, párrafo 212). No se ocupará de los mismos en relación con las reclamaciones tributarias, ya que ha llegado a la conclusión de que carece de jurisdicción en materia tributaria. Se podría argumentar la posibilidad de alegar que la presente reclamación se refiere en forma primordial al acceso a los tribunales y sólo en forma secundaria a cuestiones tributarias, por lo cual está enmarcada en el TBI. El Tribunal no se siente inclinado a seguir esos lineamientos. Opina que no le corresponde asumir competencia a menos que pueda demostrarse claramente —lo que aquí no ocurre— la intención de los Estados Contratantes de conferírsela.

394. No parece alegarse seriamente y, es lo que corresponde, que los actos del tribunal arbitral local y de la institución arbitral local puedan atribuirse a Ecuador. Esas entidades son agentes privados, cuyos actos no comprometen la responsabilidad del Estado. Por lo tanto, el Tribunal centrará su análisis en el comportamiento del MEM y del Procurador General. A ese respecto, observa que no se ha probado que el Gobierno haya presionado a los árbitros locales para que revocaran las decisiones sobre la jurisdicción. Ciertamente es que la secuencia de hechos acaecidos en el proceso de

arbitraje local es enigmática. Luego de haber rechazado la excepción de incompetencia, presentada por el Procurador General, en dos decisiones del 3 de agosto de 2001, y nuevamente, luego de reconsiderarla, el 20 de septiembre de 2001, el tribunal local emitió su laudo final declinando su competencia seis meses más tarde, el 11 de marzo de 2002. La declaración del presidente del tribunal local de dicho arbitraje no logró convencer al Tribunal del mérito de dicha actuación. Sin embargo, el Tribunal no considera que, en autos, existan elementos suficientes como para concluir que se haya ejercido una influencia indebida.

395. Con respecto al comportamiento del MEM y del Procurador General, el argumento de las Demandantes de que el Estado había participado en la mediación sin plantear una objeción en cuanto a la validez de los Convenios de AyM no parece relevante en el presente contexto. De hecho, la regla generalmente aceptada en el derecho comparado según la cual una excepción de falta de jurisdicción debe plantearse *in limine litis* no se aplica a las etapas previas al arbitraje.
396. Las Demandantes alegan que ha sido ampliamente reconocido en derecho internacional que un Estado que se rehúsa a respetar su promesa de arbitraje con una parte extranjera comete una denegación de justicia. Dicho argumento omite el hecho de que la promesa de Ecuador estaba relacionada con un arbitraje interno con una sociedad local. El arbitraje tenía su sede en el país, estaba regido por la ley interna de arbitraje y conducido según las reglas de una institución local. La causal de nulidad alegada surgió en relación con la ley que rige el arbitraje. Esta situación difiere de aquella en que un Estado da su consentimiento para someterse a un arbitraje internacional con una parte extranjera y luego invoca una excepción procesal de incompetencia basada en una incapacidad regida por su propia ley, mientras que el convenio de arbitraje es válido según la ley que rige el arbitraje.
397. Por el contrario, la Demandada afirma que el solo hecho que un Estado invoque una excepción procesal de incompetencia en un procedimiento no implica denegación de justicia. Se basa en *Waste Management II*. Según el apto resumen hecho por Paulsson: "*La ciudad [de Acapulco] estaba facultada para invocar excepciones de incompetencia sin que ello se considere un delito internacional. Aún si la excepción hubiera sido absurda, el delito solo habría sido consumado si el orden jurídico mexicano lo hubiera previsto*"<sup>47</sup>. La cuestión es por ende si el orden jurídico ecuatoriano acoge la excepción invocada por el Procurador General.

---

<sup>47</sup> Véase Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge, 2006, pág. 153-154 (traducción del tribunal).

398. La respuesta es, en breve, que Electroquil no interpuso recurso ante los tribunales ecuatorianos contra el laudo final del 11 de marzo de 2002 emitido por el tribunal arbitral local y que, por lo tanto, la cuestión no fue planteada en ningún momento en el ámbito del orden jurídico ecuatoriano.
399. Las Demandantes alegan que su reclamación por denegamiento de justicia tiene fundamento a pesar de que no hayan interpuesto recurso contra el laudo local ya que el requisito de agotamiento de los recursos internos no se aplica cuando un Estado reniega de su promesa de arbitraje y cuando de todos modos no había ningún recurso efectivo y adecuado. Citando a Paulsson, alegan que la "*víctima de denegación de justicia no está obligada a intentar recursos improbables*" (Réplica Dtes, párrafo 217). Por el contrario, la Demandada insiste en que se debe agotar los recursos internos y alega que el artículo 31 de la Ley de Mediación y Arbitraje de Ecuador prevé recursos por exceso de poder o violación del debido proceso.
400. Las Demandantes mencionan, acertadamente, que no existe una obligación de intentar recursos improbables. El artículo 31 de la Ley de Mediación y Arbitraje otorga una acción de anulación de laudos arbitrales con base en diversas causales.<sup>48</sup> La Demandada alega que dicha disposición otorga un recurso en caso de que el tribunal haya abusado de su poder al declinar su competencia (Réplica Dda, párrafo 247). De modo literal, ninguna de las causales de nulidad hace referencia expresamente a la competencia. Tratan aparentemente de casos de violación del debido proceso (a-c) y de exceso de poder (d). La decisión de la Corte Superior de Quito, citada por la Demandada para apoyar su alegación, también se refiere al exceso de poder en relación con un caso en que el tribunal se había pronunciado sobre una reclamación que le había sido sometida, situación que difiere del presente caso.

---

<sup>48</sup> NULIDAD DE LOS LAUDOS

*Art. 31.- Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando:*

*a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia; o,*

*b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; o,*

*c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hecho que deban justificarse; o,*

*d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado.*

401. En otras palabras, se encuentra suficientemente establecido que un laudo puede ser anulado con base en causales como el exceso de poder y la violación del debido proceso. Sin embargo, no surge claramente de autos si los tribunales ecuatorianos asimilarían una decisión errónea declinando competencia a un exceso de poder, como es el caso por ejemplo del artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI. A pesar de ello, la falta de claridad no es suficiente para demostrar que un recurso es fútil. En otras palabras, las Demandantes no han probado a la satisfacción del Tribunal que era improbable que los tribunales ecuatorianos hubieran hecho dicha asimilación.
402. Con base en lo anterior, el Tribunal concluye que las Demandantes no han demostrado que no existía ningún recurso adecuado y efectivo.
403. Por las diferentes razones expuestas, el Tribunal concluye que Ecuador no ha faltado al cumplimiento del Artículo II(7) del Tratado.

### **4.3 Daños y perjuicios**

404. El Tribunal ha concluido que Ecuador no cumplió ni las disposiciones del mecanismo de pago previsto en los PPA, ni los Contratos del Fideicomiso de Pago, que debía intereses a Electroquil por sus pagos tardíos por la suma de USD96.980,64 y que impuso injustificadamente ciertas multas, a saber, las Multas N.º 3, 4, 5, 6, 8, 9 y 10.
405. También concluyó que esas transgresiones implicaron la violación de la cláusula paraguas con respecto a Electroquil y el desconocimiento del principio de trato justo y equitativo en relación con ambas Demandantes.
406. Antes de establecer si las Demandantes tienen derecho a indemnización en virtud de esas transgresiones, el Tribunal resumirá las posiciones de las partes (4.3.1). Luego determinará los principios aplicables y cuantificará las sumas adeudadas (4.3.2), comenzando con la ley aplicable (a); las consecuencias de la violación de los PPA y de la ley ecuatoriana (a); a continuación considerará la violación del TBI (c) y, finalmente, se referirá a los temas de la selección de moneda (d) y del beneficiario del laudo (e).

#### **4.3.1 Posiciones de las partes**

##### **a) Posición de las Demandantes**

###### *i) Derecho aplicable y medida de los perjuicios*

407. La posición de las Demandantes ha ido evolucionando en el curso de las actuaciones. En su Memorial, las Demandantes sostuvieron que el monto de los daños y perjuicios surgía del derecho aplicable invocado por el inversionista afectado, “[...] *es decir, en este caso, el TBI Estados Unidos-Ecuador y el derecho ecuatoriano, así como los principios generales de derecho internacional*” (Mem. Dtes., párrafo 244, Inglés en el original, traducción libre del Tribunal). Además invocaron el Artículo 2229 del Código Civil ecuatoriano, que establece que “*todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta*” (Mem. Dtes., párrafo 246, Inglés en el original, traducción libre del Tribunal). No obstante, en la audiencia y en su escrito final posterior a la misma, las Demandantes sostuvieron que los daños y perjuicios debían determinarse conforme al derecho internacional y no al derecho municipal (Tr., pág. 38, 1.<sup>er</sup> EPA, párrafo 233).

408. De todos modos, e invocando en especial el caso *Factory at Chorzów*, las Demandantes sostienen, esencialmente, que la indemnización de daños y perjuicios debe restablecerlas en su integralidad (Réplica Dtes., párrafo 228). Con respecto a la medida de esa indemnización, niegan que exista una “*medida universalmente aceptada de los daños y perjuicios*” por violación del estándar de trato justo y equitativo o por trato arbitrario y que el Tratado tampoco establece una norma (Réplica Dtes., párrafo 225). A su juicio, ese vacío debe llenarlo el derecho internacional (Réplica Dtes., párrafo 226, 1.<sup>er</sup> EPA Dtes., párrafo 233) y la medida de los daños y perjuicios debe determinarse conforme a principios de derecho internacional. Concluyen que “*sea cual fuere la medida de los daños y perjuicios que se use*”, la indemnización de los mismos debe restablecerlas en su integralidad y “*debe ser justa y no dar lugar a un resultado injusto*” (Réplica Dtes., párrafo 228, Inglés en el original, traducción libre del Tribunal). Sobre esa base, las Demandantes solicitan una indemnización pronta, completa y adecuada en dólares estadounidenses, que es la moneda utilizada en los PPA.

###### *ii) Indemnización por pérdidas sufridas*

409. Las Demandantes presentan dos métodos de cálculo alternativos: i) las pérdidas causadas a Electroquil, y ii) el menoscabo de la inversión de Duke Energy. Señalan que esas dos medidas de pérdidas económicas no se “*excluyen mutuamente*”. Como

las pérdidas experimentadas por la inversión de Duke Energy son en esencia un componente de las experimentadas por Electroquil, un laudo reconociendo las pérdidas de Electroquil compensará a ambas Demandantes, tanto a Duke Energy como a Electroquil por la pérdida que han experimentado colectivamente (Mem. Dtes., párrafo 247, 1.<sup>er</sup> IP Kaczmarek, párrafo 81).

\* *Pérdidas causadas a Electroquil*

410. En su Memorial, las Demandantes reclamaron USD24.061.426, suma que enmendaron, fijándola en USD24.720.904, en su escrito de Réplica del 31 de diciembre de 2005. El monto inicial de USD24.061.426 estaba constituido por las sumas siguientes (1.<sup>er</sup> IP Kaczmarek, Cuadro 13)<sup>49</sup>:

- USD8.421.050 por intereses por pagos tardíos.
- USD14.425.051 por las 11 multas injustificadas; a saber, USD7.292.114 como monto nominal de las multas y USD7.233.936 por intereses<sup>50</sup>. Conforme al PPA 95 y al PPA 96, se impusieron multas por USD4.615.368,83 y USD2.676.745,35, respectivamente<sup>51</sup>.
- USD1.113.326 por concepto de aranceles de aduana, resultantes de USD1.008.614 por los aranceles mismos y USD105.712 por los intereses respectivos.

411. Las Demandantes sostienen que esas sumas reflejan las pérdidas experimentadas por Electroquil, calculadas a través de un análisis de perjuicios comerciales provocados por el incumplimiento de los PPA y de la cláusula paraguas, que pueden resumirse del modo siguiente:

- Primero, para estimar el monto de los intereses adeudados, el perito de las Demandantes adopta una perspectiva corporativa (un análisis de los perjuicios comerciales) y no una perspectiva propia del inversionista (un análisis de la disminución del valor) (1.<sup>er</sup> IP Kaczmarek, párrafo 70). De esta forma, el perito elabora un modelo de facturación y pago teniendo en cuenta todas las facturas de los PPA, los registros de las cuentas por cobrar y las remesas efectuadas

---

<sup>49</sup> No se proporcionó un desglose con respecto a la segunda cifra mencionada.

<sup>50</sup> En total, el monto de las multas impuestas a Electroquil fue de USD8,18 millones. De esa suma, a través de una transacción, la cantidad de USD883.703 quedó reducida a USD523.881 en los Contratos de Liquidación y USD7.292.114 siguieron en disputa (1.<sup>er</sup> IP Kaczmarek, párrafo 98).

<sup>51</sup> 1.<sup>er</sup> IP Kaczmarek, Cuadro 12.

por el Departamento de Contabilidad de Electroquil para establecer un registro diario de las sumas facturadas por Electroquil y de las pagadas a Electroquil en virtud de los PPA. En el modelo se computan, igualmente, las cuentas por cobrar pendientes diarias adeudadas por Ecuador, así como las cuentas por cobrar diarias cuyo pago por Ecuador se preveía. La diferencia entre las cuentas por cobrar representa el saldo impago adeudado por Ecuador (1.<sup>er</sup> IP Kaczmarek, párrafo 72). Para determinar los intereses devengados por el saldo impago, el perito calcula la tasa de interés activa media ponderada (es decir, la tasa de interés sobre los préstamos, en contraposición con la tasa de interés sobre los depósitos) de instrumentos en dólares estadounidenses (que es la moneda estipulada en los PPA), cotizada mensualmente por el Banco Central de Ecuador (es decir, un promedio del 13,9% entre 1996 y 2005) (Mem. Dtes., párrafo 75). El saldo impago, con intereses, se traspassa al período de vigencia de los PPA, teniendo en cuenta los pagos efectuados y las facturas emitidas hasta el 10 de septiembre de 2002. El saldo impago resultante, con intereses, representa el saldo de los intereses adeudados debido a los pagos tardíos. Para calcular su valor corriente, ese saldo se traspassa al 31 de agosto de 2005 (que es la fecha de presentación del primer informe).

- Segundo, para calcular los perjuicios resultantes de la imposición de las multas, el perito utiliza el mismo modelo de facturación y pago y sustrae de éste el importe de cada una de las multas, lo que incrementa el saldo adeudado en el monto de los intereses al 31 de agosto de 2005. Las Demandantes insisten en que la fecha a partir de la cual deben calcularse los intereses aplicables a las multas es la fecha de imposición de estas últimas, ya que Ecuador las utilizó en forma incorrecta para compensar sus obligaciones de pago pendientes frente a las Demandantes (Réplica Dtes., párrafo 232, 2.<sup>do</sup> IP Kaczmarek, párrafo 40). Las Demandantes aplican una única tasa de interés a las reclamaciones de todos los rubros: la tasa de interés activa en Ecuador de instrumentos en dólares estadounidenses.
- Tercero, para estimar los perjuicios causados por la imposición de aranceles de aduana por un monto de USD1.008.614, el perito de las Demandantes aplica a esa suma la misma tasa activa mensual media ponderada del período comprendido entre el 1 de julio de 2004 y el 31 de agosto de 2005.

\* *Modelo de menoscabo de la inversión*

412. Alternativamente, en relación con las violaciones del Artículo II(3)(b) y (c) del TBI, las Demandantes pretenden recuperar el valor del menoscabo sufrido por su inversión al 31 de diciembre de 2005, reclamando al respecto la suma de USD19.263.434.
413. Esa reclamación se basa en un análisis de los perjuicios sufridos en virtud del referido menoscabo en un escenario de pago puntual e inexistencia de multas. El perito de las Demandantes optó por no aplicar la fórmula estándar para determinar los perjuicios calculando tan sólo la disminución del valor justo de mercado de la inversión, porque el monto que Duke Energy había invertido en Electroquil no representaba el valor justo de mercado de las acciones adquiridas (2.<sup>do</sup> IP Kaczmarek, párrafos 48 y siguientes)<sup>52</sup>.
414. La fórmula aplicada para determinar los perjuicios por menoscabo se basa en los fondos comprometidos por Duke Energy en su inversión en Electroquil, es decir, en el valor de las condiciones precedentes confirmadas por Ecuador antes de la inversión de Duke (2.<sup>do</sup> IP, párrafo 52). La fórmula tiene como fundamento la *“diferencia entre las expectativas contemporáneas de Duke con respecto a la inversión y las expectativas que habría tenido Duke con respecto a la inversión si hubiera sabido que el INECEL, el MEM y Ecuador no pagarían las facturas de Electroquil en plazos de 30 días e impondrían penalidades y cargos a Electroquil en forma indebida”*. (Mem. Dtes., párrafo 203, 1.<sup>er</sup> IP Kaczmarek, párrafo 60, Inglés en el original, traducción libre del Tribunal). Este cálculo se efectúa comparando el modelo de inversión en Electroquil efectuado por Duke (el Modelo de Expectativas Básicas, que arroja una tasa de retorno del 12,95%) y el Modelo de Expectativas Ajustado (que arroja una tasa de retorno del 11,68%)<sup>53</sup> para determinar la pérdida de rentabilidad de la inversión causada por las transgresiones cometidas por la Demandada (Mem. Dtes., párrafo 108, 1.<sup>er</sup> IP Kaczmarek, párrafos 60-64). *“Para tener en cuenta el pago tardío de facturas por parte de Ecuador, incluimos en el Modelo de Expectativas Ajustado el cargo neto real en el saldo de cuentas por cobrar y por pagar tomado de los estados financieros auditados de Electroquil”* (1.<sup>er</sup> IP, párrafo 62, Inglés en el original, traducción libre del Tribunal).
415. Lo expresado llevó al perito de las Demandantes a las siguientes conclusiones:

---

<sup>52</sup> El perito de las Demandantes reconoce que, si hubiera de aplicarse el valor justo de mercado, el mismo debería reducirse a la participación accionaria del 51,5% que poseía Duke Energy (2.<sup>do</sup> IP Kaczmarek, párrafo 47).

<sup>53</sup> En ese modelo se incluyen las multas imprevistas tras la inversión de Duke Energy, las necesidades no programadas de capital de trabajo provocadas por los pagos tardíos y el cargo por concepto de aranceles.

62. [...] Antes de 2000, las facturas se pagaban con tanto retraso que Electroquil experimentó flujos de caja negativos, que en parte se compensaron mediante retenciones de pagos a proveedores. Sin embargo, en 1998 y 1999, Electroquil no pudo dilatar los pagos a los proveedores en la misma medida que Ecuador dilataba los pagos a Electroquil. Este desequilibrio afectó negativamente los flujos de caja de Electroquil y el retorno de la inversión previsto por Duke. En 2000 y 2001, esta estructura se corrigió, porque Ecuador comenzó a cancelar el monto adeudado a Electroquil. En consecuencia, el impacto de las necesidades de capital de trabajo consiste esencialmente en el traslado de los flujos de caja de ejercicios anteriores a ejercicios posteriores. El traslado del flujo de caja a ejercicios posteriores, sin embargo, suscita un impacto global negativo en el retorno de la inversión previsto por Duke.

63. Si se ajusta el Modelo de Expectativas Básicas en función de 1) las penalidades y los aranceles no programados y en controversia, y 2) las necesidades reales de capital de trabajo creadas por el pago impuntual de facturas por parte del Ecuador, el retorno de la inversión baja de 12,95% a 11,68%. **Por lo tanto, puede concluirse que las penalidades, los aranceles y el pago tardío de facturas redujeron en un 1,27% el retorno previsto de la inversión de Duke.**

(1.<sup>er</sup> IP Kaczmarek, se han omitido las notas a pie de página, énfasis añadido, Inglés en el original, traducción libre del Tribunal)

416. Según el perito de las Demandantes, pueden utilizarse dos metodologías lógicas para calcular el impacto económico de la disminución de la tasa de retorno.
417. El primer enfoque se basa en el supuesto de que Duke Energy habría reducido su inversión de USD38,5 millones si hubiera sabido que la Garantía de Pago y los Fideicomisos de Pago no garantizarían el pago puntual y que se impondrían indebidamente a Electroquil multas y aranceles de aduana. La reducción de la suma invertida habría incrementado la tasa de retorno de la inversión (1.<sup>er</sup> IP, párrafo 66). Si la inversión se hubiera reducido en USD7.271.832, la tasa de retorno prevista de Duke Energy (12,95%) se habría restablecido (1.<sup>er</sup> IP, párrafo 67). Calculada al valor del 31 de diciembre de 2005, la suma resultante de la aplicación de esa metodología sería de USD19.263.434 (1.<sup>er</sup> IP Kaczmarek, párrafo 67).
418. La segunda metodología que puede utilizarse para medir el menoscabo sufrido por la inversión de Duke Energy debido a la disminución de la tasa de retorno prevista, consiste en la aplicación del Modelo de Expectativas Ajustado, modificado para incluir una afluencia de fondos o pago de efectivo al final de 2005 que restableciera en un nivel del 12,95% la tasa de retorno prevista de la inversión. Aplicando este método, la realización de un pago de USD19.274.106 al final de 2005 habría restablecido la tasa de retorno prevista. La diferencia de resultados de los dos enfoques, que es de USD10.672, obedece a un error de redondeo, ya que ambos enfoques deberían arrojar el mismo resultado matemático (1.<sup>er</sup> IP Kaczmarek, párrafo 68).

419. El perito de las Demandantes considera que la suma de USD19.263.434 equivale aproximadamente al 91% del total de las pérdidas experimentadas por Duke (2.<sup>do</sup> IP Kaczmarek, párrafo 54). La parte de las pérdidas que no se tiene en cuenta guarda relación con los riesgos que asumió voluntariamente Duke Energy, como el riesgo que implicaba la conversión de la central, que utilizaba gasoil y pasó a utilizar gas natural (Tr., pág. 925).
420. Las Demandantes sostienen que, si el Tribunal concluye que ciertas multas eran justificadas, puede sustraerse del modelo de menoscabo el valor de cada una de ellas (Tr., pág. 871).

*iii) Derecho aplicable y cálculo de los intereses*

421. Con respecto a los intereses, las Demandantes alegan que, en definitiva, el principal, el tipo de intereses y la tasa de interés se rigen por el derecho internacional y no por el derecho ecuatoriano. Consideran, en consecuencia, que un laudo que dispusiera el pago de intereses compuestos a la tasa activa las restablecería integralmente (Réplica Dtes., párrafo 239, 1.<sup>er</sup> EPA Dtes., párrafo 237). En respuesta a la pregunta planteada por el Tribunal durante la audiencia acerca de si la tasa de interés activa en dólares estadounidenses se aplicaba igualmente a Electroquil y a Duke, las Demandantes respondieron, en su primer EPA, que esa tasa se aplicaba al análisis de los perjuicios comerciales, en tanto que la tasa de retorno de Duke Energy se aplicaba al cálculo resultante del modelo de menoscabo de la inversión:

*Si el Tribunal ordena la indemnización de los perjuicios basados en la reclamación de las Demandantes al amparo de la cláusula paraguas, en que se utiliza un análisis de perjuicios comerciales, corresponde aplicar al presente laudo la tasa de interés activa de instrumentos en dólares estadounidenses, ya que el laudo se refiere a la compañía Electroquil como un todo (incluido el interés de Duke Energy en la propiedad de Electroquil). Si el Tribunal impone el pago de daños y perjuicios sobre la base de la reclamación de las Demandantes relativa al trato justo y equitativo y/o de la reclamación basada en un menoscabo arbitrario, en que se utiliza un análisis de perjuicios basado en un modelo de menoscabo, el multiplicador de la fórmula de cálculo del valor a la fecha de las pérdidas sufridas por Duke Energy no se basa en una tasa general de interés, sino en la TRI correspondiente a la inversión de Duke Energy, esto es, 12,95%. (párrafo 249, Inglés en el original, traducción libre del Tribunal)*

*iv) Reclamación referente al procedimiento arbitral local*

422. Con respecto a la reclamación referente al procedimiento de arbitraje local, las Demandantes reclaman la suma de USD271.532,78, más intereses, a una tasa compuesta anual, es decir, la suma de USD358.954. Esta cantidad representa los

costos en que incurrieron las Demandantes por su participación en los procedimientos de arbitraje locales (véase el Cuadro 5 del 2.<sup>do</sup> IP Kaczmarek).

**b) Posición de la Demandada**

*i) Derecho aplicable y medida de los perjuicios*

423. La Demandada sostiene que el avalúo de los perjuicios debe realizarse conforme al derecho ecuatoriano de los contratos, porque lo alegado por las Demandantes está comprendido en el marco contractual y porque el TBI no contiene estándar alguno con respecto al avalúo de los perjuicios, salvo en los casos de expropiación, que no es aplicable aquí. Agrega que el derecho ecuatoriano de los contratos rige también para los perjuicios por incumplimiento del tratado basados en la cláusula paraguas (Contestación Dda., párrafo 548, Réplica Dda., párrafos 256-257, 2.<sup>do</sup> EPA Dda., párrafos 84 y siguientes).

424. En cuanto al derecho ecuatoriano, la Demandada alega que las disposiciones pertinentes son las de responsabilidad contractual y no las invocadas erróneamente por las Demandantes sobre responsabilidad extracontractual, principalmente, el Artículo 2229 del Código Civil ecuatoriano (Contestación Dda., párrafo 548).

425. De todos modos, las Demandantes no pueden obtener una indemnización más elevada en virtud del TBI que en virtud del derecho ecuatoriano (2.<sup>do</sup> EPA Dda., párrafo 58). La Demandada alega también que no pueden formularse reclamaciones basadas en el TBI que surjan de hechos anteriores a la entrada en vigencia del Tratado, por ejemplo, las referentes a aranceles de aduana (Réplica Dda., párrafo 563 a)).

*ii) Indemnización por pérdidas sufridas*

*\* Pérdidas de Electroquil*

426. En primer lugar, en la opinión de la Demandada, el informe del perito de las Demandantes no es pertinente ni imparcial, ya que no considera los hechos y argumentos jurídicos presentados por la Demandada y cuantifica erróneamente las reclamaciones de las Demandantes, suponiendo que son todas fundadas (Contestación Dda., párrafo 549).

427. La segunda objeción de la Demandada se refiere a las reclamaciones por concepto de intereses. El perito de la Demandada alega que los perjuicios basados en multas indebidas y aranceles de aduana no deben incluir intereses, ya que las respectivas

reclamaciones no pueden dar lugar a intereses de mora, sino tan sólo a un ajuste basado en el monto de la multa o a un derecho de compensación de la pérdida de valor durante el período de la retención. De hecho, la indemnización no puede considerarse como pago tardío de una deuda comercial, sino como revocación de la penalidad impuesta (2.º IP Mancero Samán, párrafo 21.1). En consecuencia, la tasa de interés debe ser diferente.

428. Si alguna de las multas hubiera sido injustificada, la indemnización debería consistir en:

*un ajuste de su monto nominal para compensar la pérdida de valor durante el tiempo de la retención, por lo que no cabe la aplicación de la tasa activa en dólares ni el cálculo de intereses sobre intereses. Ese ajuste del monto nominal de las multas, con la tasa de inflación del dólar, ascendería a US\$1'125.433, y el valor presente de todas las retenciones sumaría US\$8'417.546 (al 31 DIC 2005).<sup>54</sup>*

Cuadro 2

Ítem	Monto nominal	Ajuste	Total
Multas PPA 95 y PPA 96	7'292.113	1'125.433	8'417.545

(2.º EPA Dda., Anexo D, párrafo 1.2)

429. Como surge claramente de la cita que antecede, la Demandada objeta también la utilización de la tasa de interés activa, que sólo aplican los bancos privados a los préstamos que otorgan al sector corporativo (Anexo D, 2.º EPA Dda., párrafo 3.2). La aplicación de esa tasa daría lugar a otro enriquecimiento injusto de las Demandantes (2.º EPA Dda., párrafo 124). Conforme al derecho ecuatoriano, a menos que las partes acuerden otra cosa, la tasa aplicable es la “tasa de interés legal” (Contestación Dda., párrafo 558), que corresponde a la “tasa exenta de riesgos” establecida semanalmente por el Banco Central sobre la base de la “tasa básica” de rentabilidad media de los bonos públicos (2.º IP, párrafo 25.3), o, en otros términos, a la tasa pasiva preferencial. Ésta existía antes y después de la dolarización de la economía ecuatoriana, en general, excede la tasa de inflación del dólar estadounidense (Anexo D, 2.º EPA Dda., párrafo 6.4). De hecho, la tasa aplicable debería, como mínimo, mantener el valor de las sumas objeto de la controversia y reflejar la pérdida de valor causada por el transcurso del tiempo. Como los pagos del PPA debían efectuarse en dólares estadounidenses y los perjuicios deben calcularse en esa misma moneda, la inflación del dólar estadounidense es la medida más apropiada de ese deterioro. A juicio de la Demandada, la tasa pasiva preferencial es la que refleja con mayor

<sup>54</sup> Esta posición fue explicada también por el perito de la Demandada durante su declaración testimonial (Tr., vol. 4, 27 de abril de 2006, págs. 984-985).

precisión el deterioro del valor de la moneda provocado por la inflación y, en consecuencia, debería ser la tasa aplicable (2.<sup>do</sup> IP Mancero Samán, párrafo 24, 25, 2.<sup>do</sup> EPA Dda., párrafo 125). De hecho,

*Si hubiere algo que devolver con intereses, la tasa que se condene, deberá expresar el rendimiento del dinero en términos tales que al menos mantenga incólume el valor del capital de la sentencia, esto es, la tasa de interés escogida no deberá ser inferior a la tasa de inflación que mejor exprese el deterioro del valor de la moneda.*

(2.<sup>do</sup> EPA Dda., párrafo 125)

430. La Demandada considera que, si el Tribunal declara que las multas se impusieron en forma inapropiada, los intereses deben calcularse a la fecha de la recaudación del pago respectivo y no a la fecha de imposición de las multas, como sostienen las Demandantes (Contestación Dda., párrafo 554).
431. Con respecto a los intereses aplicables a los pagos tardíos, la Demandada alega que ello puede dar lugar a intereses por pago tardío (Contestación Dda., párrafo 560), a los que debería aplicarse un tope máximo del 10%, según lo previsto por el reglamento del Banco Central (1.<sup>er</sup> EPA Dda., Anexo D, 11.1).
432. Finalmente, la Demandada cuestiona la utilización de intereses compuestos, basándose en que la ley ecuatoriana prohíbe este tipo de intereses. (Contestación Dda., párrafo 559, Réplica Dda., párrafo 261, 1.<sup>er</sup> EPA Dda., párrafo 207). Agrega que, aun en el marco del derecho internacional, un laudo que imponga el pago de intereses compuestos no estaría en consonancia con decisiones anteriores emitidas en diferencias sobre inversiones. Basándose en especial en el caso *Santa Elena* y, asimismo, en los casos *Aucoven* y *Marvin Feldman*, señala que pueden adjudicarse intereses compuestos por expropiación, pero no por reclamaciones contractuales. Haciendo referencia a la doctrina expuesta por John Gotanda, alega también que la adjudicación de intereses compuestos daría lugar a un enriquecimiento injusto (2.<sup>do</sup> EPA Dda., párrafos 105 y siguientes). Además, los intereses compuestos sólo pueden aplicarse a partir de la fecha de la Solicitud de Arbitraje (2.<sup>do</sup> EPA Dda., párrafo 117).
433. La última objeción de la Demandada se refiere a la moneda de la deuda. La Demandada sostiene que en el cálculo que aparece en la demanda no distingue entre “*el período dentro del cual la obligación de pago debía cumplirse en sucres [...] y un segundo período iniciado a partir de la sustitución del régimen monetario y la adopción del dólar como moneda de curso legal*” (Réplica Dda., párrafo 556). De hecho, antes de la dolarización de enero de 2000, Electroquil cobró sus facturas a la tasa de conversión vigente a la fecha de pago. Teniendo en cuenta la pérdida de valor

experimentada por el sucre con respecto al dólar, este sistema de pago generó un beneficio para Electroquil (Réplica Dda., párrafo 557). Además, algunas de las multas en cuestión (el 44,08% de ellas) se impusieron bajo el régimen del sucre, en tanto que el cálculo de las restantes se efectuó después de la dolarización de enero 2000 (1.<sup>er</sup> IP Mancero Samán, párrafo 32). Si alguna de las multas hubiera de declararse infundada, en el cálculo de los perjuicios deberían tenerse en cuenta los efectos del abandono del sucre a favor del dólar.

\* *Menoscabo de la inversión de Duke Energy*

434. La Demandada impugna, asimismo, en cuanto a metodología y supuestos básicos, el modelo de menoscabo utilizado por el perito de las Demandantes. En especial, cuestiona el supuesto relativo a las expectativas de Duke Energy, sosteniendo que esta compañía tenía conocimiento de la administración de los PPA.
435. Según el perito de la Demandada, no existe menoscabo relacionado con las multas y los atrasos que se acumulan al pagar las facturas, por lo cual no es necesario proporcionar un cálculo alternativo (Tr., pág. 976). Duke Energy debió haber calculado la tasa de retorno que preveía basándose en las contingencias entonces existentes, incluidas multas y retrasos (Tr., pág. 981). El perito de la Demandada recuerda el hecho de que en su carta de intención relativa a la adquisición de un interés de control en Electroquil, del 12 de noviembre de 1997, Duke Energy había mencionado una tasa de retorno del 11,79% para una inversión de USD45 millones (1.<sup>er</sup> IP Mancero Samán, párrafo 40). También expresa que, después de la liquidación de los PPA, no podían producirse pérdidas de utilidades adicionales, por falta de operaciones ulteriores.
436. Ecuador sostiene, además, que el derecho de Duke Energy está limitado a su participación en el capital accionario de Electroquil a la fecha en que se produjeron los actos que dieron lugar a la reclamación, que era del 51% (Réplica Dda., párrafo 563 b)). Toda indemnización que superara ese nivel sería especulativa y haría responsable a Ecuador de riesgos comerciales que debía haber asumido Duke Energy.

iii) *Derecho aplicable a los intereses y cálculo de los mismos*

437. Según la Demandada, los intereses se rigen por la legislación ecuatoriana, que sólo admite la tasa de interés simple. Como se mencionó en detalle más arriba (párrafo 427), Ecuador sostiene que la tasa pertinente es la tasa pasiva preferencial.

*iv) Perjuicios emanados del procedimiento arbitral local*

438. La Demandada no ha dado a conocer su posición en cuanto al monto de esta reclamación, salvo su objeción general contraria al interés compuesto.

**4.3.2 Análisis del Tribunal**

439. Para la determinación de los perjuicios se seguirá el análisis de las reclamaciones sobre el fondo del asunto. El Tribunal comenzará por abordar los temas referentes al incumplimiento de los PPA y del derecho ecuatoriano (b), y a continuación las transgresiones de las normas del TBI (c). En primer lugar, se ocupará del derecho aplicable (a).

**a) Derecho aplicable**

440. Habiendo examinado los argumentos de las partes, el Tribunal no ve razón alguna para apartarse de su pronunciamiento sobre el derecho que rige, en general, el fondo de la presente controversia. Por lo tanto, para realizar el avalúo de los perjuicios, aplicará el derecho ecuatoriano, así como los principios de derecho internacional pertinentes. Examinará qué normas corresponde aplicar si se plantea y cuando se plantee la cuestión, inclusive con respecto a los intereses.

441. No se trata de determinar la preeminencia de una norma sobre otra, sino de aplicar la regla pertinente en función del tipo de norma que se haya infringido. El Tribunal está llamado a identificar las normas específicas que determinen las consecuencias correspondientes a cada una de las violaciones. Una vez realizada la identificación de las normas y de sus consecuencias, considerará la cuestión de la posible superposición de reclamaciones indemnizatorias, para evitar un doble recobro.

**b) Consecuencias de la violación de los PPA y del derecho ecuatoriano**

442. El Tribunal concluyó que la Demandada incumplió sus obligaciones en relación con los Fideicomisos de Pago y la imposición de determinadas multas y que debe intereses a Electroquil en virtud de los pagos en mora. Como acertadamente lo señaló la Demandada, esos incumplimientos provienen principalmente de los PPA, por lo cual, para determinar sus consecuencias, corresponde aplicar el régimen contractual. Dado el silencio de los PPA a ese respecto, se aplica el régimen contractual general del Código Civil ecuatoriano.

443. El punto de partida es el Artículo 1599 del Código Civil ecuatoriano, que establece que la indemnización por incumplimiento del contrato comprende el daño emergente y el lucro cesante:

*Artículo 1599.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.*

444. En consecuencia, la falta de cumplimiento de una obligación o su cumplimiento tardío da derecho al acreedor a una indemnización. Ésta comprende el *damnum emergens* y el *lucrum cessans*. Otras disposiciones del Código Civil ecuatoriano establecen que el deudor sólo es responsable de los perjuicios que fueran previstos o pudieran preverse a la fecha de celebración del contrato, si la inobservancia de la obligación no puede atribuirse al dolo<sup>55</sup>. Además, cuando el objeto de la obligación es el pago de una suma de dinero, el acreedor no está obligado a probar el daño. Éste se presume por el transcurso del tiempo y se refleja en la tasa de interés acordada mutuamente por las partes. A falta de acuerdo se debe el “interés legal” desde la fecha en que se haya producido el acto ilícito<sup>56</sup>.

445. El Tribunal observa, asimismo, que este régimen comprende la noción de mora, que ha sido objeto de un amplio debate entre las partes y que se refiere a la situación en que el deudor no cumple puntualmente sus obligaciones. Cuando se debe una indemnización por retardo en el cumplimiento, el pago debe efectuarse desde el momento en que se produce la mora<sup>57</sup>.

446. Para cuantificar los perjuicios contractuales, el Tribunal recurrirá al método basado en las pérdidas comerciales en que incurrió Electroquil, que es el método más apropiado en las circunstancias del presente caso.

*i) Fideicomisos de Pago*

447. El Tribunal ha concluido que los Fideicomisos de Pago no se establecieron antes del comienzo de la operación comercial y que su ejecución fue deficiente. Expresado lo que antecede, el Tribunal deberá examinar la cuestión de si esa situación provocó algún perjuicio a Electroquil.

---

<sup>55</sup> Artículo 1601.- Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato.

<sup>56</sup> Artículo 1600.- Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.

<sup>57</sup> *Ibíd.*

448. Debe tenerse presente que el establecimiento de los Fideicomisos de Pago y su subsiguiente ejecución representaban obligaciones sustanciales del INECEL y del Estado. Surge del expediente que la violación de esa obligación dio lugar al pago tardío de las facturas de Electroquil. De hecho, según el Sr. Tumbaco la insatisfactoria operación de los Fideicomisos de Pago y el pago tardío de las facturas dieron lugar a una considerable reducción de los ingresos y del flujo de caja de Electroquil, como consecuencia de lo cual ésta declaró pérdidas en todos los ejercicios comprendidos entre 1996 y 1999 (1.<sup>a</sup> DT, párrafo 31). El Sr. Tumbaco alegó que los pagos tardíos provocaron cuatro categorías específicas de perjuicios: i) gastos en que la empresa incurrió para refinanciar sus pasivos, ii) pérdidas de ingresos, iii) imposición de multas adicionales por parte del Gobierno, e iv) intereses pendientes (ídem, párrafo 51). El Tribunal observa que parte de esas cuatro categorías de perjuicios se indemnizan mediante el pago de intereses por mora y el reembolso de multas no justificadas (véanse ii) y iii), *infra*). Por lo demás, en el informe del perito de las Demandantes no aparecen las cifras correspondientes. De hecho, los costos de capital de trabajo adicionales en que incurrió Electroquil debido a los pagos tardíos no fueron reclamados por Electroquil, sino por Duke Energy, en forma de reclamación por reducción del retorno de su inversión. Por lo tanto, esos rubros se analizarán al evaluar el supuesto menoscabo de la inversión de Duke Energy.

449. Salvo esos perjuicios, del expediente no surge prueba alguna de la existencia de perjuicios resultantes del establecimiento tardío y de la ulterior ejecución deficiente de los Fideicomisos de Pago.

*ii) Indemnización por pagos tardíos*

450. El Tribunal ha declarado que no se debían intereses por pagos tardíos, salvo sobre la suma de USD96.980,94, emanada del Acta de Liquidación del PPA 96 (véase el párrafo 279, *supra*).

451. El Tribunal debe ahora determinar la tasa de interés aplicable y establecer si los intereses deben ser simples o compuestos y el período en que se devengan intereses.

452. Con respecto a la tasa de interés aplicable, conforme al Artículo 2110 del Código Civil ecuatoriano, corresponde pagar intereses a la tasa cotizada por el Banco Central. El Banco Central ecuatoriano cotiza semanalmente una tasa activa y una tasa pasiva. El Tribunal opina que la tasa aplicable debe ser la tasa activa fijada por el Banco Central ecuatoriano cotizada en dólares. De hecho, la tasa activa fue la aplicable a los préstamos otorgados a las Demandantes y el Tribunal no ve razón alguna por la que

haya de optar por la tasa pasiva en tales circunstancias. El Tribunal tiene presente que la tasa de conversión en dólares estadounidenses es elevada, pero es la que se aplicó en Ecuador a las compañías locales antes y después de la dolarización (véase el Anexo D, 2.<sup>do</sup> EPA Dda., párrafo 4.2).

453. En su segundo escrito posterior a la audiencia, la Demandada invocó el Artículo 5 de las Regulaciones del Directorio del Banco Central de Ecuador, Título VI, Sistema de Tasas de Interés; Capítulo VI, Tasas de interés de mora y sanción por desvío, cuyo texto es el siguiente:

*Artículo 5.- Para los actos o contratos que se hubieren pactado fuera del sistema financiero, que incurran en mora, la tasa de mora será la que resulte de aplicar un recargo de hasta el 10% (0,1 veces) a la tasa estipulada. Tal recargo, más la tasa de interés convenida, constituirán la tasa de mora que se aplicará desde la fecha de vencimiento de la obligación, la que correrá únicamente hasta la fecha del día en que se efectúe el pago.*

(Anexo D, 2.<sup>do</sup> EPA Dda.)

454. La Demandada concluyó que “*si el Tribunal dictaminase que hay lugar a indemnización con interés de mora, habría que considerar que el recargo máximo de ‘hasta el 10%’ aplicaría a la TPR estipulada en el laudo, a partir de la fecha de vencimiento de la obligación*” (2.<sup>do</sup> EPA Dda., Anexo D, párrafo 11.4).
455. El Tribunal observa que las alegaciones de la Demandada se efectuaron en el último escrito de argumentos presentado por ésta, por lo cual aún no se ha respondido a ellas, situación que puede plantear preocupaciones en cuanto al debido proceso. Recuerda, asimismo, que las partes no habían acordado una tasa de interés en los PPA. Por lo tanto, en este caso no hay una “tasa estipulada” o “tasa convenida” a la que pueda aplicarse el “recargo” máximo de hasta el 10%. En consecuencia, el Tribunal no se basará en el Artículo 5 de las Regulaciones del Banco Central, arriba citado.
456. La Demandada alega, asimismo, que la tasa de interés apropiada debe equivaler a la corrección de la inflación en dólares estadounidenses (2.<sup>do</sup> EPA Dda., Anexo D, párrafo 1.2). El Tribunal no puede compartir ese argumento. La inflación existente en los Estados Unidos no parece ser la medida apropiada para establecer los intereses por pago tardío por deudas adeudadas en Ecuador, por más que la economía ecuatoriana esté dolarizada. En realidad, el mero hecho de obtener una indemnización por la inflación no restituiría totalmente al acreedor frente a la retención indebida de dinero de la que ha sido objeto, pues, para compensar la falta de los fondos, habría

tenido que obtener préstamos a una tasa que comprende un componente de inflación, pero también un precio por el uso de los fondos prestados.

457. El Tribunal debe determinar, asimismo, si corresponde adjudicar intereses simples o compuestos. Comparte el argumento de la Demandada en favor de la tasa de interés simple. En realidad, el derecho ecuatoriano prohíbe la tasa de interés compuesta en el presente caso. Específicamente, el Artículo 244 de la Constitución ecuatoriana prohíbe el interés compuesto en el contexto de los créditos. Análogamente, el Artículo 2140 del Código Civil establece que “*se prohíbe estipular intereses de intereses*”. La misma prohibición figura en el Código de Comercio (2.<sup>do</sup> EPA Dda., Anexo C, párrafo 2.3).
458. Finalmente, el Tribunal debe establecer la fecha a partir de la cual deben correr los intereses. A su juicio, los intereses por pagos en mora deberían comenzar a aplicarse desde el 28 de agosto de 2002, es decir, en la fecha de otorgamiento del Acta de Liquidación del PPA 96 y hasta que se haya efectuado el pago de esa suma. Aunque se afirma que el pago se efectuó, asunto que no es objeto de controversia (Contestación Dda., párrafo 278), del expediente no surge la fecha exacta del pago de esa suma. La única constancia de ese pago parece ser una carta del 3 de septiembre de 2002, a través de la cual el MEM solicitó al Banco Central de Ecuador que efectuara dicho pago (PD Dda. 108).

*iii) Multas y penalidades*

459. Aunque las partes coinciden en cuanto al procedimiento de cálculo de la indemnización por imposición indebida de multas, que consiste en el monto nominal de la multa indebidamente impuesta más intereses, discrepan en cuanto al tipo de intereses y a la tasa respectiva.
460. La imposición indebida de multas y penalidades obedeció a la aplicación irregular de las disposiciones contractuales. Por lo tanto, las consecuencias deben medirse aplicando el régimen contractual. La indemnización por incumplimiento de las disposiciones contractuales debe, por ende, incluir el monto de la multa aplicada y los intereses de esa suma desde la fecha en que el INECEL compensó la multa, es decir, desde la fecha en que las Demandantes fueron efectivamente privadas del uso de esa suma.

*\* Capital*

461. Según las Demandantes, el monto del capital de los supuestos perjuicios provenientes de multas y derechos fue de USD8.300.727 (1.<sup>er</sup> IP Kaczmarek, Cuadro 13, pág. 30).

462. Teniendo en cuenta sus conclusiones con respecto a la responsabilidad, el Tribunal considera que el monto del principal adeudado asciende a USD5.578.566. Llega a esa suma deduciendo de la cantidad reclamada los valores correspondientes a los aranceles de aduana (USD1.008.614) y las multas que consideró justificadas, a saber, las Multas N.º 1 (USD400.000), N.º 2 (USD550.000), N.º 7 (USD29.181) y N.º 11 (USD734.366).

\* *Intereses*

463. Habiendo determinado el monto del capital adeudado, el Tribunal debe ahora determinar los intereses aplicables, especialmente la tasa, establecer si los intereses deben ser simples o compuestos y fijar el período en que deben devengarse intereses.

464. El monto total de los intereses reclamados asciende a USD7.233.936 (1.º IP Kaczmarek, Cuadro 13, pág. 30).

465. Las consideraciones arriba mencionadas con respecto al cálculo de intereses por los pagos tardíos se aplican, asimismo, al cálculo de los intereses sobre el monto de las multas.

466. En cuanto a la fecha de comienzo de cobro, los intereses deben correr desde la fecha en que el INECEL compensó las multas, si es posible establecerla, o desde la fecha de la liquidación de las multas, si del expediente no surgen elementos que permitan establecer la fecha de compensación de las multas. Por lo tanto, los intereses deben correr a partir del:

- 15 de marzo de 1998 para la Multa N.º 3;
- 20 de mayo de 1998 para la Multa N.º 4;
- 29 de junio de 1998 para las Multas N.º 5 y N.º 6;
- 27 de noviembre de 2001 para las Multas N.º 8, N.º 9 y N.º 10.

**c) *Consecuencias de las violaciones de las normas del TBI***

*i) Estándar de reparación*

467. Asiste la razón a las Demandantes en cuanto afirman que las consecuencias del incumplimiento de una obligación internacional deben determinarse recurriendo al derecho internacional. Un firme criterio de derecho internacional es que la principal consecuencia de la comisión de un acto ilícito es la obligación del infractor de reparar

el daño causado por ese acto<sup>58</sup>. No obstante, persiste la controversia con respecto al estándar aplicable y a la medida de la indemnización, así como al método que corresponde aplicar para calcular esa indemnización.

468. En las circunstancias del caso, el Tribunal considera que el principio sentado en el caso *Factory at Chorzów*, según el cual todo laudo debe, “*en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que probablemente habría existido si no se hubiera cometido dicho acto*”<sup>59</sup>, constituye una orientación adecuada. El Tribunal observa que el principio de una indemnización “integral” se codificó, asimismo, en el Artículo 31 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, de la Comisión de Derecho Internacional, y no ve razón alguna por la cual no haya de aplicarse esa disposición, por analogía, a un arbitraje entre un inversionista y el Estado. Expresado lo que antecede, el Tribunal desea hacer hincapié en que sólo corresponde adjudicar una indemnización si existe un vínculo causal suficientemente sólido entre el incumplimiento del TBI y la pérdida experimentada por las Demandantes.

ii) *Indemnización*

469. Las Demandantes han solicitado a este Tribunal que disponga una indemnización, no una restitución. En consecuencia, el Tribunal procederá a determinar los principios aplicables para establecer la medida de la indemnización. El TBI no contiene orientación alguna para evaluar los perjuicios emanados de incumplimientos distintos de la expropiación. Conforme a la jurisprudencia pertinente<sup>60</sup>, el Tribunal debe, por lo tanto, identificar la medida de la indemnización más apropiada en las circunstancias del presente caso.

\* *Cláusula paraguas*

470. El Tribunal debe examinar el tipo de perjuicios que Electroquil tiene derecho a que se le indemnicen en relación con el incumplimiento de la cláusula paraguas.
471. El Tribunal concluyó *supra* que la Demandada incumplió sus obligaciones frente a Electroquil previstas en los PPA y en el derecho ecuatoriano en relación con el

---

<sup>58</sup> *Case concerning the Factory at Chorzów (Alemania c. Polonia)*, 1928, PCIJ, Serie A N° 17, pág. 21. (Traducción libre del Tribunal)

<sup>59</sup> *Ibíd.*, pág. 47.

<sup>60</sup> Véase, por ejemplo, *CMS c. la República Argentina*, párrafo 409. Véanse también *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, Reglamento de la CNUDMI, Segundo Laudo Parcial, 21 de octubre de 2002, párrafo 309; *Marvin Feldman c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N° ARB(AF)/99/1, 16 de diciembre de 2002, párrafo 195.

establecimiento tardío de los Fideicomisos de Pago, su ejecución deficiente, la imposición indebida de multas y la falta de pago de intereses por pagos tardíos, según lo previsto en el Acta de Liquidación del PPA 96. Sobre esa base, ha declarado que se debe a Electroquil una indemnización con respecto i) al reconocimiento de intereses por pagos tardíos y ii) a la suma a la que ascienden las multas no justificadas (véase los párrafos 450-466, *supra*).

472. El Tribunal opina que la indemnización por incumplimiento de la cláusula paraguas se subsume en la indemnización ya adjudicada. De hecho, Electroquil ha sufrido idénticas consecuencias financieras en virtud de la violación de los PPA y del derecho ecuatoriano y del incumplimiento de la cláusula paraguas.
473. Más precisamente, en lo que respecta al pago de intereses sobre las sumas pagadas en mora, el Tribunal no encuentra razón alguna para apartarse de las conclusiones a las que había llegado con respecto a la tasa de interés aplicable (véanse los párrafos 455-457, *supra*). A su juicio, debe observarse la prohibición del interés compuesto contenida en el derecho local, especialmente teniendo en cuenta el Artículo VIII del TBI, que establece que el Tratado no deroga las leyes y reglamentos del Estado receptor. Además, la adjudicación de intereses compuestos, si bien cada vez más común en la práctica del CIADI, no es un principio de derecho internacional.
474. Además de la suma correspondiente a las multas no justificadas, el Tribunal adjudicó también a Electroquil intereses a una tasa de interés simple (párrafo 457). El Tribunal considera que ese laudo indemniza también adecuadamente a Electroquil por el incumplimiento de la cláusula paraguas. El razonamiento aplicado en el párrafo que antecede con respecto a los intereses también se aplica aquí.
475. Como ya se señaló (párrafo 449, *supra*), la única consecuencia financiera que ha dado lugar a una reclamación con respecto al establecimiento tardío de los Fideicomisos de Pago y a su subsiguiente ejecución deficiente, incluida la falta de implementación de la garantía de pago del Estado, consiste en los costos de capital de trabajo en que se incurrió debido a los pagos en mora. Sin perjuicio de lo que antecede, Electroquil no ha reclamado indemnización de ningún perjuicio a ese respecto. De hecho, Duke Energy ha reclamado los costos de capital de trabajo adicionales en que incurrió Electroquil debido a la realización de esos pagos, a través de una reclamación por reducción del retorno de su inversión, cuestión que se examinará más abajo (párrafo 482).

476. El Tribunal concluye, por lo tanto, que la suma adjudicada conforme a los PPA y al derecho ecuatoriano comprende la indemnización adeudada en virtud de la violación de la cláusula paraguas del Tratado, y constituye una reparación integral a la luz de la decisión del caso *Factory at Chorzów*. Además, el Tribunal tiene la certeza de que esa decisión evita el riesgo de una recuperación por partida doble.

\* *Trato justo y equitativo*

477. El Tribunal debe ahora examinar las consecuencias financieras de la violación del principio del trato justo y equitativo previsto en el Artículo II(3)(a) del TBI con respecto al establecimiento tardío de los Fideicomisos de Pago, su operación insatisfactoria y los consiguientes pagos tardíos.

478. Electroquil incurrió en costos de capital de trabajo adicionales, que han sido reclamados por Duke Energy por concepto de la reducción del retorno de su inversión. Como se ha visto, el perito de las Demandantes concluyó que *“las penalidades, los derechos y el pago tardío de facturas redujeron en 1,27% el retorno previsto de la inversión de Duke”* (1.<sup>er</sup> IP Kaczmarek, párrafo 63, Inglés en el original, traducción libre del Tribunal). Según lo alegado, el monto de las expresadas pérdidas económicas, medidas al 31 de diciembre de 2005, fue de USD19.263.434 (1.<sup>er</sup> IP Kaczmarek, párrafo 69).

479. El Tribunal no puede basarse en las cifras presentadas por las Demandantes para evaluar los perjuicios reclamados. La disminución, en un 1,27%, de la tasa de retorno obedece a tres factores combinados: las penalidades, los aranceles de aduana y los pagos tardíos. Ahora bien, el Tribunal ha declarado que Ecuador no había dejado de cumplir su obligación de trato justo y equitativo con respecto a las penalidades y ha declinado competencia con respecto a los aranceles de aduana. Por lo tanto, el único factor restante de los que causan la reducción es el de los pagos tardíos.

480. Según la prueba presentada por el perito de las Demandantes, antes de 2000, las facturas se pagaban con tanta demora que Electroquil registró flujos de caja negativos. Esas demoras alteraron significativamente las necesidades de capital de trabajo de la compañía. Esa modalidad dejó paso a la situación contraria en 2000 y 2001, con lo cual *“el impacto de las necesidades de capital de trabajo consiste esencialmente en el traslado de los flujos de caja de ejercicios anteriores a ejercicios posteriores”* (1.<sup>er</sup> IP Kaczmarek, párrafo 62, Inglés en el original, traducción libre del Tribunal). Para tener en cuenta ese cambio de situación, el perito de las Demandantes incluyó en su Modelo de Expectativas Ajustado *“la variación neta real de las cuentas por cobrar y los saldos*

*por pagar registrados en los estados financieros auditados de Electroquil*" (1.<sup>er</sup> IP Kaczmarek, párrafo 62, Inglés en el original, traducción libre del Tribunal), que es uno de los instrumentos que se utilizan para calcular el menoscabo sufrido por la inversión de Duke Energy. Dicho lo que antecede, de las pruebas recogidas no surge qué proporción de la reducción del 1,27% experimentada por la tasa de retorno obedeció al aumento de las necesidades de capital de trabajo. Además, el Tribunal subraya que nada en el expediente comprueba que la tasa de retorno prevista alegada por Duke Energy fuera el 12,95%.

481. Además, cuando se pagan tardíamente sumas de dinero, en general, se entiende que los intereses indemnizan al acreedor por la ausencia de los fondos. Cabe admitir que el acreedor, en ciertas circunstancias, puede demostrar que los perjuicios reales experimentados superan el monto de los intereses y reclamar una indemnización adicional. A diferencia de lo que ocurre con los intereses, para obtener esa indemnización deben probarse los perjuicios adicionales. Por las razones que se mencionan en el párrafo precedente, el Tribunal opina que esos perjuicios adicionales resultantes de los pagos tardíos y su impacto con respecto al capital de trabajo y a la tasa de retorno no se han probado. Recuerda, asimismo, que, tomando como base el Acta de Liquidación del PPA 96, celebrada por el MEM y Electroquil, ha concluido que se deben intereses por los pagos tardíos sobre el monto de USD96.980,64. Las limitaciones contractuales consentidas por Electroquil durante la ejecución de los PPA no pueden menos que aplicarse a las reclamaciones de Duke Energy basadas en el Tratado.
482. Finalmente, el Tribunal observa que Electroquil no ha reclamado los costos de capital de trabajo adicionales en que incurrió en relación con los pagos tardíos, los que fueron reclamados por Duke Energy.
483. Por las razones expuestas en los párrafos que anteceden, el Tribunal concluye que Duke Energy no tiene derecho a indemnización por el supuesto menoscabo experimentado por su inversión en relación con el pago tardío de las facturas de Electroquil.

**d) Moneda del Laudo**

484. El párrafo 11 del Convenio Arbitral establece que el monto adjudicado en el laudo deberá expresarse en moneda de los Estados Unidos.
485. Además, la moneda del contrato, a los efectos contables, era el dólar estadounidense. Según lo establecido por la Cláusula 7.3 del PPA 95, "*Los valores en dólares de los*

*Estados Unidos de Norteamérica determinados en los numerales precedentes, serán cancelados por INECEL al Contratista en sucres, para lo cual, se aplicará la tasa de cambio para la compra de dicha divisa establecida por el Banco Central a la fecha de pago*". La Cláusula 8.7 del PPA 96 contiene una disposición similar. De esta forma, las sumas se contabilizaron y facturaron en dólares estadounidenses, pero se pagaron en moneda local al tipo de cambio del mercado al fijado por el Banco Central de Ecuador en la fecha de pago (1.<sup>er</sup> IP Kaczmarek, nota a pie de página 83). Además, las reclamaciones se formularon en dólares estadounidenses.

486. Por tales razones, el Tribunal adjudicará las sumas adeudadas en moneda estadounidense.

**e) Beneficiario del Laudo**

487. Las sumas derivadas de las multas y penalidades y de la falta de pago de intereses en virtud del pago tardío provienen originalmente de los PPA, de los que era parte Electroquil y no Duke Energy. Análogamente, la violación de la cláusula paraguas sólo guardó relación con obligaciones debidas a Electroquil.

488. En tales circunstancias, la suma adjudicada sólo será pagadera a Electroquil. Esto no significa que Duke Energy no será indemnizada, sino que será restituida en su integridad a través de su interés accionario en Electroquil, hecho que Duke Energy ha reconocido implícitamente al manifestar que, *"[c]omo la pérdida sufrida por Duke (US\$19.263.434) es un componente de la sufrida por Electroquil (US\$24.061.426), la adjudicación de la suma de US\$24.061.426 indemnizaría a Duke y a Electroquil por la pérdida que experimentaron colectivamente en virtud del pago tardío y de las penalidades y derechos que se les impusieron indebidamente"* (Mem. Dtes., párrafo 247, 1.<sup>er</sup> IP Kaczmarek, párrafo 81, Inglés en el original, traducción libre del Tribunal).

**4.4 Costas**

489. El párrafo 11 del Convenio Arbitral establece que las disposiciones del Convenio CIADI y el laudo arbitral regirán lo referente a las costas y los honorarios profesionales en que se incurra en relación con el arbitraje.

490. En ejercicio de sus facultades discrecionales en materia de asignación de costas y, teniendo en cuenta todas las circunstancias del presente caso, el Tribunal considera justo disponer que las costas del arbitraje recaigan por mitades sobre las partes y que cada parte soporte sus propios costos legales y demás gastos.

## V. REPARACIÓN

491. En virtud de las razones que anteceden, el Tribunal emite la siguiente decisión:

1. El Tribunal posee jurisdicción para conocer de todas las reclamaciones presentadas en este arbitraje, salvo las referentes a aranceles de aduana;
2. La Demandada incurrió en la violación de: el Artículo II(3)(a) del TBI en relación con su garantía de pago; los PPA, el derecho ecuatoriano y el Artículo II(3)(c) del TBI en relación con las Multas N.º 3, 4, 5, 6, 8, 9 y 10;
3. En consecuencia, la Demandada debe pagar a Electroquil la suma nominal de USD5.578.566, más intereses, a la tasa de interés activa simple cotizada por el Banco Central de Ecuador, desde la fecha en que cada una de las multas se haya hecho exigible y pagadera según el establecido *supra* (párrafo 466) y hasta la fecha de pago del total;
4. La Demandada incurrió en la violación de los PPA y del Artículo II(3)(c) del TBI por haber pagado tardíamente algunas de las facturas de Electroquil;
5. En consecuencia, la Demandada debe pagar a Electroquil intereses a una tasa de interés activa simple cotizada por el Banco Central de Ecuador, sobre la suma de USD96.980,64, entre el 28 de agosto de 2002 y la fecha en que la Demandada efectivamente pagó esa suma;
6. La Demandada no incurrió en incumplimiento de los Artículos II(3)(b) y II(7) del TBI;
7. Las costas del arbitraje recaerán sobre las partes por mitades;
8. Cada una de las partes deberá soportar sus propias costas y honorarios legales;
9. Se rechazan todas las reclamaciones restantes.

Dado en inglés y español, siendo ambas versiones igualmente auténticas y autorizadas.

Lugar del arbitraje: Washington, D.C.

[firmado]

---

Enrique Gómez Pinzón

12 de agosto de 2008

[firmado]

---

Prof. Albert Jan van den Berg

24 de julio de 2008

[firmado]

---

Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler

21 de julio de 2008