

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

**MURPHY EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY
INTERNATIONAL**

(DEMANDANTE)

c.

REPÚBLICA DEL ECUADOR

(DEMANDADA)

(Caso CIADI No. ARB/08/4)

LAUDO SOBRE JURISDICCIÓN

Dictado por el Tribunal de Arbitraje integrado por:

Rodrigo Oreamuno Blanco, Presidente

Dr. Horacio A . Grigera Naón, Árbitro

Dr. Raúl E. Vinuesa, Árbitro

Secretario del Tribunal:

Marco Tulio Montañés-Rumayor

Fecha: 15 de diciembre de 2010

INDICE

I.	Historial procesal.....	3
II.	Antecedentes de hecho de la controversia	7
III.	Posiciones de las partes sobre el asunto de jurisdicción.....	10
IV.	Análisis	17
	1. Falta de consentimiento de Ecuador en virtud de la notificación que hizo según el artículo 25(4) del Convenio.	17
	2. Consultas y negociaciones previas; “período de enfriamiento” (tercera y cuarta objeción de Ecuador a la competencia del Tribunal)	25
	A. Surgimiento de la controversia.....	27
	B. La alegada existencia de consultas y negociaciones previas	32
	C. La presunta inutilidad de las negociaciones.....	39
	D. La naturaleza del plazo de espera de seis meses	41
	3. Otras Excepciones sobre Jurisdicción.....	47
	4. Costas	47
V.	Decisión	48

I. Historial procesal

1. El 3 de marzo del 2008, Murphy Exploration and Production Company International (“Murphy International” o la “Demandante”), presentó una Solicitud de Arbitraje (la "Solicitud") ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("CIADI" o el "Centro") contra la República del Ecuador (“Ecuador” o la “Demandada”).
2. El 4 de marzo del 2008, el Centro remitió al Ecuador una copia de la Solicitud, de conformidad con la Regla 5 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI (las "Reglas de Iniciación").
3. El 15 de abril del 2008, el Secretario General Interino del Centro registró la Solicitud, de conformidad con el artículo 36(3) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el "Convenio CIADI" o el "Convenio"). En la misma fecha, el Secretario General Interino notificó el acto de registro a Murphy y a Ecuador (conjuntamente “las Partes”) y las invitó a proceder, lo más pronto posible, a constituir el Tribunal de Arbitraje.
4. El 12 de mayo del 2008, las Partes acordaron que el Tribunal de Arbitraje estuviera constituido por tres árbitros, nombrado uno por cada una de las partes, y el tercero, quien presidiría el Tribunal, de común acuerdo por los co-árbitros.
5. Las Partes posteriormente designaron a los miembros del Tribunal de Arbitraje de conformidad con el procedimiento acordado. El 29 de mayo del 2008, la Demandante nombró al Dr. Horacio A. Grigera Naón, nacional de Argentina. El 9 de julio de 2008, la Demandada designó al Dr. Raúl E. Vinuesa, también nacional de Argentina.

6. El 29 de julio del 2008, la Demandante presentó una solicitud de medidas provisionales, de conformidad con el artículo 49 del Convenio y la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.
7. El 5 de agosto del 2008, de conformidad con la Regla 39(5) de las Reglas de Arbitraje, el Secretario General Interino fijó los plazos para que las Partes presentaran sus observaciones sobre la solicitud de medidas provisionales de la Demandante.
8. El 13 de agosto del 2008, los doctores Grigera Naón y Vinuesa informaron al Centro que no les fue posible llegar a un acuerdo con respecto al nombramiento del tercer árbitro y Presidente del Tribunal.
9. El 5 de setiembre del 2008, la Demandante le hizo varias modificaciones a su solicitud de arbitraje; de ellas interesa la que expresa:

“La primera oración del párrafo 36 debe ser reformada para que se lea así: “la disputa entre la Demandante y el Gobierno surgió, a más tardar, en abril del 2006, cuando el Gobierno dio los primeros pasos para promulgar ley No. 2006-42 y cuando el Gobierno promulgó los decretos regulatorios subsiguientes”.
10. El 17 de septiembre del 2008, las Partes convinieron en que el Presidente del Tribunal de Arbitraje fuera designado por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, de conformidad con el artículo 38 del Convenio CIADI y la Regla 4 de las Reglas de Arbitraje. Las Partes también acordaron que dicha designación se haría dentro de un plazo no mayor de 30 días contados a partir de la fecha de ese acuerdo.
11. El 16 de octubre del 2008, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI designó al señor Rodrigo Oreamuno, de nacionalidad costarricense, como Presidente del Tribunal de Arbitraje.
12. El 20 de octubre del 2008, el Secretario General Interino del CIADI notificó a las Partes que los tres árbitros habían aceptado sus nombramientos y que el

Tribunal de Arbitraje quedaba constituido a partir de esa fecha, de acuerdo con la Regla 6(1) de las Reglas de Arbitraje.

13. En la misma carta del 20 de octubre del 2008, el Secretario General Interino les informó a las Partes que el señor Marco Tulio Montañés-Rumayor se desempeñaría como Secretario del Tribunal.
14. El 5 de noviembre del 2008, la Demandada presentó sus observaciones sobre la solicitud de medidas provisionales de Murphy.
15. El 1º de diciembre del 2008, la Demandante presentó su réplica sobre medidas provisionales.
16. El 10 de diciembre del 2008, el Tribunal de Arbitraje celebró su primera sesión en Washington, D.C.
17. En la primera sesión, las Partes convinieron en que el Tribunal había sido constituido correctamente y declararon no tener objeciones con respecto al nombramiento de ninguno de sus miembros. Asimismo, en esa sesión se debatieron y acordaron las diversas cuestiones procesales incluidas en la agenda. Dichos acuerdos se plasmaron en las minutas de la sesión, las cuales fueron firmadas por el Presidente y el Secretario del Tribunal, y transmitidas a las Partes el 9 de enero del 2009.
18. El 22 de diciembre del 2008, la Demandada presentó su réplica sobre medidas provisionales.
19. El 9 de enero del 2009, el Tribunal dictó la Resolución Procesal número 1, suspendiendo, a petición de las Partes, la audiencia sobre medidas provisionales.
20. El 13 de marzo del 2009, la Demandante retiró su solicitud de medidas provisionales.
21. El 30 de abril del 2009, la Demandante presentó su memorial sobre el fondo.

22. El 15 de agosto del 2009, Ecuador presentó un memorial sobre objeciones a la jurisdicción.
23. El 16 de octubre del 2009, la Demandante presentó su contra-memorial sobre jurisdicción. En esta misma fecha, Ecuador presentó su contra-memorial sobre el fondo.
24. El 30 de enero del 2010, Murphy presentó su réplica sobre el fondo.
25. El 5 y 6 de abril del 2010, el Tribunal de Arbitraje celebró una audiencia sobre jurisdicción en Washington, D.C. Además de los Miembros del Tribunal de Arbitraje y del Secretario, asistieron las siguientes personas:

(i) En representación de Murphy:

Sr. Roger W. Landes	Murphy Exploration & Production Company International
Dr. Craig S. Miles	King & Spalding LLP
Dr. Roberto J. Aguirre-Luzi	King & Spalding LLP
Srita. Amy Roebuck Frey	King & Spalding LLP
Dr. Esteban A. Leccese	King & Spalding LLP
Dr. Francisco Roldán Cobo	Pérez Bustamante & Ponce

(ii) En representación de Ecuador:

Dr. Alvaro Galindo C.	Director, Patrocinio Internacional Procuraduría General del Estado República del Ecuador
Dr. Juan Francisco Martínez Castillo	Dirección Nacional de Patrocinio Internacional, República del Ecuador
Sr. Mark Clodfelter	Foley Hoag LLP
Sr. Bruno Leurent	Winston & Strawn LLP
Sr. Ricardo Ugarte	Winston & Strawn LLP
Srita. Sarah E. Saucedo	Winston & Strawn LLP
Srita. María Kostytska	Winston & Strawn LLP
Srita. Mary M. Webster	Winston & Strawn LLP
Sr. Tomás Leonard	Winston & Strawn LLP
Srita. Clara Brillembourg	Foley Hoag LLP
Srita. Kathy E. Ames Valdivieso	Winston & Strawn LLP

26. En la audiencia participaron, en calidad de expertos, mediante video conferencia, los profesores Pierre Lalive y Christoph Schreuer.
27. Presentaron argumentos orales en representación de Ecuador el Dr. Alvaro Galindo Cardona, el señor Mark Clodfeter y el señor Bruno Leurent. En representación de Murphy, lo hicieron los señores Craig Miles, Roberto J. Aguirre-Luzi y Esteban A. Leccese.
28. La audiencia sobre jurisdicción fue grabada en audio y transcrita *verbatim*. Posteriormente se distribuyeron a las partes copias de las grabaciones y de las transcripciones.
29. El 7 de junio del 2010, Ecuador presentó su dúplica sobre el fondo.
30. El Tribunal de Arbitraje ha deliberado y considerado cuidadosamente los argumentos presentados por las Partes, en sus presentaciones escritas y orales, en el curso de la audiencia sobre jurisdicción. El Tribunal procederá ahora a resumir los antecedentes de hecho de la controversia (Sección II), las posiciones de las Partes sobre el tema de jurisdicción, (Sección III), y a analizar los argumentos que sustentan tales posiciones (Sección IV); finalmente, fundado en ese análisis, emitirá una decisión sobre jurisdicción (Sección V).

II. Antecedentes de hecho de la controversia

31. Varias empresas encabezadas por Conoco Ecuador Limited (en adelante Conoco), firmaron con la República del Ecuador, el 27 de enero de 1986 un Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana (en adelante el Contrato)¹.

¹ Memorial de Objeciones a la Jurisdicción de la Demandada, ¶ 17.

32. El 28 de julio de 1987 Conoco cedió un 10% de sus derechos en el Contrato "... a Murphy Ecuador Oil Company Limited ('Murphy Ecuador') y a Canam Offshore Limited ('Canam'), las dos subsidiarias de la Demandante"².
33. En 1993, antes de la séptima ronda de licitaciones para las nuevas concesiones petrolíferas en el Ecuador, el Gobierno de esa Nación reformó la Ley de Hidrocarburos³.
34. En el año 2001, Repsol YPF Ecuador SA (Repsol) adquirió una participación del 35% en el Contrato y asumió el papel de Operadora del Consorcio⁴.
35. El 25 de abril del 2006 Ecuador aprobó la Ley 42-2006 que modificó el artículo 55 de la Ley de Hidrocarburos para que expresara lo siguiente:

"Participación del Estado en los excedentes de los precios de venta de petróleo no pactados o no previstos.- Las compañías contratistas que mantienen contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos vigentes con el Estado ecuatoriano de acuerdo con esta Ley, sin perjuicio del volumen de petróleo crudo de participación que les corresponde, cuando el precio promedio mensual efectivo de venta FOB de petróleo crudo ecuatoriano supere el precio promedio mensual de venta vigente a la fecha de suscripción del contrato y expresado a valores constantes del mes de la liquidación, reconocerán a favor del Estado ecuatoriano una participación de al menos el 50% de los ingresos extraordinarios que se generen por la diferencia de precios. Para los propósitos del presente artículo, se entenderá como ingresos extraordinarios la diferencia de precio descrita multiplicada por el número de barriles producidos"⁵.

² Ídem, ¶ 18.

³ Ídem, ¶ 21.

⁴ Ídem, ¶ 23.

⁵ Memorial sobre el Fondo de la Demandante, ¶ 163.

36. Mediante el Decreto 662 el 18 de octubre del 2007 se “incrementó la participación bajo la Ley 42 al 99% de la diferencia entre el precio de mercado del petróleo y el precio contractual de referencia”⁶.
37. El Gobierno de Ecuador, por medio de PETROECUADOR, le envió un oficio al Consorcio, el 24 de julio del 2006 en el que le solicitó el pago de las sumas adeudadas de conformidad con la Ley 42⁷.
38. El 25 de febrero del 2009 Ecuador y Repsol llegaron a un acuerdo oral para modificar el Contrato; con el fin de concretar ese acuerdo se requería cumplir con varios requisitos para los que Repsol necesitaba el apoyo de Murphy International.
39. El 12 de marzo del 2009 Murphy International le vendió a Repsol la totalidad de las acciones de Murphy Ecuador que le pertenecían a Canam Offshore Limited de la que Murphy International era la única dueña⁸.
40. En esa misma fecha, el Consorcio y Ecuador firmaron el Contrato Modificatorio⁹.
41. La Demandante alegó que Ecuador no le brindó un trato justo y equitativo a su inversión y, que al incumplir el Contrato, Ecuador violó la cláusula paraguas del TBI. Afirmó, además, que Ecuador no le brindó protección y seguridad plena a su inversión; que las medidas arbitrarias que tomó Ecuador perjudicaron su inversión y que Ecuador expropió su inversión.

⁶ Ídem, ¶ 168.

⁷ Ídem, ¶ 179.

⁸ Ídem, ¶ 210.

⁹ Memorial de Objeciones a la Jurisdicción de la Demandada, ¶ 36.

III. Posiciones de las partes sobre el asunto de jurisdicción

42. La Demandada planteó siete excepciones a la jurisdicción, las cuales se resumen en los siguientes párrafos.
43. **Primera:** A la fecha en que Murphy International dio su consentimiento al arbitraje ante el CIADI, había dejado de existir el consentimiento de la República del Ecuador pues esta notificó al CIADI, el 4 de diciembre del 2007 “... que no daría su consentimiento para arbitrar la clase de controversias dentro de las cuales están incluidas las demandas de Murphy International”¹⁰.
44. La notificación a la que se refiere Ecuador dice:

“La República del Ecuador no consentirá en someter a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), las diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros. Todo instrumento contentivo de la voluntad previamente expresada por la República del Ecuador en someter esta clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, que no se haya perfeccionado mediante el expreso y explícito consentimiento de la otra parte previa la fecha de presentación de esta notificación, es retirado por la República del Ecuador, con eficacia inmediata a partir de esta fecha”¹¹.

45. Según Ecuador, “Murphy International no dio su consentimiento al arbitraje de CIADI hasta el 29 de febrero de 2008, por lo tanto, no era posible el consentimiento de la República en esa fecha o antes de la misma. Efectivamente, en esa fecha, la República ya había limitado el alcance de su

¹⁰ Ídem, ¶ 37.

¹¹ Notificación de la República del Ecuador al CIADI, 4 de diciembre del 2007, documento presentado por Ecuador en su Memorial de Objeciones a la Jurisdicción, CEX-78.

consentimiento al CIADI, y ‘Murphy evidentemente no podía haber modificado, y sobre todo, ampliado su alcance mediante su sola declaración de aceptación’¹².

46. **Segunda:** El Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBI) “...otorga jurisdicción sobre las demandas de inversionistas por pérdidas que hayan sufrido, pero Murphy International no alega pérdidas sufridas por ella. En cambio, Murphy International alega únicamente los perjuicios y pérdidas sufridos por Murphy Ecuador, una ex subsidiaria con propiedad total en las Bermudas”¹³. Según Ecuador, la Demandante, como accionista de Murphy Ecuador, fracasó al identificar y cuantificar el presunto perjuicio sufrido por Murphy International¹⁴. Bajo ese mismo acápite, la Demandante planteó la posibilidad de que se diera una doble indemnización ya que mediante la venta que hizo Murphy International de Murphy Ecuador fue compensada “...por el valor del derecho de Murphy Ecuador de reparación por pérdidas sufridas”¹⁵.
47. **Tercera:** “Murphy International no ha cumplido con el requisito de que las partes busquen un acuerdo amigable de las controversias mediante consulta y negociación antes de someterlas a arbitraje. Únicamente cuando se han realizado dichos intentos y no han dado resultado es que un tribunal establecido adquiere jurisdicción en virtud del TBI”¹⁶. El artículo VI(2) del TBI condiciona el derecho del inversionista a invocar las disposiciones de solución de controversias establecidas en ese Tratado si no pudo llegar a un acuerdo amigable con el Estado como consecuencia del fracaso de las

¹² Memorial de Objeciones a la Jurisdicción de la Demandada, ¶ 63.

¹³ Ídem, ¶ 67.

¹⁴ Ídem, ¶ 82.

¹⁵ Ídem, ¶ 83.

¹⁶ Ídem, ¶ 85.

consultas y de las negociaciones¹⁷. Para Ecuador, Murphy International “...no hizo esfuerzos para consultar o negociar con la República con relación a sus demandas según el TBI”¹⁸. La Demandante notificó a Ecuador de la existencia de una controversia relacionada con el TBI, el viernes 29 de febrero del 2008, y presentó su Solicitud de Arbitraje el siguiente día hábil, el lunes 3 de marzo de ese mismo año¹⁹. Más adelante, en el mismo memorial, agregó Ecuador: “Murphy International señala una carta presentada a la República por Repsol el 12 de noviembre del 2007, como prueba de que realizó esfuerzos para consultar y negociar... la carta no guarda relación con ninguna de las demandas de Murphy International, sino más bien con demandas del Consorcio, del cual era miembro Murphy Ecuador y *no* Murphy International”²⁰.

48. **Cuarta:** Murphy International no cumplió con “...el período obligatorio de espera de seis meses requerido por el TBI antes de poder someter sus reclamos a arbitraje”²¹. Agregó Ecuador: “Como Murphy International no ha cumplido con el periodo de espera de seis meses, este Tribunal debe desechar los reclamos por falta de jurisdicción. El Artículo VI(3) del TBI estipula que un nacional o una compañía podrán invocar un arbitraje vinculante ‘[s]iempre y cuando ... hayan transcurrido seis meses’. Esta disposición no es opcional, sino que es una condición expresa previa a la jurisdicción arbitral”²².
49. **Quinta:** Murphy International afirma que fue afectada por las medidas impuestas por la Ley 42 y esa ley “... es tratada como una medida tributaria

¹⁷ Ídem, ¶ 86

¹⁸ Ídem, ¶ 95.

¹⁹ Ídem, ¶ 96.

²⁰ Ídem, ¶ 98.

²¹ Ídem, ¶ 104.

²² Ídem, ¶ 114.

dentro del significado del Tratado. Como la ‘participación en ingresos extraordinarios’ introducida por la Ley 42 es una recaudación obligatoria de un porcentaje sobre ganancias extraordinarias, su caracterización como medida tributaria en virtud del Tratado lleva a que la mayoría de las demandas de Murphy International relativas a la Ley 42 queden excluidas de la jurisdicción de este Tribunal...”²³.

50. **Sexta:** Murphy International alega la violación de la “cláusula paraguas” establecida en el artículo II(3)(c) del TBI pero Murphy International no demostró que Ecuador formalizara una obligación con ella por medio del Contrato de Participación ni tampoco demostró que Ecuador formalizara obligaciones con respecto a inversiones según el TBI ya que Murphy Ecuador no es una inversión protegida por ese Tratado al no ser una sociedad constituida en Ecuador, sino en Bermuda²⁴.
51. **Sétima:** Murphy International alega que la violación del Contrato de Participación equivale a la violación de un acuerdo de inversión según el artículo VI(1) (a) del TBI, pero “... lo que Murphy International deliberadamente no menciona es que el TBI hace referencia a un acuerdo de inversión con un nacional o una compañía *de una Parte firmante del TBI* ... Murphy International no es una parte firmante del Contrato de Participación, ... y aunque Murphy Ecuador es una parte firmante del Contrato de Participación, no es ‘una compañía de la otra Parte’. Murphy Ecuador es una compañía de Bermudas, y Bermudas no tiene un TBI con la República”²⁵.
52. En su Memorial de contestación sobre jurisdicción, la Demandante se refirió a esas excepciones y dijo lo siguiente:

²³ Ídem, ¶ 121.

²⁴ Ídem, ¶¶ 158 y 159.

²⁵ Ídem, ¶ 223 y 224.

53. **Primero:** La notificación que hizo Ecuador al CIADI no excluye la jurisdicción. En 1986 Ecuador firmó y ratificó el Convenio del CIADI y no opuso reparos con relación a ningún aspecto de ese Convenio. El 27 de agosto de 1993 Ecuador firmó el TBI en el que se incluye el consentimiento del Ecuador a la jurisdicción de un Tribunal de Arbitraje del CIADI²⁶. Con fundamento en las opiniones de los profesores Schreuer y Broches, la Demandante afirma que "... las notificaciones cursadas conforme al Artículo 25(4) del Convenio del CIADI tienen fines puramente informativos, y no constituyen nuevos consentimientos ni anulan el consentimiento previo de arbitrar una controversia conforme a lo dispuesto por el Convenio del CIADI"²⁷. Más adelante, en el mismo memorial, Murphy International afirmó que si Ecuador tratara de argumentar que la notificación hecha según el artículo 25(4) del Convenio CIADI, afecta el alcance del consentimiento indicado en el artículo VI del TBI, esa objeción fracasaría debido a que una notificación realizada conforme al Convenio de CIADI no puede modificar unilateralmente el alcance del consentimiento en un segundo tratado²⁸.
54. **Segundo:** La Demandante considera que en el TBI se incluye el capital social de las sociedades como una inversión y que el hecho de que la compañía operadora local (en este caso Murphy Ecuador), no esté formalmente constituida en el Estado anfitrión (Ecuador), pero sí esté inscrita y habilitada para el ejercicio de la actividad comercial en dicho país, no es de relevancia²⁹. Fundamentada en varios precedentes de tribunales CIADI la Demandante afirmó que "... todos han confirmado el derecho de un accionista como Murphy de reclamar en nombre propio respecto de medidas que hubieran causado un daño directo a la compañía operadora local de la que es accionista y por lo tanto también causado un daño a su inversión

²⁶ Ídem, ¶¶ 18 y 19

²⁷ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de la Demandante, ¶ 23.

²⁸ Ídem, ¶ 45

²⁹ Ídem, ¶ 70

como accionista”³⁰. Sobre el otro argumento esgrimido por Ecuador bajo este mismo acápite, Murphy International niega que exista la posibilidad de un doble pago y afirma que “...cuando Murphy vendió sus activos a Repsol, ‘se reservó todos los derechos de continuar la tramitación de sus demandas en este arbitraje, por las consecuencias que tuvo la Ley 42 sobre las inversiones de Murphy en el Ecuador”³¹.

55. **Tercero:** La Demandante afirma que sí satisfizo los requisitos del artículo VI del TBI y que “aún en el caso en que no hubiera cumplido con ello, cualquier otra negociación con el Ecuador hubiera fracasado ... las disposiciones que establecen un período de tiempo para la consulta y la negociación son procesales por naturaleza y por lo tanto no constituyen un impedimento jurisdiccional para este Tribunal”³².
56. **Cuarto:** Según Murphy International el período de espera se cuenta a partir de la fecha en la que la República del Ecuador tomó conocimiento de la controversia, no desde de que Murphy formalizó su reclamo³³. También argumenta que Ecuador tuvo conocimiento de la controversia por medio de la Embajada de los Estados Unidos de América en ese país, cuando esta criticó la Ley 42³⁴. Además “...Murphy, a través de su subsidiaria, Murphy Ecuador, y el operador del Consorcio, Repsol, impugnaron la aplicación de las medidas durante el tiempo en que trabajaron con el Gobierno para negociar una resolución amigable”³⁵. En relación con el resultado de esas negociaciones argumentó que “aún en el caso en que Murphy no hubiera

³⁰ Ídem, ¶ 71.

³¹ Ídem, ¶ 86.

³² Ídem, ¶ 100.

³³ Ídem, ¶ 104.

³⁴ Ídem, ¶ 110.

³⁵ Ídem, ¶ 111.

cumplido con el Artículo VI del TBI -aunque sí lo hizo- estaría excusado de hacerlo ya que las negociaciones con el Ecuador resultaban inútiles”³⁶.

57. **Quinto:** La Demandante alega que el artículo X del TBI no tiene relevancia en este caso ya que las medidas tomadas por Ecuador que la perjudicaron no eran cuestiones tributarias³⁷ y, además, cualquier excepción basada en el artículo X es un asunto de fondo, no de jurisdicción³⁸. También argumenta que “...Ecuador está impedido para invocar esta defensa por la teoría de los actos propios; y ... la conducta del Ecuador al invocar esta excepción constituye un abuso de derechos (*abus de droit*) que no sólo revela mala fe sino falta de transparencia para con la Demandante”³⁹.
58. **Sexto:** A juicio de Murphy International, Ecuador ignora lo dispuesto en el artículo I(1)(a)(ii) del TBI el cual señala claramente que no se requiere que una sociedad haya sido constituida en el territorio de una Parte contratante del Tratado para constituir una inversión⁴⁰. Además la “cláusula paraguas” no dispone nada sobre la identidad de la contraparte del Estado receptor de la inversión, sino que cada Parte cumplirá los compromisos contraídos con respecto a las inversiones⁴¹. Para la Demandante la “...constitución de Murphy Ecuador en las Bermudas de ningún modo quita méritos o elimina el hecho indiscutible de que Murphy ha realizado ‘inversiones’ en el Ecuador respecto de las cuales el Gobierno ha asumido obligaciones”⁴².
59. **Sétimo:** Murphy International agrega que “...la cláusula Paraguas no se limita a los ‘acuerdos de inversión’ sino que cubre todo tipo de obligaciones

³⁶ Ídem, ¶ 117.

³⁷ Ídem, ¶ 206.

³⁸ Ídem, ¶ 207

³⁹ Ídem, ¶ 207.

⁴⁰ Ídem, ¶ 142.

⁴¹ Ídem, ¶ 142.

⁴² Ídem, ¶ 144.

contraídas ‘con respecto a inversiones’. Por ese motivo, el Tribunal tiene jurisdicción sobre diferencias surgidas con relación a las inversiones efectuadas por la Demandante en el Ecuador según se dispone en el artículo VI(A) precedente, incluido el Contrato de Participación, conforme al artículo VI(1)(c) del Tratado”⁴³.

IV. Análisis

1. Falta de consentimiento de Ecuador en virtud de la notificación que hizo según el artículo 25(4) del Convenio.

60. La primera objeción formulada por Ecuador se refiere a que el Tribunal carece de jurisdicción para conocer de la demanda arbitral presentada por Murphy International en razón de que, a la fecha en que Murphy International expresó su consentimiento, ya no existía el consentimiento de Ecuador a un arbitraje ante un Tribunal CIADI.
61. Invocando el artículo 25(4) del Convenio CIADI, Ecuador argumenta que, antes de que la Demandante expresara su voluntad de iniciar un arbitraje ante el CIADI, el 29 de febrero de 2008, Ecuador había notificado a esa institución, el 4 de diciembre del 2007, que no daría su consentimiento para someter a arbitraje la clase de controversias dentro de las cuales están incluidas la demanda de Murphy International⁴⁴. Ecuador sostiene que el Tribunal debe respetar el derecho soberano de esa República, fundado en el artículo 25(4) del Convenio, de retirar su consentimiento al arbitraje de cierta clase de demandas⁴⁵.
62. Por su parte, la Demandante sostiene que la notificación del Ecuador fechada 4 de diciembre de 2007, basada en el artículo 25(4) del Convenio,

⁴³ Ídem, ¶ 197.

⁴⁴ Memorial de Objeciones a la Jurisdicción de la Demandada, ¶ 37.

⁴⁵ Ídem, ¶ 41.

no excluye la jurisdicción de este Tribunal para pronunciarse sobre la presente demanda.

63. Para Murphy International, las argumentaciones esgrimidas por la Demandada en su objeción a la jurisdicción relativas a los alcances del artículo 25(4) del Convenio, ignoran la naturaleza y el significado de las notificaciones hechas conforme a dicho artículo y el hecho de que un Estado no puede modificar unilateralmente los compromisos contraídos en un Tratado⁴⁶.

64. El Tribunal, al analizar las posiciones de las partes respecto a esta objeción deberá evaluar los efectos de la notificación de Ecuador de fecha 4 de diciembre de 2007, a la luz del artículo 25(4) del Convenio CIADI.

65. El citado artículo 25(4) prescribe:

“Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior”.

66. La Demandante sostiene que las notificaciones realizadas de conformidad con el artículo 25(4) del Convenio tienen fines puramente informativos pues ese artículo no les brinda a los Estados la facultad de enmendar las obligaciones contraídas por ellos conforme al Convenio CIADI o a cualquier otro tratado⁴⁷.

67. Para Ecuador, cualquier interpretación del artículo 25(4) que circunscriba los efectos de las notificaciones que se hagan conforme a ese artículo a ser

⁴⁶ Ídem, ¶ 20.

⁴⁷ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de la Demandante, ¶ 22.

meramente informativas, privaría a dichas notificaciones de todo impacto práctico y negaría la eficacia de las limitaciones y restricciones que ese Estado está autorizado a realizar en cualquier momento a la jurisdicción del CIADI "...que puede ya haber aceptado en principio o consideraría aceptar"⁴⁸. Ecuador cita como sustento de su posición lo resuelto por tribunales del CIADI en los casos CSOB c. República Eslovaca,⁴⁹ Fedax c. Venezuela⁵⁰, CAA y CGE c. Argentina⁵¹.

68. En cuanto a los precedentes citados por la Demandada como fundamento de los efectos limitativos de las notificaciones hechas conforme al artículo 25(4), Murphy International argumenta que en ninguno de esos casos los Tribunales llegaron a conclusiones sobre las consecuencias de una notificación regida por el artículo 25(4) de la Convención⁵². La Demandante concluye que los precedentes citados por Ecuador no ofrecen ninguna información sobre los verdaderos efectos de esas notificaciones.
69. El Tribunal, al interpretar los alcances del artículo 25(4) del Convenio, se limitará a determinar si las notificaciones efectuadas con base en ese texto pueden revocar el consentimiento otorgado previamente por el Estado notificante. En este contexto, el Tribunal entiende que los precedentes citados por la Demandada no se refieren expresamente a la revocación de consentimientos previos y, por lo tanto, no aportan evidencia de la existencia del alegado derecho de revocación de un consentimiento previamente otorgado.

⁴⁸ Opinión experta del Profesor Lalive, ¶ 43, RE 1, presentada por Ecuador con su Memorial de Objeciones a la Jurisdicción.

⁴⁹ Memorial de Objeciones a la Jurisdicción de la Demandada, ¶ 44.

⁵⁰ Ídem, ¶ 45.

⁵¹ Ídem, ¶ 46.

⁵² Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de la Demandante, ¶ 30.

70. Murphy International cita la decisión sobre jurisdicción dictada en el caso Tza Yap Shum c. Perú⁵³ para argumentar que el mismo artículo 25(4) aclara que las notificaciones hechas conforme a ese texto no limitan el consentimiento de las partes al Convenio CIADI. También cita la decisión sobre jurisdicción promulgada en el caso PSEG contra Turquía para afirmar que una notificación hecha según el Artículo 25(4) no puede revocar el consentimiento otorgado en el TBI. Concluye que el Tribunal rechazó el argumento de Turquía de que una notificación hecha con base en el artículo 25(4) pudiera afectar el alcance de su consentimiento dado previamente, conforme al Convenio del CIADI o al TBI⁵⁴.
71. Teniendo en cuenta la regla general referente a interpretación de los tratados contenida en el artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, el Tribunal estima que el texto del artículo 25(4) es claro y no da lugar a ambigüedades. Tampoco permite, al interpretar de buena fe sus términos, dentro de su contexto y teniendo en cuenta el objeto y el fin del Convenio, llegar a un resultado que haga necesario acudir a medios de interpretación complementarios, de conformidad con el artículo 32 de esa Convención.
72. A juicio del Tribunal, el artículo 25(4) del Convenio les permite a los Estados Contratantes notificar al Centro la clase de diferencias que aceptarían someter, *en el futuro*, a su jurisdicción. Esa notificación se podría formular en cualquier momento, por medio de una declaración unilateral dirigida al Centro y el Secretario General debería transmitirla inmediatamente a todos los Estados Contratantes. Sin embargo, a juicio del Tribunal, el efecto de las notificaciones realizadas según el artículo 25(4) es el de informar a las demás partes contratantes la clase o clases de diferencias que el Estado notificante aceptaría someter, *en el futuro*, a la jurisdicción del Centro. El

⁵³ Ídem, cita al pie de página número 45, ¶ 37.

⁵⁴ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de la Demandante, ¶ 39.

mismo texto aclara que esa notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) del artículo 25.

73. Para el Tribunal, una notificación hecha conforme al artículo 25(4) del Convenio CIADI no puede modificar unilateralmente el consentimiento dado en otro tratado. El consentimiento del Estado en el presente caso está plasmado en un tratado celebrado entre dos Estados soberanos (el TBI entre Ecuador y los Estados Unidos de América), que genera derechos a favor de los inversores de uno y otro Estado. El principio de *pacta sunt servanda* exige la observancia de buena fe de todas las obligaciones contenidas en el TBI. En este sentido, el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados bajo el título "*Pacta sunt servanda*", prescribe que "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe".
74. Ecuador también argumenta que el Tribunal carece de jurisdicción si no existe el consentimiento de las dos partes. Para Ecuador, el consentimiento al arbitraje no queda perfeccionado hasta que ambas han dado su consentimiento⁵⁵. En este contexto, sostiene que el consentimiento que no puede retirarse unilateralmente es el recíproco que resulta de una coincidencia de voluntades del Estado y del inversionista⁵⁶.
75. Según la Demandada, desde que presentó su notificación al CIADI, el 4 de diciembre del 2007, de conformidad con el artículo 25(4), excluyó la posibilidad de que se perfeccionara un consentimiento mutuo respecto a controversias como las planteadas por Murphy International. Por lo tanto, Ecuador concluye que cuando hizo esa notificación no estaba retirando un consentimiento que, en los hechos, no se había perfeccionado.
76. La Demandante sostiene que el consentimiento de Ecuador para someterse a la jurisdicción del CIADI fue expresado en el artículo VI del TBI y que dicho

⁵⁵ Memorial de Objeciones a la Jurisdicción de la Demandada, ¶¶ 59, 60.

⁵⁶ Ídem, ¶ 56.

consentimiento no puede ser retirado unilateralmente por esa Nación, que es parte del Convenio CIADI y del TBI.

77. El artículo VI(4) del TBI prescribe:

“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 la sociedad, según el párrafo 3. Ese consentimiento, junto con el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, cuando se da conforme al párrafo 3, cumplirá el requisito de:

a) Un “consentimiento por escrito” de las partes en la diferencia a efectos del Capítulo II de la Convención del CIADI (Jurisdicción del Centro)...”.

78. Para Ecuador, la opción del arbitraje CIADI en virtud del TBI funciona solamente dentro de los límites establecidos en el Convenio CIADI⁵⁷. En consecuencia, sostiene que al aceptarse los términos del TBI e incluir la opción de la jurisdicción del CIADI, ambas Partes retuvieron su derecho de actuar conforme al artículo 25(4) para limitar la disponibilidad de su consentimiento⁵⁸.

79. La Demandante alega que la notificación hecha por Ecuador conforme al artículo 25(4) no tiene ninguna consecuencia sobre el alcance de la oferta de consentimiento efectuada por esa Nación en el TBI. Según ella, la sola oferta de consentimiento incluida en un TBI es suficiente para el sometimiento a la jurisdicción del CIADI.

80. El Tribunal considera que la oferta de consentimiento a la jurisdicción arbitral del CIADI efectuada por los Estados signatarios de tratados bilaterales de

⁵⁷ Ídem, ¶ 51.

⁵⁸ Ídem, ¶ 50.

inversión no puede ser revocada ni retirada sino por los mecanismos expresamente acordados por las partes. Las notificaciones hechas conforme al artículo 25(4) del Convenio únicamente son idóneas para alterar esos mecanismos para el futuro y en ausencia de otro instrumento jurídico como el TBI que los hace obligatorios.

81. El Tribunal, después de analizar los alcances del artículo 25(4) pasa a evaluar los efectos de la notificación de Ecuador al CIADI fechada 4 de diciembre de 2007.

82. La citada notificación de Ecuador expresa:

“La República del Ecuador no consentirá en someter a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), las diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros. Todo instrumento contentivo de la voluntad previamente expresada por la República del Ecuador en someter esta clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, que no se haya perfeccionado mediante el expreso y explícito consentimiento de la otra parte previa la fecha de presentación de esta notificación, es retirado por la República del Ecuador, con eficacia inmediata a partir de esta fecha”.

83. Para la Demandante la primera oración de la antedicha notificación no ofrece mayores inconvenientes. En cambio, argumenta que la segunda oración intenta convertir en ineficaz la oferta de consentimiento al arbitraje CIADI hecha conforme al TBI.

84. A juicio del Tribunal, la primera oración de la notificación de Ecuador se encuadra dentro del contexto general del artículo 25(4) del Convenio. En cuanto al contenido de la segunda oración, el Tribunal considera que la

Demandada pretende lograr mediante ella ciertos efectos jurídicos no permitidos por ese artículo.

85. La Demandante argumenta que la notificación del Ecuador no es un medio idóneo para lograr la terminación válida del TBI y de las obligaciones adquiridas en él por Ecuador⁵⁹.
86. A juicio del Tribunal, el retiro, la terminación o la enmienda del TBI deben regirse por las normas de ese Tratado y, supletoriamente, por el Derecho Internacional general, codificado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, el artículo 54 de la Convención de Viena dispone que “La terminación de un tratado o el retiro de una Parte podrán tener lugar: a) Conforme a las disposiciones del tratado; o b) En cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados Contratantes”. En cuanto a la enmienda de un Tratado, el artículo 39 de la Convención de Viena establece que “Un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las Partes...”. Por su lado, el artículo XII.2 del TBI expresa que “Cualquiera de las Partes podrá denunciar el presente Tratado al concluir el período inicial de diez años, o en cualquier momento posterior, mediante notificación por escrito a la otra Parte con un año de antelación”.
87. El Tribunal coincide con la Demandante⁶⁰ en que ni el Convenio del CIADI ni el TBI permiten a las partes retirarse de su aplicación con efecto inmediato. Consecuentemente, Ecuador no está facultado para modificar unilateralmente ninguno de esos tratados con efecto inmediato. Asimismo, el Tribunal considera que por no existir acuerdo entre las partes, no es posible dejar sin efecto las obligaciones emanadas de un Tratado para el retiro, la terminación o la modificación unilateral de ese instrumento.

⁵⁹ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de la Demandante, ¶ 50 y la Opinión del profesor Schreuer citado en ese párrafo.

⁶⁰ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de la Demandante, ¶ 52.

88. El Tribunal concluye que Ecuador pretende desconocer los alcances y efectos hacia el futuro que tiene la segunda oración de su notificación de diciembre del 2007, ignorar la irrevocabilidad de su consentimiento al arbitraje CIADI otorgado en el TBI y violentar las normas aplicables al retiro y a la modificación de las obligaciones contraídas por esa Nación, tanto en el TBI como en el Convenio CIADI.
89. Por los motivos expresados, el Tribunal rechaza la objeción sobre la falta de jurisdicción alegada por Ecuador fundada en su notificación del 4 de diciembre de 2007, referente a su consentimiento para someterse al arbitraje del CIADI.

2. Consultas y negociaciones previas; “período de enfriamiento” (tercera y cuarta objeción de Ecuador a la competencia del Tribunal)

90. Las objeciones de la República del Ecuador a la competencia del Tribunal, contenidas en los párrafos 85 a 119 de su memorial del 15 de agosto del 2009, pueden resumirse de la siguiente manera:
 - a) El artículo VI(3) del TBI exige que cuando se presente una diferencia, las partes deben intentar resolverla por medio de consultas y negociaciones, durante un período de seis meses, antes de que puedan presentar su Solicitud de Arbitraje al CIADI.
 - b) Únicamente si resultare imposible llegar a un acuerdo durante ese período de seis meses, puede una de las partes acudir al arbitraje; Murphy International no demostró que tal imposibilidad existiera.
 - c) Las negociaciones que llevó a cabo Repsol con funcionarios del Gobierno del Ecuador no satisfacen la obligación de negociar a la que estaba obligada Murphy International.

91. La Demandante discrepa de la posición de Ecuador, sostiene que Murphy International cumplió con el período de espera previsto en el Artículo VI(3)(a) del TBI y afirma, en síntesis, que:
- a) La controversia surgió en abril del 2006, cuando el Gobierno de la República del Ecuador sancionó la Ley 42 y la normativa posterior referente a la misma materia⁶¹.
 - b) Murphy International, por medio de Repsol, la operadora del Consorcio, participó en varias reuniones, con funcionarios del Gobierno de Ecuador, para tratar de resolver, por medio de negociaciones, el conflicto originado con la promulgación de la Ley 42 y la otra normativa relacionada con esa ley⁶².
 - c) Cualquier negociación que Murphy International hubiera intentado con Ecuador habría resultado inútil⁶³.
 - d) Las "...disposiciones que establecen un período de tiempo para la consulta y la negociación son procesales por naturaleza y por tanto no constituyen un impedimento jurisdiccional para este Tribunal".⁶⁴
92. Seguidamente, el Tribunal analizará las posiciones de las partes en cuanto al surgimiento de la controversia; la existencia de negociaciones previas; la inutilidad de las negociaciones y la naturaleza del plazo de espera de seis meses.

⁶¹ Notificación de Murphy al Gobierno de Ecuador, del 29 de febrero del 2008, CEX-10.

⁶² Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de la Demandante, ¶ 111

⁶³ Ídem, ¶ 117.

⁶⁴ Ídem, ¶ 100.

A. *Surgimiento de la controversia*

93. Ecuador sostiene que Murphy International notificó a la República del Ecuador, mediante carta fechada 29 de febrero del 2008, que tenía un reclamo contra esa República originado en una inversión hecha según el TBI. A partir de esa notificación, Ecuador tomó conocimiento de la existencia de una controversia fundada en el TBI. En consecuencia, como Murphy International presentó el 3 de marzo del mismo año su Solicitud de Arbitraje ante el CIADI, esa compañía incumplió el período obligatorio de espera de seis meses requerido por el artículo VI del TBI.
94. Por su parte, la Demandante sostiene que la controversia surgió en abril del 2006, cuando el Gobierno sancionó la ley 42 y, por lo tanto, el período de seis meses contados a partir de esa fecha se cumplió en setiembre del 2006⁶⁵. Según Murphy International, el período de espera se cuenta a partir de la fecha en la que Ecuador tuvo conocimiento de la controversia y no desde la fecha en la que formalizó su reclamo⁶⁶.
95. El artículo VI del TBI suscrito entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América dispone, en lo que interesa:

“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:

...

(b) A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convenido”.

⁶⁵ Memorial de contestación sobre Jurisdicción de la Demandante, ¶ 103; Notificación de Murphy International al Gobierno del Ecuador CEX-10

⁶⁶ Memorial de contestación sobre Jurisdicción de la Demandante, ¶ 104.

96. El párrafo 3(a) de ese mismo artículo establece:

“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...”.

97. Para el Tribunal, la exigencia de que transcurra un período de seis meses antes de que el interesado pueda acudir al CIADI tiene por objeto, según el texto del artículo VI citado, permitirle a las partes que, “mediante consultas y negociaciones” procuren resolver las diferencias que existen entre ellas. Algunos autores han llamado, adecuadamente, a ese lapso, un “período de enfriamiento”⁶⁷.

98. Las partes han discutido largamente sobre el significado de la expresión “desde la fecha en que surgió la diferencia” contenida en el párrafo 3(a) del artículo VI del TBI.

99. El Tribunal considera que el requisito de espera de seis meses contado “desde la fecha en que surgió la diferencia”, que señala el artículo VI(3)(a) del TBI comprende toda “diferencia en materia de inversión” según la definición del artículo VI(1) del TBI.

⁶⁷ Ver, entre otros, Lucy Reed, Jan Paulsson, Nigel Blackaby citados por la Demandada en el documento presentado con el número RLA-36.

100. El artículo VI(1) del TBI establece que:

“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; c) una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión”.

101. El Tribunal coincide con lo expresado en la Decisión sobre Jurisdicción en el caso Burlington el cual, al referirse al artículo VI(1)c) del mismo TBI aplicable en el presente caso “... considera que el significado de “diferencia” en el Artículo VI(3)(a) remite a la definición de “diferencia en materia de inversión” del Artículo VI(1)(c). En efecto, el Artículo VI(1) define diferencia en materia de inversión “a efectos del presente Artículo [VI]”, del cual el párrafo 3 es sin duda una parte integrante”.⁶⁸

102. La Demandante fundamentó su solicitud de Arbitraje en la violación del TBI⁶⁹ y, por lo tanto, la diferencia que debe tomar en consideración el Tribunal, a efectos de precisar si se cumplió el plazo de seis meses desde la fecha en que surgió, es aquella “diferencia en materia de inversión” que se deba o sea pertinente a una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el Tratado con respecto a una inversión, de conformidad con el artículo VI(1)(c) del TBI.

103. El Tribunal estima que, para que surja una diferencia que permita acudir a un arbitraje de CIADI, de conformidad con el artículo VI del TBI, deberá existir

⁶⁸ *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/5), Decisión sobre Jurisdicción del 2 de junio de 2010, ¶ 334.

⁶⁹ Solicitud de Arbitraje, ¶ 9, sección III.

previamente un reclamo sobre una presunta violación del TBI. Las diferencias a las que se refiere el párrafo (1) de ese artículo surgen a partir del momento en que se alega una violación del Tratado. En consecuencia el período de espera de seis meses comienza a partir de la fecha de dicha alegación.

104. El Tribunal coincide con la Demandante en que el artículo VI no exige un requisito formal de notificación. Sin embargo, sin la previa alegación de una supuesta violación del Tratado no es posible que surja una controversia que permita acudir al arbitraje según el artículo VI del TBI. En este sentido, en la Decisión sobre Jurisdicción en el caso Burlington se expresa que "... en tanto y en cuanto no se alegue una supuesta violación del Tratado, no surgirá una diferencia que dé acceso a arbitraje bajo el Artículo VI..."⁷⁰.
105. El Tribunal entiende que es necesario que la Demandada haya tenido conocimiento de las alegaciones sobre presuntas violaciones al Tratado, a efectos de activar la posibilidad del arbitraje, de conformidad con el artículo VI del TBI. Para que eso ocurra según el Tratado, basta con que la Demandante le haya informado a su contraparte sobre las pretendidas violaciones del Tratado. Para el Tribunal, en este caso la Demandante no aportó evidencias que demuestren que Ecuador tuviera conocimiento de la existencia de una diferencia con Murphy International fundada en el TBI, con anterioridad al 28 de febrero de 2008.
106. La afirmación de la Demandante de que un representante del Gobierno de los Estados Unidos de América advirtió a Ecuador sobre la posible violación del TBI,⁷¹ a efectos de tener certeza de que esa Nación estaba informada del reclamo de Murphy International según el TBI, es irrelevante y, además, atenta contra el contenido del artículo 27 del Convenio CIADI.

⁷⁰ *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador. Decisión citada*, ¶ 335.

⁷¹ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de la Demandante, ¶ 110. Audiencia sobre Jurisdicción, Aguirre Luzi, p. 467; Línea 18 y ss.

107. El Tribunal considera que el período de espera de seis meses exigido por el artículo VI(3)(a) comienza una vez que se evidencia la existencia de un reclamo conforme al TBI. Es evidente que esa diferencia basada en una presunta violación del TBI debe ser de conocimiento de la parte Demandada, a efectos de iniciar efectivamente el cómputo del plazo de los seis meses.
108. Como el propósito del período de espera de seis meses es el de permitirles a los interesados resolver sus diferencias por medio de consultas y negociaciones, resulta obvio que para que ellos puedan comenzar esas negociaciones es indispensable que ambos sepan de la existencia de la disputa. Mientras eso no ocurra, las negociaciones no se pueden iniciar. Así lo explicó el laudo dictado en el caso de *Lauder contra la República Checa* que expresó:

“Sin embargo, el período de espera no corre desde la fecha en la que ocurrió el alegado incumplimiento sino desde la fecha en la cual se le avisó al Estado que ese incumplimiento ha ocurrido. Esto resulta del propósito del período de espera, que es el de permitirle a las partes celebrar negociaciones de buena fe antes de iniciar el arbitraje”⁷².

109. Es evidente que en este caso, debido a la forma en que procedió la Demandante al presentar su Solicitud de Registro ante el CIADI el 3 de marzo de 2008 (el primer día hábil después del aviso que le dio a Ecuador de que tenía un reclamo contra esa Nación), no hubo posibilidad de que las partes dispusieran de un período durante el cual pudieran tratar de llegar a un acuerdo amistoso para resolver sus diferencias.

⁷² *Ronald S. Lauder c. República Checa* (Caso CNUDMI), Laudo del 3 de setiembre del 2001, ¶ 185 (traducción del Tribunal).

B. La alegada existencia de consultas y negociaciones previas

110. El Tribunal pasará a continuación a analizar la posición de las Demandante de que las negociaciones entre Repsol y Ecuador satisfacen el requisito de consultas y negociaciones previas del artículo VI(2) del TBI.
111. La Demandada sostiene que la Demandante no puede basarse en las negociaciones llevadas a cabo entre Repsol y Ecuador para afirmar que en este caso, Murphy International cumplió con las obligaciones establecidas en el artículo VI(2) del TBI. La carta remitida por Repsol a Ecuador con fecha 12 de noviembre de 2007 no constituye un intento de Murphy International para negociar la controversia que Murphy International sometió al CIADI el 3 de marzo de 2008. Esa misiva se refiere a demandas de Repsol y del Consorcio, del que era miembro Murphy Ecuador y no Murphy International. La carta de Repsol a Ecuador se fundamenta en el TBI entre España y Ecuador y no en el TBI entre Estados Unidos y Ecuador, en el que se basa el reclamo de Murphy International.
112. La Demandante alega que Repsol, como operadora del Consorcio, había negociado con Ecuador en representación de todos los miembros del Consorcio, incluyendo a Murphy Ecuador. Sostiene que "...Murphy, a través de su subsidiaria Murphy Ecuador, y el operador del Consorcio, Repsol, impugnaron la aplicación de las medidas durante el tiempo que trabajaron con el Gobierno para negociar una resolución amigable..."⁷³.
113. La Demandante se refiere tanto a negociaciones anteriores a abril de 2006, cuando ella alega que surgió la controversia sometida al presente arbitraje, como a las negociaciones posteriores al 12 de noviembre del 2007, fecha de la carta que Repsol remitió al CIADI⁷⁴.

⁷³ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de la Demandante, ¶ 111.

⁷⁴ Ídem, nota número 164, ¶ 111.

114. En la citada carta del 12 de noviembre del 2007 Repsol le notificó a Ecuador la existencia de una controversia en materia de inversión y solicitó "...la apertura formal de un período de consultas, por un plazo máximo de seis meses, entre Ecuador y REPSOL, al objeto de intentar lograr mediante un acuerdo amistoso la satisfacción plena de las responsabilidades que, directa o indirectamente, corresponden al Estado Ecuatoriano con arreglo al Tratado..."⁷⁵.
115. De esta forma, para el Tribunal, Repsol como operadora del Consorcio, notificó oficialmente a la República del Ecuador, el surgimiento de una diferencia fundada en el TBI entre España y Ecuador, en la fecha de su reclamo, el 12 de noviembre de 2007.
116. En consecuencia el Tribunal entiende que las negociaciones y consultas celebradas entre Repsol, como Operadora del Consorcio por una parte, y Ecuador por la otra, anteriores al surgimiento de la controversia entre Murphy International y Ecuador, y hechas al amparo del Tratado entre España y Ecuador no se identifican ni pueden asimilarse con las negociaciones exigidas por el artículo VI(2) del TBI entre Estados Unidos de América y Ecuador.
117. Resta analizar sí las negociaciones que pudieron llevarse a cabo a partir del 12 de noviembre de 2007, entre Repsol y Ecuador, según el respectivo Tratado, pueden suplir las negociaciones exigidas a Murphy International y a Ecuador por el artículo VI del TBI, respecto a la controversia que Murphy International sometió al arbitraje CIADI, el 3 de marzo del 2008.
118. El Tribunal no tiene ninguna duda de que la promulgación de la Ley 42 y la normativa subsiguiente le causó conflictos a la República del Ecuador con las compañías petroleras extranjeras que operaban en su territorio (Repsol, Petrobas, Andes Petroleum, Perenco y Burlington). Algunas de esas controversias se resolvieron (o se están tratando de resolver), aunque sea de

⁷⁵ Solicitud de Arbitraje, prueba 3, ¶ 3

manera parcial, por medio de la negociación. En el caso de Murphy International si bien el Consorcio del que Murphy Ecuador formaba parte y del que Repsol era la operadora, participó en negociaciones con representantes del Gobierno del Ecuador, es lo cierto que el reclamo particular de Murphy International contra Ecuador, fundado en un TBI distinto de aquel en el que Repsol basó el suyo, surgió posteriormente.

119. Los tratados bilaterales de inversión y, en general, la normativa que regula al CIADI tienen el propósito de darle seguridad a los inversionistas de que sus inversiones estarán protegidas; de esa manera, se fomenta la inversión extranjera en los países y se ayuda a su desarrollo. En algunas oportunidades, los inversionistas extranjeros optan por constituir sociedades o sucursales en el país en el que realizarán sus inversiones (a veces para cumplir con una exigencia de la legislación del respectivo país). Podría surgir la discusión de si, en esos casos, la inversión pertenece a la sociedad extranjera o a la sociedad constituida en el país en el que se hizo la inversión. Por ello, para evitar cualquier duda de la intención de proteger esas inversiones, los diferentes TBIs disponen que las acciones de las sociedades pertenecientes a empresas extranjeras se consideran inversiones protegidas por los TBIs. Evidentemente, esa construcción normativa, que tiene un propósito definido, no puede llevar a desconocer en este caso el hecho de que Murphy Ecuador y Murphy International son dos personas jurídicas independientes. Murphy Ecuador Oil Company Ltd. es una sociedad constituida en Bermuda, que estableció una sucursal en Ecuador y cuyas acciones pertenecían a otra compañía llamada Canam Offshore Limited, constituida según la legislación de Bahamas, que pertenecía íntegramente a Murphy Exploration and Production Company International, constituida según las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de América. Independientemente de que, para los efectos de la protección que otorga el TBI, las acciones de Murphy Ecuador se considerasen una inversión de Murphy International, es lo cierto que se trata de sociedades distintas, constituidas de conformidad con las leyes de países diferentes.

120. De lo expuesto en el párrafo anterior queda claro que quien formaba parte del Consorcio que lideraba Repsol era Murphy Ecuador, la compañía de Bermuda, y no Murphy International, la sociedad de los Estados Unidos de América. En consecuencia, cualquier gestión que hubiera realizado Repsol, en representación del Consorcio, ante las autoridades ecuatorianas, la habría efectuado en nombre de las personas jurídicas que formaban el consorcio (en lo que nos interesa, Murphy Ecuador) y no en el de las dueñas de las acciones de las sociedades integrantes de ese Consorcio (en este caso, Canam y Murphy International).
121. Como ya se comentó y se repite para los efectos del desarrollo posterior, el 12 de noviembre del 2007 Repsol se dirigió a las autoridades de la República del Ecuador⁷⁶. De ese documento el Tribunal destaca lo siguiente:
- a) En el acápite número 1 Repsol afirma: Esta notificación se realiza “al amparo del artículo 11 del Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones ...”. A lo largo de esa misiva, Repsol, en forma reiterada, afirma que basa su reclamo en el TBI entre el Reino de España y la República del Ecuador.
 - b) En el segundo párrafo de ese acápite expresa “... debe entenderse que REPSOL actúa también aquí en lo que fuera necesario en su calidad de Operadora de la Contratista del Bloque 16 y, por tanto, en interés de los miembros del consorcio contratista y con su consentimiento”.
 - c) En el párrafo 3 de esa carta Repsol expresa, en lo que interesa, lo siguiente:

“El propósito de esta notificación es poner en conocimiento oficial de la República de Ecuador, a través de su Gobierno y autoridades, el tratamiento injusto y arbitrario que están

⁷⁶ Documento presentado por la Demandante en la Solicitud de Arbitraje como prueba 3.

recibiendo nuestras inversiones en Ecuador, así como solicitar la apertura formal de un período de consultas, por un plazo máximo de seis meses, entre Ecuador y REPSOL, al objeto de intentar lograr mediante un acuerdo amistoso la satisfacción plena de las responsabilidades que, directa o indirectamente, corresponden al Estado Ecuatoriano con arreglo al Tratado, respecto de las inversiones en dicho país de REPSOL”.

122. El propio 12 de noviembre del 2007, Repsol también se dirigió al CIADI para informarle que “... ha procedido en esta fecha a presentar notificación de controversias en materia de inversión ante el Gobierno de la República del Ecuador. En este acto REPSOL actúa en su propio nombre y en lo que fuere menester en su calidad de Operador de la Contratista”. Ratificó que fundaba su gestión en “...lo dispuesto en el artículo 11 del Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador para la Promoción y Protección de Recíproca de Inversiones...”⁷⁷.
123. En el segundo párrafo de la comunicación al CIADI, Repsol expresó si “... dichas controversias no pudieren ser resueltas mediante acuerdo amistoso, REPSOL someterá las mismas a arbitraje bajo la jurisdicción del CIADI al amparo de lo establecido en el artículo 11.2 del Tratado y/o del artículo 20.3 del Contrato de Participación”⁷⁸.
124. El 29 de febrero del 2008, Murphy International también se dirigió a las autoridades correspondientes de esa Nación con el objeto de notificarle “...al Gobierno de Ecuador (el “Gobierno”) el consentimiento escrito de Murphy para someter a la jurisdicción del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“CIADI”) ... la diferencia existente entre Murphy y el Gobierno que surge de violaciones al Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección

⁷⁷ Documento presentado por la Demandante en la Solicitud de Arbitraje como prueba 3.

⁷⁸ Ídem.

de Inversiones, firmado en Washington D.C. el 27 de agosto de 1993 (el “TBI”)⁷⁹. De esa comunicación interesa señalar lo siguiente:

- a) Murphy International basa su gestión en el Tratado celebrado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América (“TBI”).
- b) Murphy International cita expresamente el artículo VI(3) del TBI Ecuador –Estados Unidos y reconoce que “... una sociedad afectada puede someter la disputa ante el CIADI si han transcurrido seis meses desde la fecha en que la misma surgió”. Agregó que “Considerando que las objeciones y protestas a los actos y omisiones del Gobierno relacionados a las inversiones fueron hechas tanto por la subsidiaria de Murphy en el Ecuador como por los socios desde el 2001, y el fracaso en la resolución de estas diferencias, no obstante los continuos intentos para negociarlas desde entonces, no queda duda que más de seis meses han transcurrido desde que la disputa surgió”.

125. El 3 de marzo del 2008, Murphy International presentó al CIADI su solicitud de arbitraje. El párrafo 3 de ese texto expresa textualmente:

“Murphy es uno de los cuatro inversionistas en estos proyectos que también incluyen a Repsol YPF Ecuador S.A., Overseas Petroleum and Investment Corporation, y CRS Resources Ecuador LDC (llamados, en conjunto, los “inversionistas”) según el Acuerdo de Operación Conjunta del 7 de febrero de 1986 ...” “Repsol YPF Ecuador S.A. es la Operadora del Bloque 16, y como tal opera el Bloque 16 en nombre de todos los miembros del consorcio”⁸⁰.

126. Al comparar los documentos presentados por Repsol y por Murphy International se pone de manifiesto lo que se consigna en los dos párrafos siguientes:

⁷⁹ Documento presentado por la Demandante en la Solicitud de Arbitraje como prueba 2.

⁸⁰ Solicitud de Arbitraje, ¶ 3.

127. En los documentos presentados ante las autoridades del Ecuador y ante el CIADI, Repsol expresa que actúa "...en lo que fuere necesario en su calidad de Operadora de la Contratista del Bloque 16 y, por tanto, en interés de los miembros del consorcio contratista y con su consentimiento". Murphy International también reconoce ese hecho según lo dicho en el párrafo 124 anterior.
128. El 12 de noviembre del 2007 Repsol, (en su condición de Operadora de la Contratista, que incluía a Murphy Ecuador) planteó, ante la República del Ecuador y ante el CIADI, su reclamo. Menos de cuatro meses después, el 29 de febrero del 2008, Murphy International hizo una gestión similar ante las autoridades ecuatorianas y, tres días después, presentó su Solicitud de Arbitraje.
129. Es forzoso, pues, llegar a una de dos conclusiones: i) o el reclamo de Murphy International (dueña indirecta de Murphy Ecuador) estaba comprendido en el de Repsol, en cuyo caso Murphy International no podía reclamar nada posteriormente, o ii) se trataba de dos reclamos distintos. Si aceptamos la segunda, tendremos que concluir necesariamente que, antes de presentar su Solicitud de Arbitraje Murphy International debió intentar consultas y negociaciones con Ecuador y solo después de que hubieran transcurrido seis meses del inicio de esas gestiones podía haber acudido al arbitraje CIADI.
130. El Tribunal considera que el análisis contenido en los párrafos anteriores demuestra, fuera de toda duda, que tanto Murphy International como Repsol tenían plena consciencia de que debían acatar el plazo de seis meses fijado, respectivamente, en el artículo VI del Tratado Bilateral de Inversiones celebrado por Ecuador con los Estados Unidos de América y en el artículo XI(2) del tratado sobre la misma materia, suscrito por Ecuador y el Reino de España.
131. Para este Tribunal resulta obvio que las negociaciones y consultas llevadas a cabo por Repsol, como Operadora del Consorcio con Ecuador, no son las

negociaciones exigidas por el artículo VI(2) del TBI, para este caso. Las negociaciones y consultas de Repsol son anteriores al surgimiento de la controversia entre Murphy International y Ecuador. Además es evidente que las negociaciones y consultas que tuvieron lugar entre Repsol y Ecuador, según el TBI entre España y Ecuador difieren, en cuanto a los sujetos y al derecho aplicable, de la controversia entre Murphy International y Ecuador, que se rige por el TBI Estados Unidos de América-Ecuador.

132. Este Tribunal concluye entonces que el plazo de seis meses fijado en el artículo VI(3) del TBI es de acatamiento obligatorio y que, en las cartas citadas, tanto Repsol como Murphy International reconocen ese hecho. El Tribunal considera, además, que los reclamos de Repsol y de Murphy International son distintos y, consecuentemente que, los intentos de negociación realizados por Repsol a partir del 12 de noviembre de 2007 y desde antes no satisfacen la obligación que tenía Murphy International de cumplir con esa exigencia del TBI, antes de acudir al CIADI.
133. El Tribunal analizará a continuación las alegaciones de la Demandante relativas a la inutilidad de las negociaciones requeridas por el artículo VI del TBI, sobre la base del supuesto fracaso de las negociaciones llevadas a cabo por otras empresas.

C. La presunta inutilidad de las negociaciones

134. Murphy International afirma que cumplió con la exigencia prevista en el artículo VI del TBI de procurar resolver la diferencia que tenía con Ecuador mediante consultas y negociaciones y agrega que, aún en el caso de que no lo hubiera hecho, "... estaría excusado de hacerlo ya que las negociaciones con el Ecuador resultaban inútiles"⁸¹. En apoyo de su tesis, cita lo resuelto en varios laudos y la opinión del Profesor Schreuer⁸².

⁸¹ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de la Demandante, ¶ 117.

⁸² Christoph Schreuer, Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road, The Journal of World Investment & Trade, Vol. 5, No. 2, April 2004, (CLA-87).

135. A juicio del Tribunal, la obligación de negociar es una obligación de medio, no de resultado. Nadie está obligado a llegar a un acuerdo pero sí a intentarlo. Para determinar si unas negociaciones serán exitosas o no, lo primero que deben hacer las partes es iniciarlas. La obligación de consultas y negociaciones es de ambas partes y, es evidente que no tuvieron lugar en este caso ya que, según se ha dicho reiteradamente, Murphy International le remitió a Ecuador, el viernes 29 de febrero del 2008, una carta en la que le informaba que tenía un reclamo contra esa República basado en el TBI y el lunes 3 de marzo del mismo año presentó su Solicitud de Arbitraje ante el CIADI. Esa conducta de Murphy International de decidir, *a priori* y unilateralmente, que ni tan siquiera intentaría resolver sus diferencias con Ecuador mediante la negociación, constituye un incumplimiento grave de lo dispuesto en el artículo VI del TBI.
136. Lo sucedido con otras petroleras extranjeras tampoco sustenta la posición de Murphy International de que las negociaciones con Ecuador hubieran sido inconducentes, por la imposibilidad de llegar a un acuerdo. Por lo contrario, los hechos contradicen esa afirmación: en agosto del 2008, City Oriente llegó a un acuerdo con la República del Ecuador y retiró el reclamo que había presentado ante el CIADI; Petrobrás y Andes Petroleum también negociaron sus diferencias con Ecuador y suscribieron con esa República contratos distintos a los existentes. La misma Repsol, operadora del Consorcio del que Murphy Ecuador formó parte, alcanzó un acuerdo preliminar con la República del Ecuador, el 12 de marzo del 2009, y en palabras de Ecuador en su escrito de objeciones a la jurisdicción, "...el Consorcio y la República firmaron el previamente negociado Contrato Modificatorio el 12 de marzo de 2009, el mismo día de la venta de Murphy Ecuador a Repsol"⁸³.
137. También cita la Demandante en apoyo de su tesis (carta del 30 de abril de este año), el caso de Burlington Resources. Según Murphy International, esta compañía que sí cumplió estrictamente con la obligación de negociar

⁸³ Memorial de Objeciones a la Jurisdicción de la Demandada, ¶ 36

con Ecuador durante seis meses, antes de presentar su solicitud de arbitraje, no tuvo éxito en sus negociaciones. Basada en ese hecho afirma que si ella hubiera intentado negociar durante seis meses, tampoco habría logrado un resultado positivo y concluye que, por esa razón, estaba eximida de intentar esas negociaciones. A juicio del Tribunal esa argumentación es inaceptable: el hecho de que en circunstancias similares (el Tribunal no tiene elementos de juicio para saber si son idénticas), Burlington no haya sido exitosa en sus negociaciones con la República del Ecuador no significa, necesariamente, que Murphy International tampoco lo habría sido. En todo caso, el supuesto fracaso de las negociaciones de Burlington no autoriza a Murphy International a decidir, por sí y ante sí, que la autoriza a ella a ignorar la exigencia de procurar negociar durante seis meses antes de acudir al CIADI.

138. Es posible que Murphy International considerara inaceptables los arreglos a los que llegaron otras compañías petroleras con la República del Ecuador. Sin embargo, esa consideración subjetiva no puede fundamentar la conclusión general de que las negociaciones hubieran sido inútiles porque no había posibilidad de alcanzar un acuerdo con Ecuador.
139. Por lo antes expuesto, el Tribunal rechaza el argumento de la Demandante sobre la inutilidad de las negociaciones exigidas por el artículo VI del TBI, basado en el supuesto fracaso de otros intentos de negociación entre inversores y Ecuador.

D. La naturaleza del plazo de espera de seis meses

140. Murphy International afirma que "... el incumplimiento de un período de espera no constituye un impedimento para la jurisdicción"⁸⁴. Agrega que "[l]a mayoría de los tribunales de CIADI que tratan esta cuestión han adoptado la

⁸⁴ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de la Demandante, ¶ 129.

postura de que los períodos de espera constituyen requisitos procesales y no jurisdiccionales”⁸⁵.

141. La Demandante parece afirmar que los requisitos establecidos en algunas normas (los “jurisdiccionales”) son de una categoría tal que su incumplimiento conduce a la incompetencia del Tribunal que conoce la disputa. En cambio, los “requisitos procesales” pueden incumplirse sin que ese hecho tenga consecuencia alguna. El Tribunal no comparte este criterio.
142. Tampoco acepta el Tribunal las consecuencias que pretende derivar la Demandante de la diferencia entre los “requisitos procesales” y los “jurisdiccionales”. Según la concepción de Murphy International, los “requisitos procesales” son de una categoría inferior a los “jurisdiccionales” y, en consecuencia, su inobservancia no tiene consecuencias jurídicas. Es evidente que en la práctica forense eso no ocurre y que la falta de acatamiento de un requisito puramente procesal, como sería, por ejemplo, el término para apelar una sentencia, puede tener, para la parte omisa, consecuencias muy serias.
143. El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que contiene las reglas generales de interpretación dispone en su párrafo 1:

“Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya que atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.
144. De conformidad con ese texto, no es posible ignorar la existencia de las normas contenidas en el artículo VI del TBI referentes a la obligación que tienen las partes de intentar negociaciones para resolver sus diferencias y a la imposibilidad de acudir al CIADI, antes de que haya transcurrido un período de seis meses.

⁸⁵ Ídem, ¶ 130.

145. La interpretación que hace la Demandante del artículo VI del TBI simplemente ignora la existencia de las normas que obligan a las partes a realizar consultas y negociaciones para resolver sus diferencias (párrafo 2) y les impiden acudir al CIADI sin que hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia (párrafo 3).
146. La lectura que el Tribunal hace del párrafo 3 del artículo VI es que para que el inversionista (“la sociedad o el nacional interesado”) pueda pedir que su reclamo sea resuelto por un tribunal arbitral del CIADI, deben concurrir las siguientes dos circunstancias:
- a) que no hayan acudido a los tribunales o a algún procedimiento de solución de diferencia; y
 - b) que “... hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia”, durante los cuales el interesado haya intentado resolverla mediante consultas y negociaciones.
147. El Tribunal Arbitral en el caso *Lauder* consideró que el requisito de un período de espera de seis meses “... no es una disposición jurisdiccional, es decir, un límite a la autoridad del Tribunal Arbitral para decidir sobre el fondo del caso, sino una regla procesal que debe satisfacer la demandante...”⁸⁶. Lo que no define ese Tribunal es qué sucede si la demandante incumple esa obligación. Es contrario a las normas elementales de interpretación afirmar que, aunque es “una regla procesal que debe satisfacer la demandante”, su incumplimiento no produce consecuencia alguna. Esa manera de entender la obligación simplemente ignora el “objeto y el fin” de la norma, lo cual es contrario a lo dispuesto en el artículo 31 (1) de la Convención de Viena, antes mencionado.

⁸⁶ *Ronald S. Lauder c. República Checa* (Caso CNUDMI) , Laudo del 3 de setiembre del 2001, ¶ 187 (traducción del Tribunal).

148. Algo similar expresó el Tribunal que resolvió el caso SGS c. Pakistán⁸⁷ el cual dijo que "... los tribunales generalmente tendieron a tratar los períodos de consulta como etapas de naturaleza no obligatoria y procesal y no como obligatorias y jurisdiccionales". Tampoco puede este Tribunal estar de acuerdo con ese planteamiento el cual implica que, aunque exista una exigencia consagrada expresamente en un tratado, el inversionista pueda decidir si la acata o no, según le convenga.
149. A juicio de este Tribunal, la exigencia de que las partes deban procurar intentar resolver su controversia, mediante consultas y negociaciones, durante un período de seis meses, no es, como pretende la Demandante y han sostenido algunos tribunales arbitrales "una regla procesal" o una etapa "de naturaleza no obligatoria y procesal" que el interesado puede satisfacer o no. Por lo contrario, se trata de un requisito fundamental que debe cumplir, obligatoriamente, la parte Demandante, antes de presentar un arbitraje conforme a las normas del CIADI.
150. Así lo reconoció el Tribunal que resolvió los aspectos jurisdiccionales del arbitraje planteado por Burlington Resources Inc., el cual expresó:

"...al imponer a los inversores una obligación de expresar sus desacuerdos al menos con una antelación de seis meses a la sumisión a arbitraje de una controversia relativa a una inversión, el Tratado efectivamente le acuerda a los Estados receptores el derecho a ser informados de la controversia al menos seis meses antes de que sea sometida a arbitraje. El propósito de este derecho es conceder al Estado receptor la oportunidad de solucionar la controversia antes de que el inversor someta la controversia a arbitraje. En este caso, la Demandante privó al Estado receptor de esta oportunidad. Ello es suficiente para negar jurisdicción"⁸⁸.

⁸⁷ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c República de Pakistán* (Caso CIADI No. ARB/01/13), Decisión sobre jurisdicción del 6 de agosto del 2003, ¶ 184 (traducción del Tribunal).

⁸⁸ *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*. Decisión citada, ¶ 315.

151. Con el fin de “promover una mayor cooperación económica” y estimular “el flujo de capital privado y el desarrollo económico”, como se enuncia en el preámbulo del TBI, así como para crear una relación armoniosa entre los inversionistas y los Estados, los Gobiernos que suscribieron ese Tratado y los que firmaron otros similares consagraron la exigencia de un plazo de seis meses de negociaciones. El propósito de esa exigencia es que durante ese “período de enfriamiento”, las partes traten de resolver sus diferencias amigablemente, sin acudir a un proceso arbitral o judicial, el cual generalmente dificulta las relaciones comerciales futuras. No se trata pues de una intrascendente exigencia procesal sino de una pieza clave del engranaje consagrado en el TBI y en muchos otros tratados similares, que tiene el propósito de que las partes traten de resolver armoniosamente las disputas que pudieran presentarse, con motivo de la inversión hecha por una persona o sociedad de una Parte Contratante en el territorio de otro Estado.
152. En su Memorial de Objeciones a la Jurisdicción, Ecuador se refiere al caso *Enron c. Argentina*⁸⁹ en el cual, a pesar de que el Tribunal consideró que se había cumplido con el plazo de espera previsto en el Tratado Bilateral de Inversión celebrado por Argentina y los Estados Unidos de América (que prácticamente es idéntico al TBI Ecuador – Estados Unidos de América), se expresó:

“... el Tribunal desea señalar, en este sentido, que la conclusión alcanzada no se debe a que el período de seis meses de negociación pudiera ser un mero requisito de procedimiento de carácter no jurisdiccional, como han argumentado las Demandantes y afirmado otros tribunales. En opinión de este Tribunal, dicho

⁸⁹ Memorial de Objeciones a la Jurisdicción de la Demandada, ¶ 115.

requisito reviste, sin duda, carácter jurisdiccional. Su incumplimiento conduciría a que se determinara la falta de jurisdicción⁹⁰.

153. La Demandante minimiza la importancia de esa afirmación del Tribunal de Enron y la considera como una manifestación incidental. Este Tribunal no comparte ese criterio y estima, a diferencia de lo que opina Murphy International, que el tribunal del caso Enron quiso consagrar esa manifestación en su Decisión, aunque, por haberse cumplido en ese caso el período de espera, no era esencial para resolver el asunto de su competencia, precisamente por la importancia que le atribuyó a este tema.
154. El Tribunal del caso SGS c. Pakistán, antes citado afirmó que "...no parece compatible con la necesidad de tener procesos ordenados y eficientes en cuanto a los costos interrumpir el arbitraje en esta coyuntura y solicitar que la Demandante consulte primero con la Demandada antes de someter nuevamente sus reclamos fundados en el TBI ante este Tribunal"⁹¹. Ese mismo argumento lo esgrime la Demandante en su citada carta del 30 de abril del 2010. Ese criterio le parece totalmente inaceptable a este Tribunal: no se trata, de una simple formalidad, que permite presentar un arbitraje aunque no se haya cumplido con la espera de los seis meses, y si la otra parte lo objeta, retirarlo y volverlo a presentar. Es algo mucho más serio: un mecanismo esencial, consagrado en muchos tratados bilaterales de inversión, que obliga a las partes a hacer un genuino esfuerzo de negociación de buena fe, antes de acudir a la vía arbitral.
155. Por supuesto que este Tribunal no ignora que si ambas partes se aferran obstinadamente a sus posiciones, las posibilidades de que una negociación resulte exitosa podrían ser nulas. Sin embargo, es sabido que ha habido

⁹⁰ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P., c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/3), Decisión sobre jurisdicción del 14 de enero de 2004, ¶ 88.

⁹¹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c República de Pakistán* (Caso CIADI No. ARB/01/13), Decisión sobre jurisdicción del 6 de agosto del 2003, ¶ 184, (traducción del Tribunal).

muchísimos casos en los que partes con puntos de vista aparentemente irreconciliables en un inicio, lograron llegar a soluciones amistosas. Para saber si ello es posible, hay que intentarlo. Evidentemente, la forma en que Murphy International procedió en este asunto impidió siquiera que Ecuador y ella iniciaran las negociaciones a las que las obliga el TBI.

156. Por las razones expuestas, el Tribunal rechaza el argumento de la Demandante de que el período de espera de seis meses exigido por el artículo VI (3)(a) no constituye un requisito jurisdiccional.
157. Con fundamento en lo expresado anteriormente, el Tribunal llega a la conclusión de que Murphy International incumplió las exigencias del artículo VI del Tratado Bilateral de Inversiones celebrado por la República del Ecuador y los Estados Unidos de América; que esa omisión constituye un grave incumplimiento y que debido a ese incumplimiento, este Tribunal carece de competencia para conocer de este proceso.

3. Otras Excepciones sobre Jurisdicción

158. Aunque, en vista de lo resuelto, el asunto carece de interés, el Tribunal deja constancia de que, en su criterio, los demás cuestionamientos a la jurisdicción del Tribunal planteados por la República del Ecuador y que no han sido expresamente analizados en este laudo, no hubieran podido conocerse en esta etapa del proceso ya que, por su naturaleza, hubieran debido ser resueltos conjuntamente con el fondo del asunto.

4. Costas

159. El Tribunal reconoce que las circunstancias del conflicto objeto de este arbitraje, las cuales condujeron a la decisión que aquí se toma no eran claras al principio, por lo cual cada parte deberá pagar los honorarios y gastos en que haya incurrido para tramitar este asunto. Los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal Arbitral, y los derechos por la utilización del Centro serán cubiertos por mitades, por las partes.

160. El capítulo IV, apartes 1 y 3, del presente laudo y las decisiones que corresponden a estos en el párrafo 161, son adoptados unánimemente por los integrantes del Tribunal. El capítulo IV, apartes 2 y 4, y las decisiones correspondientes a ellos en el párrafo 161, se adoptan por mayoría, con la disidencia del Dr. Horacio A. Grigera Naón.

V. Decisión

161. Por las razones expuestas y con fundamento en las reglas 41 y 47 de las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, en el artículo 61(2) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados y en el artículo VI del Tratado Bilateral de Inversiones celebrado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América, el 27 de agosto de 1993, el Tribunal de Arbitraje resuelve:

- a) Por unanimidad, rechazar la excepción a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones planteada por la República del Ecuador, con fundamento en la declaración unilateral hecha por esa Nación, con base en el artículo 25(4) del Convenio CIADI.
- b) Por mayoría, acoger la excepción a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones interpuesta por la República del Ecuador, fundada en la inobservancia, por parte de la Demandante, del plazo de seis meses de consultas y negociaciones que establece el artículo VI del Tratado Bilateral de Inversiones celebrado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América, el 27 de agosto de 1993.
- c) Por mayoría, declarar que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones no tiene jurisdicción para tramitar

este asunto y que este Tribunal Arbitral carece de competencia para resolverlo.

- d) Por mayoría, declarar que las partes deberán cubrir, por mitades, los honorarios y gastos de los miembros de este Tribunal de Arbitraje y los derechos por la utilización del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.
- e) Por mayoría, declarar que cada parte pagará los honorarios de los abogados que la han asesorado y los gastos en que haya incurrido para la tramitación de este proceso arbitral.

Según la opinión disidente que se
adjunta.

[Firmado]

Dr. Raúl e. Vinuesa
Árbitro

Fecha: 7 de noviembre de 2010

[Firmado]

Dr. Horacio A. Grigera Naón
Árbitro

Fecha: 19 de noviembre de 2010

[Firmado]

Dr. Rodrigo Oreamuno Blanco
Presidente

Fecha: 16 de noviembre de 2010

Horacio A. Grigera Naón
Doctor en Derecho

Disidencia Parcial

En el

Arbitraje entre

Murphy Exploration and Production Company International

(en adelante "Murphy" o "Demandante")

Y

La República del Ecuador

(en adelante "Ecuador" o "Demandada")

(ambas partes colectivamente designadas "Partes")

Caso CIADI No. ARB/08/4

A. Preliminar

1. Debo apartarme del razonamiento y conclusiones del laudo emitido en estas actuaciones (el "Laudo") sólo y exclusivamente en cuanto en éste se niega la jurisdicción del Tribunal Arbitral basándose para ello en la ausencia de agotamiento del período de negociaciones previas o "período de enfriamiento" previsto en el Tratado Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América del 22 de abril de 1997 ("TBI").

2. Es indiscutido que a partir de septiembre de 2005¹ se iniciaron, con la anuencia del entonces Presidente del Ecuador, negociaciones entre las compañías petroleras extranjeras con operaciones en ese país y la empresa petrolera estatal Petroecuador en representación del Estado ecuatoriano motivadas por la intención del Ecuador de mejorar, atento al aumento del precio del petróleo, su participación económica en los contratos petroleros existentes con Petroecuador estructurados como *product sharing agreements* (los "Contratos Petroleros"), es decir, según una modalidad que le asignaba a cada una de las partes en tales contratos una cierta participación en el crudo extraído.

3. Es también indiscutido que Repsol S.A. ("Repsol") participó en tales negociaciones en cuanto se referían al Bloque 16 y al contrato del 27 de diciembre de 1996 entre Petroecuador en nombre del Estado

¹ *Ecuador Inmediato*, 21 de septiembre de 2005, CEX-48.

ecuatoriano y las contratistas suscriptoras del mismo (el “Contrato”)², que tales contratistas incluían a Murphy Ecuador Oil Company Ltd (“Murphy Ecuador”) entre las integrantes no-operadoras de la parte contratista, y que Repsol revestía la condición de operadora del área cubierta por el Contrato³.

4. Es igualmente indiscutido que Ecuador, insatisfecho con lo que Ecuador estimaba ser una resistencia de las petroleras a negociar al aferrarse a los Contratos Petroleros existentes de los que eran parte, puso fin a dichas negociaciones y promulgó la Ley 42 reformativa de la Ley de Hidrocarburos, publicada el 25 de abril de 2006 (la “Ley 42”), por la cual introdujo, unilateralmente, una participación del 50% a favor de Ecuador sobre la diferencia en más entre el precio promedio mensual efectivo de venta FOB del petróleo crudo ecuatoriano y el precio promedio mensual de venta de dicho crudo a la fecha de celebración de los Contratos Petroleros⁴.

B. La Diferencia Bajo el TBI y su Manifestación

5. Murphy afirma que en el momento indicado en el párrafo 4 precedente surge la diferencia bajo el TBI entre Ecuador y Murphy a partir de la cual debe computarse el plazo de seis meses previsto en el TBI para negociaciones entre las Partes, vencido el cual se abren las puertas para las instancias arbitrales, contempladas en el Artículo 6.3 del TBI; es decir, mucho antes de la fecha de iniciación del presente arbitraje por Murphy el 3 marzo de 2008 y de la carta del 29 de febrero de 2008 por la cual Murphy comunica a Ecuador su consentimiento para someter a la jurisdicción del CIADI la diferencia existente entre Murphy y Ecuador bajo el TBI descrita en dicha carta (la “Carta”). La Demandada afirma que recién conoció la existencia de reclamos de Murphy al recibir la Carta y que la disputa entre Murphy y Ecuador bajo el TBI no pudo originarse antes del 3 de marzo de 2008; es decir, antes de la iniciación del presente arbitraje por Murphy⁵. Implícita en tal afirmación de Ecuador es que recién en esta última fecha se habría suscitado una diferencia bajo el TBI entre Murphy y Ecuador.

6. Es generalmente admitido que la mera presencia de un conflicto de intereses de orden legal es suficiente para configurar la existencia de una diferencia o disputa. Así, la Corte Internacional de Justicia, en consonancia con su jurisprudencia anterior, ha decidido que:

² *El Comercio* del 22 de noviembre de 2005, Anexo A-1 referido en la Audiencia del 6 de abril de 2010.

³ La prueba, no contrastada por el Ecuador, revela que aún antes de la adopción de la Ley 42 hubieron negociaciones con las petroleras, incluida Repsol, en las cuales ésta actuó en el interés propio y el de los no-operadores, y que al fracasar dichas negociaciones, Ecuador adoptó dicha Ley (artículos periodísticos de fechas 21 de septiembre de 2005 (Ecuador Inmediato); 21 y 22 de noviembre de 2005 (El Comercio)), luego que el ministro de economía del Ecuador, Sr. Diego Borja, pusiera fin a las negociaciones (artículo periodístico de El Comercio del 2 de agosto de 2006) y anunciase que el Ecuador iba a ejercer su voluntad soberana al respecto.

⁴ Registro Oficial del 25 de abril de 2006, CEX-49.

⁵ Objeciones jurisdiccionales de Ecuador del 15 de agosto de 2009, no. 104, págs. 47-48.

“According to the consistent jurisdiction of the Court and the Permanent Court of International Justice, a dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests between parties [numerosas citas omitidas]. Moreover, for the purposes of verifying the existence of a legal dispute it falls to the Court to determine whether “the claim of one party is positively opposed by the other”⁶.

7. No cabe duda, pues, que la resistencia, de un lado, de las petroleras a aceptar cambios en lo que ellas entendían como sus derechos bajo los Contratos Petroleros vigentes y, de otro lado, la decisión de Ecuador de ejercer potestades soberanas para imponer a aquéllas, mediante la adopción de la Ley 42, un régimen de participación económica a favor del Estado Ecuatoriano que para las petroleras importaba una violación de tales derechos, constituye un conflicto de intereses con fuertes connotaciones jurídicas, frente al cual las partes involucradas mantienen posiciones radicalmente antagónicas; y que, por lo tanto, desde ese momento, el 25 de abril de 2006, brota o se suscita una diferencia calificable como tal bajo el derecho internacional.

8. En sus partes relevantes, el Artículo 6.2 y 6.3 a) del TBI reza como sigue:

(...)

“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:

(...)

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:”

(...)

9. El Artículo 6.2 y 6.3 a) del TBI – a diferencia de otros tratados similares, como por ejemplo el Acuerdo para la promoción y protección de inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador del 26 de junio de 1996 - no define cuando surge una diferencia en materia de inversiones ni impone o requiere que ésta sea alegada, planteada por escrito u otra forma o reclamada bajo alguna modalidad específica para constituirla, conocerla, formularla, manifestarla o para iniciar el proceso de

⁶ CIJ, *“Case concerning certain property (Liechtenstein v. Germany)”*, sentencia del 10 de febrero de 2005, no.24, pág. 16, (Preliminary Objections Judgment, ICJ Reports 2005, p. 6).

negociaciones previas o su continuación; y establece, en cambio, que el plazo de 6 meses comienza a correr a partir del momento del surgimiento de la diferencia.

10. El Artículo 6 del TBI se refiere exclusivamente a "*diferencias en materia de inversión*". Claramente, diferencias de orden u origen contractual pueden constituir al mismo tiempo diferencias bajo acuerdos de protección de la inversión extranjera relevantes para el caso⁷; y según sus planteos en este arbitraje, Murphy alega que la Ley 42, constituye, a la vez y simultáneamente, una violación del Contrato y del TBI⁸. A los efectos jurisdiccionales (que son los únicos a considerar en este estadio procesal), como lo ha reconocido continuada jurisprudencia, sólo cabe evaluar tales alegaciones *prima facie* y asumirlas por ciertas como presentadas, siempre que no exista, al evaluarlas, razón para entender que dichas alegaciones son inverosímiles, frívolas o temerarias⁹. Debe concluirse pues, a tales efectos, que la diferencia bajo el Contrato y bajo el TBI "surgió" o "brotó" en un mismo momento – es decir, el 25 de abril de 2006 - en relación con ambos.

11. Como lo decidió el *Ad-Hoc Committee* en el caso *Vivendi* al resolver una cuestión de jurisdicción, "*Read literally, the requirements for arbitral jurisdiction in [Article 8] do not necessitate that the Claimant allege a breach of the BIT itself: it is sufficient that the dispute relate to an investment made under the BIT*"¹⁰. El Artículo 8 del Tratado Argentina-Francia al cual se refiere la decisión del *Ad-Hoc Committee* concierne, precisamente en sus párrafos 1 y 2, a la diferencia a partir de la cual transcurre el plazo de seis meses para la solución negociada de dicha diferencia. Esta misma interpretación es la que corresponde en relación con el Artículo 6.2/6.3 a) del TBI, cuyo texto es claro, libre de ambigüedad, y debe ser entendido conforme a su sentido literal.

12. Indudablemente, la Ley 42 y los decretos que la sucedieron guardan relación con las inversiones y derechos de Murphy como inversor relativos al Contrato y a sus inversiones en el Ecuador en el Bloque 16 dentro de los alcances del TBI. El hecho, por ejemplo, que las notas de protesta emitidas por Repsol en su calidad de operadora relacionadas con la adopción o aplicación de dicha legislación¹¹ no hagan referencia específica al TBI no impide que dichas notas reflejen y manifiesten la existencia de una

⁷ Principio reafirmado recientemente en la decisión del *Ad hoc Committee* sobre anulación en el caso ICSID No. ARB/01/3 "*Enron Creditors Recovery Corp. Ponderosa Assets, L.P. vs The Argentine Republic*" no. 134, pág.54 (fecha de despacho a las Partes: 30 de Julio de 2010).

⁸ Memorial sobre el Fondo del 30 de abril de 2009, No. 298.

⁹ Laudo sobre jurisdicción en "*Amco Asia Corp. and others v. Indonesia*" del 25 de septiembre de 1983, 1 ICSID Reports no. 38, pág. 405 (1993). "*Methanex Corp vs United States*" (TLCAN), Primer Laudo Parcial sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 7 de agosto de 2002, no. 121, págs. 54-55, CLA-160.

¹⁰ ICSID Case ARB/97/3, no. 55, pág. 115 (*Annulment Decision*).

¹¹ Por ejemplo, nota de Repsol dirigida al Jefe de la Unidad de Administración de Contratos Petroleros de Petroecuador del 18 de octubre de 2007, donde se deja constancia de los pagos bajo protesta por parte de Repsol por cuenta del consorcio contratista a partir de abril de 2006 de sumas reclamadas bajo la ley 42 y decretos reglamentarios, CEX-057.

diferencia ya existente y planteada con anterioridad bajo el TBI a partir de la adopción misma de la Ley 42, la cual ya había desencadenado el plazo de seis meses de negociaciones previas.

13. Por consiguiente: (a) con fecha 25 de abril de 2006 la diferencia suscitada con la adopción de la Ley 42 quedó configurada y trabada, a la vez, como una diferencia bajo el Contrato y como una diferencia bajo el derecho internacional alcanzada por las disposiciones de tratados internacionales eventualmente aplicables en materia de protección de inversiones tales como, en el caso de Murphy, el TBI, al tratarse al mismo tiempo de una diferencia en materia de inversión extranjera; y (b) no es menester manifestar la existencia de dicha diferencia mediante notificación o configurarla como una violación del TBI o alegarla o plantearla bajo la forma de una reclamación bajo éste o de alguna otra manera para que comience a correr el plazo previsto en su Artículo 6.3 a).

14. No desmerece tales conclusiones el hecho que Repsol haya enviado al Ecuador, con el consentimiento y en el interés de quiénes eran entonces miembros de la parte contratista, la nota del 12 de noviembre de 2007 (la "Nota") con el objeto de indicar las violaciones bajo el Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones ya mencionado (el "Acuerdo") imputadas por Repsol al Ecuador y abrir el período de negociaciones como vía previa al acudimiento por Repsol al arbitraje internacional bajo el sistema del CIADI de conformidad con dicho Acuerdo. El envío de la Nota o su contenido nada tiene que ver con la satisfacción por Murphy de requerimientos bajo el TBI que hagan a sus reclamos individualmente considerados bajo cualquiera de sus Artículos, incluidos, sin limitarse a ello, el Artículo 6.2 y 6.3 a), ni con los derechos de ésta bajo el TBI.

15. La referencia en la demanda de arbitraje de Murphy del 3 de marzo de 2008 a la Nota lo fue al solo efecto de ilustrar las protestas de Murphy a través de la operadora Repsol por las medidas gubernamentales objeto de la demanda y acciones de Ecuador que, según Murphy, serían violatorias del TBI – es decir, como ilustración de la diferencia sobre la base de la cual Murphy interpone sus pretensiones bajo este último tratado¹² - lo que fue confirmado en la Audiencia por su representante legal¹³. Cabe destacar que la Nota también identifica a la adopción de la Ley 42 como fuente y momento de surgimiento de las controversias o diferencia invocadas bajo el Acuerdo, como también lo hace Murphy en este arbitraje en relación con la diferencia planteada por ella bajo el TBI¹⁴. Murphy de manera alguna dice o insinúa que la Nota – emitida respecto de un tratado distinto - constituya o intente constituir el momento a partir del cual habrá de transcurrir el plazo de seis meses bajo el

¹² Demanda de arbitraje del 3 de marzo de 2008, no. 37, pág.9: *"Since the enactment of the Government's measures adversely affecting its investment, Claimant, through its subsidiary and the Operator, has protested its application while working with the Government to negotiate an amicable resolution. This and the details of the Government's other actions in violation of the Treaty are outlined in two letters, both dated November 12, 2007, sent to the Government by the Block 16 Operator on behalf of the Claimant"*.

¹³ Audiencia, transcripción del 5 de abril de 2010, págs. 259-261.

¹⁴ Nota, No.13, pág.5: *"Estas medidas normativas, entre otras, constituyen una violación de las obligaciones de Ecuador bajo el Tratado..."*

Artículo 6.3 a) del TBI o manifestación de la existencia de la diferencia bajo dicho tratado. Ello está perfectamente explicitado en la Carta por la cual Murphy se somete a la jurisdicción del CIADI para arbitrar sus reclamos bajo el TBI contra Ecuador, donde de ninguna manera se hace hincapié en la Nota, y por el contrario se indica que transcurrieron seis meses desde que la diferencia surgió con la adopción de la Ley 42 sin haber sido resuelta de manera negociada (es decir, dicho plazo de seis meses expiró mucho antes de la fecha de la Nota¹⁵). Atento a ello, y a que la diferencia, como ya se ha indicado, se origina también en relación con Murphy con la adopción de la Ley 42, no es correcto afirmar que las negociaciones y consultas llevadas a cabo por Repsol como operadora sean anteriores en el tiempo al nacimiento de la diferencia.

16. La Nota parece encontrar explicación en el texto del Artículo XI (1) y (2) del Acuerdo, que distintamente del Artículo 6.2 del TBI, exige notificación expresa de la diferencia para manifestarla y detonar el plazo de negociaciones previas bajo el Acuerdo con el objetivo ulterior de habilitar a Repsol para acudir al arbitraje bajo el Acuerdo¹⁶. La adhesión de Murphy Ecuador a la Nota no precluye el derecho de Murphy de hacer valer separadamente sus derechos de inversor bajo un tratado distinto al Acuerdo, el TBI, ni, al hacerlo, de invocar un momento distinto para desencadenar el periodo de enfriamiento previsto en el TBI. Si el reclamo de Murphy objeto del presente arbitraje bajo el TBI se encuentra o no subsumido bajo el de Repsol al amparo del Acuerdo o no, es materia propia del fondo de estas actuaciones y no cabe ser dilucidada ahora, por lo cual la disyuntiva de si ello es así o no, no puede ser objeto de conjeturas en la presente etapa en la cual, como se ha dicho, en materia jurisdiccional habrá de estarse *prima facie* a las alegaciones de la Demandante.

17. Sea ello como fuere, lo que ocurre es que el presente caso tiene la particularidad de que los mismos hechos originan reclamaciones bajo diferentes tratados. Ello no excluye, sin embargo, la existencia de conductas relativas a tales hechos comunes a todos ellos; es decir, no susceptibles de ser visualizadas exclusivamente desde la perspectiva de uno solo de tales tratados. Ese carácter común tampoco autoriza a captar esas conductas bajo las disposiciones de un tratado con el resultado de privarlas de efectos o de significado autónomo bajo las disposiciones de otro. Por ejemplo, no corresponde atribuirle a la Nota el efecto de subsumir las negociaciones, consultas, notas y pagos bajo protesta de sumas

¹⁵ Nota del 29 de febrero del 2008 dirigida, entre otros, al Presidente del Ecuador, pág. 4: “Estas y otras medidas crean una “disputa en materia de inversión” entre Murphy y el Gobierno según el Artículo VI del TBI. El Artículo VI(3) prevé que una sociedad afectada puede someter la disputa ante el CIADI si han transcurrido seis meses desde la fecha en que la misma surgió. Considerando que las objeciones y protestas a los actos y omisiones del Gobierno relacionados a las inversiones fueron hechas tanto por la subsidiaria de Murphy en el Ecuador como por los socios desde 2001, y el fracaso en la resolución de esas diferencias, no obstante los continuos intentos para negociarlas desde entonces, no queda duda que más de seis meses han transcurrido desde que la disputa surgió”.

¹⁶ Boletín Oficial del Ecuador No. 8 del 10 de abril de 1998: “Artículo XI 1. Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversionista (Sic) de la otra Parte Contratante respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será notificada por escrito, incluyendo una información detallada, por el inversionista a la Parte Contratante receptora de la inversión. En la medida de lo posible las partes tratarán de arreglar esas diferencias mediante un acuerdo amistoso. 2. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar de la fecha de notificación escrita mencionada en el párrafo 1, será sometida a elección de inversionista ... [sigue mención de instancias arbitrales por las cuales puede optar el inversionista].

requeridas por Ecuador bajo la Ley 42 y decretos sucesivos efectuados por Repsol como operadora de la Contratista como conductas que guarden relación exclusiva con el Acuerdo o sólo de relevancia para éste, y no también respecto de Murphy según sus derechos bajo el TBI de conformidad con las disposiciones que le son propias. Tampoco corresponde asignarle a la Nota el efecto de neutralizar retroactivamente o hacia el futuro el significado que corresponda atribuir desde la perspectiva del TBI y de los derechos de Murphy bajo éste a tales actuaciones de Repsol como operadora para determinar la posición de Murphy respecto de la Ley 42 y decretos sucesivos o de dichas consultas o negociaciones, y la futilidad o no de los esfuerzos negociadores anteriores o posteriores a la Nota durante el período de enfriamiento bajo el TBI en la relación entre Murphy y Ecuador. Cabe destacar que las Partes no distinguen entre el período de negociaciones anterior y posterior a la Nota. Ecuador sólo traza una diferenciación entre la etapa de negociaciones que condujo a la suscripción del contrato modificatorio del Contrato el 12 de marzo de 2009 y las negociaciones que tuvieron lugar luego de dicha fecha¹⁷, sin distinguir entre negociaciones anteriores y posteriores a la Nota.

C. Las Partes en la Diferencia Bajo el TBI

18. La circunstancia que Repsol era la operadora bajo el Contrato actuando en representación de los restantes integrantes de la parte contratista (lo que no se encuentra en discusión) y, además, que Murphy Ecuador, controlada por Murphy, es parte de dicho Contrato, debería conducir a la conclusión que la referida diferencia, suscitada a partir de la adopción de la Ley 42, quedó planteada simultáneamente tanto en relación con Murphy Ecuador como con la misma Murphy. Sin embargo, el Laudo sugiere que en los intercambios con Petroecuador o con las autoridades ecuatorianas, la actuación de Repsol no se extendía a los derechos e intereses de quienes realizaron inversiones indirectas en el Bloque 16 bajo el Contrato y, por consiguiente, que la diferencia no quedó también planteada en relación con Murphy, dado que Murphy Ecuador, sociedad constituida de conformidad con las leyes de Bermuda, e indirectamente controlada por Murphy a través la sociedad de las Bahamas Canaam Offshore Ltd., no es parte del Contrato. No concuerdo con dicha posición.

19. Murphy Ecuador – no es materia controvertida que en la etapa relevante para el análisis estaba totalmente controlada de manera indirecta por Murphy¹⁸ – también estaba dirigida por Murphy y sujeta a las instrucciones de ésta en cuanto a las posiciones a adoptar en relación con los requerimientos de Ecuador bajo la Ley 42, las negociaciones del consorcio con Ecuador en relación con la adopción de ésta, y el pago o no de las sumas exigidas bajo la Ley 42, lo cual en realidad ha sido reconocido por el representante del Ecuador¹⁹. Por ende, la actuación de la operadora Repsol ante Ecuador tanto en el curso de las negociaciones como al plantear posiciones (como los pagos bajo protesta) referentes a la

¹⁷ Manifestación del representante del Ecuador en la Audiencia del día 5 de abril de 2010, pág. 273.

¹⁸ Audiencia, transcripción del 5 de abril de 2010, pág. 261.

¹⁹ Murphy International “...puso reparos [a las negociaciones con las autoridades ecuatorianas] e impidió un pronto acuerdo con el objetivo de apalancar su capacidad de negociación con Repsol...”, transcripción, día 5 de abril de 2010, pág. 61.

legitimidad de la Ley 42 refleja – mientras Murphy Ecuador permaneció bajo el control de Murphy – las posiciones de Murphy, aunque ni Murphy Ecuador ni Murphy hayan participado directamente en tales negociaciones o suscrito las cartas que evidencian el pago bajo protesta. En consecuencia, la diferencia suscitada a partir de la adopción de la Ley 42 en relación con el Contrato y sus partes también quedó automáticamente planteada en relación con Murphy, y no sólo respecto de Murphy Ecuador.

20. Como se ha destacado en un caso CIADI²⁰:

[11] *“...in general, ICSID tribunals do not accept the view that their competence is limited by formalities, and rather they rule on their competence based on a review of the circumstances surrounding the case, and, in particular, the actual relationship among the companies involved. This jurisprudence reveals the willingness of ICSID tribunals to refrain from making decisions on their competence based on formal appearances, and to base their decisions on a realistic assessment of the situation before them.*

[12] *It is for this reason that ICSID tribunals are more willing to work their way from subsidiary to the parent company rather than the other way round....”*

21. Este razonamiento, de relevancia para determinar quiénes son las partes involucradas o afectadas en la etapa previa de negociaciones que precede a la demanda arbitral, ha recibido confirmación reciente en el caso *Burlington*, también referido en parte a diferencias semejantes a las que originan este arbitraje, aunque concernientes a Bloques distintos ubicados en el Ecuador. En dicho caso, bajo circunstancias similares, se reconoció que atento a que la actuación de la operadora *Perenco* era imputable a la subsidiaria del inversor extranjero, dicha actuación no era tan sólo atribuible a dicha subsidiaria, sino que debía ser considerada realizada también en nombre del inversor demandante, aún cuando la subsidiaria que integraba la parte contratista estaba sólo controlada en un 50% por dicho inversor²¹.

D. La Futilidad de las Negociaciones

22. La prueba también revela la futilidad de negociaciones con visos de éxito entre las Partes debido a las posiciones firmemente antagónicas mantenidas por cada una de ellas luego de la adopción de la Ley 42, las que se siguieron manifestando a través del requerimiento de pago de sumas calculadas de acuerdo a la Ley 42 a partir del 6 de Julio de 2006 y los pagos bajo protesta de Repsol con dineros de las partes del Contrato. En la cartas donde Repsol formula tales protestas se deja constancia que éstas se basan en que los requerimientos de pago según la Ley 42 constituyen modificación unilateral de los Contratos Petroleros y vulneran así los derechos de la Contratista, noción esta última que incluye a Murphy Ecuador. Como ya se ha visto, al formular tales protestas, Repsol también estaba representando los intereses y la posición de Murphy, entonces controlante de Murphy Ecuador.

²⁰ *“Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L v. Democratic Republic of the Congo”, (ICSID Case No. ARB/98/7, laudo del 1 de septiembre de 2000), 17 FILI 382 (2002).*

²¹ ICSID Case No. ARB/08/05, *“Burlington Resources Inc. vs. Republic of Ecuador”,* laudo del 2 de junio de 2010, pág. 68, nos. 326-329.

23. La Ley 42 fue seguida del decreto reglamentario No. 662 promulgado el 18 de octubre de 2000, que eleva la participación de Ecuador bajo la Ley 42 del 50% al 99 %, lo que importó acentuar las ya marcadas diferencias entre la posición de Ecuador y la de Murphy al incrementarse sustancialmente mediante esta medida la contribución económica a favor del Ecuador que originó la diferencia.

24. De conformidad con las disposiciones del TBI (Artículo 6.2), también el Estado, no sólo la parte privada, debe procurar negociar. El TBI no identifica quién debe iniciar o estimular la negociación. Es un requerimiento dirigido igualmente a ambas partes.

25. La única apertura negociadora ofrecida por Ecuador luego de la adopción de dicho decreto reglamentario, según expresiones de su nuevo Presidente, Rafael Correa²², fue la transformación de los Contratos Petroleros en contratos de servicios; es decir, en acuerdos inspirados, según se deduce de las alegaciones en este caso, en una concepción jurídica y económica distinta del régimen instrumentado a través de los Contratos Petroleros. Más aún, el Presidente Correa había manifestado que la única opción negociadora posible era la de ese tipo de contrato, y que si ésta no era aceptada, la participación del 99 % prevista en el decreto reglamentario No. 662 para el Estado Ecuatoriano sería elevada al 100 %²³.

26. Las constancias de estas actuaciones muestran que antes y luego de la emisión de la Nota, y aún luego de la venta por Murphy de su participación en Murphy Ecuador, Ecuador, a través de manifestaciones del Presidente Correa, continuó mateniéndose férreamente en su posición de que la única opción negociadora que podía contemplarse era la transformación de los Contratos Petroleros en contratos de servicios²⁴. No es ocioso destacar que no hay constancias en estas actuaciones de que estas declaraciones del Presidente Correa, o las anteriormente citadas, hayan sido desmentidas oficialmente. Tampoco la Demandada ha cuestionado la veracidad o la autenticidad de las constancias aportadas por Murphy que reflejan tales declaraciones.

27. Murphy no aceptó – y no tenía obligación de aceptar - dicha opción, planteada por Ecuador, en términos sumamente terminantes y enérgicos, como la única que Ecuador estaba dispuesto a considerar como solución negociada de la diferencia entre las Partes, lo que finalmente condujo a la no suscripción por Murphy Ecuador del contrato modificatorio del Contrato ya mencionada (suscrito por Repsol el 12 de marzo de 2009), mediante el cual se establece un régimen de transición mientras proseguían negociaciones durante un año calendario (luego extendido en el tiempo, según información suministrada por Ecuador durante la Audiencia²⁵) que apuntan a la transformación del Contrato en un contrato de servicios.

28. Claramente, criterios tan radicalmente encontrados conspiran de manera decisiva en contra de alcanzar un posible acuerdo de voluntades entre Murphy y Ecuador conducente a negociaciones

²² Declaraciones recogidas por el diario El Universo del 23 de octubre de 2007, CEX-108.

²³ Declaraciones recogidas por el diario El Comercio, 6 de octubre de 2007, CEX-133.

²⁴ Declaraciones recogidas por el diario La Hora, 23 de abril de 2009, CEX-77.

²⁵ Transcripción de la Audiencia del 6 de abril de 2010, pág. 370.

fructíferas y evidencian elocuentemente la futilidad de todo esfuerzo negociador a lo largo y aún luego del plazo de seis meses previsto en el Artículo 6.3 a) del TBI, sin menester de pronunciarse acerca de si dicho plazo es de naturaleza procesal o jurisdiccional para arribar a tal conclusión. Ante tales circunstancias, sólo si se parte de la base que Murphy estaba obligada a aceptar la única opción negociadora formulada por Ecuador consistente en la transformación del Contrato en contrato de servicios, podría concluirse que proseguir el proceso negociador no sería fútil. Por cierto, tal hipótesis debe ser descartada, pues es incompatible con la idea de una negociación libre y sin condiciones establecidas de antemano.

29. El Artículo 6.2 del TBI no establece obligación de negociar, sino tan sólo la de “procurar” negociar (hacer esfuerzos), es decir, sólo traduce un compromiso de esforzarse para alcanzar una solución negociada. El TBI no impone un resultado positivo de la negociación, no establece un nivel mínimo de intentonas o esfuerzos a ser aplicados a dicho fin o para alcanzarlo, no prescribe intensidad alguna en su aplicación, ni tampoco obliga a prolongar la voluntad de negociar o el esfuerzo negociador por un plazo mínimo determinado.

30. Cabe contrastar el carácter suave de lo dispuesto en el Artículo 6.2 del TBI con el carácter terminante y perentorio del texto de su Artículo 6.3 a), que abre el derecho de acudir a la instancia arbitral de manera automática por el mero transcurso del plazo de seis meses a partir del surgimiento de la diferencia, sin referirse de manera alguna acerca de si el esfuerzo negociador fue adecuadamente emprendido o no, o de su cumplimiento. De conformidad con criterios adecuados de redacción de cláusulas para la solución de controversias en las que se contemplan, de manera combinada, un período de negociación previa seguido de instancia arbitral ulterior, el Artículo 6.3 a) del TBI establece una divisoria de aguas clara y precisa entre la etapa de negociación y la arbitral mediante la fijación de una fecha límite entre ambas, seguramente con el objeto de evitar demoras que pudieran suscitarse en razón de debates o posiciones contradictorias acerca de si efectivamente tales negociaciones fueron debidamente intentadas o tuvieron lugar o no, evitar retrasos indebidos ocasionados por disputas acerca de si la etapa de negociación previa fue o no cumplida, y minimizar así la posibilidad de que se interpongan objeciones jurisdiccionales en perjuicio del legítimo derecho de acceder a la justicia de quien persigue abrir la instancia arbitral para hacer valer sus derechos. Aún si hubiera dudas acerca de la futilidad de las negociaciones entre Murphy y el Ecuador, la presunción es que ante la ausencia de una solución negociada de las disputas entre las Partes y la expiración del plazo de seis meses previsto en el Artículo 6.3 a) del TBI, la etapa arbitral prevista en esa disposición quedó automáticamente abierta.

E. Conclusiones

31. De todo lo dicho corresponde entender que existió una diferencia directa entre Murphy y el Estado del Ecuador a los efectos del Artículo 6 del TBI a partir de la adopción de la Ley 42 por el Ecuador, y que todas las condiciones para que comenzase a correr el plazo de seis meses de negociaciones previas en relación con las pretensiones de Murphy de conformidad con dicho Artículo quedaron cumplidas desde ese momento. Atento a la fecha de promulgación de la Ley 42 (25 de abril de 2006), y en vista de que la demanda de arbitraje de Murphy fue presentada en el CIADI el 3 de marzo de 2008, es decir, mucho después de aquella fecha, el plazo para las negociaciones bajo el Artículo 6 del TBI ya había entonces

expirado y, de todas maneras, en virtud de las circunstancias del caso, tales negociaciones, los esfuerzos negociadores o su continuación ya habían demostrado su futilidad.

32. Sin perjuicio de tales consideraciones, parece difícil no advertir, dentro del marco de las particulares circunstancias específicas al presente caso, que forzar a Murphy, después de más de dos años y medio de arbitraje, a contemplar ahora una etapa negociadora de futuro incierto atento a la historia de la relación entre las Partes aquí relatada, pero con el desenlace altamente verosímil de que Murphy se verá obligada a reintroducir posteriormente la demanda instaurada en estas actuaciones en un nuevo procedimiento si quiere hacer valer los que estima ser sus derechos, no se compadece con un acceso razonablemente rápido y eficiente a las instancias arbitrales previstas en el TBI y enerva seriamente el derecho al acceso a la justicia arbitral de Murphy amparado bajo su Artículo 6.3.

33. Concluyo en rechazar la objeción jurisdiccional del Ecuador basada en el no agotamiento del período de negociaciones previsto en el Artículo 6 del TBI, con costas a cargo de la Demandada.

[Firmado]

Dr. Horacio A. Grigera Naón

Árbitro

Fecha: 19 de noviembre de 2010