

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

**NOBLE ENERGY, INC.
y
MACHALAPOWER CIA. LTDA.**

DEMANDANTES

C.

**LA REPÚBLICA DEL ECUADOR
y
CONSEJO NACIONAL DE ELECTRICIDAD**

DEMANDADAS

Caso CIADI No. ARB/05/12

DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN

Dictada por un tribunal de arbitraje constituido por:

Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Presidenta del Tribunal

Dr. Bernardo M. Cremades, Árbitro

Sr. Henri Alvarez, Árbitro

Sra. Natalí Sequeira, Secretaria del Tribunal de Arbitraje

5 de marzo de 2008

ÍNDICE

CUADRO DE ABREVIACIONES.....	5
I. HECHOS PERTINENTES EN MATERIA DE JURISDICCIÓN	6
1. Las partes	6
1.1 Las Demandantes.....	6
1.2 Las Demandadas.....	6
2. El proyecto y la diferencia.....	7
2.1 El Contrato de Concesión y el Contrato de Inversión	7
2.2 Origen de la presente diferencia.....	9
II. HISTORIA PROCESAL.....	11
1. Fase inicial.....	11
2. Fase de actuaciones escritas sobre la jurisdicción	14
3. La audiencia sobre la jurisdicción	15
III. POSICIONES DE LAS PARTES.....	16
1. La posición de las Demandadas.....	16
2. La posición de las Demandantes	17
IV. ANÁLISIS	18
1. Cuestiones introductorias.....	18
1.1 Objeción de procedimiento referente al alegato oral de las Demandadas	18
1.2 La pertinencia de decisiones o laudos anteriores del CIADI.....	19
1.3 Disposiciones pertinentes con respecto a la competencia del Tribunal.....	19
1.4 Derecho aplicable	24
1.5 Cuestiones que no son objeto de controversia.....	25
2. Excepciones relativas a las partes en el arbitraje	26
2.1 ¿Existe una diferencia entre un Estado Contratante y uno o más nacionales de otros Estados Contratantes a los efectos del Convenio del CIADI?	26
2.2 ¿Existe una diferencia entre un Estado Contratante y uno o más nacionales del otro Estado Contratante a los efectos del TBI?	27
2.2.1 Noble Energy	27
a) <i>Nacional de los Estados Unidos</i>	27

b)	<i>¿Noble Energy es un accionista a los efectos del TBI?</i>	27
(i)	<i>Posiciones de las partes</i>	27
(ii)	<i>Determinación del Tribunal</i>	29
2.2.2	MachalaPower	31
2.3	<i>¿Existe una diferencia entre las partes con respecto a las cláusulas contractuales de solución de diferencias?</i>	31
2.3.1	El Contrato de Inversión.....	31
a)	<i>¿Noble Energy ocupó el lugar de Samedan Oil Corporation?</i>	31
b)	<i>¿Puede Noble Energy invocar la cláusula de arbitraje contenida en el Contrato de Inversión?</i>	32
(i)	<i>Posiciones de las partes</i>	32
(ii)	<i>Determinación del Tribunal</i>	34
c)	<i>¿Puede MachalaPower invocar la cláusula de arbitraje contenida en el Contrato de Inversión?</i>	38
2.3.2	El Contrato de Concesión	39
2.3.3	Conclusión	39
3.	Excepciones relacionadas con la naturaleza de las diferencias	40
3.1	<i>¿Existe una diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión a los efectos del Convenio del CIADI?</i>	40
3.1.1	Diferencia de naturaleza jurídica.....	40
a)	<i>Posiciones de las partes</i>	40
b)	<i>Determinación del Tribunal</i>	40
3.1.2	Diferencia que surja directamente de una inversión	41
a)	<i>Posiciones de las partes</i>	41
b)	<i>Determinación del Tribunal</i>	42
(i)	<i>Noble Energy</i>	42
(ii)	<i>MachalaPower</i>	43
3.2	<i>¿Existe una diferencia a los efectos del TBI?</i>	43
3.2.1	<i>¿Existe una diferencia en materia de inversión a los efectos del TBI?</i>	44
3.2.2	<i>¿Los hechos alegados por Noble Energy, si se prueban, pueden constituir violaciones del TBI?</i>	45
a)	<i>Posiciones de las partes</i>	45
b)	<i>Determinación del Tribunal</i>	47
(i)	<i>Requisitos aplicables</i>	47
(ii)	<i>Supuestos incumplimientos</i>	48
(iii)	<i>Conclusión del Tribunal</i>	54
3.3	<i>¿Existe una diferencia surgida de los Contratos?</i>	54

3.3.1	Garantías de estabilidad legal, contractual y financiera contenidas en el Contrato de Concesión y en el Contrato de Inversión.....	55
3.3.2	Medidas discriminatorias y arbitrarias.....	56
3.3.3	Estándar del generador más favorecido o tratamiento de concesionario más favorecido.....	56
3.3.4	Expropiación	56
3.3.5	Conclusión	57
4.	Consentimiento al arbitraje.....	57
4.1	Consentimiento escrito	57
4.2	Alcance del consentimiento	59
4.2.1	¿Se consintió en la aplicación de un único procedimiento para resolver las tres diferencias?	59
	a) <i>Posiciones de las partes</i>	59
	b) <i>Determinación del Tribunal</i>	59
4.2.2	Supuestos daños y perjuicios sufridos por EDC	65
4.3	Otras condiciones relacionadas con el consentimiento	66
4.3.1	Condiciones previstas en el TBI.....	66
4.3.2	Condiciones previstas en los Contratos.....	66
5.	Excepción restante: Lugar e idioma del arbitraje.....	67
5.1	Posiciones de las partes	67
5.2	Determinación del Tribunal	68
6.	Costos.....	70
V.	DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN	71
VI.	RESOLUCIÓN PROCESAL	71

CUADRO DE ABREVIACIONES

Anexo R-	Pruebas documentales de las Demandadas
Anexo C-	Pruebas documentales de las Demandantes
Anexo RA C-	Pruebas documentales de las Demandantes presentados con la solicitud de arbitraje como complementos
AL Ddas.-	Autoridades legales citadas por las Demandadas
AL Dtes.-	Autoridades legales citadas por las Demandantes
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
Contrato de Concesión	Contrato de Concesión entre CONELEC y MachalaPower Cía. Ltda, fechado el 15 de octubre de 2001
Contrato de Inversión	Contrato de Inversión suscrito el 15 de octubre de 2001 por el Gobierno del Ecuador y Samedan Oil Corporation
Convenio del CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados
Dúplica Dtes.	Dúplica de las Demandantes sobre la jurisdicción, fechada el 2 de febrero de 2007
Mem. C. Dtes.	Memorial de contestación de las Demandantes sobre la jurisdicción, fechado el 13 de noviembre de 2006
Mem. Ddas.	Memorial de las Demandadas sobre la jurisdicción, fechado el 18 de septiembre de 2006
Mem. Dtes.	Memorial de las Demandantes sobre el fondo, fechado el 26 de junio de 2006
Reglas de Arbitraje	Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI
Réplica Ddas.	Réplica de las Demandadas sobre la jurisdicción, fechada el 2 de enero de 2007
Respuestas Dtes,	Respuestas de las Demandantes a las Preguntas de los Miembros del Tribunal de fecha 23 de marzo de 2007.
SdeA o Solicitud	Solicitud de Arbitraje del 15 de marzo de 2005
TBI	Tratado bilateral de inversiones; específicamente, Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones”, del 27 de agosto de 1993
Tr.	Transcripción original en inglés (traducida al español) de la audiencia sobre la jurisdicción.

I. HECHOS PERTINENTES EN MATERIA DE JURISDICCIÓN

1. En el presente capítulo se resumen los antecedentes de hecho del presente arbitraje, en la medida en que son necesarios para que el Tribunal se pronuncie sobre las excepciones a la jurisdicción opuestas por las Demandadas.

1. LAS PARTES

1.1 Las Demandantes

2. Las Demandantes son Noble Energy, Inc. ("Noble Energy") y MachalaPower Cía. Ltda. ("MachalaPower") (en lo sucesivo denominadas en su conjunto "las Demandantes").
3. Noble Energy es una compañía constituida y existente conforme a las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de América. Su domicilio está situado en 100 Glenborough Drive, Suite 100, Houston, Texas, 77067, Estados Unidos de América.
4. MachalaPower es una compañía constituida y existente conforme a las leyes de las Islas Caimán. Tiene una sucursal en Ecuador, con su lugar principal de operaciones en Ecuador en Av. 12 de Octubre N24-593 y calle Francisco Salazar, Edificio Plaza 2000, Piso 14, Casilla Postal 17-11-6520, Quito, Ecuador. Indirectamente es propiedad de Noble Energy.
5. Las Demandantes están representadas en este arbitraje por el Sr. R. Doak Bishop, el Sr. Roberto Aguirre-Luzi y la Sra. Isabel Fernández de la Cuesta, del estudio jurídico King & Spalding LLP, 1100 Louisiana Street, Suite 4000, Houston, Texas, 77002, Estados Unidos de América, así como por el Sr. Sebastián Pérez-Arteta y el Sr. Javier Robalino Orellana del estudio jurídico Pérez, Bustamante & Ponce, Av. República de El Salvador 1082, Quito, Ecuador.

1.2 Las Demandadas

6. Las Demandadas son la República del Ecuador ("Ecuador") y el Consejo Nacional de Electricidad ("CONELEC") (en lo sucesivo denominadas en su conjunto "las Demandadas").
7. Las Demandadas están representadas en este arbitraje por el Procurador General del Estado, Dr. Xavier Garaicoa. El CONELEC está representado por su Director Ejecutivo, Dr. Fernando Izquierdo y su Procurador Dr. Iván Armendariz. También

están representadas por la Dra. María Rosa Fabara Vera y el Dr. Diego Ramírez Mesec, del estudio jurídico Fabara & Compañía, Av. Diego de Almagro N30-118 y República, Quito, Ecuador y por el Sr. George von Mehren, el Sr. Kevin Levey y la Sra. Sarah Rathke, del estudio jurídico Squire, Sanders, & Dempsey LLP, 1201 Pennsylvania Avenue N.W., Washington D.C., 20044-0407, Estados Unidos de América.

2. EL PROYECTO Y LA DIFERENCIA

2.1 El Contrato de Concesión y el Contrato de Inversión

8. En 1996 el Gobierno ecuatoriano emprendió un programa de privatización de su sector eléctrico y emitió una serie de decretos y reglamentos, en particular el Decreto No. 754, a los que las Demandantes, en la Solicitud, denominaron en su conjunto la Ley de Electricidad.
9. Hasta 1996 el Instituto Ecuatoriano de Electrificación (“INECEL”) era propietario de todas las compañías de generación, transmisión y distribución. En virtud de la Ley de Electricidad, el INECEL fue disuelto y desmantelado, estableciéndose así 18 compañías de distribución, seis compañías de generación y una entidad de transmisión. La Ley de Electricidad creó el CONELEC, como el organismo regulador del sector eléctrico de Ecuador encargado de hacer cumplir las disposiciones de la Ley de Electricidad y de regular las tarifas de las compañías de generación, transmisión y distribución. Se autorizó asimismo al CONELEC para otorgar, en nombre de Ecuador, contratos de concesión de servicios públicos de electricidad a compañías de generación, distribución y transmisión. La Ley de Electricidad creó también el Centro Nacional de Control de Energía (“CENACE”), encargado de la gestión de las operaciones comerciales y físicas del mercado eléctrico mayorista.
10. MachalaPower es una compañía de generación termoeléctrica independiente. Conforme a la Ley de Electricidad, estaba autorizada para vender la electricidad que produce en el mercado ocasional y mediante contratos de compraventa de energía (PPAs). MachalaPower es indirectamente propiedad de Noble Energy. Noble Energy también es la propietaria indirecta de una compañía de petróleo y gas, EDC Ecuador Ltd. (“EDC”), que el 2 de julio de 1996 celebró un contrato de producción compartida con Petroecuador, la entidad estatal que opera en el sector petrolero.

11. El 15 de octubre de 2001 MachalaPower y el Gobierno ecuatoriano, representado por el CONELEC, firmaron un contrato de concesión (“el Contrato de Concesión”, Anexo C-3), para la construcción, instalación y operación de una planta de generación de energía eléctrica, el Proyecto de la Planta de MachalaPower. MachalaPower era en ese entonces una subsidiaria de Samedan Oil Corporation, compañía constituida en el Estado de Delaware y subsidiaria de entera propiedad de Noble Energy. Bajo el Contrato de Concesión MachalaPower estaba autorizada a generar electricidad y a ser propietaria de la electricidad que así generaba. También estaba autorizada a suministrar la electricidad generada al mercado eléctrico mayorista (“MEM”¹), creado por la Ley de Electricidad. La electricidad producida por las compañías generadoras de electricidad con menores costos era despachada primero. La Planta de MachalaPower inició la generación comercial de electricidad en septiembre de 2002. Las Fases II y III del Proyecto iban a ser completadas ulteriormente; a más tardar en marzo de 2011 en el caso de la Fase III. Según las Demandantes, la Planta es la planta térmica más eficiente en términos de costos que opera en Ecuador (con excepción de los generadores hidroeléctricos), ya que utiliza gas natural, en lugar de derivados de petróleo, que son más costosos.

12. El 15 de octubre de 2001, Samedan Oil Corporation y el Gobierno ecuatoriano suscribieron un contrato de inversión (“el Contrato de Inversión”, Anexo C-2), que debía otorgarse conjuntamente con el Contrato de Concesión, el cual se denomina para efectos del Contrato de Inversión como el Contrato Básico. El monto estimado de la inversión era de US\$228.200.000, el cual debía efectuarse durante el término del Contrato de Concesión, es decir en 31 años. Según la cláusula tercera del Contrato de Inversión, el objeto de este último consistía en “*establecer con claridad el tratamiento otorgado al Inversionista [Samedan] y a la Empresa Receptora [MachalaPower] con respecto de las garantías y seguridades generales y especiales que [habían de amparar] su Inversión*”. Conforme a la Cláusula 3.1 del Contrato de Inversión, el Estado garantizó la plena estabilidad jurídica del marco jurídico en vigor. Samedan Oil Corporation se fusionó con Noble Energy el 17 de diciembre de 2002 (Anexo C-201).

¹ Según las Demandantes, el MEM es un foro para el comercio de la electricidad. El suministro de energía para distribuidores y grandes consumidores se realiza a través del Mercado Ocasional (en que se paga a todos los generadores el precio uniforme del mercado ocasional que se fija por hora) y el Mercado a Plazo (al precio acordado según contratos de compraventa de energía (PPA)). En cambio, los consumidores finales adquieren electricidad a tarifas o precios determinados y aprobados por el CONELEC (Mem. Dtes., págs. 29-30).

13. En esta Decisión se dará el nombre conjunto de “Contratos” al Contrato de Concesión y al Contrato de Inversión.

2.2 Origen de la presente diferencia

14. Las Demandantes presentaron las siguientes diferencias ante el Tribunal: una diferencia entre Noble Energy y las Demandadas en el marco del tratado bilateral de inversiones Estados Unidos-Ecuador; una diferencia entre las Demandantes y las Demandadas en el marco del Contrato de Inversión, y una diferencia entre MachalaPower y las Demandadas en el marco del Contrato de Concesión.
15. Según las Demandantes, esas diferencias surgen de una serie de decretos, resoluciones, decisiones, políticas, prácticas, actos y omisiones de las Demandadas, en virtud de los cuales las Demandadas esencialmente violaron las obligaciones que ellas habían asumido respecto de las Demandantes al alterar los marcos económico, regulatorio, legal y contractual que habían sido especialmente diseñados para promover inversiones, y sobre las cuales las Demandantes se basaron para realizar su inversión en Ecuador (Mem. Dtes., párrafo 13). Las Demandantes invocan, particularmente los hechos que a continuación se mencionan.
16. Hasta septiembre de 2003, MachalaPower incluía el impuesto al valor agregado (“IVA”) pagado por sus compras de gas natural para su planta de energía en la declaración de costos que proporcionaba al CENACE. El CENACE luego incluía el IVA pagado por las compras de gas en la suma facturada a cada cliente, a prorrata. En septiembre de 2003 el CONELEC dictó la Resolución 09/03, conforme a la cual los generadores debían excluir el IVA aplicado a tales compras de sus costos de producción variables, modificando así la manera en que MachalaPower trataba el IVA que había pagado.
17. Las Demandantes alegan también que el Gobierno modificó el mecanismo de pago de facturas de MachalaPower, causando un extraordinario incremento de sus cuentas por cobrar impagas. Mediante Decreto No. 923 el Gobierno dispuso que el CENACE dejara de cobrar a las distribuidoras y de pagar a los generadores la electricidad vendida en el mercado ocasional. A partir de octubre de 2003 se impuso a MachalaPower la obligación de facturar y cobrar directamente a cada compañía de distribución. Las Demandantes sostienen que este cambio incrementó el riesgo de cobro que asumía MachalaPower. Las Demandantes aducen además

que el Decreto No. 923 modificó el sistema de fideicomisos² existente a través de la incorporación de un nuevo mecanismo de pago, llamado “método N-1”. Conforme al método N-1, cada mes los fideicomisos pagan por la electricidad vendida el mes anterior hasta que todos los fondos sean gastados, en el orden de prelación establecido por cada una de las compañías de distribución del Gobierno en los fideicomisos. En tanto que, según el sistema anterior, el CENACE pagaba primero las cuentas más antiguas, conforme al método N-1, ahora estaba gastando los fondos en un orden de prelación diferente, que según las Demandantes hacía prácticamente incobrables los montos que no se pagaran en su totalidad en determinado mes. Esta modificación supuestamente hizo que el saldo de las cuentas por cobrar de MachalaPower aumentara con extraordinaria celeridad, lo que impidió a la compañía seguir operando en forma sostenible.

18. Las Demandantes sostienen además que varios acuerdos celebrados entre Ecuador y Colombia dentro del contexto de la Comunidad Andina dieron lugar a la interconexión con Colombia, lo que permitió a las compañías de generación colombianas exportar energía a Ecuador, gozando de un tratamiento preferencial, lo que afectó desfavorablemente los negocios de MachalaPower.
19. Las Demandantes alegan finalmente que las Demandadas, en general se rehusaron a hacer cumplir el marco jurídico existente. No proporcionaron asistencia alguna a MachalaPower para que recuperara las cuentas por cobrar adeudadas por sus clientes, en contravención del compromiso supuestamente asumido por el Gobierno. Tampoco permitieron a MachalaPower ejercer su derecho a suspender el despacho de electricidad.
20. Además, en el período 2004-2005 el Gobierno dictó los Decretos No. 1539/2004 y No. 338/2005, que fijaron un precio artificialmente bajo, de US\$11 por barril, por el residuo de petróleo³ adquirido a Petroecuador para algunos de los generadores térmicos del Gobierno, otorgando así subsidios para los generadores térmicos propiedad del Estado. Al reducir el precio del residuo de petróleo el Gobierno

² Según alegan las Demandantes en el párrafo 88 de su Memorial sobre el fondo, un fideicomiso consiste en un mecanismo contractual para la administración del patrimonio de una persona (bienes y derechos), que se transfiere de manera irrevocable a un administrador regulado [CENACE], denominado fiduciario (“el Fiduciario”) que se encargará de administrar los fondos y de realizar los pagos necesarios de acuerdo con las instrucciones que se incluyan en el contrato o que le imparta el fideicomitente o constituyente (“el Fideicomitente”). El Fiduciario debe ser una institución financiera autorizada por el Gobierno y debe cumplir con requisitos legales estrictos a los fines de la transparencia en la administración del patrimonio afectado al fideicomiso. Con posterioridad, se formaliza el contrato ante un Notario Público, para garantizar que cumpla con las disposiciones que establece la ley y que entre en vigencia.

³ El residuo de petróleo es un tipo de combustible de baja calidad, en contraposición con el fuel oil o el gas natural.

permitió que algunos generadores sustituyeran el fuel oil —o el diésel— que eran más costosos, por una combinación de residuo de petróleo y diesel. MachalaPower, por otra parte, utiliza gas natural para generar electricidad (Mem. Dtes., párrafo 230). Según las Demandantes, la reducción del precio del residuo de petróleo hizo que la electricidad producida por los generadores de propiedad estatal fuera despachada antes que la de MachalaPower. Como consecuencia de ello, MachalaPower ahora despacha menos electricidad a precios más bajos.

21. Las Demandantes sostienen que como consecuencia de los hechos arriba referidos Ecuador incumplió sus obligaciones bajo el tratado, de no discriminar, de no expropiar sin indemnización y de conceder el trato nacional y de nación más favorecida. Las Demandantes alegan que estas medidas implicaron también la violación, por parte de Ecuador, del Contrato de Concesión y de la cláusula de estabilización del Contrato de Inversión, así como de otras disposiciones.

II. HISTORIA PROCESAL

1. FASE INICIAL

22. El 17 de marzo de 2005, las Demandantes presentaron al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI” o “el Centro”) una Solicitud de Arbitraje (“la solicitud” o “la SdA”) acompañada por 9 anexos (Anexos RA C-1 a 9). En la Solicitud, las Demandantes invocaron las disposiciones del Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, del 27 de agosto de 1993 (“el TBI”), que entró en vigor el 11 de mayo de 1997 (Anexo C-1). También invocaron la cláusula de arbitraje del CIADI contenida en la Cláusula 11(b) del Contrato de Inversión, y solicitaron la siguiente reparación:

1. La declaración de que Ecuador y el CONELEC habían violado el Tratado, el derecho internacional y el derecho ecuatoriano, así como incumplido con el Contrato de Inversión;
2. La declaración de que los actos y omisiones en cuestión son ilícitos, arbitrarios, discriminatorios, injustos y contrarios a la equidad; no han proporcionado el trato nacional ni el de nación más favorecida; constituyen una expropiación o medidas equivalentes a la expropiación sin pronta, adecuada y efectiva indemnización, y han alterado el marco jurídico, los derechos contractuales y el equilibrio económico del Contrato de Concesión, conforme a los cuales las Demandantes efectuaron sus inversiones en Ecuador;
3. La declaración de que Ecuador y el CONELEC deben adoptar todas las medidas apropiadas para cumplir las disposiciones del

Tratado, del Contrato de Inversión, del derecho internacional y del derecho ecuatoriano.

4. Se ordene una indemnización a favor de las Demandantes por todos los daños y perjuicios causados a su inversión.
5. El reembolso a las Demandantes de todas las costas y costos de este procedimiento, incluidos los honorarios de sus abogados. (Traducción al español del Tribunal)

23. El 11 de mayo de 2005 las Demandantes presentaron un escrito complementario a la Solicitud de Arbitraje para incluir el incumplimiento por parte de las Demandadas del Contrato de Concesión, e invocar la Cláusula 22.2.2 del Contrato de Concesión, que somete a arbitraje ante el CIADI toda diferencia de cualquier naturaleza, entre MachalaPower y CONELEC. El escrito complementario fue acompañado por 7 anexos (Anexos RA C-10 a 17), y contenía una solicitud de MachalaPower a fin de que se dictara *“un laudo que le concediera también a ella la siguiente reparación”*:

1. La declaración de que Ecuador y el CONELEC habían incumplido el Contrato de Concesión y violado el derecho ecuatoriano;
2. La declaración de que los actos y omisiones en cuestión son ilícitos, arbitrarios, discriminatorios, injustos y contrarios a la equidad, y que han alterado el marco jurídico, los derechos contractuales y el equilibrio económico del Contrato de Concesión, conforme al cual las Demandantes efectuaron sus inversiones en Ecuador;
3. La declaración de que Ecuador y el CONELEC deben adoptar todas las medidas apropiadas para cumplir las disposiciones del Contrato de Concesión y del derecho ecuatoriano;
4. Una indemnización a favor de MachalaPower por todos los daños y perjuicios causados a su inversión;
5. El reembolso a las Demandantes de todas las costas y costos de este procedimiento, incluidos los honorarios de sus abogados.

(Complemento a la Solicitud de Arbitraje, pág. 9) (Traducción al español del Tribunal)

24. El 22 de marzo de 2005 y el 11 de mayo de 2005 el Centro, de conformidad con la Regla 5 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (“las Reglas de Iniciación”) del CIADI, acusó recibo de la Solicitud y del escrito complementario y remitió a Ecuador una copia de los mismos.

25. El 29 de julio de 2005, el Secretario General del Centro registró la Solicitud de Arbitraje, según fuera complementada, según lo dispuesto por el Artículo 36(3) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“el Convenio del CIADI”). En la misma fecha, conforme a lo dispuesto en la Regla 7 de las Reglas de Iniciación, el Secretario General notificó a las partes el registro de la Solicitud según fuera complementada y las invitó a constituir cuanto a la brevedad posible un Tribunal de Arbitraje.

26. El 3 de octubre de 2005, no habiendo las partes llegado a un acuerdo, las Demandantes optaron por someter el arbitraje a un tribunal formado por tres árbitros, según lo previsto en el Artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI. El 11 de octubre de 2005, designaron al Sr. Henri Alvarez, nacional de Canadá. El 29 de noviembre de 2005, Ecuador designó al Dr. Bernardo M. Cremades, nacional del Reino de España. El 13 de diciembre de 2005 el CONELEC confirmó su aquiescencia con esta designación. Las partes convinieron en designar como Presidenta del Tribunal a la Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, de nacionalidad suiza.
27. El 4 de enero de 2006, el Secretario General Interino del CIADI, de conformidad con la Regla 6(1) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje) del CIADI, notificó a las partes que los tres árbitros habían aceptado sus nombramientos y que, por lo tanto, se entendía constituido el Tribunal e iniciado el procedimiento en esa fecha. Más tarde se informó a las partes que la Sra. Gabriela Álvarez Ávila, consejera jurídica superior del CIADI, se desempeñaría como Secretaria del Tribunal.
28. El 9 de marzo de 2006 el Tribunal celebró su primera sesión en Washington, D.C. Al comienzo de la sesión, las partes coincidieron en que el Tribunal se había constituido debidamente (Regla 6 de las Reglas de Arbitraje) y declararon que no tenían objeciones al respecto. Se analizaron las restantes cuestiones procesales contenidas en la agenda de la sesión y se llegó a un acuerdo al respecto. En especial, el Tribunal y las partes establecieron diferentes cronogramas para diferentes escenarios, uno sin excepciones a la jurisdicción, uno con excepciones a la jurisdicción acumuladas al fondo de la diferencia, y uno con excepciones a la jurisdicción cuyas actuaciones escritas, orales y decisión se tramitarían por separado. También se decidió que los idiomas del procedimiento serían el inglés y el español, y que el lugar del arbitraje sería Washington, D.C. La grabación de audio de la sesión fue luego distribuida a las partes. Se redactó un acta resumida de la primera sesión, que fue suscrita por la Presidenta y la Secretaria del Tribunal y remitida a las partes el 11 de abril de 2006.
29. El 24 de agosto de 2007, Nassib G. Ziadé, Consejero Principal del Centro informó al Tribunal del nombramiento de la Sra. Natalí Sequeira como Secretaria del Tribunal.

2. FASE DE ACTUACIONES ESCRITAS SOBRE LA JURISDICCIÓN

30. Conforme al cronograma acordado durante la primera sesión, las Demandantes presentaron su Memorial sobre el fondo el 26 de junio de 2006 (Mem. Dtes.), acompañado por 199 anexos (Anexos C-1 al C-199) y autoridades legales (AL C-1 a AL C-152), así como tres declaraciones testimoniales y cuatro informes periciales. En su Memorial, las Demandantes solicitaron reparación en los siguientes términos:

477. Por los motivos expuestos en el presente, las Demandantes solicitan que el Tribunal dicte un laudo que haga lugar a las siguientes pretensiones:

1. Se determine y declare que las Demandadas violaron el TBI;
2. Se determine y declare que las Demandadas incumplieron el Contrato de Concesión y el Contrato de Inversión;
3. Se ordene que las Demandadas indemnicen a las Demandantes por todos los daños y perjuicios sufridos por estas últimas, con más los intereses compuestos que correspondan, calculados en forma trimestral; y
4. Se ordene que las Demandadas procedan al pago de los costos del presente proceso, incluidos los honorarios y gastos del Tribunal y el costo de la representación letrada de las Demandantes, así como los demás costos pertinentes.

31. Mediante carta de la Secretaria del Tribunal del 7 de agosto de 2006, el Tribunal fijó plazos para la presentación de escritos tanto para el caso de que las Demandadas opusieran excepciones a la jurisdicción como para el caso de que las Demandadas no opusieran excepciones a la jurisdicción.

32. Conforme al cronograma establecido en la carta del 7 de agosto de 2006, arriba mencionada, y sus enmiendas contenidas en una carta del 29 de agosto de 2006 de la Secretaria del Tribunal, las Demandadas opusieron excepciones a la jurisdicción en su Memorial sobre la jurisdicción (Mem. Ddas.), que presentaron el 18 de septiembre de 2006. Su Memorial fue acompañado por cinco anexos (Anexos R-1 a R-5) y ocho autoridades legales (AL R-1 a AL R-8). No se adjuntaron al mismo declaraciones testimoniales ni informes periciales.

33. Conforme al cronograma fijado para la presentación de escritos sobre la jurisdicción contenido en una carta del 20 de septiembre de 2006 de la Secretaria del Tribunal, las Demandantes presentaron su Memorial de contestación sobre la jurisdicción el 13 de noviembre de 2006, acompañado por 54 anexos (Anexos C-153 a C-206). No adjuntaron declaraciones testimoniales ni informes periciales.

34. El 30 de noviembre de 2006 el Tribunal dictó la Resolución Procesal No. 1 (RP 1). En la RP 1 el Tribunal declaró que la cuestión de la jurisdicción no se acumularía al fondo del caso, y confirmó la suspensión de las actuaciones referentes al fondo.
35. Conforme al cronograma establecido en la RP 1, el 2 de enero de 2007 las Demandadas presentaron su Réplica sobre la jurisdicción (Réplica Ddas.), acompañada por los Anexos R-6 a R-9 y por autoridades legales, AL R-9 a AL R-31.
36. Conforme al cronograma establecido en la RP 1, el 2 de febrero de 2007 las Demandantes presentaron su Dúplica sobre la jurisdicción (Dúplica Dtes.), acompañada por los documentos Anexos C-207 a C-215 y por autoridades legales AL C-193 a AL C-216.

3. LA AUDIENCIA SOBRE LA JURISDICCIÓN

37. Conforme a la RP 1, el 13 de febrero de 2007 tuvo lugar una conferencia telefónica previa a la audiencia entre las partes y la Presidenta del Tribunal, a fin de resolver todas las cuestiones logísticas y procedimentales pendientes antes de la audiencia sobre la jurisdicción.
38. El 26 de febrero de 2007 el Tribunal de Arbitraje celebró una audiencia sobre la jurisdicción en Washington, D.C. Además de los Miembros del Tribunal y de la Secretaria asistieron a la audiencia las siguientes personas:

(i) En representación de las Demandantes:

Sr. Doak Bishop

Sr. Roberto Aguirre Luzi

Sr. Sebastián Pérez-Arteta

Sr. Javier Robalino

Sr. David Shelfer

Sr. John Z. Tomich

Sr. James Burgess

(ii) En nombre de las Demandadas:

Sra. María Rosa Fabara Vera

Sr. Diego Ramírez Mesec

Sr. George M. von Mehren

Sra. Sara Rathke

Sr. Kevin Levey

Sr. Marco Varea

39. Las Sras. Rathke y Fabara Vera y los Sres. von Mehren y Ramírez Mesec se dirigieron al Tribunal en nombre de las Demandadas. Los Sres. Bishop y Aguirre Luzi presentaron alegatos orales en nombre de las Demandantes. Ellos opusieron una objeción preliminar, que el Tribunal considera más abajo, en la sección IV.1.1.
40. Al cierre de la audiencia, el Tribunal formuló preguntas a las partes, quienes las contestaron por escrito el 23 de marzo de 2007.
41. La audiencia de jurisdicción fue grabada y se realizó una transcripción estenográfica (Tr.), que se entregó a las partes.

* * *

42. El Tribunal ha deliberado y considerado exhaustivamente los escritos de las partes sobre jurisdicción, así como los alegatos orales presentados durante el curso de la audiencia sobre la jurisdicción. En las próximas secciones el Tribunal resumirá las posiciones de las partes (III); luego analizará dichas posiciones (IV), y finalmente establecerá su conclusión sobre la cuestión de la jurisdicción (V).

III. POSICIONES DE LAS PARTES

1. LA POSICIÓN DE LAS DEMANDADAS

43. En sus presentaciones escritas y orales, las Demandadas formularon los siguientes alegatos principales (Mem. Ddas., párrafo 93):
 - (i) El Centro carece de jurisdicción y el Tribunal carece de competencia al amparo del Convenio del CIADI. Según las Demandadas, la diferencia no es una diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión.
 - (ii) Noble Energy carece de *jus standi* conforme al TBI, porque es la propietaria indirecta de MachalaPower, y ejerce las reclamaciones de esta última.

- (iii) MachalaPower carece de *jus standi* conforme al TBI, porque no es nacional de los Estados Unidos de América.
- (iv) El Centro carece de jurisdicción por razón de materia y el Tribunal carece de competencia, porque la diferencia es una diferencia comercial con las compañías de distribución y el Centro no posee jurisdicción sobre reclamaciones contractuales.
- (v) Noble Energy carece de *jus standi* conforme al Contrato de Inversión porque no es parte de dicho contrato ni ha accedido al mismo.
- (vi) MachalaPower carece de *jus standi* conforme al Contrato de Inversión o a la legislación ecuatoriana, porque es meramente la empresa receptora de la inversión, y como tal no goza de protección.
- (vii) El Centro carece de jurisdicción, y el Tribunal de competencia, conforme a la cláusula de solución de controversias del Contrato de Concesión, en el cual se prevé la mediación y arbitraje ante el “Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio” de Quito.
- (viii) No existe identidad subjetiva ni objetiva entre las diferencias sometidas a arbitraje. Esas diferencias son independientes una de otra, por lo cual no pueden resolverse en un mismo arbitraje. De hecho, su único elemento común es que se han planteado juntas ante el CIADI.

44. Sobre la base de estos alegatos, las Demandadas formulan la siguiente petición:

Por las razones expuestas en la presente Réplica de Jurisdicción, las Demandadas solicitan que el Tribunal proceda conforme a la Regla 41(6) de las Reglas de Arbitraje y declare la falta de jurisdicción del CIADI y de competencia del Tribunal para resolver sobre los reclamos planteados por las Demandantes derivados del Contrato de Concesión, del Contrato de Inversión, y del TBI, al amparo de las normas de tales instrumentos y del Convenio CIADI; y, rechace todas las demás pretensiones de las Demandantes, en especial las del párrafo 131 del Memorial de Contestación sobre Jurisdicción.

(Párrafo 120, Réplica Ddas.)

2. LA POSICIÓN DE LAS DEMANDANTES

45. En sus presentaciones escritas y orales, las Demandantes desarrollaron los cuatro argumentos principales siguientes:

- (i) Ecuador dio su consentimiento al arbitraje;

- (ii) La cuestión del *jus standi* guarda relación con el fondo del caso.
- (iii) En todo caso, tanto Noble Energy como MachalaPower tienen *jus standi* conforme al TBI, el Contrato de Inversión y el Contrato de Concesión, y
- (iv) La diferencia se refiere a medidas adoptadas por Ecuador y a la conducta de Ecuador, y surge directamente de una inversión y debe resolverse en un procedimiento de arbitraje.

46. Basándose en esos argumentos, las Demandantes formulan el petitorio siguiente:

Con fundamento en las presentaciones y aclaraciones efectuadas en el presente Memorial de Contestación, las Demandantes solicitan respetuosamente que se dicte un Laudo por el cual:

1. Se ordene que vuelva a iniciarse la etapa de fondo, tal como lo ordenó el Tribunal en la primera audiencia;
2. Se declare que la controversia se encuentra comprendida en la jurisdicción del Convenio del CIADI y la competencia del Tribunal;
3. Se rechacen todas las objeciones presentadas por las Demandadas a la admisibilidad de la controversia y a la jurisdicción y competencia del Tribunal; y
4. Se imponga a las Demandadas el pago de las costas del presente proceso, incluidos los honorarios y gastos del Tribunal, y los costos de la representación de las Demandantes, con intereses.

(Mem. C. Dtes. Párrafo 131)

IV. ANÁLISIS

1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

47. Antes de referirse a las cuestiones que han de resolverse, el Tribunal desea considerar algunos asuntos preliminares: una objeción procesal planteada por las Demandantes en la audiencia (1.1); la pertinencia de decisiones anteriores del CIADI (1.2); las disposiciones pertinentes vinculadas con la competencia del Tribunal (1.3); el derecho aplicable en la etapa de la jurisdicción (1.4), y ciertas cuestiones que no son objeto de controversia (1.5).

1.1 Objeción de procedimiento referente al alegato oral de las Demandadas

48. En el comienzo de la exposición oral de sus alegatos realizada en la audiencia, las Demandantes objetaron que las Demandadas hubieran introducido nuevo material y pruebas en su propio alegato oral. El Tribunal opina que los asuntos desarrollados por las Demandadas durante sus alegatos orales estaban encaminados a refutar

asuntos desarrollados por las Demandantes en su Dúplica, por lo cual son admisibles. En consecuencia se rechaza la objeción planteada por las Demandantes.

1.2 La pertinencia de decisiones o laudos anteriores del CIADI

49. En respaldo de sus respectivas posiciones, ambas partes invocaron decisiones y laudos anteriores del CIADI, bien para concluir que debía adoptarse la misma solución en el presente caso o tratando de explicar por qué el Tribunal debía apartarse de esa solución.
50. El Tribunal considera que las decisiones anteriores no tienen efecto vinculante para éste. El Tribunal también considera que debe dar debida consideración a las decisiones anteriores de tribunales internacionales. A su juicio, a menos que existan razones convincentes en contrario, debería adoptar soluciones establecidas en una jurisprudencia uniforme. El Tribunal también considera que, con sujeción a las disposiciones específicas de un tratado determinado, a las circunstancias del caso concreto y a la prueba ofrecida, debe tratar de promover el desarrollo armonioso del derecho de las inversiones y de ese modo satisfacer las legítimas expectativas de la comunidad de Estados y de los inversionistas en cuanto a la certeza de la legalidad⁴.

1.3 Disposiciones pertinentes con respecto a la competencia del Tribunal

51. La competencia del Tribunal se rige por las disposiciones del Artículo 25 del Convenio del CIADI, el TBI, el Contrato de Inversión y el Contrato de Concesión.
52. La disposición pertinente del Convenio del CIADI es el Artículo 25(1), cuyo texto es el siguiente:

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

53. La disposición pertinente del TBI es su Artículo VI, en que se prevé en los siguientes términos el arbitraje del CIADI:

⁴ Con respecto al valor de los laudos del CIADI como precedentes, véase J. Paulsson, *International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty Arbitration and International Law*, (2006) 3 *Transnational Dispute Management*, Issue 5, y Gabrielle Kaufmann-Kohler, *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?*, *Freshfields Lecture 2006*, 23 *ARB. INT'L* 357 (2007).

ARTÍCULO VI

1. A efectos del presente artículo una diferencia en materia de inversión es una diferencia entre una Parte y un nacional o una sociedad de la otra Parte, que se deba o sea pertinente a: a) un acuerdo de inversión concertado entre esa Parte y dicho nacional o sociedad; b) una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en materia de inversiones extranjeras de una Parte a dicho nacional o sociedad, o c) una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión.
2. Cuando surja una diferencia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías, para su resolución:
 - a) A los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia; o
 - b) A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convenido,
 - c) Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 de este artículo
3.
 - a) Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2, y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar por consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio:
 - i) Del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("el Centro") establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 ("Convenio del CIADI"), siempre que la Parte sea parte en dicho Convenio; o
 - ii) Del Mecanismo Complementario del Centro, de no ser posible recurrir a éste; o
 - iii) Según las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o
 - iv) De cualquier otra institución arbitral o conforme a otra norma de arbitraje, según convengan las partes en la diferencia.
 - b) Una vez que la sociedad o el nacional interesado dé su consentimiento, cualquiera de las partes en la diferencia podrá iniciar el arbitraje según la opción especificada en el consentimiento.
4. Cada una de las Partes consiente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio para su solución, de conformidad con la opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o 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) y a efectos de las normas del Mecanismo Complementario, y
- b) Un "acuerdo por escrito" a efectos del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 ("Convención de Nueva York").

54. En el Contrato de Inversión se prevé el arbitraje en los términos siguientes:

DÉCIMO PRIMERA – Arbitraje

- a. Las Partes acuerdan que cuando surja una controversia relativa a la Inversión o a la ejecución del Contrato de Inversión, el Inversionista y/o la Empresa Receptora, con el concurso del MICIP [Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad], procurará resolverla mediante consultas y negociaciones con las entidades directa o indirectamente relacionadas con el conflicto.
- b. Encontrándose vigentes en el Ecuador (i) el Convenio entre el Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y (ii) el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (los Convenios), las Controversias que no hayan podido ser amigablemente resueltas se someterán a arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) establecido en los Convenios. El arbitraje según esta cláusula tendrá lugar en Washington D.C., sede del CIADI, Estados Unidos de América, Estado que es parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, publicada en el Registro Oficial Número Cuarenta y tres de Veinte y nueve de diciembre de mil novecientos sesenta y uno.
- c. En todo lo no previsto en esta Cláusula Décimo Primera, se estará a lo dispuesto en los numerales Veinte y dos punto dos punto dos (22.2.2) (Arbitraje Internacional) y Veinte y dos punto cinco (22.5) (renuncia a la jurisdicción ordinaria) de la Cláusula Vigésimo Segunda (22) del Contrato Base, numerales que las partes acuerdan incorporar a este Contrato de Inversión para todos los efectos del mismo.
- d. En todo procedimiento de resolución de una Controversia en materia de una inversión, no podrá argumentarse como defensa, reconvencción, derecho de contra reclamación o de cualquier otro modo, el hecho de que el Inversionista o la Empresa Receptora hayan recibido o recibirán, según los términos de un contrato de seguro o de garantía o cualquier otro convenio suscrito por el Inversionista o la Empresa Receptora, alguna indemnización u otra compensación por los daños reclamados por el Inversionista o la Empresa Receptora; y
- e. De conformidad con lo previsto en el inciso final del Artículo Cuarenta y dos de la Ley de Arbitraje y Mediación, los laudos dictados dentro de procedimientos de arbitraje internacional tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento arbitral nacional y, en consecuencia, tendrán el efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, aunque hayan

sido dictados contra el Estado o cualquier Institución del Estado, según lo dispuesto por el Artículo Treinta y nueve de la Ley de Modernización.

- f. El Ministro, a nombre del Estado, reconoce que, con relación a este Contrato de Inversión o a cualquier Controversia, ni el Estado ni ninguna Institución del Estado pueden alegar ninguna inmunidad soberana o cualquier otra inmunidad en favor de ellos o a favor de sus activos o propiedades, o bienes de cualquier naturaleza, sin importar en dónde estén situados, excepto aquellos bienes nacionales destinados a uso público a los cuales se refieren el Marco Legal Vigente (Artículo Seiscientos veinte y tres del Código Civil Ecuatoriano), ni contra notificaciones, citaciones, acciones, reconveniones, excepciones, recursos, medidas para ejecución o cualquier otro procedimiento aplicable o que dé a entender que es aplicable.

55. El Contrato de Concesión prevé la “solución de controversias” en los términos siguientes:

CLÁUSULA 22 – SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

22.1. Proceso de mediación: Los desacuerdos y la resolución de todas las controversias originadas de la interpretación, aplicación y cumplimiento del este Contrato, excepto los asuntos técnicos que por este Contrato o a la Ley deban ser decididos por autoridad competente, se someterán a los representantes legales de las PARTES para su resolución.

Si dentro del plazo de diez (10) días siguientes de haberse remitido el desacuerdo, éste no hubiere sido resuelto por los representantes legales de las PARTES, las PARTES someterán los desacuerdos sobre los asuntos expresamente indicados en este Contrato, así como aquellos que ellas mutuamente convinieren, a un proceso de mediación.

El Mediador será nombrado mediante acuerdo de las PARTES en el plazo de diez (10) días contados a partir de la fecha en que los representantes legales de las mismas debieron resolver el desacuerdo. Si no hubiere acuerdo sobre la persona del Mediador, se acudirá a un mediador de la lista de mediadores y a la mediación del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, de acuerdo con la Ley de Arbitraje y Mediación y el Reglamento del Centro.

Las PARTES proporcionarán al Mediador toda la información escrita o verbal y demás evidencias que se requiera para que éstas puedan llegar a una resolución de la controversia. En conocimiento de los antecedentes, el Mediador propondrá las alternativas de solución que considere pertinentes. El procedimiento de mediación concluye con la firma de un Acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo. La ejecución del Acta se sujetará a lo previsto en el Artículo cuarenta y siete (47) de la Ley de Arbitraje y Mediación. En todos los casos, los gastos que demande la intervención del Mediador, serán cubiertos por las PARTES en proporciones iguales.

En caso de que las PARTES no hayan llegado a un acuerdo conforme al procedimiento determinado en este numeral, las PARTES podrán someter la controversia a arbitraje, según el numeral 22.2 de este Contrato.

22.2 Arbitraje: Las PARTES, de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación y el Convenio, el que se define más adelante, someten la resolución de todas las controversias originadas de la interpretación, aplicación y cumplimiento de este contrato al arbitraje. El arbitraje se llevará a cabo en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de

Comercio de Quito o en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), a elección del actor. La otra parte renuncia a cualquier derecho a oponerse o impugnar la elección del actor. El arbitraje se guiará por las disposiciones de este Contrato, de la Ley de Arbitraje y Mediación, [el Artículo once (11) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado,] el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, de los documentos relativos al caso sometido a arbitraje y por las del Convenio, según lo dispuesto en el numeral 22.2.2.

22.2.1 Arbitraje nacional:

En el caso de que la PARTE actora decidiese acudir a arbitraje nacional este arbitraje se llevará a cabo de conformidad con [la] Ley de Arbitraje y Mediación, el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito y de los documentos relativos al caso sometido a arbitraje [...]

22.2.2 Arbitraje internacional:

En el evento de que la PARTE actora decidiese acudir a arbitraje internacional, este arbitraje se llevará a cabo de conformidad con el Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el "Convenio") y las disposiciones que siguen a continuación:

22.2.2.1 Las PARTES reconocen que el Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (el "Convenio") suscrito por la República del Ecuador, como estado Miembro del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, el quince de enero de mil novecientos ochenta y cinco y publicado en el Registro Oficial No. 386 el dos de marzo de mil novecientos ochenta y seis y ratificada por el Congreso Nacional el siete de febrero de dos mil uno, cuya ratificación ha sido publicada en el Registro Oficial No. 309 de diecinueve de abril de dos mil uno, es aplicable a cualquier controversia de cualquier naturaleza que pueda surgir entre las PARTES en relación con este Contrato (una "Controversia"). Las PARTES se obligan a someter cualquier Controversia a la jurisdicción y competencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el "CIADI") para que sean arregladas y resueltas de conformidad con lo dispuesto en dicho Convenio.

22.2.2.2 El procedimiento de designación de árbitros será el establecido en el numeral 22.2.1.3. Si las PARTES no se pusiesen de acuerdo en la designación del tercer árbitro o no se hubiese conformado el Tribunal, se estará a lo dispuesto en el Artículo treinta y ocho (38) del Convenio. Ningún árbitro designado de conformidad con la presente Cláusula, será empleado o representante o ex-empleado o representante de dicha persona.

22.2.2.3 El procedimiento para el arbitraje internacional establecido en el numeral 22.2.2 será el indicado en el Convenio, salvo las modificaciones al procedimiento aquí establecidas.

22.2.2.4 Las PARTES reconocen y acuerdan que para efectos del Artículo veinticinco (25) del Convenio, cualquier Controversia es y será considerada una controversia legal que surge directamente de una inversión entre un Estado Contractual y un ciudadano de otro Estado Contractual.

22.2.2.5 El CONELEC en representación del Estado Ecuatoriano, y para efectos del Artículo veintiséis (26) del Convenio, declara que para acudir al arbitraje internacional de acuerdo con esta Cláusula no es necesario agotar previamente la vía administrativa u otra vía para la solución de una controversia.

22.2.2.6 Todos los procedimientos arbitrales conducidos de conformidad con el Convenio se llevarán a cabo en Quito, Ecuador, y se llevarán en el idioma Español. Si por cualquier causa el arbitraje no puede llevarse en Quito, Ecuador, éste se llevará en la Corte Permanente de arbitraje del CIADI.

22.2.7 Los gastos incurridos en el arbitraje serán de cargo de la PARTE que así resuelva el Tribunal de arbitraje en su laudo incluyendo los gastos operativos del Tribunal y los correspondientes al uso de la sede del mismo; sin embargo, cada PARTE deberá pagar los honorarios del árbitro designado por ella, o del que hubiese sido designado a nombre de ella, cualquiera que sea el resultado del arbitraje. Los honorarios de los árbitros alternos y del Presidente del Tribunal serán cubiertos por aquella PARTE que fuese condenada a pagar los gastos del arbitraje. Los honorarios de los árbitros principales y alternos se liquidará[n] de conformidad con el tarifario del CIADI.

22.3 Citación y Naturaleza de las obligaciones.

Con respecto a los procedimientos señalados en esta Cláusula para la exigibilidad de un laudo, en contra de activos de cualquier PARTE presentados en los Tribunales del Ecuador:

(a) CONELEC designa a su representante legal, para que reciba citaciones en su nombre en dicha jurisdicción en cualquier procedimiento de exigibilidad y en la dirección que se señale para el efecto.

(b) El CONCESIONARIO designa a su representante legal para que reciba citaciones en su nombre en dicha jurisdicción en cualquier procedimiento de exigibilidad; y en la dirección que se señale para el efecto.

22.4 Cumplimiento Continuo: Durante el trámite de cualquier controversia de conformidad con la presente Cláusula, cada PARTE continuará cumpliendo sus obligaciones bajo este Contrato.

22.5 Por así disponer la última parte del inciso tercero del Artículo veintinueve (21) de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico y el Artículo cuatro (4) de la Ley de Arbitraje y Mediación, al haber estipulado las PARTES someter y solucionar sus controversias a un procedimiento arbitral, no podrán recurrir sobre ningún asunto o controversia derivada de la aplicación, interpretación o cumplimiento de este Contrato a los Tribunales jurisdiccionales del Ecuador, a cuya jurisdicción renuncian expresamente.

(Texto entre corchetes insertando por el Tribunal)

1.4 Derecho aplicable

56. Las Demandadas han alegado que conforme al Artículo 42(1) del Convenio del CIADI, el derecho ecuatoriano rige la jurisdicción, mientras que las Demandantes sostienen que en este asunto aplican el Convenio del CIADI y sus Reglas de Arbitraje (Tr., págs. 77 y 136).

57. El Tribunal opina que el Artículo 42(1) no es pertinente a los efectos de la jurisdicción. El Artículo 42 del Convenio del CIADI es una norma sobre conflictos, que se refiere a la ley que rige el fondo de la diferencia⁵. La jurisdicción constituye una cuestión diferente. No está sujeta a esta norma sobre conflictos, sino que se

⁵ Christoph Schreuer, The ICSID Convention: A Commentary, Artículo 42, pág. 553, párrafo 4.

rige por el Artículo 25 del Convenio del CIADI o, como lo sostuvo el tribunal en el caso *C SOB c. Eslovaquia*, “[l]a cuestión de si las partes han expresado efectivamente su consentimiento al arbitraje del CIADI no debe responderse en relación con el derecho nacional. Se rige por el derecho internacional, tal como lo expresa el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI”⁶ (traducción al español del Tribunal).

1.5 Cuestiones que no son objeto de controversia

58. No existe diferencia alguna entre las partes en cuanto a la competencia de este Tribunal para decidir las objeciones jurisdiccionales planteadas por las Demandadas conforme al Artículo 41 del Convenio del CIADI.
59. Tampoco está en discusión que el Tribunal debe cumplir con cuatro condiciones para tener competencia conforme al Artículo 25 del Convenio del CIADI: (i) la diferencia debe plantearse entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante, (ii) las partes deben haber expresado por escrito su consentimiento al arbitraje del CIADI, (iii) la diferencia debe ser de naturaleza jurídica, y (iv) debe surgir directamente de una inversión.
60. Otro hecho en que concuerdan es que deben cumplirse las condiciones enunciadas en cualquier otro instrumento que sirva de base para determinar la competencia del Tribunal.
61. A continuación el Tribunal examinará las excepciones opuestas por las Demandadas, teniendo en cuenta los requisitos del Convenio del CIADI, del TBI, del Contrato de Inversión y del Contrato de Concesión, en lo pertinente, sin distinguir entre excepciones a la competencia del Tribunal y excepciones relativas a la admisibilidad de las reclamaciones⁷. Para ello examinará en las siguientes secciones: las excepciones planteadas en relación con las partes de estos procedimientos (2); la naturaleza de la diferencia (3), y el consentimiento de las partes (4). Finalmente, examinará la excepción restante (5).

⁶ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (C SOB) c. La República Eslovaca*, Caso CIADI No. ARB/97/4, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de mayo de 1999, párrafo 35, AL Dtes.-9. Véase también *Enron c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de enero de 2004, párrafo 38, AL C-7. Véase también *CMS c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión sobre Jurisdicción, 17 de julio de 2003, párrafos 87-89, AL C-5. Véase C. Schreuer, *Consent to Arbitration*, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer, editores) (de próxima aparición).

⁷ *Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA c. República Argelina Democrática y Popular*, Laudo, 10 January 2005, 19 *ICSID Rev.—FILJ* 426 (2004), párrafo 2, p. 441; disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/lesi-sentence-fr.pdf>.

2. EXCEPCIONES RELATIVAS A LAS PARTES EN EL ARBITRAJE

62. El Tribunal establecerá si se trata de una diferencia entre un Estado Contratante y nacionales de otros Estados Contratantes a los efectos del Convenio del CIADI (2.1) y a los efectos del TBI (2.2), así como a una diferencia entre las partes de los Contratos (2.3).

2.1 ¿Existe una diferencia entre un Estado Contratante y uno o más nacionales de otros Estados Contratantes a los efectos del Convenio del CIADI?

63. No es objeto de controversia el hecho de que las Demandadas son el Estado de Ecuador y el CONELEC, “organismo público (...) acreditado ante el Centro por dicho Estado”. El 15 de enero de 1986, Ecuador se convirtió en Estado Contratante del Convenio del CIADI, el cual ha estado en vigor en ese país desde el 19 de abril de 2001 (Anexo C-50 y C-52). Ecuador acreditó al CONELEC ante el Centro el 21 de agosto de 2002 a los efectos del Artículo 25 del Convenio del CIADI, por lo cual ha de considerarse al CONELEC como un organismo público de la República del Ecuador.

64. En lo que respecta a las Demandantes, el arbitraje se refiere a dos entidades que eran nacionales de Estados Contratantes del CIADI en la fecha en que dieron su consentimiento al arbitraje ante el CIADI.

65. A la fecha del consentimiento al arbitraje ante el CIADI, es decir el 14 de marzo de 2005⁸, y a la fecha del Contrato de Inversión (véase *infra*), Noble Energy era nacional de los Estados Unidos de América. Estados Unidos de América se convirtió en Estado Contratante del Convenio del CIADI el 10 de junio de 1966, y entró en vigor en este país desde el 14 de octubre de 1966.

66. A la fecha en que MachalaPower prestó su consentimiento (véase *infra*), el cual figura en el Contrato de Inversión y en el Contrato de Concesión, la compañía era nacional de las Islas Caimán, un territorio de ultramar del Reino Unido. El 19 de diciembre de 1966, el Reino Unido se convirtió en Estado Contratante del Convenio del CIADI, el cual está en vigor en este país desde el 18 de enero de 1967. El Reino Unido no ha excluido a las Islas Caimán de la aplicación del Convenio del CIADI. No es objeto de controversia entre las partes el hecho de que el haber establecido una sucursal en Ecuador no basta para conferir a MachalaPower la condición de nacional de Ecuador.

⁸ Mediante carta del 14 de marzo de 2005 remitida por su abogado a Ecuador, Noble Energy consintió al arbitraje del CIADI conforme al TBI y conforme al Contrato de Inversión (Anexo C-57).

67. En consecuencia, la diferencia se plantea entre un Estado Contratante del CIADI, Ecuador, y nacionales de otros Estados Contratantes del CIADI: Estados Unidos de América y el Reino Unido.

2.2 ¿Existe una diferencia entre un Estado Contratante y uno o más nacionales del otro Estado Contratante a los efectos del TBI?

2.2.1 *Noble Energy*

68. El Tribunal debe establecer si Noble Energy puede invocar el TBI en virtud de su nacionalidad (a) y de su carácter de accionista (b).

a) *Nacional de los Estados Unidos*

69. No cabe duda de que Noble Energy califica como nacional de una Parte Contratante del TBI conforme al derecho aplicable de los Estados Unidos de América.

b) *¿Noble Energy es un accionista a los efectos del TBI?*

70. Las Demandantes sostienen además que Noble Energy, en su carácter de accionista de MachalaPower, tiene derecho a formular una reclamación conforme al TBI.

(i) *Posiciones de las partes*

71. Las Demandadas alegan que Noble Energy no puede plantear una reclamación conforme al TBI porque no realizó por sí misma la inversión, y promueve reclamaciones de MachalaPower. Para respaldar ese argumento las Demandadas hacen hincapié en que Noble Energy no es propietaria directa de MachalaPower, e invocan la decisión adoptada por la CIJ en el caso *Barcelona Traction*. En la audiencia alegaron asimismo que el Artículo 25 del Convenio del CIADI no permite plantear una reclamación a una propietaria “de segunda generación”, e invocaron el caso *Amco Asia*, que, según expresan, es ejemplo de un caso en que el Tribunal se rehusó a tener en cuenta la nacionalidad de la compañía de control, en consonancia con la decisión del caso *Barcelona Traction* (Tr., pág. 52).

72. Las Demandadas objetan asimismo que Noble Energy mantiene una relación demasiado remota con MachalaPower como para que pueda calificar como inversionista. Esta excepción plantea la cuestión de la conexión que debe existir

entre el accionista (indirecto) y su inversión (indirecta). Para respaldar su excepción, las Demandadas invocan la siguiente declaración del tribunal del caso *Enron*:

[E]s en efecto necesario establecer un límite a partir del cual ya no estuviera permitido entablar demandas por tener éstas solamente una conexión remota con la sociedad afectada⁹.

73. Por el contrario, las Demandantes sostienen que Noble Energy no invoca derechos de MachalaPower, sino sus propios derechos, basándose en una causa de acción independiente. Específicamente, formulan las siguientes manifestaciones en su Memorial de contestación:

En la medida en que Noble Energy menciona los derechos de MachalaPower en virtud del Contrato de Concesión y la ley ecuatoriana, no lo hace en el contexto de cualquiera de los derechos de titularidad de MachalaPower o en ejercicio de una pretensión fundada en el Contrato o en la legislación ecuatoriana, pretensión que MachalaPower ha presentado directamente en esta misma causa. Noble Energy simplemente proporciona el marco relevante y contexto de los hechos dentro del cual el Tribunal debe evaluar si la conducta de Ecuador importa una violación de las protecciones del TBI.

(Mem. C. Dtes., párrafo 74)

74. Para las Demandantes, la invocación que hacen las Demandadas del caso *Barcelona Traction* no es pertinente, ya que tal decisión se aplica dentro del contexto de la protección diplomática. El tema del que aquí se trata es diferente. Las decisiones del CIADI, en casos que se refieren a la República Argentina, han establecido que un accionista, aunque sea indirecto, puede formular una reclamación conforme a un TBI. Por ejemplo, el tribunal en el caso *CMS c. Argentina* analizó la cuestión en el contexto del TBI Argentina-Estados Unidos, redactado en términos muy similares a los del TBI aplicable en el presente caso, y declaró que no encontraba “*en el derecho internacional [de entonces] un obstáculo al concepto de permitir reclamaciones de los accionistas en forma independiente de la sociedad relevante*”. Agregó que esa aseveración no deja de ser válida “*ni [aún en el caso de que] esos accionistas [sean] minoritarios o no controladores*”¹⁰.
75. Las Demandantes sostienen asimismo que el TBI abarca inversiones de propiedad o control directo e indirecto. Por lo tanto, nada impide que los accionistas indirectos invoquen el TBI. La denominada “*regla grandfather*” que esgrimen las Demandadas no existe dentro del contexto de los arbitrajes sobre inversiones bajo los TBI (Respuesta-Dtes., 23 de marzo de 2007, párrafo 30). Contrariamente a lo alegado por las Demandadas (Réplica Ddas., párrafo 105), en los laudos arbitrales

⁹ *Enron c. República Argentina, op. cit.*, párrafo 52.

¹⁰ *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina, op. cit.*, párrafo 48..

efectivamente se reconoce que un accionista pueda presentar una reclamación por sus daños y perjuicios personales. Efectivamente, las decisiones del CIADI han permitido a los accionistas indirectos formular reclamaciones al amparo de un TBI; en especial *Enron c. Argentina*, *Siemens c. Argentina*, *Azurix c. Argentina*¹¹, o *Gas Natural c. Argentina*. En esta última decisión la cuestión se expresa en los siguientes términos:

La aseveración de que un demandante que invoca un tratado bilateral de inversiones carece de legitimación procesal porque es tan sólo un inversor indirecto en la empresa que mantiene un contrato con un Estado Parte del TBI o ha obtenido de él una franquicia, se ha formulado en muchas ocasiones, pero nunca, en tanto sea de conocimiento del Tribunal, con éxito¹².

76. Las Demandantes invocan además el TBI modelo de los Estados Unidos y hacen hincapié en que “*los autores del TBI Modelo de los Estados Unidos (en el que está basado el TBI) buscaron específicamente evitar el resultado al que llegó la CIJ en el caso Barcelona Traction*” (Respuesta-Dtes., 23 de marzo de 2007, párrafo 29) .

(ii) *Determinación del Tribunal*

77. El Tribunal coincide con tribunales anteriores que han sostenido que un accionista indirecto puede plantear una reclamación en el marco del Convenio del CIADI y de un TBI en relación con una inversión directa y una inversión indirecta¹³. A falta de una disposición en contrario, el TBI y el Convenio del CIADI admiten acciones de reparación de daños y perjuicios formuladas por accionistas indirectos.
78. El caso *Barcelona Traction*¹⁴ no es de utilidad para los presentes fines. Ese caso se refirió a una reclamación de protección diplomática y no puede trasponerse en el contexto de un TBI, que protege inversiones directas e indirectas, incluidas “*acciones de capital u otras participaciones en sociedades o en sus activos*” (Artículo I(1)(ii) del TBI).
79. La referencia que hacen las Demandadas al caso *Amco*¹⁵ tampoco es de utilidad porque no es pertinente. En esa decisión se analizó la legitimación procesal de una

¹¹ *Azurix c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/ 01/12, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de diciembre de 2003, AL C-6.

¹² *Gas Natural SDG. S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/10, Decisión del Tribunal sobre preguntas preliminares sobre jurisdicción, 17 de junio de 2005, párrafo 50, AL C-174.

¹³ Un análisis general de este tema aparece en C. Schreuer, *Shareholder Protection in International Investment Law*, (2005), 2 *Transnational Dispute Management*, No.3.

¹⁴ *Barcelona Traction, Light & Power co. (Bélgica c. España)*, AL R-1.

¹⁵ *Amco Asia Corp. c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión sobre Jurisdicción, 10 de mayo de 1988, AL C-218.

compañía matriz extranjera cuyo nombre no figuraba expresamente en el acuerdo de consentimiento celebrado por la subsidiaria local. En ella se examinó la relación entre las compañías dentro del contexto específico del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI, es decir, del control extranjero de una compañía local.

80. A la luz de lo que antecede, ¿cuán indirecto puede ser un accionista para aún así calificar como inversionista a los efectos del tratado? ¿Existe un límite? Si lo hay, ¿se alcanzó en el presente caso? En otros términos, ¿cuántas capas o compañías pueden interponerse entre los accionistas directos y el inversionista indirecto? MachalaPower es de propiedad plena y directa de Noble Energy International Ltd. (registrada en las Islas Caimán), que es de propiedad absoluta y directa de Samedan of North Africa, Inc. (registrada en Delaware), que a su vez es de propiedad absoluta y directa de Noble Energy (véase el formulario 10-K correspondiente al 2005 en el Anexo C-5, y el Certificado de Propiedad y Fusión, en el Anexo C-201). Dicho en otros términos, entre MachalaPower y Noble Energy se interponen dos capas.
81. El tribunal del caso *Enron* declaró que debe existir un punto de corte en la cadena de compañías que debe tenerse en cuenta. Dados los hechos planteados en ese caso, el tribunal concluyó, sin embargo, que no se había alcanzado ese punto, ya que Argentina había invitado especialmente a los accionistas a realizar la inversión, y los inversionistas tenían poder de toma de decisiones en la administración de la compañía local¹⁶.
82. Este Tribunal no discrepa con la declaración formulada por el tribunal del caso *Enron*. Bien puede existir un punto de corte en algún lado, y futuros tribunales pueden ser llamados a definirlo. En el presente caso no se plantea la necesidad de una definición de ese tipo. De hecho, el punto de corte, sea cual fuere, no se alcanza por el hecho de que hayan dos capas intermedias. La relación entre la inversión y el accionista directo, por una parte, y el accionista indirecto, por la otra parte, no es demasiado remota. Esa relación fue reconocida en el Contrato de Inversión, cuyo objeto se enuncia en la Cláusula “Tercera”, según la cual “*el Inversionista... gozar[á] de todas las garantías establecidas en... (la “Ley”) así como con los convenios internacionales que el Estado haya celebrado en materia de promoción y protección de inversiones y de doble tributación internacional*”. El Tribunal toma nota de que en todo momento pertinente Noble Energy ha sido la compañía matriz final de todas las compañías subsidiarias que participan en el

¹⁶ *Enron c. República Argentina, op. cit.*, párrafos 50-57.

arbitraje, y de que esas subsidiarias son de propiedad plena, directa o indirecta, de Noble Energy.

83. Sujeto a que se cumplan los restantes requisitos aplicables, el Tribunal concluye que Noble Energy posee legitimación procesal en virtud del Convenio del CIADI y del TBI, en su calidad de accionista indirecto de MachalaPower.

2.2.2 MachalaPower

84. En su Memorial de contestación (párrafo 112), las Demandantes declararon expresamente, en los términos siguientes, que MachalaPower no invoca el TBI:

Llama la atención que las Demandadas impugnen el *jus standi* de MachalaPower en virtud del TBI. Esta impugnación es errónea porque MachalaPower no presentó un reclamo bajo el amparo del TBI, sino en virtud del Contrato de Concesión y el Contrato de Inversión. Por lo tanto, esta impugnación debe ser rechazada¹⁷.

2.3 ¿Existe una diferencia entre las partes con respecto a las cláusulas contractuales de solución de diferencias?

85. El Tribunal examinará ahora las excepciones a la jurisdicción relacionadas con las partes basadas en el Contrato de Inversión (2.3.1) y el Contrato de Concesión (2.3.2).

2.3.1 El Contrato de Inversión

86. Las Demandadas objetan que Noble Energy (b) y MachalaPower (c) no pueden invocar la cláusula de arbitraje contenida en el Contrato de Inversión a los efectos de establecer la jurisdicción de este Tribunal. Para pronunciarse sobre esta excepción el Tribunal comenzará por examinar la relación entre Noble Energy y Samedan Oil Corporation (a).

a) ¿Noble Energy ocupó el lugar de Samedan Oil Corporation?

¹⁷ El petitorio de reparación en la solicitud de arbitraje comienza así:
 Por las razones que aquí se expresan, Noble Energy y **MachalaPower** solicitan que se dicte un laudo que **les** conceda la siguiente reparación:
 1.Una declaración de que Ecuador y el CONELEC han violado el Tratado...(traducción al español del Tribunal)
 [Énfasis agregado]

87. Según las Demandantes, el derecho de Delaware rige la fusión y sus efectos. De ello se infiere que las consecuencias de la fusión consisten en que *“Noble Energy sucedió a Samedan en todos los derechos y las obligaciones que le correspondían a esta última en virtud de los contratos suscritos por ella”* (Dúplica Dtes., párrafo 99). El Artículo 259(a) de la Ley General de Sociedades de Delaware dispone que a la compañía absorbente o resultante *“le[s] corresponderá[n] todos los derechos”* de las compañías fusionadas, y establece que todos los bienes *“pasarán a existir en cabeza”* de la compañía absorbente o resultante (Respuesta-Dtes., 23 de marzo de 2007, párrafo 58, Anexo C-211).
88. Las Demandadas sostienen que el derecho de Ecuador y las disposiciones del Contrato de Inversión rigen las consecuencias de la fusión. El Tribunal volverá a referirse más adelante a la aplicabilidad del Contrato de Inversión. A esta altura, con respecto al derecho nacional aplicable, el Tribunal coincide con las Demandantes en que el derecho de Delaware rige la validez y los efectos de la fusión mutua de Samedan Oil Corporation y Noble Energy, ambas constituidas conforme al derecho de Delaware¹⁸.
89. Basándose en el certificado de propiedad y fusión del 17 de diciembre de 2002 (Anexo C-201), el Tribunal considera que Samedan Oil Corporation se fusionó con Noble Energy, y que Noble Energy es la entidad absorbente en la fusión, entendiéndose que *“todos los bienes, derechos, privilegios, facultades y franquicias serán en adelante efectivamente propiedad de la sociedad absorbente [...]”* y que *“todas las deudas, obligaciones y deberes de las respectivas sociedades involucradas [en la fusión] le corresponderán de allí en más a la sociedad absorbente [...]”* (Sección 259 de la Ley General de Sociedades de Delaware (AL Dtes.-211)). En otros términos, Noble Energy ha absorbido a Samedan Oil Corporation y la ha sucedido en todos sus derechos y obligaciones.

b) *¿Puede Noble Energy invocar la cláusula de arbitraje contenida en el Contrato de Inversión?*

(i) *Posiciones de las partes*

90. Las Demandadas sostienen que Noble Energy no es parte del Contrato de Inversión. A su juicio la cuestión se rige por el derecho ecuatoriano y las disposiciones del Contrato de Inversión, y sostienen que la compañía absorbente en una fusión no adquiere automáticamente todos los derechos sobre los activos de la

¹⁸

8 Ley General de Sociedades de Delaware (sección 259), Anexo AL C-211

compañía absorbida. Específicamente, ellas sostienen que Noble Energy debería haber cumplido los procedimientos pertinentes establecidos en el Contrato de Inversión (Tr. pág. 62) para adquirir todos los derechos de Samedan Oil Corporation.

91. Las Cláusulas 7 y 8 del Contrato de Inversión establecían los procedimientos de cesión total o parcial de la inversión y la adhesión al Contrato de Inversión, conforme a determinadas disposiciones del Decreto Ejecutivo No. 1132, dictado en el marco de la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones (“el Reglamento”; Anexo C-21). El Artículo 10 (b) del Reglamento estableció que las transferencias o cesiones debían registrarse en el Banco Central de Ecuador o en el Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad (MICIP). El Artículo 25 del Reglamento dispuso que en caso de cesiones resultantes de fusiones, absorciones o sucesiones, las mismas podrían realizarse libremente siempre que el título de la cesión hubiera sido registrado ante el MICIP. Además, en caso de transferencia o cesión de un servicio público, se requería una autorización del Estado, que en el presente caso implicaba una autorización del CONELEC.
92. En este contexto, las Demandadas sostienen asimismo que no tuvieron la intención de celebrar un acuerdo con Noble Energy, siendo esa la razón por la cual el Contrato de Inversión disponía, en la Cláusula 8, que los nuevos inversionistas tenían *“la alternativa de adherirse [al Contrato] (...) o suscribir uno nuevo”* (Réplica Ddas., párrafo 50).
93. Las Demandantes sostienen, por el contrario, que Noble Energy es parte del Contrato de Inversión en virtud de la fusión que tuvo lugar el 17 de diciembre de 2002 entre Samedan Oil Corporation, signataria del Contrato de Inversión, y Noble Energy, esta última en su carácter de entidad absorbente (Anexo C-201).
94. A juicio de las Demandantes no había necesidad de que Noble Energy se adhiriera al Contrato de Inversión, porque se había convertido automática y directamente en parte del mismo a través de la fusión por absorción (Tr., pág. 145). No se trataba de una cesión o de una transferencia de derechos, ya que *“[l]a naturaleza y esencia de la persona jurídica [seguía] siendo la misma”* (Respuesta-Dtes., 23 de marzo de 2007, párrafo 49). De lo que se trataba era *“[s]implemente [...] de la absorción de una subsidiaria de propiedad absoluta de la sociedad controlante”* (Respuesta-Dtes., 23 de marzo de 2007, párrafo 56). Además, conforme a las leyes de Delaware, una fusión por absorción no es una transferencia de activos (Respuesta-Dtes., 23 de marzo de 2007 nota al pie de página número 63).

95. Por lo tanto, a juicio de las Demandantes, la Cláusula 7 del Contrato de Inversión, titulada “Cesión”, no se aplica a Noble Energy. Lo mismo cabe decir del Artículo 25 del Reglamento de Inversiones, cuyo título también es “Cesión”. Además, el procedimiento de adhesión previsto en la Cláusula 8 del Contrato de Inversión se aplica exclusivamente en caso de incorporación de un nuevo inversionista, que no es el caso presente.
96. Como un argumento alternativo, las Demandantes invocan los casos *Holiday Inns y Amco*, para alegar que aún no considerando a Noble Energy como signataria del Contrato de Inversión, el Tribunal tiene competencia sobre ella, basándose en la realidad de la inversión y de las partes efectivamente interesadas (Respuesta-Dtes., 23 de marzo de 2007, párrafos 64 a 70). Basándose, *inter alia*, en los casos *Holiday Inns* y *Banro Resources c. Congo*, las Demandantes alegan que la compañía matriz debería ser parte en el contrato a través de su participación en la ejecución. En otros términos, los tribunales del CIADI no son formalistas al evaluar su competencia y examinar las circunstancias agregar del caso; en especial, las relaciones entre las compañías en cuestión. A este respecto las Demandantes explicaron en su Respuesta del 23 de marzo de 2007 que Noble Energy realiza negocios a través de sus subsidiarias, y que todo el financiamiento de MachalaPower provino de Noble Energy (Respuesta Dtes., párrafo 61).

(ii) *Determinación del Tribunal*

97. El Tribunal debe ahora considerar las disposiciones del Contrato de Inversión. Efectivamente, no es por haber sucedido a Samedan Oil Corporation en sus derechos contractuales, que Noble Energy no puede verse afectada por las posibles restricciones a las que su predecesora pueda haber consentido. Las disposiciones potencialmente pertinentes son las Cláusulas 2.10, 2.7, la Cláusula referente a los Comparecientes, y las Cláusulas 8 y 7. El Tribunal las examinará en ese orden.
98. El Tribunal observa en primer lugar que la Cláusula 2.10 del Contrato de Inversión, define en los términos siguientes el concepto de “parte” de ese contrato:

Por Parte o Partes se entenderá el significado contemplado en la sección de comparecientes de este Contrato de Inversión, **incluyendo cualquier Persona que adquiera la condición de Inversionista** como consecuencia de su adhesión a este Contrato de Inversión, de conformidad con el Reglamento y este Contrato de Inversión.
[Énfasis agregado]

99. A su vez la Cláusula 2.7 define del modo siguiente el concepto de inversionista:

Por Inversionista se entenderá el titular de una Inversión conforme a lo establecido en el Reglamento y este Contrato de Inversión, incluyendo la Persona identificada como tal en los comparecientes de este Contrato de Inversión, cualquier otra Persona que se haya adherido [sic] a este Contrato de Inversión de conformidad con el Reglamento y, **en cada caso, sus sucesores, asignatarios o cesionarios**

[Énfasis agregado].

100. En la Cláusula del Contrato de Inversión referente a los Comparecientes se identifica a Samedan Oil Corporation como el inversionista. El Tribunal ha concluido que Noble Energy sucedió a Samedan Oil Corporation en todos sus derechos y obligaciones, es decir en todos los derechos y obligaciones del inversionista. Por lo tanto, en virtud de lo dispuesto por la Cláusula 2.7, en conjunción con la Cláusula 2.10, debe considerarse a Noble Energy como parte del Contrato. Dicho esto, ciertamente la Cláusula 2.10 se refiere a “*adhesión a este Contrato de Inversión, de conformidad con el Reglamento y este Contrato de Inversión*”. Dada la clara redacción de la Cláusula 2.7, el Tribunal no cree que esa referencia contenida en la Cláusula 2.10 deba modificar su conclusión. Por razones de plenitud de su examen, el Tribunal de todos modos analizará las otras disposiciones contractuales que pudieran ser pertinentes.
101. A este último respecto, el Tribunal coincide con las Demandantes en que la Cláusula 8 del Contrato de Inversión, titulada “Adhesión”, sólo se aplica cuando varios inversionistas toman parte en el proyecto. El texto de la Cláusula 8, leído en conjunción con el Artículo 19 del Reglamento, demuestra que tal cláusula es inaplicable a la presente situación fáctica. La Cláusula 8 establece lo siguiente:
- a. Adhesión: a) La protección y garantías derivadas de este Contrato de Inversión serán válidas y efectivas para cada uno de los Inversionistas que lo hayan suscrito o se hayan adherido a él con posterioridad a la Fecha de Inicio, sin que sus derechos individuales puedan ser afectados por el hecho de que otros Inversionistas no hayan firmado el correspondiente Contrato de Inversión o no se hayan adherido a él o que otros Inversionistas, o a la Empresa Receptora no hayan dado tal cumplimiento a las obligaciones asumidas en el respectivo Contrato de Inversión; y,
 - b. En estos casos, los Inversionistas que participen, directamente o indirectamente, en la Empresa Receptora para la ejecución del Proyecto podrán optar entre suscribir un Contrato de Inversión que ampare individualmente su Inversión o, a su opción, adherirse al presente Contrato de Inversión suscrito por la Empresa Receptora de conformidad con lo establecido en el Artículo Diez y nueve del Reglamento.
102. El Artículo 19 del Reglamento, al que se remite la Cláusula 8 establece lo siguiente:

SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE INVERSIÓN. El contrato de inversión será suscrito por el Ministro de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca, en representación del Estado ecuatoriano, y el inversionista que lo solicitó o su apoderado legalmente acreditado. Si la inversión se canaliza a través de

una empresa receptora, ésta también firmará el contrato de inversión, simultáneamente con el solicitante o en otro momento

El contrato de inversión, previo reconocimiento de firmas, será protocolizado en una Notaría dentro de los treinta días posteriores a su celebración, para cuyo efecto por su naturaleza se considerará este acto notarial como de cuantía indeterminada.

Cuando varios inversionistas participen en un mismo proyecto, él, todos o cada uno de ellos podrán nombrar un apoderado, a menos que designen para el efecto a la empresa receptora la que podrá actuar para representar las inversiones hechas o que realicen todos los inversionistas que participen en el proyecto y que soliciten estar cubiertos por un contrato de inversión. La protección y garantías derivadas del contrato de inversión serán válidas y efectivas para cada uno de los inversionistas que lo hayan suscrito o se hayan adherido a él con posterioridad a la fecha de inicio, sin que sus derechos individuales puedan ser afectados por el hecho de que otros inversionistas no hayan firmado el correspondiente contrato de inversión o no se hayan adherido a él o que otros inversionistas o la empresa receptora no hayan dado total cumplimiento a las obligaciones asumidas en el respectivo contrato de inversión.

En estos casos, los inversionistas que participen en la empresa receptora para la ejecución del proyecto podrán suscribir un contrato de inversión que ampare individualmente su inversión o, a su opción, adherirse al contrato de inversión suscrito por la empresa receptora mediante declaración jurada hecha ante Notario Público, copia de la cual remitirán al Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca, con la respectiva solicitud en la que detallarán, a más de los datos previstos en el artículo 17 de este reglamento, la Notaría y la fecha de protocolización del contrato de inversión al que se han adherido. El Ministro de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca deberá expresar por escrito su conformidad con esta adhesión dentro de los quince días laborables inmediatos siguientes a la fecha de presentación de la respectiva solicitud. El inversionista que se haya adherido a un contrato de inversión protocolizará su declaración jurada y la aprobación dada por el Ministro de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca, y se tomará nota al margen de la protocolización en la que conste el respectivo contrato de inversión. Esta protocolización también es por su naturaleza de cuantía indeterminada.

Si la inversión está constituida por un contrato, autorización o licencia para la construcción o uso de obra pública o la prestación de servicios públicos, el contrato de inversión será suscrito simultáneamente con el otorgamiento del contrato, autorización o licencia cuya estabilidad garantiza, o con posterioridad a dicho otorgamiento, a criterio del inversionista interesado. En este último caso, la fecha de celebración del contrato o de otorgamiento de la autorización o permiso, se considerará como fecha de inicio, para todos los efectos que este reglamento prevé.

El MICIP deberá, en cualquier tiempo, verificar el cumplimiento de los términos acordados en el contrato de inversión y de los compromisos específicos que el inversionista haya adquirido mediante la suscripción de dicho contrato. Para estos efectos el inversionista deberá entregar al MICIP, de conformidad con las leyes aplicables, la información necesaria para dicha verificación, que le sea requerida.

103. La Cláusula 7 del Contrato de Inversión, titulada "Cesión", establece que el inversionista está facultado para transferir o ceder su inversión conforme a las disposiciones de los Artículos 10(b) y 25 del Reglamento, es decir, "*en los términos definidos por el artículo 6 del Reglamento Sustitutivo de la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones*" (traducción al español del Tribunal) (Artículo 2 del

Contrato de Inversión), o el Reglamento a la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones (Anexo C-21).

104. El Artículo 10(b) del Reglamento se refiere a la libre repatriación de capital, utilidades y otros pagos al exterior. El Artículo 25 del Reglamento, titulado “Cesión”, prevé que la transferencia o las cesiones sólo se harán efectivas si el nuevo inversionista cumple los procedimientos de adhesión previstos en el Reglamento. Establece una excepción para las transferencias resultantes de fusiones, absorciones y otras reestructuraciones societarias, en cuyo caso “sólo bastará” registrar ante el MICIP el título que haya dado origen a la transferencia. En caso de que la inversión guarde relación con un proyecto que implique una concesión o la prestación de servicios públicos, el registro ante el MICIP requiere la previa autorización del Estado; específicamente del organismo que haya otorgado la concesión.
105. De autos no surge que Noble Energy haya solicitado una autorización de ese tipo y registrado la transferencia. Tampoco obra evidencia alguna de que Ecuador o CONELEC hayan sido notificados de la fusión. Por el contrario, la prueba existente revela una considerable falta de transparencia en cuanto a la estructura de las Demandantes durante el curso del proyecto. Por ejemplo, cierta correspondencia se siguió enviando en papel membretado de Samedan Oil Corporation todavía en 2004¹⁹. Asimismo, cartas fechadas en 2005 fueron remitidas al MICIP en nombre de MachalaPower y “*Samedan International (antes Samedan Oil Corporation)*”²⁰.
106. Por lo tanto se plantea la cuestión de si el incumplimiento de las disposiciones del Artículo 25 del Reglamento impide a Noble Energy invocar el Contrato de Inversión con fines jurisdiccionales. El Tribunal de Arbitraje concluye que no, por las siguientes razones.

¹⁹ Por ejemplo, en 2002 MachalaPower y Samedan Oil Corporation enviaron cartas al Ministerio para notificar nuevas inversiones (anexos 1, 2, 3, 4, 5, del Anexo C-11). Un hecho aún más confuso es que en una carta del 10 de agosto de 2004 (Anexo C-34) bajo el membrete de MachalaPower se lee: “*subsidiaria de Samedan Oil Corporation*” (traducción al español del Tribunal), siendo que Samedan Oil Corporation presuntamente había dejado de existir en diciembre de 2002. Lo mismo cabe decir de diversas cartas enviadas en 2003 y 2004 (Anexos C-122, 123, 124, 152, 153 156, 158, 159 y 179). Para responder a las preguntas del Tribunal a ese respecto las Demandantes explicaron en su Respuesta del 23 de marzo de 2007 que se trataba de errores, y de que los empleados habían utilizado viejas hojas membretadas.

²⁰ Específicamente, éstas fueron cartas fechadas respectivamente el 18 y 25 de enero de 2005 y el 16 de marzo de 2005 (Anexo C-11- anexos 6, 7 y 8). En respuesta a la pregunta formulada al respecto por el Tribunal sobre ese tema, las Demandantes declararon que Samedan International (ahora Noble Energy International Ltd.) era una subsidiaria de propiedad plena de Noble Energy (Respuesta-Dtes., 23 de marzo de 2007, párrafo 61). Esta declaración no hace más que agravar la confusión existente. La correspondencia invocada por las Demandantes (Anexos C-33, Dtes.-49, C-56, C-57, C-58) para dar un respaldo más firme a su posición consiste en cartas remitidas para promover consultas amistosas, fechadas en agosto de 2004, y que indican “*Noble Energy, Inc, antes Samedan Oil Corporation*”.

107. Primero, el Tribunal no cree que la Cláusula 7 del Contrato de Inversión y el Artículo 25 del Reglamento se apliquen a la fusión por absorción de una subsidiaria de propiedad plena en su compañía madre. El texto y el fundamento en que se basa la Cláusula 2.7 parecen respaldar esta interpretación. Cuando una compañía madre absorbe a su subsidiaria y por lo tanto formalmente se convierte en inversionista en el lugar de la última, no ha habido un verdadero cambio del “inversionista” desde el punto de vista del Estado. No ha ingresado en la relación contractual una entidad anteriormente desconocida. La única modificación real ocurrida es la abreviación de la cadena de propiedad institucional, lo que no debería afectar en modo alguno al Estado. Ello es especialmente cierto en este caso, en donde la nacionalidad de la compañía madre y de la subsidiaria es la misma. Análogamente, no sería admisible un argumento basado en la figura jurídica de *intuitus personae*. Por un lado, el Contrato de Inversión no parece haber sido celebrado *intuitus personae*, lo que surge, por ejemplo, del texto de la Cláusula 7. Por otra parte, en términos económicos, la *persona* esencialmente no varía cuando la compañía madre sustituye (absorbe) a una subsidiaria de propiedad plena.

108. Segundo, si los requisitos del Artículo 25 del Reglamento fueran considerados de todos modos aplicables, entonces el Tribunal les daría carácter de meras formalidades y no de condiciones previas a la adquisición de los derechos de una parte en las circunstancias específicas del presente caso. Esta conclusión tiene los mismos fundamentos indicados anteriormente por el Tribunal en relación con la inaplicabilidad de este artículo (véase el párrafo 107).

109. Por lo tanto, el Tribunal sostiene que Noble Energy puede invocar el Contrato de Inversión como fundamento de la competencia de este Tribunal.

c) ¿Puede MachalaPower invocar la cláusula de arbitraje contenida en el Contrato de Inversión?

110. Las Demandadas alegan además que MachalaPower no es parte del Contrato de Inversión, porque es tan sólo la receptora de la inversión, y no la propia inversionista extranjera. Según las Demandadas, la legislación ecuatoriana no se propone proteger a la empresa receptora de la inversión.

111. El Tribunal discrepa de las Demandadas. La Cláusula del Contrato de Inversión en que se identifica a las Partes establece que Ecuador (el Estado), Samedan Oil Corporation (el Inversionista) y MachalaPower (la Empresa Receptora) son todas

partes del contrato. Declara expresamente que “[a]l Estado, al Inversionista y a la Empresa Receptora en adelante se le[s] identificará en conjunto como las ‘Partes’”.

112. Además las disposiciones sobre solución de diferencias contenidas en la Cláusula 11(a) y (b) del Contrato de Inversión arriba citada, no dejan dudas al respecto, cuando establece que “el Inversionista y/o la Empresa Receptora” deberán tratar de resolver sus diferencias a través de consultas y negociaciones, y de fracasar éstas, mediante arbitraje.
113. MachalaPower también asumió diversas obligaciones contractuales, como la de realizar la inversión en la planta de electricidad. Al mismo tiempo el Estado brindó determinadas garantías, por ejemplo, estabilidad jurídica y tributaria en la Cláusula 3, tanto al Inversionista como a la Empresa Receptora, MachalaPower.
114. Además, como lo subrayan las Demandantes, la Cláusula 11(c) del Contrato de Inversión incorporó por vía de referencia la Cláusula 22.5 del Contrato de Concesión. En virtud de esa cláusula las partes renunciaron a su derecho de someter a los tribunales de justicia locales cualquier controversia que surja del Contrato de Inversión, puesto que acordaron presentar y resolver sus diferencias conforme a procedimientos de arbitraje (Tr., pág. 128). Como consecuencia de esta renuncia expresa, el arbitraje del CIADI era el único método de solución de diferencias disponible en virtud de los Contratos.
115. En consecuencia, el Tribunal no duda en concluir que MachalaPower está facultada para invocar la disposición sobre arbitraje del CIADI contenida en el Contrato de Inversión.

2.3.2 El Contrato de Concesión

116. En cuanto al Contrato de Concesión, no cabe duda de que MachalaPower es una parte de este contrato y de que puede invocar sus disposiciones, incluido el acuerdo de arbitraje. En lo que respecta a Noble Energy, las Demandantes no han alegado que sea parte del Contrato de Concesión.

2.3.3 Conclusión

117. En consecuencia el Tribunal concluye que las Demandantes pueden invocar las cláusulas sobre arbitraje contenidas en el Contrato de Inversión y en el Contrato de Concesión, sujeto a que se cumplan las restantes condiciones de las Cláusulas 11 y 22 del respectivo contrato. Estas condiciones serán examinadas más abajo.

118. En virtud de lo anterior, se rechazan las excepciones formuladas por las Demandadas en cuanto a “*jus standi*” o legitimación de las Demandantes como partes del Contrato de Inversión y/o del Contrato de Concesión.

3. EXCEPCIONES RELACIONADAS CON LA NATURALEZA DE LAS DIFERENCIAS

119. En primer lugar el Tribunal examinará la cuestión de si las diferencias de que se trata cumplen los requisitos del Convenio del CIADI (3.1). Luego se examinará si esas diferencias están comprendidas dentro del ámbito del TBI (3.2), y en particular si los hechos alegados pueden constituir violaciones del Tratado. Finalmente, examinará la cuestión de si las diferencias están comprendidas dentro del ámbito de los Contratos (3.3).

3.1 ¿Existe una diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión a los efectos del Convenio del CIADI?

120. El Artículo 25(1) del Convenio del CIADI requiere una diferencia de naturaleza jurídica (3.1.1) que surja directamente de una inversión (3.1.2).

3.1.1 Diferencia de naturaleza jurídica

a) Posiciones de las partes

121. Según las Demandadas, entre las partes no existen diferencias que puedan calificarse de naturaleza jurídica. Ecuador y el CONELEC “*no tienen relación alguna con la morosidad de las empresas de distribución de energía (en adelante “Empresas Distribuidoras”), lo cual constituye un tema meramente comercial que atañe exclusivamente a las respectivas Empresas Distribuidoras*” (Mem. Ddas., párrafo 40).

122. Las Demandantes sostienen que entre las partes existen diferencias de naturaleza jurídica que emanan de la serie de medidas gubernamentales a través de las cuales las Demandadas desconocieron las obligaciones que habían asumido. Estas medidas dieron lugar a controversias sobre cuestiones de derecho o de hecho; a conflictos de opiniones jurídicas o intereses entre las partes. Tales controversias o conflictos constituyen “diferencias”, tal como están definidas en numerosas decisiones internacionales.

b) Determinación del Tribunal

123. A juicio del Tribunal, la diferencia o diferencias que se le han presentado son de naturaleza jurídica, ya que suponen un desacuerdo sobre derechos y obligaciones legales. Dicho de otro modo, para utilizar los términos del Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial acerca del Convenio²¹, la presente diferencia es de naturaleza jurídica, porque se refiere a la *“la existencia o al alcance de un derecho (...) de orden legal [de las Demandantes]”* que se examinará en mayor detalle en las secciones 3.2 y 3.3, *infra*, y a la naturaleza y amplitud de la reparación que haya de otorgarse a las Demandantes como consecuencia de la supuesta violación de esos derechos por parte de las Demandadas.
124. La cuestión de si en definitiva se concluye que existen los derechos alegados por las Demandantes y de si Ecuador es en definitiva responsable de los actos que son objeto de la reclamación deberá esperar a las actuaciones referentes al fondo de la diferencia. Sujeto a que se determine si las diferencias surgen directamente de una inversión en la acepción dada a ese término por el Artículo 25 del Convenio del CIADI, que se examinará a continuación, el Tribunal sostiene que la invocación de tales derechos ha dado lugar a diferencias de naturaleza jurídica comprendidas dentro del ámbito de la jurisdicción del Centro, según lo establecido en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI.

3.1.2 Diferencia que surja directamente de una inversión

a) Posiciones de las partes

125. Las Demandadas alegan que las diferencias no surgen directamente de una inversión, porque las reclamaciones se refieren exclusivamente a *“acciones que habrían afectado a la capacidad de pago de las empresas de distribución eléctrica, y por su intermedio, se habría causado la acumulación de cuentas por cobrar”* frente a MachalaPower (Mem. Ddas., párrafo 30). Alegan, por lo tanto, que se trata de diferencias de carácter comercial, que resultan de la conducta de partes privadas (Réplica Ddas., párrafo 79).
126. Por el contrario, las Demandantes manifiestan que las diferencias guardan relación con las inversiones de Noble Energy, que comprenden, directa e indirectamente: *“(i) intereses de capital en MachalaPower y EDC; (ii) la titularidad y el control de derechos de naturaleza contractual y legal en virtud del Contrato de Concesión, el*

²¹ Véase el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados; Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, 18 de marzo de 1965, párrafo 26; que puede consultarse en <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partB-section05.htm#03>.

Contrato de Inversión y el Contrato de Producción Compartida ("CPC"); (iii) inversiones que superan ampliamente los US\$450 millones que las Demandantes invirtieron en Ecuador; (iv) la electricidad generada en su planta eléctrica; y (v) reclamos monetarios y reclamos de cumplimiento con valor pecuniario" (Mem. C. Dtes., párrafo 50).

127. Las Demandantes alegan que MachalaPower efectuó una inversión también. A su juicio *"gran parte de la inversión realizada por las Demandantes en el proyecto MachalaPower fue ejecutada y llevada a cabo por MachalaPower. De hecho, de conformidad con el Contrato de Concesión, MachalaPower era responsable de realizar –y de hecho lo hizo– la inversión en el Proyecto de la Planta de MachalaPower"* (Mem. C. Dtes., párrafo 121).

b) Determinación del Tribunal

128. Es un hecho comúnmente aceptado que el Convenio del CIADI no contiene una definición del término "inversión". El Tribunal coincide con decisiones anteriores del CIADI que, sin perjuicio de variaciones menores, han invocado el denominado *"test Salin"*. Tal *test* identifica los siguientes elementos como indicativos de la existencia de una "inversión" a los efectos del Convenio del CIADI: (i) una contribución, (ii) cierto período durante el cual se haya implementado el proyecto, (iii) una distribución de riesgos operativos, y (iv) una contribución al desarrollo del Estado receptor, entendiéndose que estos elementos deben estar estrechamente relacionados, deben examinarse en su totalidad y normalmente dependerán de las circunstancias de cada caso.

129. A continuación el Tribunal examinará si las inversiones en cuestión cumplen esos requisitos, primero en el caso de Noble Energy (i) y luego en el de MachalaPower (ii).

(i) Noble Energy

130. Como ya se señaló, Noble Energy tiene una participación indirecta en MachalaPower. No cabe duda de que en el marco del Convenio del CIADI las acciones en una compañía califican como una inversión²².

131. Además el Tribunal observa que la Cláusula 11(c) del Contrato de Inversión se refiere al Contrato de Concesión. La Cláusula 22.2.2.4 de ese contrato establece:

²² Véase, por ejemplo, como representativo de muchos otros, *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, op. cit., párrafos 49 a 56.

“Las Partes reconocen y acuerdan que para efectos del Artículo veinticinco (25) del Convenio [del CIADI], cualquier Controversia es y será considerada una controversia legal que surge directamente de una inversión entre un Estado Contractual y un ciudadano de otro Estado Contractual”.

132. En contraposición con las alegaciones de las Demandadas, el hecho de que determinados aspectos de la diferencia puedan estar conectados con las deudas de las compañías de distribución no altera su naturaleza ni las transforma en diferencias de carácter comercial. Las diferencias puestas a consideración del Tribunal están relacionadas con la ejecución de un proyecto que evidentemente no era una mera operación comercial, y surgen directamente de ese proyecto. La Concesión había de durar 31 años, y es evidente que el proyecto era beneficioso para el desarrollo del Estado y suponía un riesgo para los inversionistas.

(ii) *MachalaPower*

133. El Tribunal considera que MachalaPower también efectuó una inversión. Efectivamente, bajo los Contratos MachalaPower debía construir la infraestructura necesaria para operar la planta. Es la propietaria de la planta conforme a la Cláusula 6.4 del Contrato de Concesión, y es la propietaria de sus activos y equipos.

134. Como el Tribunal ya señaló en relación con la inversión de Noble Energy, la Cláusula 22.2.2.4 del Contrato de Concesión admite expresamente: *“Las Partes reconocen y acuerdan que para efectos del Artículo veinticinco (25) del Convenio [del CIADI], cualquier Controversia es y será considerada una controversia legal que surge directamente de una inversión entre un Estado Contractual y un ciudadano de otro Estado Contractual”.*

135. De las consideraciones que anteceden se desprende que existe una diferencia de naturaleza jurídica que surge directamente de una inversión a los efectos del Convenio del CIADI.

3.2 ¿Existe una diferencia a los efectos del TBI?

136. Ahora el Tribunal debe evaluar la cuestión de si existe una diferencia sobre inversiones entre Noble Energy y las Demandadas a los efectos del TBI (3.2.1), y en tal caso si esa diferencia ha sido suficientemente probada (3.2.2).

3.2.1 ¿Existe una diferencia en materia de inversión a los efectos del TBI?

137. El Artículo VI del TBI, arriba citado en su totalidad, prevé el arbitraje del CIADI en caso de diferencia en materia de inversión. En su primer párrafo, define una diferencia en materia de inversión como sigue:

[U]na diferencia en materia de inversión es una diferencia entre una Parte y un nacional o una sociedad de la otra Parte, que se deba o sea pertinente a: a) un acuerdo de inversión concertado entre esa Parte y dicho nacional o sociedad; b) una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en materia de inversiones extranjeras de una Parte a dicho nacional o sociedad, o c) una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión. [Énfasis agregado]

138. También reviste pertinencia en este contexto el Artículo I(1) del TBI, que da la siguiente definición de “inversión”:

- (a) “inversión” significa todo tipo de inversión tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad de nacionales o sociedades de la otra Parte o esté controlada por dichos nacionales o sociedades, y comprende:
 - (i) Los bienes corporales e incorporeales, incluso derechos tales como los de retención, las hipotecas y las prendas;
 - (ii) Las sociedades o las acciones de capital u otras participaciones en sociedades o en sus activos;
 - (iii) El derecho al dinero o alguna operación que tenga valor económico y que esté relacionada con una inversión;

[...]

 - (v) Todo derecho conferido por ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la Ley.

139. Las Demandantes alegan que tanto el Contrato de Inversión como el Contrato de Concesión deben considerarse como acuerdos de inversión en la acepción del Artículo VI del TBI (Mem. Dtes., párrafo 43-49).

140. El Tribunal observa que el Contrato de Inversión cumplió el Decreto sobre Inversiones y que fue redactado sobre la base del Contrato Modelo sobre Inversiones emitido por Decreto Ministerial del 30 de enero de 2001 (Anexo C-48). Por lo tanto considera probada la existencia de una diferencia sobre inversiones entre las Demandadas y Noble Energy “*que se deba o sea pertinente a un acuerdo de inversión*” conforme al Artículo VI(1)(a) del TBI.

141. Como próxima cuestión, el Tribunal examinará si la diferencia también está comprendida dentro de los límites del Artículo VI(i)(c). No cabe duda de que los

intereses de Noble Energy en el capital de MachalaPower constituyen una inversión conforme a la definición que da a ese término el TBI arriba referido. También está claro que las Demandantes alegan violaciones, por parte de Ecuador, de “*derechos conferidos o constituidos por el presente TBI*”, a saber los Artículos II(1), II(3)(a), II(3)(b), II(3)(c), II(3)(c) y III. De ello se desprende la existencia de una diferencia con respecto a supuestas violaciones de derechos creados por el TBI en relación con una inversión.

142. En consecuencia, el Tribunal está satisfecho de la existencia de una diferencia sobre inversiones, que se debe o es pertinente a un acuerdo de inversión y que implica supuestas violaciones de derechos previstos en el Tratado. Esta conclusión está sujeta al requisito de que los hechos alegados puedan constituir violaciones del Tratado, tal como se detalla en la sección siguiente.

3.2.2 ¿Los hechos alegados por Noble Energy, si se prueban, pueden constituir violaciones del TBI?

143. Las partes difieren acerca de si las Demandantes deben probar, *prima facie*, una violación del Tratado para establecer jurisdicción. Esta cuestión sólo se plantea con respecto a Noble Energy, que es la única demandante con derecho a formular reclamaciones al amparo del Tratado.

a) Posiciones de las partes

144. Las Demandadas alegan que el Centro carece de jurisdicción para conocer asuntos meramente contractuales (Mem. Ddas., párrafo 56-60) y que la cláusula paraguas contenida en el TBI no puede transformar reclamos contractuales en reclamos basados en un tratado (Mem. Ddas., párrafo 57; Réplica sobre la jurisdicción, párrafo 114, y Tr., pág. 32).
145. Las Demandadas también sostienen que las diferencias involucraron a terceros, ante los que Ecuador no es responsable. Ellas han identificado por lo menos cuatro reclamaciones con respecto a las cuales el Tribunal, a su juicio, carece de competencia, porque no tienen que ver con el Gobierno; a saber, la reclamación según la cual el Fideicomiso de las distribuidoras dio a MachalaPower una prioridad inferior a la de otros generadores; la reclamación según la cual el fideicomiso implementó el método de cobro N-1; la reclamación según la cual los agentes del MEM no efectuaron aportes a un Fondo de Garantía, y la reclamación basada en que el residuo de petróleo fue vendido a las termogeneradoras a precios nacionales (Réplica Ddas., párrafo 102). Accesoriamente reconocen que las compañías de

distribución deberían pagar las facturas pendientes de MachalaPower (Réplica Ddas., párrafo 94). En el curso de la audiencia las Demandadas desistieron de su excepción referente al tema de la prioridad, reconociendo que el Decreto 573 en efecto había establecido prioridades de pago (Tr., pág. 169).

146. Las Demandadas señalan asimismo que Tribunal debe examinar los hechos para llegar a un pronunciamiento sobre la jurisdicción, a la vez que aceptan que la prueba real de los hechos es una cuestión sobre el fondo de la diferencia. Según las Demandadas el Tribunal no puede asumir que los hechos presentados por las Demandantes son correctos (Tr., pág. 35), o *“el etiquetado no basta para determinar la jurisdicción”* (Tr., pág. 35).
147. Según las Demandantes, la excepción basada en la cláusula paraguas corresponde al fondo de la diferencia. En todo caso, las Demandantes invocan la cláusula paraguas contenida en el Artículo II.3(c) del TBI para sostener que el Tribunal tiene competencia tanto respecto a las reclamaciones basadas en tratados, como respecto a aquellas reclamaciones basadas en contratos.
148. Invocando la sentencia dictada por la CIJ en el caso *Oil Platforms*, las Demandantes alegan que *“en la etapa jurisdiccional no es necesario que demuestren que los hechos alegados son ciertos o precisos o que tales hechos, de demostrarse su veracidad, necesariamente ha[ya]n de importar una violación del TBI”* (Dúplica Dtes., párrafo 13). Sostienen que les basta demostrar el cumplimiento de los requisitos del Artículo 25 del Convenio del CIADI.
149. Con respecto a la excepción según la cual las diferencias no afectan al Gobierno, las Demandantes sostienen que las medidas que se impugnan fueron adoptadas directamente por las Demandadas en transgresión de la cláusula de estabilización contenida en los Contratos y en el TBI (Tr., pág. 108) por las razones siguientes:
 - El residuo de petróleo representa un subsidio suministrado por el Estado a las compañías generadoras que utilizan derivados del petróleo como combustible, lo cual alteró las condiciones del mercado, en violación de las cláusulas de estabilización contenidas en los Contratos (Tr. pág.102).
 - La creación y enmienda de los fideicomisos y la implementación del sistema N-1 obedecieron a actos dictados por el Gobierno. Como el proceso de privatización fracasó, el Gobierno tuvo necesidad de asignar los escasos ingresos recaudados por las compañías de distribución entre los diversos protagonistas y creó los fideicomisos, estableciendo prioridades que

garantizaran el pago de la energía a las compañías de transmisión y generación. En 2004 se suscribió un Acuerdo Interinstitucional (Anexo C-120), por medio del cual se establecieron prioridades de pago y porcentajes de cobro, así como el sistema de pago N-1. Las enmiendas introducidas en 2003 y 2004 a través del Decreto 573 beneficiaron a las compañías de generación y transmisión de propiedad estatal y perjudicaron a otras compañías, como MachalaPower (Tr., págs. 106-108).

- En cuanto al Fondo de Garantía, el mismo fue adoptado por el Gobierno para garantizar el pago a los generadores antes de que se suscribieran los Contratos. Una vez suscritos los Contratos el Gobierno eliminó esa garantía, porque las compañías de distribución no disponían de recursos suficientes para financiar dicho fondo (Tr., pág. 108).

b) *Determinación del Tribunal*

(i) Requisitos aplicables

150. En primer término el Tribunal desea distinguir este caso de casos anteriores del CIADI. Efectivamente, a diferencia de algunos tribunales en casos anteriores, el Tribunal no está en una situación en la que esté obligado a identificar las reclamaciones emanadas de un contrato que incluya una cláusula de selección de foro, presentadas al Tribunal en el marco del TBI. Efectivamente, aquí los dos contratos y el TBI se refieren todos al arbitraje del CIADI; no existe la cuestión de una jurisdicción paralela. La tarea que debe cumplir este Tribunal consiste más bien en establecer qué reclamaciones pueden gozar de protección del TBI, en contraposición con las que gocen de protección en virtud de los contratos. No se trata de una cuestión de jurisdicción, sino de determinación del marco jurídico aplicable.
151. Hecha esta aclaración, con respecto a las reclamaciones que se basan en tratados el Tribunal considera que no basta alegar un incumplimiento para establecer la jurisdicción. A los efectos de la jurisdicción en el marco del TBI, Noble Energy debe probar que los hechos que alega pueden constituir violaciones del Tratado, a la luz de los requisitos articulados en la opinión independiente expuesta en el caso *Oil Platforms* por el Juez Higgins, quien propuso el siguiente enfoque:

La única manera que en el presente caso, se puede determinar si las reclamaciones [de la Demandante] resultan suficientemente verosímiles de conformidad con el Tratado de 1955, consiste en aceptar como ciertos los hechos tal como los alega [la Demandante], y sobre esa base

interpretar los Artículos I, IV y X a los efectos de la jurisdicción; en otros términos, establecer si basándose en la exposición de hechos formulada por Irán pudo producirse la violación de uno o más de esos artículos²³.
(Traducción al español del Tribunal)

152. El Tribunal observa que en otras decisiones internacionales, entre las cuales las de los casos *Impregilo c. Pakistán*²⁴ y *Bayindir c. Pakistán*²⁵, se ha adoptado el mismo enfoque.
153. En el presente caso las Demandadas han opuesto una excepción general según la cual “*el etiquetado no basta*” (traducción al español del Tribunal) y dos argumentos principales, a saber, que la cláusula paraguas no permite a las Demandantes presentar reclamaciones en el marco del TBI, y que las diferencias no son ni con el Estado ni con el CONELEC. Las Demandadas no han formulado exposiciones detalladas sobre todas y cada una de las reclamaciones basadas en el Tratado. Sea como fuere, el Tribunal evaluará, en relación con cada reclamación, la cuestión de si los hechos alegados - en caso que se probaren - pudieran ser capaces de constituir violaciones del TBI. Esta evaluación se efectúa *prima facie*, exclusivamente para determinar la jurisdicción, y no se anticipa a ninguna conclusión diferente basada en el fondo de la diferencia.

(ii) *Supuestos incumplimientos*

* *Artículo II(3)(c): La cláusula paraguas*

154. Las Demandadas sostienen que las Demandantes plantean exclusivamente reclamaciones contractuales, que no pueden estar comprendidas dentro del ámbito del TBI. Según las Demandadas, las Demandantes pretenden utilizar la cláusula

²³ Caso referente a Plataformas Petroleras (*República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América*), CIJ, Opinión independiente, 12 de diciembre de 1996, párrafo 32, se omite la nota al pie de página; puede consultarse en www.icj-cij.org.

²⁴ *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción, de 22 de abril de 2005, párrafo 254, disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/impregilo-decision.pdf>. “*El presente Tribunal coincide plenamente con el enfoque que surge en forma clara de esa jurisprudencia. Éste refleja dos preocupaciones complementarias: lograr que las cortes y los tribunales no se vean desbordados por reclamaciones sin posibilidad de éxito, o que incluso pueden ser de carácter abusivo, e igualmente lograr que al considerar cuestiones de jurisdicción, las cortes y tribunales no pasen a considerar el fondo del asunto de los casos sin previo y suficiente debate. Conforme a esta jurisprudencia, el Tribunal ha considerado la cuestión de si los hechos, tal como los alega la Demandante en este caso, si se prueban, son capaces de quedar comprendidos dentro las disposiciones del TBI que se han invocado*” (traducción al español del Tribunal).

²⁵ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción de 14 de noviembre de 2005, párrafo 197, disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/ARB0329Decisionjurisdiction.pdf>: “*Al cumplir esta tarea, el Tribunal aplicará un criterio prima facie para la determinación tanto del significado y el alcance de las disposiciones del TBI como para evaluar la cuestión de si los hechos alegados pueden constituir transgresiones de normas. Si el resultado es afirmativo se establecerá la jurisdicción, pero el litigio sobre la existencia de transgresiones se reservará a la etapa de consideración del fondo de la diferencia*” (traducción al español del Tribunal).

paraguas contenida en el TBI para alegar que las transgresiones de los Contratos constituyen violaciones del Tratado. Ellas afirman que se trata de una cuestión jurisdiccional (Tr., pág. 22). Para las Demandantes, esto pertenece al fondo de la diferencia. No obstante lo anterior, las Demandantes invocan, de todos modos, la cláusula paraguas contenida en el Artículo II(3)(c) del TBI²⁶ para establecer que el Tribunal posee competencia para entender tanto de reclamaciones basadas en el Tratado como contractuales.

155. El Tribunal ha concluido que posee competencia con respecto a Noble Energy en el marco del TBI, tanto en base a la titularidad de sus acciones como con respecto a su reclamación en función del Contrato de Inversión. No requiere, por lo tanto, proceder a esta altura del proceso a una discusión acerca de la aplicación de la cláusula paraguas. Debe examinar, sin embargo, la cuestión de si los hechos en que Noble Energy basa su reclamación pueden ser capaces de constituir una violación del Artículo II(3)(c) del TBI.

156. Noble Energy alega que las Demandadas infringieron numerosas obligaciones que habían asumido en su favor; a saber, tal como lo expresaron las Demandantes:

- Las Demandadas se obligaron a proporcionar estabilidad general y específica a las Demandantes. Este compromiso del Gobierno fue asumido en la Cláusula 3.1 del Contrato de Inversión, 12.4.5 del Contrato de Concesión, los Artículos 23 y 271 de la Constitución y el Artículo 12 del Decreto de Inversión.
- Las Demandadas se obligaron a no discriminar a las Demandantes o a sus inversiones. Este compromiso fue asumido en la Cláusula 3.4 del Contrato de Inversión y la Cláusula 12.1.4 del Contrato de Concesión, los Artículos 244 y 249 de la Constitución, el Artículo 21 de la Ley de Inversión, el Artículo 14 del Decreto de Inversión y el Artículo 1 de la Decisión CAN No. 536.
- Las Demandadas se obligaron a dispensar a MachalaPower un trato al menos igual al dado al generador más favorecido en el sector eléctrico. Este compromiso fue asumido en la Cláusula 26 del Contrato de Concesión y el Artículo 10 de la Ley de Electricidad.
- Las Demandadas se comprometieron a suspender el despacho de electricidad de MachalaPower a aquellas distribuidoras que no pagaran sus facturas. Este compromiso fue asumido en la Cláusula 12.1.6 del Contrato de Concesión.
- Las Demandadas se obligaron a aprobar las tarifas a un nivel tal que el precio de la electricidad cubriera los costos totales de generación. Este compromiso fue asumido en el Artículo 53 de la Ley de Electricidad.

²⁶

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

- Las Demandadas se obligaron a incrementar las tarifas gradualmente para cubrir en su totalidad los costos de generación. Este compromiso fue asumido en las Resoluciones CONELEC No. 123/98 de 23 de octubre de 1998 y 87/00 de 24 de mayo de 2000.

(Mem. Dtes., párrafo 314)

157. Sobre esa base, el Tribunal observa que al parecer las obligaciones de Ecuador con respecto a las Demandantes emanan no sólo de los Contratos, sino también de leyes y reglamentos. También observa que el Contrato de Inversión parece contener una cláusula de estabilización que puede constituir una obligación de un Estado comprendida dentro de los límites de la cláusula paraguas²⁷.

* *Artículo III(3)(b): Medidas arbitrarias y discriminatorias*

158. Según Noble Energy, las Demandadas adoptaron las siguientes medidas arbitrarias:

- Suspendieron los incrementos en el precio de la electricidad que pagan los consumidores finales y no compensaron en su totalidad la diferencia entre los costos económicos de la generación y el precio cobrado por los distribuidores en violación a la Ley de Electricidad y las regulaciones y las cláusulas de estabilidad de la Constitución y los contratos.
- Adoptaron el método de pago N-1, ubicando así las facturas impagas en el mes actual como última prioridad de pago, lo que hizo que las facturas de meses anteriores se volvieran prácticamente incobrables.
- Se negaron a hacer cumplir el Marco Regulatorio, suspender el despacho, e imponer intereses, multas y otras sanciones a las compañías estatales.
- Modificaron los Fideicomisos para beneficiar a los generadores y las compañías estatales de distribución y transmisión de Colombia en perjuicio de MachalaPower, cuyo Orden de Prioridad fue disminuido en violación de las cláusulas de estabilidad.
- Otorgaron un pago por adelantado a los generadores colombianos pero no a MachalaPower, en violación de las cláusulas de estabilidad y la obligación de no discriminar.
- Otorgaron subsidios a generadores estatales que queman petróleo y compran combustibles a Petroecuador en detrimento de MachalaPower y en violación de las cláusulas de estabilidad.

(Mem. Dtes., párrafo 323)

159. Además, las Demandadas supuestamente adoptaron medidas discriminatorias que favorecieron a compañías generadoras y compañías estatales de generación,

²⁷ El Tribunal ha tomado nota, del argumento formulado por el abogado de las Demandadas en la audiencia, según el cual “*observar*” no es una palabra que utilicemos para describir un compromiso contractual o un compromiso legal” (Tr., pág. 24), No obstante, concluye que ese argumento no modifica su evaluación preliminar.

distribución y transmisión Colombianas, o que modificaron los fideicomisos, y no otorgaron subsidios a MachalaPower.

* *Artículo II(1): Trato nacional y de la nación más favorecida.*

160. Según Noble Energy se violó la disposición referente al trato de nación más favorecida (NMF), porque las compañías de generación de electricidad ecuatorianas y colombianas con las que estaba en circunstancias similares, gozaron de un tratamiento más favorable, recibiendo subsidios, lo que les permitió reducir sus costos de declaración y aumentar su volumen de despacho.

* *Artículo II(3)(a): Trato justo y equitativo*

161. Noble Energy sostiene que Ecuador violó el Artículo II(3)(a), que protege las expectativas legítimas derivadas de diversas obligaciones contractuales y legales del Estado, en especial las siguientes:

- El artículo 249 de la Constitución dispone que “Las condiciones contractuales... no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones”.
- El artículo 33 de la Constitución y los considerandos del Decreto de Inversión señalan que la seguridad jurídica constituye uno de los derechos fundamentales que el Estado debe reconocer y garantizar.
- Los considerandos de la Ley de Inversión establecen que “se debe propiciar y promover el ingreso de inversión extranjera para que, sumada a la inversión nacional, coadyuve al proceso de desarrollo económico, garantizándole la seguridad jurídica requerida para un adecuado desenvolvimiento, basada en un marco legal e institucional estable”.
- Las cláusulas 31.8 y 23.1.1 del Contrato de Concesión y las cláusulas 3 y 9 del Contrato de Inversión congelan el marco legal que les resulta aplicable a la fecha de suscripción del Contrato de Concesión (15 de octubre de 2001).
- La cláusula 3.1.2 del Contrato de Inversión dispone que las Demandantes, su Inversión y el Contrato de Concesión “gozarán de absoluta estabilidad legal conforme al Marco Legal Vigente”, que “(i) no podrán ser modificados unilateralmente por leyes u otras disposiciones de cualquier clase que los afecten, ni por cambios en la interpretación o aplicación de las mismas, y (ii) sólo podrán ser modificados mediante mutuo acuerdo escrito de las Partes que evidencie de forma expresa tales modificaciones”, y que “las condiciones económicas y financieras consideradas para el Proyecto y la Inversión” no podrán ser afectadas, alteradas o modificadas.
- La cláusula 24 del Contrato de Concesión establece que si se altera o modifica “el Contrato [de Concesión], y en especial las condiciones de competitividad en este Contrato [de Concesión]” de modo tal “que cause un perjuicio a [MachalaPower], el Estado reconocerá a este último la compensación respectiva por los

daños y perjuicios que se ocasionaron” con el fin de restablecer o mantener la estabilidad económica y financiera.

- La cláusula 13.2.3 del Contrato de Concesión dispone que las Demandadas “no interferirá[n] en la administración, recursos y operación de [MachalaPower] ni directa ni indirectamente, salvo lo previsto en este Contrato”.

(Mem. Dtes., párrafo 362)

162. Según Noble Energy, fue injusto y contrario a la equidad que las Demandadas:

- Consagraran y promovieran una serie de compromisos legales, contractuales y económicos a efectos de inducir a las Demandantes a invertir en las industrias de gas y electricidad de Ecuador, gozar de los beneficios de inversiones que superaron los US\$100 millones recibidos en función de esos compromisos, para luego de hecho negarse a reconocerlos al alterar las reglas y garantías básicas que habían sido concebidas para atraer a las Demandantes a esos sectores.
- Violaran su propio derecho interno, como los derechos y las garantías legales consagradas en la Constitución Política de la República de Ecuador, la Ley de Inversión, la Ley de Electricidad, el Decreto de Inversión, el Decreto de Electricidad y la Decisión CAN 536, entre otras normas.
- Violaran los compromisos y las garantías asumidas en el Marco Regulatorio de la Electricidad.
- Suspendieran los incrementos graduales de los precios de la electricidad abonados por los consumidores finales, fijándolos en niveles que resultaban insuficientes para cubrir el Precio en el Mercado Ocasional que debía abonarse a las generadoras, en violación de lo dispuesto en la Ley de Electricidad.
- Se negaran a hacer cumplir el Marco Regulatorio y el Contrato de Concesión, entre otros actos, al negarse a suspender el despacho de electricidad de MachalaPower a distribuidoras morosas, obligando así a MachalaPower a suministrar electricidad a distribuidoras que no abonaban las facturas adeudadas a aquella.
- Modificaran los fideicomisos de las distribuidoras en beneficio de las generadoras colombianas, las distribuidoras estatales ecuatorianas, las generadoras y la empresa de transporte, desviando fondos cobrados por los fideicomisos que podrían haberse imputado a las facturas impagas a favor de MachalaPower.
- Realizaran el prepago a las generadoras colombianas, disminuyendo los fondos disponibles en el MEM, contribuyendo así a incrementar la cartera morosa de MachalaPower.
- Alentaran a los inversores a invertir cientos de millones de dólares en plantas generadoras eficientes y de alta tecnología mediante el establecimiento de un sistema de mercado para la determinación del Precio de la energía en el Mercado Ocasional, que creaba un marco competitivo y generaba expectativas legítimas de obtener ganancias para las generadoras eficientes, para luego simplemente reemplazar este sistema con uno caracterizado por la intervención del gobierno y los precios subsidiados de los combustibles líquidos empleados por los competidores de MachalaPower, que privaba a esta última de sus ganancias legítimamente esperadas.

- Establecieron precios locales subsidiados para los combustibles líquidos empleados por las generadoras a petróleo y se negaron a aplicar a la participación de Petroecuador con arreglo al CPC esos precios locales de los combustibles líquidos.
- Sometieron el pago de las facturas con arreglo al Decreto Ejecutivo No. 105/2005 a la condición de que MachalaPower desistiera del arbitraje planteado ante el CIADI.

(Mem. Dtes., párrafo 364)

* *Artículo III: Expropiación*

163. Las Demandantes alegan que la propiedad de la electricidad generada por MachalaPower y su derecho de recibir el producto monetario de la venta de energía eléctrica constituían una inversión para Noble Energy. De ello se infiere que las Demandadas se encuentran en violación del Artículo III del TBI, ya que:

Las Demandadas expropiaron la electricidad y las ganancias de las Demandantes en forma directa o indirecta o mediante medidas equivalentes a la expropiación. Las medidas adoptadas por las Demandadas modificaron el método de cobranza, alteraron el orden de pago de los *fideicomisos*, importaron la negativa a hacer cumplir el marco legal y los contratos, impusieron el prepago a las generadoras colombianas y obligaron a las Demandadas a suministrar electricidad a las empresas del Gobierno incluso cuando éstas se negaron a pagar por el servicio. Las Demandadas también se apropiaron de ingresos específicos de las Demandantes al obligar a estas últimas a continuar suministrando electricidad a distribuidoras que no pagarían por esta, en violación del derecho contractual de las Demandantes de interrumpir el suministro a las empresas morosas. Las Demandantes quedaron obligadas a suministrar energía a las generadoras, y sin embargo perdieron los medios previstos para cobrar por sus servicios, básicamente siendo obligadas a suministrar energía sin ser completamente remuneradas por ello. Estas medidas generaron la cartera vencida de MachalaPower, que continúa creciendo a un ritmo importante, lo que constituye una expropiación de sus derechos, electricidad e ingresos. (Mem. Dtes., párrafo 398).

* *Artículo II(3)(a): Protección y seguridad plenas*

164. Las Demandantes sostienen que las Demandadas faltaron a su obligación de brindar protección y seguridad plenas a sus inversiones al rehusarse a suspender el servicio, o a multar a los distribuidores en mora o a imponer el pago de los intereses correspondientes (Mem. Dtes., párrafo 409). Las Demandadas supuestamente también eliminaron los mecanismos de protección y seguridad previstos por la legislación ecuatoriana, tales como la fijación de tarifas que cubrieran los costos del sistema de electricidad y la creación de un Fondo de Garantía para el pago por transacción en el MEM (Mem. Dtes., párrafo 412).

(iii) *Conclusión del Tribunal*

165. Sin prejuzgar sobre el fondo de la diferencia, el Tribunal concluye que los hechos alegados por Noble Energy para respaldar las reclamaciones que acaban de expresarse, podrían constituir violaciones del TBI si se prueban en la segunda etapa del presente arbitraje. Por lo tanto, está demostrado que Noble Energy ha presentado suficientes pruebas *prima facie* para los fines de la jurisdicción. Dicho esto, para probar una violación del TBI en la etapa de consideración del fondo de la diferencia será necesario que Noble Energy no sólo pruebe los hechos, sino también que pruebe el derecho y, cuando sea pertinente, demuestre que el Estado actuó en su calidad de ente soberano, y no como una parte contratante ordinaria²⁸.
166. Al llegar a la conclusión de que posee competencia en relación con las reclamaciones de Noble Energy basadas en el TBI, el Tribunal tiene presente que las Demandadas han alegado que las diferencias involucran a terceros en relación con el pago de facturas, y que el Estado no es responsable de los actos de las compañías de distribución. Estos argumentos plantean cuestiones de atribución de la responsabilidad del Estado por las medidas que son objeto de la diferencia. Según el criterio arriba establecido, no incumbe al Tribunal, en la etapa jurisdiccional, examinar la cuestión de si los actos que dan lugar a la reclamación generan la responsabilidad del Estado, a menos que hayan sido manifiestos y que la entidad afectada no mantuviera ninguna clase de vínculo con el Estado, lo que aquí no ocurre. Esta es una cuestión a ser decidida por el Tribunal al considerar el fondo de la diferencia. Si resulta necesario (puede no serlo, pues se trata sólo de una posición alternativa adoptada por Noble Energy), el Tribunal se pronunciará sobre la cuestión de la atribución de responsabilidad en el marco del derecho internacional, en especial en relación con los Artículos sobre Responsabilidad del Estado adoptados en 2001 por la Comisión de Derecho Internacional, y sobre los cuales la Asamblea General de las Naciones Unidas llamó la atención de los gobiernos a través de la Resolución 56/83.

3.3 ¿Existe una diferencia surgida de los Contratos?

167. La Cláusula 11(a) del Contrato de Inversión se refiere a una controversia "*relativa a la Inversión o a la ejecución del Contrato de Inversión*". La Cláusula 22.2.2.1 del Contrato de Concesión se refiere a "*cualquier controversia de cualquier naturaleza que pueda surgir entre las PARTES en relación con este Contrato*".

²⁸ Véase, por ejemplo, *Consortium RFCC c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/06, Laudo, 22 de diciembre de 2003, vol. 20, No. 2, ICSID Rev.—FILJ.(2005), párrafo 104.

168. Según la interpretación del Tribunal, la excepción de las Demandadas según la cual las diferencias abarcan a otras partes, además de las Demandadas, no se limita a las reclamaciones basadas en el TBI. Por lo tanto, es necesario que el Tribunal examine las reclamaciones contractuales y además determine si las mismas están comprendidas dentro del alcance de las disposiciones sobre solución de controversias previstas en los Contratos.

3.3.1 Garantías de estabilidad legal, contractual y financiera contenidas en el Contrato de Concesión y en el Contrato de Inversión

169. Las Demandantes alegan que las Demandadas violaron el Contrato de Concesión y el Contrato de Inversión, en especial las garantías de estabilidad legal, contractual y financiera, incluidas las cláusulas sobre intangibilidad que brindan protección frente a una modificación unilateral de los Contratos (Cláusula 7.1 del Contrato de Concesión y Cláusula 3 del Contrato de Inversión); las cláusulas de estabilización que congelan el marco legal (Cláusulas 31.8 y 23.1.1 del Contrato de Concesión y 3 y 9 del Contrato de Inversión), así como la protección prevista en la cláusula de estabilización frente a modificaciones que puedan afectar a las condiciones de competitividad del Contrato (Cláusula 24.1 del Contrato de Concesión).
170. Las Demandadas supuestamente lo hicieron al adoptar medidas que modificaron el marco legal que estaba vigente en el momento del otorgamiento de los Contratos, y modificaron las condiciones operativas de MachalaPower. Más específicamente, se dice que las Demandadas suspendieron indefinidamente, a través de la resolución 87/02 del CONELEC, los incrementos graduales de tarifas. Éstas también modificaron el mecanismo de pago (fideicomisos), a través de los Decretos 573, 923/2003 y de las enmiendas introducidas en 2003 y 2004. Además, el CONELEC decidió prepagar a las generadoras colombianas, que habían compartido la misma prioridad en los fideicomisos con generadoras privadas. La Resolución 2/2003 del CONELEC empeoró entonces la situación de liquidez del MEM, redujo los fondos disponibles para pagar las transacciones de MachalaPower en el mercado ocasional, e incrementó sus cuentas por cobrar. Por otra parte, el Decreto 1539/2004 permitió a las plantas generadoras de electricidad que utilizan petróleo, adquirir residuo de petróleo de Petroecuador a un precio artificialmente bajo, lo que afectó al despacho, los precios en el mercado ocasional y los ingresos de MachalaPower. Con idéntico impacto, el Decreto 338/2005 subsidió los precios de todos los combustibles líquidos utilizados en el sector de la electricidad. Finalmente, la Resolución 09/2003 del CONELEC eliminó el IVA aplicable a las declaraciones

de costos variables de las generadoras, reduciendo así el precio de la energía en el mercado ocasional.

3.3.2 Medidas discriminatorias y arbitrarias

171. Se alega que todos los hechos arriba expresados suponen la violación del Artículo 14 del Decreto de Inversión, a cuyo texto hace expresa referencia la Cláusula 3.5 del Contrato de Inversión, y el cual establece que:

[n]o se menoscabará en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, explotación, mantenimiento, utilización, usufructo, adquisición, expansión o enajenación de las inversiones o de los beneficios derivados de ellas.

172. Además, la obligación de no discriminar contra las Demandantes y su inversión surgía de la Cláusula 3.5 del Contrato de Inversión, la Cláusula 12.1.4 del Contrato de Concesión, los Artículos 244 y 249 de la Constitución (Anexo C-18), el Artículo 21 de la Ley de Inversión, y el Artículo 1 de la Decisión CAN No. 536 (Anexo C-105). Basándose en los hechos arriba descritos las Demandantes sostienen que las Demandadas no cumplieron esa obligación.

3.3.3 Estándar del generador más favorecido o tratamiento de concesionario más favorecido

173. Las Demandantes sostienen que en virtud del Contrato de Concesión, MachalaPower tiene derecho a gozar de un tratamiento idéntico al del concesionario más favorecido, ya que la Cláusula 23.1.1 de ese contrato establece:

El CONCEDENTE declara y reconoce que el Contrato se sujeta a las leyes del Ecuador vigentes al momento de su suscripción, por lo tanto, EL CONCESIONARIO deberá ser tratado bajo dichas leyes, de manera no menos favorable que cualquier otro CONCESIONARIO de generación de energía eléctrica, bien sea una persona natural o jurídica.

174. En consecuencia, las Demandantes alegan que el régimen emanado de cláusulas - según las Demandantes- más ventajosas acordadas con otros concesionarios de generación de energía eléctrica debe considerarse incorporado *pari passu* al Contrato de Concesión (Cláusula 26), lo cual no ha sido el caso.

3.3.4 Expropiación

175. Según el argumento formulado por las Demandantes, los Contratos imponían asimismo a las Demandadas la obligación de abstenerse de expropiar los Contratos (Cláusula 3.6 del Contrato de Inversión, Cláusula 24.1 del Contrato de Concesión).

Los hechos arriba mencionados constituyen supuestamente una expropiación de los derechos que conferían esos Contratos.

3.3.5 Conclusión

176. El Tribunal considera que las reclamaciones arriba mencionadas están comprendidas dentro del ámbito de las disposiciones de los Contratos en materia de solución de diferencias, y que están por lo tanto dentro de la competencia del Tribunal. Las consecuencias, si existen, de la posible participación de terceros, tendrán que examinarse en la etapa del procedimiento relativa al fondo de la diferencia.

4. CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE

177. Por último, aunque no por ello menos importante, el Tribunal se referirá ahora a la cuestión de la existencia de consentimiento al arbitraje. A este respecto examinará la cuestión de si las partes consintieron al arbitraje por escrito (4.1). Ulteriormente se pronunciará en forma especial sobre las excepciones opuestas por las Demandadas con respecto al alcance del consentimiento (4.2).

4.1 Consentimiento escrito

178. Ecuador consintió por escrito al arbitraje del CIADI en el marco del TBI cuando otorgó y ratificó el TBI. También consintió por escrito el arbitraje del CIADI, cuando otorgó el Contrato de Inversión y el Contrato de Concesión.

179. El CONELEC consintió por escrito el arbitraje del CIADI cuando otorgó el Contrato de Concesión.

180. Conforme al Artículo 25(3) del Convenio del CIADI *“[e]l consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria”*. Ecuador no efectuó ninguna notificación de ese género al Centro. Por lo tanto el Tribunal deberá examinar la cuestión de si el Estado ha aprobado el consentimiento del CONELEC.

181. Primero, el Tribunal observa que la Ley facultaba al Director Ejecutivo del CONELEC a consentir al arbitraje. La Ley de Régimen del Sector Eléctrico (Anexo C-22) establece que el Director Ejecutivo del CONELEC tiene la potestad de otorgar

contratos de concesión de generación, transmisión y distribución de electricidad. El Artículo 21 establece específicamente:

Artículo 21 Controversias: Toda controversia que se suscite entre: generadores, el transmisor, distribuidores, consumidores, el Centro Nacional de Control de Energía, con motivo del suministro de energía eléctrica o de los servicios públicos de transmisión y distribución de electricidad **podrá ser sometida al procedimiento de arbitraje de conformidad con la Ley** o ser sometidos al conocimiento y resolución del Director Ejecutivo del CONELEC. Las resoluciones que éste adopte podrán ser apeladas ante el CONELEC. Esta resolución podrá ser impugnada ante los jueces competentes.

En todo caso el CONELEC será informado por las partes de las razones de la controversia.

De conformidad con la Constitución Política de la República, la Ley y las convenciones internacionales vigentes, en los contratos de concesión las partes podrán acordar que sus controversias sean resueltas de manera definitiva por el mecanismo del arbitraje, nacional o internacional. Si las partes decidieren someter la controversia al arbitraje no podrán recurrir sobre el mismo tema a los tribunales jurisdiccionales.

Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo serán, en general, los órganos competentes para conocer y resolver de cualquier pretensión jurídica que tenga por objeto asuntos relacionados con o derivados de las relaciones entre la entidad pública concedente y la empresa concesionaria. En cuanto al procedimiento a seguirse se estará al que determinen las respectivas leyes.

[Énfasis agregado]

182. En segundo lugar, como aspecto sumamente importante, el Contrato de Concesión fue suscrito por el entonces Presidente del Ecuador, Sr. Gustavo Noboa Bejarano, como testigo de honor. Por lo tanto el Tribunal concluye que el consentimiento del CONELEC al arbitraje del CIADI fue satisfactoriamente aprobado por el Estado.
183. Noble Energy consintió al arbitraje del CIADI en el marco del TBI y el Contrato de Inversión a través de la carta fechada el 14 de marzo de 2005 que remitió al Gobierno (Anexo C-57). Como ya se vio, a Noble Energy le fueron conferidos los derechos del Contrato de Inversión como consecuencia de la fusión con su subsidiaria de propiedad plena Samedan Oil Corporation.
184. MachalaPower consintió el arbitraje del CIADI suscribiendo el Contrato de Inversión y el Contrato de Concesión. La compañía reiteró su consentimiento en el marco del Contrato de Concesión a través de una carta remitida al Ecuador el 9 de mayo de 2005 por el Sr. John Z. Tomich, Vicepresidente, Gerente General y representante legal de MachalaPower y EDC (Anexo C-58).

4.2 Alcance del consentimiento

185. Las partes han debatido el tema del alcance de su consentimiento al arbitraje, específicamente en cuanto a si convinieron en resolver todas estas diferencias puestas a consideración del Tribunal en un único arbitraje (4.2.1), y si su consentimiento abarcaba pérdidas supuestamente sufridas por EDC (4.2.2).

4.2.1 *¿Se consintió en la aplicación de un único procedimiento para resolver las tres diferencias?*

a) *Posiciones de las partes*

186. Las Demandadas alegan que las diferencias puestas a consideración de este Tribunal carecen de identidad subjetiva y objetiva, y que su único “*elemento común resulta ser que es el CIADI*” (Mem. Ddas., párrafo 76; Réplica Ddas., párrafo 13-17). Ellas sostienen que el derecho ecuatoriano, aplicable en virtud de lo dispuesto por el Artículo 42.1 del Convenio del CIADI, el Artículo 8 del TBI y la Cláusula 9 del Contrato de Inversión, no admiten tal “acumulación” de diferentes diferencias en un mismo arbitraje. Añaden que el Artículo 72 del Código Civil Ecuatoriano prohíbe que dos o más personas poseedoras de diferentes derechos o acciones de orígenes diferentes los combinen en una misma acción (Tr., págs. 79-81).

187. Las Demandantes replican que el consentimiento a la jurisdicción del CIADI dado por las Demandadas “incluye su consentimiento para la acumulación de la diferencia en materia de inversión planteada por las Demandantes en un mismo proceso” (Respuesta-Dtes., 23 de marzo de 2007, párrafo 2). Ni el Artículo 25 del Convenio del CIADI ni el TBI impiden que las Demandantes opten por plantear todas sus reclamaciones en un solo arbitraje. Tal decisión es especialmente apropiada en el contexto de un “marco contractual y de inversión unificado” (Respuesta-Dtes., 23 de marzo de 2007, párrafo 2). Además los tres instrumentos en cuestión brindan protección y garantías similares frente a actos discriminatorios y arbitrarios, interferencia en la utilización de la inversión y la expropiación, así como el beneficio de la cláusula de nación más favorecida.

b) *Determinación del Tribunal*

188. Puede ser útil comenzar por examinar la naturaleza de la cuestión que ha de determinarse. En primer lugar el Tribunal observa que todas las partes del asunto han consentido por escrito la jurisdicción del CIADI en el marco de los instrumentos pertinentes. También observa que se han cumplido todos los requisitos restantes en

materia de jurisdicción. Por lo tanto, la presente excepción no constituye una cuestión de jurisdicción regida por el Artículo 25 del Convenio del CIADI y las respectivas disposiciones de los otros instrumentos pertinentes, sino que es un asunto que guarda relación con la conducción del procedimiento, regida por el Artículo 44 del Convenio del CIADI²⁹.

189. Es igualmente importante señalar que la cuestión aquí examinada no consiste en establecer si pueden ingresar terceros en estos procedimientos. Tampoco es una cuestión de si pueden consolidarse procedimientos independientes que ya estén pendientes ante diferentes tribunales. Se trata simplemente de establecer si puede decidirse conjuntamente sobre las reclamaciones planteadas en el *presente* arbitraje bajo el TBI, el Contrato de Inversión y el Contrato de Concesión,
190. El Artículo 44 del Convenio del CIADI establece que los procedimientos de arbitraje se rigen por el Convenio y, a menos que las partes acuerden otra cosa, por las Reglas de Arbitraje del CIADI. En todos los casos en que el Convenio y las Reglas del CIADI no se pronuncien sobre un tema la “cuestión será resuelta por el Tribunal”, en ejercicio de sus potestades procesales generales.
191. En ejercicio de esas potestades ¿qué criterio debe aplicar el Tribunal para establecer si todas las reclamaciones que se ponen a su consideración deben resolverse en el presente arbitraje? A falta de otra orientación, el Tribunal de arbitraje se inspirará en el derecho y la práctica referentes a la consolidación de procedimientos independientes.
192. Un requisito primordial para la consolidación es la conectividad o existencia de una conexión entre los casos que hayan de tramitarse conjuntamente³⁰. En el presente caso existe una interdependencia obvia entre las diferencias puestas a consideración de este Tribunal, las cuales emanan de los mismos hechos, la misma transacción económica global y las mismas medidas. Además, las medidas que dan lugar a la reclamación y la reparación que se pretende en el marco de los diferentes instrumentos presentan similitudes significativas.
193. Otro importante factor a considerar para la consolidación de procedimientos independientes es la conveniencia de promover un mecanismo justo y eficiente de

²⁹ Por analogía, puede invocarse Gabrielle Kaufmann-Kohler/Laurence Boisson de Chazournes y otros, *Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How Can Multiple Proceedings Arising from the Same or Related Situations be Handled Efficiently?*, 21(1) ICSID Review – Foreign Investment Law Journal (2006), páginas 101-102, quienes concluyen que una decisión que disponga la consolidación de procedimientos independientes no es una decisión sobre jurisdicción, sino una resolución procesal.

³⁰ *Ibid.*, páginas 85-86, y citas allí contenidas.

solución de diferencias. Esta misma consideración en algunos casos se expresa en términos de interés de la justicia o economía procesal o judicial³¹. En el presente caso no cabe duda de que es más eficiente manejar todas las reclamaciones en un único procedimiento que resolverlas por separado. También parece justo resolver todas las diferencias en un único arbitraje. Con ello se evitan contradicciones o incoherencias en relación con cuestiones idénticas o conexas y no existe razón para creer que la adopción de un único procedimiento haya de afectar a los derechos procesales de las partes.

194. Es una cuestión polémica si el consentimiento de las partes es requerido para la consolidación de procedimientos independientes³². Si el consentimiento es o no necesario para consolidar procedimientos independientes es un asunto que puede quedar pendiente a esta altura. De todos modos, en el presente caso existe un consentimiento implícito de que las diferencias pendientes emanadas de la misma transacción económica global se resuelvan en un mismo arbitraje. Aunque las cláusulas de solución de diferencias no contienen un texto expreso en este sentido, a la luz de elementos que el Tribunal examinará a continuación, el consentimiento es manifiesto.
195. El presente examen supone interpretar la intención de las partes. A los fines de esta interpretación, el Tribunal acepta el enfoque adoptado en las numerosas decisiones – que van desde *Holiday Inns c. Marruecos* a *Tradex c. Albania*, e incluyen a *Amco c. Indonesia*, *SOABI c. Senegal* y *SPP c. Egipto* – en que se ha insistido en la necesidad de interpretar las intenciones reales de las partes a la luz de las circunstancias del caso. Es cierto que esas decisiones se referían a la jurisdicción. Como el asunto de que se trata gira en torno a la existencia de consentimiento, el Tribunal considera apropiado adoptar un criterio similar para la presente decisión, aunque no sea un asunto de jurisdicción sino de procedimiento.
196. Sin referirse a estas decisiones en detalle, el Tribunal opina que el término medio recomendado en *SPP c. Egipto* es apropiado para interpretar el consentimiento de las partes en el presente caso:

Así, los instrumentos jurisdiccionales no deben interpretarse en forma restrictiva ni expansiva, sino objetivamente y de buena fe, y se concluirá

³¹ Véase, por ejemplo, *Canfor Corp. v. United States of America*, *Tembec et alt. v. United States of America*, *Terminal Forests Products Ltd. v. United States of America*, Resolución sobre Consolidación, 7 de septiembre de 2005, párrafos 76, 183.

³² Gabrielle Kaufmann-Kohler/Laurence Boisson de Chazournes, *op.cit.*, páginas 87-88 y citas allí contenidas.

que existe jurisdicción si – pero sólo si – la solidez de los argumentos que militan a su favor es preponderante³³.

197. Para determinar las intenciones de las partes el Tribunal examina también, *inter alia*, las expectativas de las partes dado que ellas pueden establecerse a la luz del acuerdo o de la transacción como un todo³⁴. La importancia de reconocer las expectativas razonables y legítimas de las partes para interpretar los acuerdos de arbitraje se destacó en *SOABI c. Senegal*, en que el Tribunal sostuvo:

En otros términos, la interpretación debe tener en cuenta las consecuencias que las partes deban razonable y legítimamente haber considerado como concebibles, por emanar de las obligaciones que asumieron. Es ese principio de interpretación, y no una interpretación estricta a priori o, por la misma razón, de construcción amplia y liberal, la que el Tribunal ha optado por aplicar³⁵. (Traducción al español del Tribunal)

198. Habiendo especificado las normas de interpretación, el Tribunal pasa a referirse ahora a los factores que le permiten deducir que las partes han consentido en que las diferencias puestas a su consideración se resuelvan conjuntamente. Como observación general, comienza por señalar que tales diferencias están estrechamente relacionadas: todas emanan del mismo proyecto de inversión y de idéntica transacción económica global.
199. Segundo, en relación, más específicamente, con las diferencias basadas en el Contrato de Concesión y el Contrato de Inversión, es evidente que este último está estrechamente vinculado con el primero. Al hecho de que ambos se suscribieron el mismo día (Cláusula 1.4 del Contrato de Inversión) se agrega el que muchas referencias cruzadas muestran las conexiones entre esos dos instrumentos. Por ejemplo, el plazo del Contrato de Inversión se basa en el del Contrato de Concesión y coincide con él (Cláusula 4.a del Contrato de Inversión). Lo mismo cabe decir de la estabilidad jurídica (Cláusula 4.c del Contrato de Inversión). Además, ciertos

³³ Véase *SPP c. Egipto*, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de abril de 1988, AL C-30, párrafo 63. De este enfoque del término medio se hacen eco otros tribunales del CIADI, como el de *ČSOB c. La República Eslovaca*, Caso CIADI No. ARB/97/4, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de mayo de 1999: “[a]l determinar la manera de interpretar acuerdos para arbitrar en el marco del Convenio del CIADI, el Tribunal se guía por una decisión [Amco c. Indonesia] en que se decidió que ‘un convenio de arbitraje no debe interpretarse en forma restrictiva ni, de hecho, en forma amplia o liberal. Debe interpretarse de modo tal que conduzca a desentrañar y respetar la voluntad común de las partes [...] Además [...] todo convenio, incluidos los convenios de arbitraje, deben interpretarse de buena fe, es decir teniendo en cuenta las consecuencias de los compromisos que las partes puedan haber considerado como razonables y legítimamente concebibles” (traducción al español del Tribunal). *Op. cit.*, párrafo 34; se omite la nota al pie de página.

³⁴ *Amco Asia Corp. c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Laudo del 25 de septiembre de 1983, párrafo 14, 1 ICSID Reports 389.

³⁵ *SOABI c. Senegal*, Caso CIADI No. ARB/82/1, Laudo, 25 de febrero de 1988, párrafo 4.10, ICSID Rev. – FILJ 125 (1991).

compromisos de los inversionistas se definen en relación con el Contrato de Concesión (Cláusula 6.1 del Contrato de Inversión). Por otra parte, tanto la cláusula de selección de legislación aplicable como la de arbitraje se remiten al Contrato de Concesión (Cláusulas 9 y 11.c del Contrato de Inversión). Finalmente, y lo que es más importante, el objeto del Contrato de Inversión, tal como se define en la Cláusula 3, consiste en *“establecer con claridad el tratamiento otorgado al Inversionista y a la Empresa Receptora [MachalaPower] con respecto de las garantías y seguridades generales y especiales que ampararán su Inversión”*. Esa disposición confirma, pues, que el inversionista gozará de todos los mecanismos de protección previstos por el derecho nacional y los tratados internacionales vigentes:

En tal virtud, el Estado ratifica que el Inversionista, sus Inversiones, la Empresa Receptora, este Contrato de Inversión y el Contrato Base gozarán de todas las garantías establecidas en el Título IV y en los artículos Veinte y dos y Veinte y tres del Reglamento Sustitutivo de la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones, al amparo de lo dispuesto al final del inciso primero del Artículo doscientos cuarenta y nueve y en el inciso final del Artículo doscientos setenta y uno de la Constitución, y lo previsto en los Títulos IV, VI y VII de la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones (en adelante, la “Ley”), **así como los convenios internacionales que el Estado haya celebrado en materia de promoción y protección de inversiones y de doble tributación internacional.** [Énfasis agregado]

200. El tercer aspecto que ha de tenerse en cuenta consiste en que las cláusulas sobre solución de diferencias de todos los instrumentos están coordinadas. En todas ellas se prevé el arbitraje del CIADI. Ambos Contratos permiten expresamente someter a arbitraje en el marco del Convenio del CIADI, toda diferencia que surja de ellos. En el subpárrafo 22.2.2.1, el Contrato de Concesión reconoce específicamente la aplicabilidad del Convenio del CIADI y que a los efectos del Artículo 25 toda diferencia debe considerarse como diferencia de naturaleza jurídica surgida de una inversión entre un Estado contractual y un nacional de otro Estado.
201. Como cuarto factor, el Tribunal observa que la República del Ecuador, que es una parte del Contrato de Inversión y del TBI, también está presente en el Contrato de Concesión. El CONELEC celebró el Contrato de Concesión *“en su condición de Ente Público competente y en representación del Estado”*, y puede designarse como “el Estado” conforme a la Cláusula 1.1. El “Estado ecuatoriano” vuelve a ser mencionado, por ejemplo, en la Cláusula 24.1, que establece a favor del CONCESIONARIO ciertas *“garantías, indemnidades y seguridades”*.
202. Quinto, el propio TBI muestra que los Estados Contratantes aceptaron la posibilidad de que una diferencia sobre inversiones se decida conjuntamente con una diferencia contractual. Efectivamente el TBI define una diferencia en materia de

inversión *inter alia* como “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”. Ello tiene sentido especialmente si se tiene en cuenta que un análisis del cumplimiento del Contrato de Inversión puede ser necesario para pronunciarse sobre la reclamación de Noble Energy planteada sobre la base del TBI, en especial a la luz del argumento basado en la cláusula paraguas.

203. Finalmente, el Tribunal encuentra útil respaldo en el texto del Reglamento de la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones (Anexo C-21). Este reglamento se aplica a los contratos celebrados entre el Estado u otra institución pública y un inversionista. El mismo establece un vínculo entre las diferencias contractuales y las basadas en tratados, ya que establece en los términos siguientes que los inversionistas pueden utilizar contra el Estado todos los recursos previstos en el contrato y el tratado, y someter esas diferencias al arbitraje del CIADI:

Artículo 24.- RECURSOS. En cada contrato de inversión se estipulará que, en el caso de incumplimiento del Estado a las obligaciones que asume en virtud del mismo, **el inversionista y la empresa receptora tendrán, sin perjuicio de otras opciones, todos los recursos y acciones aplicables según el ordenamiento jurídico ecuatoriano y los convenios internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador, incluyendo el derecho de exigir la observancia de sus derechos contractuales, constitucionales y adquiridos en virtud de convenios internacionales,** según lo estipulado en el contrato de inversión y en los artículos 18, 249 y 271 de la Constitución, entre otras normas legales pertinentes; así como el derecho a ser monetariamente indemnizado por los perjuicios y daños sufridos por el inversionista o la empresa receptora, incluyendo lucro cesante. Las controversias que se presenten entre el Estado, o entidades del sector público y el inversionista y, si fuere del caso, la empresa receptora, serán resueltas de acuerdo con los procedimientos contemplados en el artículo 29 de este reglamento y las correspondientes estipulaciones del contrato de inversión . . .

[Énfasis agregado]

Artículo 29.- ARBITRAJE. Cuando surja una diferencia relativa a la inversión o a la ejecución del contrato de inversión, el inversionista y, si fuere el caso, la empresa receptora, con el concurso del Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca, procurarán resolverla mediante consultas y negociaciones con las entidades directa o indirectamente relacionadas con el conflicto

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley [de Promoción y Garantía de Inversiones] [1997], en el contrato de inversión estipulará que las controversias que no hayan podido ser amigablemente resueltas **podrán someterse a la decisión del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.**

[Énfasis agregado]

204. De estas disposiciones surge que Ecuador establece un marco jurídico general que favorece la solución de diferencias con inversionistas extranjeros, y muy especialmente el arbitraje del CIADI para las diferencias basadas tanto en contratos como en tratados, independientemente de la naturaleza de esas reclamaciones.
205. Tomando en consideración estas disposiciones en conjunto, las múltiples referencias al arbitraje del CIADI tanto en el contexto de las diferencias contractuales como las basadas en tratados, la amplia referencia contenida en los instrumentos pertinentes a las diversas fuentes de los derechos y obligaciones de las partes que muestran sólidas conexiones entre diferencias contractuales y basadas en tratados y la inexistencia de la intención de segregar ambas categorías, y las numerosas conexiones entre los diferentes instrumentos de los que emanan las diferencias deben considerarse, en su totalidad, como expresiones de la intención de tratar las diferencias emanadas de los diversos instrumentos y sujetas a diferentes sistemas jurídicos en un mismo procedimiento.
206. Para evitar toda duda, el Tribunal aclara que resolver distintas diferencias en un único procedimiento no implica fusionar las diferencias, ni las legislaciones, ni los medios reparatorios. En las etapas posteriores del presente arbitraje las partes y el Tribunal tendrán que distinguir cada diferencia conforme a sus propias normas aplicables, aunque los hechos, las pruebas y los argumentos puedan ser comunes a todos o algunos de ellos. En especial las Demandantes tendrán que especificar qué reparación pretenden obtener de cada Demandada y cuál es su fundamento, a diferencia de la presente redacción del párrafo 477 del Memorial sobre el Fondo (que se cita en el párrafo 30, *supra*). Efectivamente, cada Demandada tiene derecho a saber qué reclamación enfrenta, y qué perjuicios se afirma que ha causado a cada Demandante. El Tribunal evaluará la cuestión en una resolución procesal, que se dictará después de la presente decisión.
207. En suma, el Tribunal concluye que los criterios aplicables a la consolidación de procedimientos independientes, a los cuales recurre por analogía, llevan a la conclusión de que todas las diferencias presentadas ante este Tribunal pueden ser tratadas en su totalidad en el presente procedimiento.

4.2.2 Supuestos daños y perjuicios sufridos por EDC

208. En su Réplica, las Demandadas alegaron que Noble Energy reclama la indemnización de daños y perjuicios --por un monto de US\$128,7 millones—que habría sufrido su subsidiaria indirecta EDC en el marco del Contrato de Producción

Compartida celebrado por EDC y Petroecuador (Réplica Ddas., párrafo 42). Ellas sostienen que el Tribunal no puede pronunciarse sobre una reclamación de ese género porque EDC no es demandante en el presente procedimiento.

209. Las Demandantes respondieron que este argumento era un intento equivocado de considerar el fondo del caso en la etapa de jurisdicción. En todo caso, insistieron en que *“Noble Energy reclama indemnización por los daños sufridos por su inversión como consecuencia de las medidas adoptadas por las Demandadas”* (Dúplica Dtes., párrafo 160). También subrayaron que EDC era una inversión de Noble Energy en Ecuador, y que por lo tanto Noble Energy puede así plantear reclamaciones por los daños y perjuicios que sufrió como consecuencia de los actos de las Demandadas frente a EDC.
210. A juicio del Tribunal la excepción de las Demandadas es prematura. Efectivamente, decidir si Noble Energy puede tener derecho a recibir indemnización basándose en determinadas razones y, de ser así, por qué monto, es un asunto sobre el fondo.

4.3 Otras condiciones relacionadas con el consentimiento

211. Las Demandantes alegaron también que cumplieron los restantes requisitos que deben cumplirse en el marco del TBI (4.3.1) y de los Contratos (4.3.2) antes de iniciar el procedimiento de arbitraje.

4.3.1 Condiciones previstas en el TBI

212. Conforme al TBI, las diferencias sobre inversiones se deben tratar de resolver primero a través de consultas y negociaciones. Si no se logra tal resolución dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que haya surgido la diferencia, el inversionista puede invocar la cláusula de arbitraje del CIADI.
213. Noble Energy notificó la diferencia en el marco del TBI a las Demandadas, el 19 de agosto de 2004 (Anexo C-33). Luego trató de llegar a una solución amigable en diversas reuniones mantenidas con autoridades gubernamentales, que el Sr. John Z. Tomich describió en su declaración testimonial (Anexo C-14). En consecuencia, se realizaron consultas y han transcurrido más de seis meses desde que surgió la diferencia sin que se haya llegado a una solución.

4.3.2 Condiciones previstas en los Contratos

214. La Cláusula 11(a) del Contrato de Inversión también requiere que se trate de llegar a una solución *“mediante consultas y negociaciones con las entidades directa o*

indirectamente relacionadas con el conflicto". Actuando por su propia cuenta y en nombre de MachalaPower, Noble Energy notificó a las Demandadas la diferencia enmarcada en el Contrato de Inversión el 19 de agosto de 2004 y solicitó la iniciación de negociaciones (Anexo C-49).

215. La Cláusula 22 del Contrato de Concesión prevé el arbitraje del CIADI (subpárrafo 22.2.2) a condición de que (i) todo desacuerdo o diferencia se ponga a consideración de los representantes legales de las partes para su solución, y que si esos representantes no resuelven la diferencia dentro de un plazo de diez días (ii) la diferencia se someta a un proceso de mediación (subpárrafo 22.1).
216. El 10 de agosto de 2004 MachalaPower notificó la diferencia al CONELEC (Anexo C-34). El 23 de noviembre de 2004 propuso la designación de un mediador y solicitó al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito que llevara adelante el proceso de designación, lo que el Centro hizo. Más tarde se llevaron a cabo tres reuniones de mediación sin resultados, y el 22 de abril de 2005 el mediador dio por terminado el procedimiento de mediación (Anexo C-47, actas de la sesión).
217. En consecuencia las condiciones establecidas en el Contrato de Concesión han sido cumplidas.

5. EXCEPCIÓN RESTANTE: LUGAR E IDIOMA DEL ARBITRAJE

5.1 Posiciones de las partes

218. En su Réplica, las Demandadas insistieron en que el arbitraje de diferencias enmarcadas en el Contrato de Concesión debe tener lugar en Quito, Ecuador, y debe realizarse en español, conforme a la Cláusula 22.2.2.6 del Contrato. Alegan asimismo que en virtud de esa cláusula, si los procedimientos no pueden realizarse en Quito deben tener lugar en la "*Corte Permanente de arbitraje del CIADI*". Las Demandadas entienden que con ello se alude a la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, Países Bajos. A juicio de las Demandadas, este asunto pertenece a la competencia del Tribunal y guarda relación con el consentimiento de las partes (Tr., pág. 166).
219. Las Demandantes, por el contrario, consideran que la determinación del lugar y el idioma del arbitraje son cuestiones procesales, que se resolvieron en la primera sesión del Tribunal. Las partes convinieron en esa oportunidad en que el lugar del arbitraje sería Washington, D.C. y en que los idiomas del procedimiento serían el

inglés y el español. Basándose en la Regla 27 de las Reglas de Arbitraje, las Demandadas renunciaron así a su derecho de oponer esta excepción. En todo caso, por ser el procedimiento en ambos idiomas, se ha cumplido el requisito sobre el idioma previsto en el Contrato de Concesión. (Tr., pág. 132).

220. Las Demandadas sostienen además que aceptar un lugar distinto de Quito supondría un enmienda del Contrato de Concesión, la cual requiere de la aprobación del Directorio del CONELEC dada por escrito, con participación de los directores gerentes del CONELEC, y reflejada en una escritura pública. Además, la enmienda implicaría, conforme a las leyes del Ecuador, su consulta al Procurador General. Las Demandantes respondieron negando toda relevancia de las disposiciones para una enmienda del Contrato de Concesión bajo las leyes del Ecuador.

5.2 Determinación del Tribunal

221. El Convenio del CIADI contiene las siguientes normas con respecto al lugar del arbitraje:

Artículo 62

Los procedimientos de conciliación y arbitraje se tramitarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo siguiente, en la sede del Centro

Artículo 63

Si las partes se pusieran de acuerdo, los procedimientos de conciliación y arbitraje podrán tramitarse,

- (a) en la sede de la Corte Permanente de Arbitraje o en la de cualquier otra institución apropiada, pública o privada, con la que el Centro hubiere llegado a un acuerdo a tal efecto; o
- (b) en cualquier otro lugar que la Comisión o Tribunal apruebe, previa consulta con el Secretario General.

222. En consecuencia, el lugar de realización de los arbitrajes del CIADI es la sede del Centro, en Washington D.C., a menos que (i) las partes acuerden otra cosa, y (ii) en ese acuerdo se opte entre la sede de la CPA en La Haya (o cualquier otra institución con la que el CIADI se ponga de acuerdo) u *otro lugar que el Tribunal apruebe*³⁶.

223. En el Contrato de Concesión, MachalaPower y el CONELEC acordaron en los siguientes términos el lugar del arbitraje:

22.2.2.6 Todos los procedimientos arbitrales conducidos de conformidad con el Convenio se llevarán a cabo en Quito, Ecuador y en el idioma

³⁶ C. Schreuer, *op. cit.*, Artículo 62, pág. 1246, párrafo 12.

Español. Si por cualquier causa el arbitraje no puede llevarse en Quito, Ecuador, éste se llevará en la Corte Permanente de arbitraje del CIADI.

224. En la primera sesión de este arbitraje el Tribunal sugirió que el lugar del arbitraje fuera Washington, D.C., y los abogados de ambas partes estuvieron de acuerdo³⁷.
225. Sobre esta base el Tribunal llega a la conclusión de que el lugar del arbitraje será Washington, D.C., por las razones principales que más abajo se expresan. Antes de referirse a esas razones, el Tribunal desea aclarar que se trata de una cuestión de procedimiento que no afecta a la jurisdicción.
226. Es cierto que en el Contrato de Concesión las partes optaron por Quito como lugar del arbitraje. Es igualmente cierto que ellas efectuaron una elección alternativa, “*si por cualquier causa [el procedimiento de arbitraje] no puede llevarse en Quito, Ecuador*”, a favor de “*la Corte Permanente de arbitraje del CIADI*”. Basándose en la referencia expresa al CIADI, el Tribunal de arbitraje entiende que esa designación se refiere a la sede del Centro, y no a la Corte Permanente de Arbitraje, con sede en La Haya.
227. En consecuencia, la cuestión pasa ahora a ser la de si “por cualquier causa” el arbitraje “no puede llevarse en Quito”. El Tribunal concluye que esta cuestión debe responderse afirmativamente, por tres razones principales. Primera, en la primera sesión las partes consintieron en la propuesta del Tribunal de arbitraje de optar por Washington, D.C. como lugar del arbitraje, y no han objetado las actas en que se volvió a formular esa elección. Segunda, habiendo propuesto y confirmado a Washington, D.C., el Tribunal no ha aprobado una designación diferente, aprobación que es un requisito conforme al Artículo 62(b) del Convenio del CIADI. Tercera, como constituyen un componente de la diferencia global sobre las inversiones, las reclamaciones contractuales están siendo resueltas junto con las reclamaciones basadas en tratados, y no existe la posibilidad de que se establezca un lugar distinto de Washington, D.C. con respecto a las reclamaciones bajo el Tratado.
228. En consecuencia el Tribunal considera que existen razones válidas por las cuales el arbitraje no puede tener lugar en Quito, y por lo tanto confirma la selección de Washington, D.C., como el lugar del arbitraje. Dicho esto, el Tribunal añade que a diferencia de otros tipos de arbitraje, el lugar del arbitraje en los procedimientos del

³⁷ Grabación de audio de la primera sesión, minuto 15'44; punto 6 de las actas de la primera sesión del Tribunal de arbitraje, en que se lee: “*Después de consultar con las partes, el Tribunal decidió que el lugar del arbitraje sería Washington, D.C., sin perjuicio de que el Tribunal celebre sesiones con las partes o sin ellas en cualquier otro lugar que estime conveniente*”.

CIADI, no entraña consecuencias jurídicas, ya que el sistema del CIADI es autocontenido³⁸. En especial, la selección del lugar del arbitraje no suscita la aplicación del derecho local sobre arbitraje, ni determina la jurisdicción de los tribunales locales como auxiliares y órganos de control del arbitraje. La determinación del lugar del arbitraje es un asunto de conveniencia, y a ese respecto el Tribunal observa que la representación de ambas partes incluye abogados de estudios jurídicos establecidos en Washington, D.C. Sea como fuere, el Tribunal no descarta la posibilidad de que, si corresponde, se celebren sesiones en cualquier otro lugar, incluido Quito.

229. Corresponde también considerar la cuestión del idioma del procedimiento. Tal como lo señalan acertadamente las Demandadas, la Cláusula 22.2.2.6 del Contrato de Concesión establece que el español debe ser el idioma del arbitraje. A juicio del Tribunal, el razonamiento arriba expuesto en relación con el lugar del arbitraje se aplica, *mutatis mutandis*, al idioma. Además, conforme a la Regla 22 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, cada una de las partes puede elegir cualquiera de los tres idiomas oficiales del Centro. Las Demandantes eligieron el inglés y las Demandadas el español. En consecuencia, aún no siendo el idioma exclusivo, el español es, indudablemente, uno de los idiomas del arbitraje³⁹.

6. COSTOS

230. Habiendo concluido que posee competencia para entender en la presente diferencia, el Tribunal se reserva todas las cuestiones referentes a los costos y gastos del Tribunal y de las partes para una determinación posterior.

³⁸ C. Schreuer, *prec.*, Artículo 62, pág. 1242, párrafo 3.

³⁹ Grabación de audio de la primera sesión, minuto 15'59; punto 7 de las actas de la primera sesión del Tribunal de arbitraje, en que se lee: "*La Presidente hizo referencia a la Regla de Arbitraje 22 e invitó a las partes que presentaran sus opiniones al respecto. Habiendo considerado las posiciones de las partes, el Tribunal decidió que los idiomas del procedimiento serían el inglés y el español. Asimismo se convino que las principales actuaciones escritas de las partes (i.e. Memorial, Memorial de Contestación, Réplica y Dúplica) serán presentadas en cualquiera de los idiomas, y que las traducciones serán entregadas dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de presentación respectiva de las actuaciones. [...] El Tribunal acordó que emitirá sus decisiones en ambos idiomas y que proveerá interpretación simultánea en todas las audiencias del Tribunal. Las comunicaciones del Secretariado a las partes podrán ser en inglés o español.*"

I. DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN

Por las razones que anteceden el Tribunal:

- Toma debida nota de que MachalaPower no formula reclamaciones en el marco del TBI;
- Declara que las diferencias presentadas para su consideración en el presente arbitraje están comprendidas en la esfera de jurisdicción del Centro y de competencia del Tribunal.

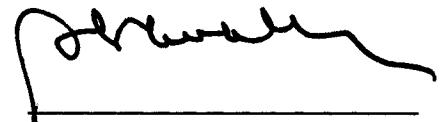
II. RESOLUCIÓN PROCESAL

En consecuencia el Tribunal:

- Impartirá directrices apropiadas para la continuación del procedimiento sobre el fondo de la diferencia;
- Confirma que el lugar del arbitraje es Washington, D.C., y que los idiomas del procedimiento son el inglés y el español, tal como se especifica en el Acta de la primera sesión del Tribunal;
- Se reserva las cuestiones referentes a los costos y gastos del Tribunal y de las partes para una determinación posterior.



Sr. Henri Alvarez



Dr. Bernardo M. Cremades



Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler