

MCI Power Group LC and New Turbine Inc v Ecuador, Award, ICSID Case No ARB/03/6, IIC 296 (2007)

31 July 2007

Parties:	MCI Power Group LC, New Turbine Inc Ecuador
Date of Award:	despatched 31 July 2007
Arbitral institution/Court:	International Centre for Settlement of Investment Disputes
Procedural stage:	Award

Decision

I. PROCEDURAL HISTORY

II. JURISDICTION

1. INTRODUCTION: OBJECTIONS TO JURISDICTION

2. MAIN OBJECTION TO THE COMPETENCE OF THE TRIBUNAL. The no-retroactivity of the BIT: effect on events alleged to be prior and subsequent to the entry into force of the BIT

a. Continuing and composite acts

b. Obligation of parties signing the BIT to act in good faith: scope of application of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties

c. Most-Favored-Nation Clause

d. Acts prior to the entry into force of the BIT relevant in determining injury

3. SUBSIDIARY OBJECTIONS

a. First subsidiary objection to the Competence of the Tribunal: existence of an investment

b. Second subsidiary objection to the Competence of the Tribunal: the “fork-in-the-road” clause

4. CONCLUSIONS

III. MERITS

1. INTRODUCTION TO THE MERITS OF THE DISPUTE

a. Relevant Facts

b. The law applicable to the Merits of the issues raised

c. The relationship between INECEL and Ecuador

2. ACTS ALLEGED AS BEING SUBSEQUENT TO THE ENTRY INTO FORCE OF THE BIT OVER WHICH THE TRIBUNAL HAS COMPETENCE

3. ALLEGATIONS ON BREACHES OF THE BIT

a. Fair and equitable treatment

b. No discriminatory or arbitrary treatment

c. Full protection and security

d. Expropriation

4. THE CLAIMANTS' CONTENTION OF LACK OF GOOD FAITH ON ECUADOR'S PART WITH RESPECT TO THE ACTS AND OMISSIONS OF INECEL IN THE LIQUIDATION COMMISSION

5. REVOCATION OF SEACOAST'S OPERATING PERMIT AND ITS EFFECTS

- a. Revocation of the permit
- b. The Claimants' allegation of Ecuador's bad faith in frustrating an arbitration process for resolving the questions at issue
- c. The annulment of the lawsuit

6. ECUADOR'S HARASSMENT OF SEACOAST REPRESENTATIVES

IV. COSTS

V. DECISION

I. Procedural History

1. On December 16, 2002, the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter "ICSID" or "the Centre") received from M.C.I. Power Group, L.C. and New Turbine, Inc. (hereinafter "the Claimants") a request for arbitration against the Republic of Ecuador (hereinafter "the Respondent" or "Ecuador"). On December 19, 2002, the Centre acknowledged receipt of the request, and accompanying documentation, together with the prescribed lodging fee, in accordance with Rule 5 of the ICSID Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings (hereinafter the "Institution Rules"). On December 20, 2002, the Centre transmitted a copy of the request to Ecuador and Ecuador's Embassy in Washington, D.C. in accordance with Institution Rule 5(2).
2. According to Article 36(3) of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States ("the ICSID Convention"), the Acting Secretary-General of the Centre registered the request for arbitration on April 8, 2003. In accordance with Institution Rule 7, the Acting Secretary-General notified the parties on the same date of the registration of the request and invited them to proceed to constitute an Arbitral Tribunal as soon as possible.
3. In accordance with Rule 2(3) of the ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings ("Arbitration Rules"), on June 9, 2003, Claimants requested that the Arbitral Tribunal in this case be constituted in accordance with the provisions of Article 37(2)(b) of the ICSID Convention. According to this provision, the Arbitral Tribunal would consist of three arbitrators, one arbitrator to be appointed by each party and the third, who shall serve as the President of the Tribunal, to be appointed by agreement of the parties. The Claimants appointed the Honorable Benjamin J. Greenberg, Q.C., a Canadian national, and the Respondent appointed Professor Jaime Irrarrázabal, a Chilean national. However, the parties failed to agree on the appointment of the third, presiding arbitrator. On July 8, 2003, the Claimants requested that the third, presiding arbitrator be appointed in accordance with Article 38 of the ICSID Convention and Rule 4 of the Arbitration Rules.
4. After consulting the parties, Professor Raúl E. Vinuesa, an Argentinean national, was appointed by the Centre as the third, presiding arbitrator. In accordance with Rule 6(1) of the Arbitration Rules, on September 11, 2003, the Acting Secretary-General notified the parties that all three arbitrators accepted their appointment and that the Arbitral Tribunal was deemed to be constituted and the proceedings deemed to begin on that date. On the same date, pursuant to ICSID Administrative and Financial Regulation 25, the parties were informed that Mr. Mariano García-Rubio, Counsel, ICSID, would serve as Secretary of the Arbitral Tribunal. Mr. Rubio was later on replaced by Ms. Claudia Frutos-Peterson, Counsel, ICSID. The Tribunal held its first session in Washington, D.C. on November 7, 2003.
5. Messrs. Barry Appleton, Robert Wisner and Hernando Otero from Appleton and Associates, and Messrs. José I. Astigárraga and Edward M. Mullins from Astigárraga Davis represented the Claimants at the first session. Messrs. Ivor Massey and Richard Gorman also attended on behalf of the Claimants. Ms. Martha Escobar Koziel of the *Procuraduría General del Estado* and Mr. Gustavo Anda of the Embassy of Ecuador in Washington, D.C., represented the Respondent at the first session.
6. During the first session, the parties agreed that the Tribunal had been properly constituted in accordance with the ICSID Convention and the ICSID Arbitration Rules and that they did not have any objections to any members of the

Tribunal. It was also noted that the proceedings would be conducted under the ICSID Arbitration Rules in force since September 26, 1984.

7. During the first session, the parties also agreed on several other procedural matters, which were later reproduced in the written minutes signed by the President and the Secretary of the Tribunal. In respect of the pleadings to be filed by the parties, their number, sequence and timing, it was agreed that the Claimants would file a Memorial by February 6, 2004; the Respondent would file a Counter–Memorial within 90 (ninety) days of their receipt of the Claimants' Memorial; the Claimants would file a Reply within 30 (thirty) days of their receipt of the Respondent's Counter–Memorial, and the Respondent would file a Rejoinder within 30 (thirty) days of its receipt of the Claimants' Reply.

8. The Tribunal further noted that, if there were no objections to Jurisdiction, the time–limit for the Claimants' Memorial shall be followed, in accordance with the ICSID Arbitration Rules.

9. On February 20, 2004, the Claimants filed their Memorial on the Merits and accompanying documentation.

10. On June 16, 2004, the Respondent informed the Centre and this Tribunal that the law firm Cabezas & Wray had been appointed as counsel for Ecuador in the present case, being authorized to represent the Respondent either independently or jointly with the *Procuraduría General del Estado*.

11. On June 16, 2004, the Respondent raised some objections to the Jurisdiction of the Centre and the competence of the Tribunal. In the same communication, counsel for the Respondent indicated that Messrs Robert Volterra and Alejandro Escobar of the law firm Herbert Smith, in London, were also appointed as co–counsel for Ecuador.¹

12. On June 18, 2004, the Claimants made preliminary observations on Ecuador's objections on Jurisdiction, to which counsel for the Respondent replied by letter of June 21, 2004.

13. On June 23, 2004, the Tribunal issued Procedural Order No. 1, suspending the proceeding with respect to the Merits in accordance with Rule 41(3) of the ICSID Arbitration Rules, and fixing a timetable for the Jurisdictional phase, according to which Respondent would have 30 (thirty) days (by July 26, 2004) to submit its Memorial on Jurisdiction; Claimants would have 30 (thirty) days from their receipt of the Respondent's Memorial on Jurisdiction to file their Counter–Memorial on Jurisdiction; the Respondent would file its Reply on Jurisdiction within 15 (fifteen) days from its receipt of the Claimants' Counter–Memorial on Jurisdiction; and the Claimants would file a Rejoinder on Jurisdiction within 15 (fifteen) days from their receipt of the Respondent's Reply on Jurisdiction.

14. In accordance with Procedural Order No. 1, on July 26, 2004, the Respondent filed its Memorial on Jurisdiction. Thereafter, on August 23, 2004, Claimants filed their Counter–Memorial on Jurisdiction; on September 14, 2004, the Respondent filed its Reply on Jurisdiction; and on October 1, 2004, the Claimants filed their Rejoinder on Jurisdiction.

15. As it had been scheduled, after consultation with the parties, the Hearing on Jurisdiction was held in Washington, D.C. on December 13 and 14, 2004. At the Hearing, the Claimants were represented by Messrs. Ivor Massey, Richard Gorman, Jack Haeflich, Barry Appleton, José I. Astigarraga, Robert Wisner and Hernando Otero, and as Observers from Appleton & Associates, Nick Gallus, Ali Ghiassi and Asha Kaushal. The Respondent was represented by Messrs. Alberto Wray Espinosa, Ernesto Albán Ricaurte, Álvaro Galindo, Alejandro Escobar, Robert Volterra, Danilo Sylva and Martha Escobar Koziel. During the Hearing, the Tribunal also put questions to the parties in accordance with ICSID Arbitration Rule 32(3).

16. On April 4 2005, the Tribunal issued Procedural Order No. 2, joining the objections to Jurisdiction to the Merits of the dispute, in accordance with ICSID Arbitration Rule 41(4) and number 8 in Procedural Order No. 1 of June 23, 2004. A timetable was set for the continuation of the proceeding, according to which the Respondent was to file its Counter–Memorial by May 19, 2005; the Claimants would have 30 (thirty) days from their receipt of the Respondent's Counter–Memorial to file their Reply; and the Respondent would file its Rejoinder within 30 (thirty) days after its receipt of the Claimants' Reply.

17. On May 5, 2005, after due consideration of the Respondent's letter of April 25, 2005, as well as of the Claimants' response of April 26, 2005, the Tribunal decided to grant an extension of 15 days to counsel for the Respondent to file its Counter–Memorial (i.e. by June 3, 2005).

18. On June 3, 2005, the Respondent filed its Counter–Memorial on the Merits.

19. On July 8, 2005, the Claimants, invoking the principle of equality, requested an extension to file its Reply, which was due by July 15, 2005. On July 13, 2005, The Tribunal granted an extension for the Claimants to file their Reply until August 1, 2005.

20. On July 13, 2005, the Tribunal, after considering the Respondent's request for production of documents (letters of June 23 and July 7, 2005), as well as Claimants' response of July 1, 2005, denied such request. However, the Tribunal noted that it reserved its powers to call upon the parties to produce any documents, witnesses and experts, if it so deemed necessary at any stage of the proceeding.

21. On July 22, 2005, the Claimants filed their Reply on the Merits; and thereafter, on August 31, 2005, the Respondent filed its Rejoinder on the Merits.

22. On February 2, 2006, the Tribunal issued Procedural Order No. 3, concerning the organization of the Merits Hearing.

23. As it had been confirmed by the Tribunal to the parties on October 11, 2005, the Merits Hearing took place on March 20–24, 2006, in Washington, D.C. Present at the Hearing were:

Members of the Tribunal

Professor Raúl E. Vinuesa, President

The Honorable Benjamin J. Greenberg, Q.C., Arbitrator

Professor Jaime Irrazabal C., Arbitrator

ICSID Secretariat

Claudia Frutos–Peterson, Secretary of the Tribunal

Tomás Solís, ICSID Secretariat

On behalf of the Claimants

Jack Haeflich,

Ivor Massey,

Richard Gorman,

Jose Astigárraga,

Barry Appleton,

Robert Wisner,

Ed Mullins,

Hernando Otero,

Nick Gallus,

Asha Kaushal.

As Support Team for the Claimants

Jill Mayer,

Sue Ki,

Damien Charles “Tai” Smith,

Mona Davies,

Elizabeth Lorelei Simpson,
Regis Figur,
Kristine Monet Roche,
Garrett Hooe,
Richard Taylor.

On behalf of the Respondent

Alberto Wray,
Ernesto Albán,
Alvaro Galindo,
Martha Escobar,
Verónica Arroyo,
Robert Volterra,
Alejandro Escobar.

24. As instructed by the Tribunal, and in accordance with the notification of April 4, 2006, on April 19, 2006 the parties filed their post-Hearing briefs.

25. On May 31, 2007, the Tribunal declared the proceedings closed in accordance with Arbitration Rule 38(1).

II. Jurisdiction

1. Introduction: Objections to Jurisdiction

26. As indicated above, on July 26, 2004 Ecuador submitted a Memorial objecting to the Jurisdiction (hereafter Memorial on Jurisdiction) with respect to the claims raised by the Claimants, requesting that the Tribunal declare the dispute not within the Jurisdiction of ICSID, nor the competence of the Tribunal, that it decline to consider the case on the Merits, and that it order the Claimants to pay Ecuador the costs of the proceedings and the cost of legal representation.

27. In its Memorial on Jurisdiction, Ecuador alleges that it had not given its written consent for this case to be submitted to ICSID arbitration, as required under Article 25 of the ICSID Convention. Ecuador argues that this lack of consent cannot be overcome by the provisions of the Bilateral Investment Treaty concluded between Ecuador and the United States of August 27, 1993 (hereinafter the “BIT” or the “Treaty”), because the facts used to support the Claimants' allegations arose before the entry into force of that Treaty, that is, before May 11, 1997.

28. Ecuador contends that the claims refer to two separate situations, which involve entirely different legal principles; these situations were consummated and legally defined before the BIT entered into force.

29. The first of these situations has to do with a contract signed in Quito on November 7, 1995 (hereinafter referred to as “the Seacoast Contract”), and the Memorandum of Clarification for the Execution of the Contract (hereinafter referred to as “Clarification Contract”) signed on the same date, by which Seacoast agreed to provide power to the Instituto Ecuatoriano de Electrificación (hereinafter referred to as “INECEL”) for six months starting on November 18, 1995, using equipment that it agreed to bring into Ecuador at its own expense and risk under the temporary admission of imports regime. Ecuador contends that INECEL communicated to Seacoast that the contract would terminate by May 1996.

30. According to Ecuador, Seacoast claimed that the termination of the contract was untimely, that it had only been paid for the energy consumed and not for the energy made available, and that the fines imposed on it for breach of contract were inapplicable. Ecuador believes that these allegations raised by the Claimants in the present case are unjustified with respect to the BIT, as Seacoast had persisted in its claims by suing INECEL before the Ecuadorian courts in 1996.

31. In the opinion of Ecuador, the second situation referred to in the request has no connection whatsoever to the first. It relates to the contract that INECEL entered into on January 24, 1997 with Power Services Ecuador Ecuapower (hereinafter referred to as “the Ecuapower Contract”) by which the latter agreed to provide it with power.

32. According to the Respondent, the original shareholders of Ecuapower, in whose ownership structure the Claimants say they participated, transferred their shares in full on March 6, 1997 to four other companies, which were also foreign-owned. According to Ecuador, the Claimants believed that Ecuadorian officials caused an unwarranted delay in the signing of the Ecuapower Contract and because of this delay they were forced to sell their investment under disadvantageous terms, for which they are seeking compensation in the present claim.

33. Ecuador alleges that the disputes caused by the two abovementioned situations arose before the BIT entered into force, and therefore they did not give rise to rights in favor of the Claimants, nor have they generated any obligation whatsoever on the part of Ecuador under the provisions of the BIT.

34. Moreover, Ecuador alleges that when the BIT entered into force, the Claimants did not have an investment under that Treaty. It also alleges that the events that occurred after the entry into force of the BIT simply consisted of successive and failed attempts to resolve these disputes and therefore they have not given rise to any rights in favor of the Claimants nor any obligation for Ecuador.

35. Ecuador argues that the BIT is not retroactive, nor are there any circumstances that would justify its retroactive application. Even under the assumption that the BIT was applicable to this case, Ecuador contends that the dispute would still not fall under the Competence of the Tribunal because it did not arise directly out of an investment under the terms of Article 25 of the ICSID Convention and Article I(1)(a) of the BIT at the time when the latter entered into force; or because the arbitration option was precluded under Article VI(3)(a) of the BIT.

36. In summary, Ecuador argues that the dispute submitted does not fall within the Jurisdiction of the Centre *ratione temporis* and subsidiarily, that the dispute does not arise out of an investment and that there was a preclusion of the arbitral option, owing to the Claimants' submission of the dispute to the domestic courts of Ecuador (“for-in-the-road”).

*

* *

37. On August 23, 2004 the Claimants filed their Counter-Memorial on Objections to Jurisdiction (hereinafter referred to as “the Counter-Memorial”).

38. In the Counter-Memorial, the Claimants contend that the Tribunal has Competence based on the following reasons: the Claimants had an investment within the terms of the ICSID Convention and the BIT at all relevant times; the Tribunal must consider events before the BIT's entry into force; events subsequent to that date attributable to Ecuador violated the BIT; and the Claimants have not triggered the “fork-in-the-road” provision of the Treaty. The Claimants therefore ask the Tribunal to reject Ecuador's objections to Jurisdiction and award costs to the Claimants.

39. The Claimants allege that as legal entities of the United States of America they own and control Seacoast. In their view, Seacoast, in turn, is a United States corporation that invested in Ecuador through a branch operation. This branch carried on the business of acquiring, assembling and installing two electricity generating plants and selling their power to INECEL, an Ecuadorian state-owned entity. After these operations were completed and the power generating assets sold, Seacoast continued to hold and manage its accounts receivable and other contractual rights against INECEL. Thus, the Seacoast branch and its intangible assets in Ecuador were an *investment* before and after the entry into force of the BIT.

40. After the entry into force of the BIT, the Claimants allege that they continued to own the Seacoast branch in Ecuador. This branch had a legal representative, an office in Ecuador, and an operating permit. Seacoast held and managed substantial accounts receivable and other contractual rights against INECEL. Consequently, the Claimants allege that Ecuador violated the BIT through acts subsequent to its entry into force.

*

* *

41. The Tribunal, having examined the submissions put forward by the parties in these arbitration proceedings with respect to the question of its Competence to hear the Merits of the present dispute, and having evaluated the

relevant arguments on the Merits put forward by both parties, has decided to deal first with the main objection of the non-retroactivity of the BIT, and then deal with each of the subsidiary objections relating to the non-existence of an investment and the preclusion of the BIT's "fork-in-the-road" provision.

42. The Tribunal will decide on the objections to Jurisdiction raised by the Respondent and rejected by the Claimants in accordance with the provisions of the ICSID Convention, the BIT, and the applicable norms of general international law, including the customary rules recognized in the Final Draft of the International Law Commission of the UN (hereinafter referred to as "the ILC") Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries (hereinafter referred to as "the ILC Draft").²

43. For purposes of interpreting the treaties applicable to the objections submitted, the Tribunal will be guided by the rules contained in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (hereafter "the Vienna Convention") that reflect the customary law on the subject.

44. The Tribunal will refer to precedents that state the legal implications of binding norms of conventional and customary international law that are applicable only to the extent that and insofar as they specifically relate to the present case.

2. Main Objection to the Competence of the Tribunal. The Non-Retroactivity of the BIT: Effect on Events Alleged to be Prior and Subsequent to the Entry into Force of the BIT.

45. Ecuador alleges that the BIT is not retroactive. By the terms of the Treaty, it entered into force thirty days after exchange of the respective instruments of ratification, that is, on May 11, 1997.

46. Ecuador cites as precedents the preliminary decisions adopted in the *Marvin Roy Feldman Kapra v. United Mexican States* and the *Mondev v. United States of America* cases in order to put forward the argument that before the BIT entered into force there was no consent to be bound and therefore no obligation arising from the Treaty can be attributed to a State Party.

47. In support of its argument, it cites Article 28 of the Vienna Convention, which states:

Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party.

48. Ecuador also invokes Article XII of the BIT which sets out the treaty's temporal application to investments in existence at the time it entered into force as well as investments made or acquired thereafter. Thus, according to Ecuador, the scope of the treaty excludes any investment that had ceased to exist at that date.

49. Ecuador concludes that the only factual grounds of the claims put forward in the request refer to acts consummated and legally defined before the entry into force of the BIT. It maintains that neither in the framework of the Seacoast Contract nor in that of the Ecuapower Contract did the Claimants own shares in the investment within the meaning of Article 25 of the ICSID Convention. But even assuming that they did, such alleged investments had ceased to exist before the BIT entered into force.

50. According to Ecuador, the Seacoast Contract terminated in May 1996 upon expiry of the term. Even if we accept Seacoast's argument with regard to the term of the Contract, the latter would in any event have terminated before the BIT entered into force.

51. Ecuador contends that when the BIT entered into force there was a dispute in existence that had been submitted to the Ecuadorian courts, for the untimely termination of the Seacoast Contract, payment for the installed capacity of power, return of the fines imposed, and reimbursement of the cost of fuel.

52. In support of this argument about the existence of a dispute Ecuador cites the *Maffezini v. Kingdom of Spain* precedent regarding the importance of the critical date for purposes of deciding whether a dispute falls within the consent necessary to warrant ICSID Jurisdiction under a BIT. Ecuador maintains that in the present case the critical date, that is the date when the dispute arose, is prior to the entry into force of the BIT.

53. According to Ecuador, when the BIT entered into force, Seacoast had sold all its equipment, its operations had ceased, and it had submitted the dispute with INECEL to the Ecuadorian tribunals. It had no investment whatsoever, nor rights substantiated in titles or registers to which the status of investment could possibly be attributed *prima facie*.

54. As for the Claimants' demand for compensation for the supposedly wrongful conduct on the part of Ecuadorian authorities in the signing of the contract between Ecuapower and INECEL on January 24, 1997 and the allegation that those events caused the forced sale of their investment on March 6, 1997, Ecuador maintains that, on the assumption that the facts invoked as grounds for the claim were true, they would not fall within the temporal provisions of the BIT as they would have occurred before the Treaty entered into force. With regard to subsequent events alleged by the Claimants to be in violation of the BIT, Ecuador considers them to be merely pleadings concerning disputes that had already been raised prior to the entry into force of the BIT.

*

* *

55. For their part, the Claimants do not deny the date of entry into force of the BIT, nor do they deny the non-retroactive nature of the BIT.

56. The Claimants put forward the arguments that the Tribunal must consider events occurring before the BIT entered into force because Ecuador's actions before the BIT entered into force were continuing or composite breaches; Ecuador had a duty to act in good faith following its signature of the BIT; and moreover, the BIT's most-favored-nation clause and Article VII of the Argentina–Ecuador BIT demonstrate Ecuador's intention that the US–Ecuador BIT would have limited retrospective effect. The Claimants are also claiming as violations of the BIT acts attributable to Ecuador subsequent to the entry into force of the BIT. Finally, the Claimants submit that events occurring before the BIT came into force are important in determining the damage caused by Ecuador's actions after that date.

57. The Claimants maintain that this Tribunal's consideration of events occurring before the BIT's entry into force in the aforementioned circumstances is not a breach of the principle of non-retroactivity recognized in the Vienna Convention and the ILC Draft. The Claimants allege that Article XII of the BIT does not limit its temporal application to disputes arising subsequent to its entry into force.

58. The Claimants contend that the Tribunal can examine conduct occurring before the BIT came into force when that conduct continues beyond that date. They maintain that Article 28 of the Vienna Convention only curtails a tribunal's ability to examine conduct occurring before a treaty comes into force to the extent that that conduct ceased to exist before the date on which the treaty entered into force.

*

* *

59. From the analysis of the text and background of the BIT, the Tribunal holds that the intention of the contracting Parties with respect to its retrospective application is not evident from its clauses or in any other manner. In accordance with the norms of general international law codified in the Vienna Convention, and particularly in Article 28, the Tribunal notes that because of the fact that the BIT applies to investments existing at the time of its entry into force, the temporal effects of its clauses are not modified.

60. The Tribunal notes the temporal requirements under Article XII of the BIT, which states:

[This Treaty] shall apply to investments existing at the time of entry into force as well as to investments made or acquired thereafter.

61. The non-retroactivity of the BIT excludes its application to disputes arising prior to its entry into force. Any dispute arising prior to that date will not be capable of being submitted to the dispute resolution system established by the BIT. The silence of the text of the BIT with respect to its scope in relation to disputes prior to its entry into force does not alter the effects of the principle of the non-retroactivity of treaties.

62. The Tribunal distinguishes acts and omissions prior to the entry into force of the BIT from acts and omissions subsequent to that date as violations of the BIT. The Tribunal holds that a dispute that arises that is subject to its Competence is necessarily related to the violation of a norm of the BIT by act or omission subsequent to its entry into force.

63. The Tribunal recognizes that under the general international law applicable, a dispute means a disagreement on a point of fact or of law, a conflict of legal opinions or of interests as between the parties.³ The existence of a dispute determines the critical date after which the parties cannot fail to recognize its existence.

64. With respect to acts or omissions alleged by the Claimants to be breaches of the BIT subsequent to its entry into force, the Tribunal considers that it has Competence insofar and as those facts are proven to be a violation of the BIT. This determination of the Tribunal does not prejudice the subsequent evaluation of the allegations of both parties on the existence or not of a violation at the time of a decision on the Merits.

65. The Tribunal likewise distinguishes disputes arising prior to the entry into force of the BIT from disputes arising after that date that have the same cause or background with those prior disputes.⁴

66. The Tribunal observes that a prior dispute may evolve into a new dispute,⁵ but the fact that this new dispute has arisen does not change the effects of the non-retroactivity of the BIT with respect to the dispute prior to its entry into force. Prior disputes that continue after the entry into force of the BIT are not covered by the BIT.

67. The Tribunal notes the Parties agree that the BIT in principle does not have retroactive effect. Nevertheless, they do not agree as to the scope of the BIT with regard to certain acts or omissions attributable to Ecuador, prior and subsequent to its entry into force.

68. As regards the allegations put forward by the Claimants on the issue of non-retroactivity of the BIT in response to the objections to Jurisdiction raised by the Respondent, the Tribunal will now evaluate the relevance of the arguments concerning the scope and extent of continuing and composite acts (point a), obligations arising under Article 18 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (point b), most-favored-nation clause (point c), and acts relevant in determining injury (point d).

a. Continuing and composite acts

69. The Claimants allege that Ecuador breached its BIT obligations by continuing and composite wrongful acts. They contend that Ecuador's policy of discriminating against Seacoast began on April 8, 1996 when INECEL defaulted on the first invoice from Seacoast. The act then continued until Ecuador relied on the arbitrary and illegal revocation of Seacoast's operating permit to reject Seacoast's claim in the Ecuadorian courts and refuse to arbitrate.

70. The Claimants allege that Ecuador's final refusal to pay occurred when the Liquidation Commission proceedings were considered terminated, after the BIT had entered into force. That Commission was an integral element of the Seacoast Contract. Therefore, the Claimants argue, expropriation of Seacoast's contractual rights was only complete after the Liquidation Commission proceedings were concluded.

71. The Claimants maintain that Articles 14 and 15 of the ILC Draft recognize that an act commencing before a treaty enters into force can breach the treaty if the act continues past that date or has composite elements occurring beyond that date.

72. Despite the written text of Article 14(2) of the ILC Draft, the Claimants submit that the breach of an international obligation by a continuing act of a State does not exclude the possibility that a series of acts will constitute a continuing wrongful act. In this regard they make reference to the *Tecmed v. Mexico* case in which, according to the Claimants, the Tribunal referred to "the conduct" that continues in the time before and after the entry into force of the BIT, as a factor in determining if there had been a breach of that treaty.

73. The Claimants cite a number of cases in which the Inter-American Court of Human Rights as well as the European Court of Human Rights have accepted the notion of a continuing act from a succession of acts attributable to a State.

*

* *

74. With respect to the continuing or composite character of events prior to the entry into force of the BIT, Ecuador maintains that, assuming the facts presented in the request contain the necessary elements to amount to an internationally wrongful act, such act would be neither composite nor continuing.

75. Ecuador rejects the arguments in the Claimants' Memorial on the composite and continuing nature of the alleged wrongful acts attributed to the Ecuadorian authorities with respect to the Seacoast Contract. Ecuador contends that even if there were indeed an internationally wrongful act that had commenced prior to the entry into force of the BIT, such act did not continue after that date so as to fall under the Treaty's provisions relating to internationally wrongful acts of a continuing and composite nature occurring prior to May 1997, as alleged.

76. According to Ecuador, by using this argument the Claimants are trying to elude the main issue of the non-existence of an investment at the time the Treaty entered into force. Ecuador contends that the Claimants erred in relying on the *Tecmed* case because in that case the existence of an investment at the time the treaty entered into force was not an issue.

77. Ecuador contends that in the *Tecmed* case the tribunal held that its competence extended to events that occurred prior to the date the treaty entered into force, but only after the issue of Jurisdiction had been resolved, not by reason of the retroactive application of any provision of the BIT, but because an investment actually existed at the time the BIT entered into force.

78. Ecuador argues that the Claimants failed to make a distinction between the existence of a continuing wrongful act and the effects of a consummated breach. It cites the International Law Commission's Commentaries on the ILC Draft, which states that an act does not have a continuing character merely because its effects or consequences extend in time. It must be the wrongful act as such which continues.⁶

79. According to Ecuador, the dispute concerning the payment of amounts supposedly owed by INECEL to Seacoast bears no relationship at all to the concept of an internationally wrongful act or to wrongful acts of a continuing character. Even assuming the existence of a wrongful act, such act was consummated by the alleged disregard of rights, which is clearly distinguishable from a mere consequence thereof.

80. Ecuador contends that the existence of a composite act requires a series of actions or omissions defined as a whole as wrongful. It cites the Commentary of the ILC with respect to composite acts to the effect that similar considerations apply as for completed and continuing wrongful acts in determining when a breach of international law exists; the matter is dependent upon the precise facts and the content of the primary obligation.⁷

81. Ecuador concludes that the offence alleged by the Claimants was consummated prior to the entry into force of the BIT in a completed act by which INECEL refused to recognize the rights that Seacoast claimed.

*

* *

82. The Tribunal holds that, in accordance with customary international law, the relevant element to determine the existence of a continuing wrongful act or a composite wrongful act is the violation of a norm of international law existing at the time when that act that extends in time begins or when it is consummated.

83. The line of reasoning adopted by intergovernmental bodies for the protection of human rights as well as human rights tribunals in order to typify acts of a continuing wrongful nature, stresses the continuity of those acts after the treaty giving rise to the breached obligation entered into force.

84. With respect to the various positions taken by the Parties regarding the case *Tecmed v. the United Mexican States*,⁸ the Tribunal holds that the only interpretation possible is that which is consistent with the international law applicable to the case. In light of this, it is arguable that the *Tecmed* tribunal determined its jurisdiction on the basis of allegations that an internationally wrongful act had occurred after the treaty had entered into force. Thus, the tribunal understood that in order to determine its jurisdiction it should consider the necessary existence of a dispute that arose under the terms of the BIT after the treaty had entered into force. In the view of that tribunal, events or situations prior to the entry into force of the treaty may be relevant as antecedents to disputes arising after that date.

85. The Tribunal takes note of the content of the norms of customary international law set out in the ILC Draft in order to clarify the scope of continuing wrongful acts as well as composite wrongful acts.

86. With respect to continuing wrongful acts, Article 14 of the ILC Draft provides:

The breach of an international obligation by an act of a State having a continuing character extends over the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation...

87. In its Commentary to this Article the ILC states:

*In accordance with paragraph 2, a continuing wrongful act, on the other hand, occupies the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation, provided that the State is bound by the international obligation during that period.*⁹

88. With regard to composite wrongful acts, Article 15 of the ILC Draft states as follows:

Breach consisting of a composite act

The breach of an international obligation by a State through a series of actions or omissions defined in aggregate as wrongful occurs when the action or omission occurs which, taken with the other actions or omissions, is sufficient to constitute the wrongful act.

In such a case, the breach extends over the entire period starting with the first of the actions or omissions of the series and lasts for as long as these actions or omissions are repeated and remain not in conformity with the international obligation.

89. In its Commentary to the Draft Articles, the ILC states that in accordance with the principle of the inter-temporality of law:

*...the State must be bound by the international obligation for the period during which the series of acts making up the breach is committed. In cases where the relevant obligation did not exist at the beginning of the course of conduct but came into being thereafter, the "first" of the actions or omissions of the series for the purposes of State Responsibility will be the first occurring after the obligation came into existence.*¹⁰

90. The Tribunal finds that the wrongful acts defined as continuing or composite referred to in Articles 14 and 15 of the ILC Draft are internationally wrongful acts. This means that they are identified with the violation of a norm of international law. According to Article 13 of the Draft Articles, in order for a wrongful act or omission to constitute a breach of an international obligation there must have been a breach of a norm of international law in force at the time that the act or omission occurs.

91. Article 13 of the ILC Draft states:

International obligation in force for a State

An act of a State does not constitute a breach of an international obligation unless the State is bound by the obligation in question at the time the act occurs.

92. In its Commentary to Article 13 the ILC states that:

*The evolutionary interpretation of treaty provisions is permissible in certain cases but this has nothing to do with the principle that a State can only be held responsible for breach of an obligation which was in force for that State at the time of its conduct.*¹¹

93. The Claimants' arguments with respect to the relevance of prior events considered to be breaches of the Treaty posit a contradiction since, before the entry into force of the BIT, there was no possibility of breaching it. The Tribunal holds that it has Competence over events subsequent to the entry into force of the BIT when those acts are alleged to be violations of the BIT. Prior events may only be considered by the Tribunal for purposes of understanding the background, the causes, or scope of violations of the BIT that occurred after its entry into force.

94. The non-retroactivity of treaties as a general rule postulates that only from the entry into force of an international obligation does the latter give rise to rights and obligations for the parties. Therefore, for any internationally wrongful act to be considered as consummated, continuing, or composite, there must be a breach of a norm of international law attributed to a State.

95. The Tribunal holds that the Claimants' allegations in respect of Ecuador's acts and omissions after the entry into force of the BIT serve to affirm the Competence of this Tribunal to determine whether there was a violation of the BIT independently of whether those acts or omissions were composite or continuing.

96. The Tribunal observes that the existence of a breach of a norm of customary international law before a BIT enters into force does not give one a right to have recourse to the BIT's arbitral Jurisdiction. A case in point is the *Mondev v. United States of America* case in which the tribunal pointed out the difference between a claim made under a Treaty and a diplomatic protection claim for conduct contrary to customary international law.¹²

97. For the above reasons, and in accordance with the principle of non-retroactivity of treaties, the Tribunal holds that the acts and omissions alleged by the Claimants as being prior to the entry into force of the BIT do not constitute continuing and composite wrongful acts under the BIT.

b. Obligation of parties signing the BIT to act in good faith: scope of application of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties

98. The Claimants contend that Ecuador breached its obligation to act in good faith starting from the signing of the BIT. This argument is based on the wording of Article 18 of the Vienna Convention and on application of the principle set out in a passage from the *Tecmed* award characterizing the wording of Article 18 as an expression of the principle of good faith.¹³

99. Article 18 of the Vienna Convention provides:

Obligation not to defeat the object and purpose of a treaty prior to its entry into force

A State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when:

a) *it has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, acceptance or approval, until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty; or*

b) *it has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed.*

100. With reference to Article 18 of the Vienna Convention, the Claimants state that the Tribunal in *Tecmed* based its decision on the *Megalidis v. Turkey* case. The Claimants argue that the tribunal in *Megalidis*, applying customary international law, rejected Turkey's argument that it was not obliged to restore the property claimed because that obligation arose from the Treaty of Lausanne, which it had signed, but which was not yet in force.

101. The Claimants also referred to the *Opel Austria v. Council of the European Union* case in which, according to them, the European Court of First Instance invoked the application of Article 18 of the Vienna Convention to establish the liability of the Council of the European Union when it imposed certain tariffs on Austrian products after having signed a treaty (but before ratifying it) that established the European Economic Area which prohibited the imposition of those tariffs.

102. The Claimants conclude that the conduct of Ecuador after it had signed the BIT, and before the BIT had entered into force, amounted to a breach of its obligation to act in good faith imposed by Article 18 of the Vienna Convention.

*

* *

103. Ecuador contends that Article 18 of the Vienna Convention cannot be invoked as the basis for the retroactive application of the BIT. Ecuador rejects the allegation in the Claimants' Memorial that when the BIT comes into force, its provisions produce effect from the time the parties signed the Treaty.

104. Ecuador argues that the obligation imposed upon the Contracting States by Article 18 of the Vienna Convention does not constitute an exception to the principle of the non-retroactivity of treaties, nor to the other norms of the Vienna Convention on the entry into force of treaties.

105. Ecuador contends that Article 18 only admits two exceptions expressly set out in the Vienna Convention on the provisional application of a treaty and the treaty provisions regulating the authentication of its text and other issues inevitably arising before the treaty enters into force.

106. Ecuador further contends that in the *Tecmed v United Mexican States* case the BIT between Spain and Mexico applied because there was an existing investment at the time the treaty entered into force. According to

the Respondent, the tribunal ruled that its competence also extended to certain acts that took place before the BIT entered into force, provided such conduct or acts, upon consummation or completion of their consummation after the entry into force of the treaty, constitute a breach of the BIT. According to Ecuador, the approach taken by the tribunal in *Tecmed* does not involve or give rise to retroactive application of the BIT.

107. Ecuador argues that events occurring after the BIT entered into force did not give rise to rights in favor of the Claimants nor obligations on the part of Ecuador, given that those events do not constitute an investment, nor are they related to any investment that existed on the date when the BIT entered into force. Moreover, it contends that the dispute alleged by the Claimants is prior to the entry into force of the BIT.

*

* *

108. The Tribunal holds that Article 18 of the Vienna Convention is an application of the principle of good faith to ensure that the object and purpose of a treaty are not defeated by acts or omissions of the Contracting Parties prior to its entry into force. The wording of Article 18 is not aimed at triggering the early application of the clauses of a treaty, that is, it does not warrant retroactive application of the treaty.

109. The precedents cited by the Claimants in support of their arguments have their own specific facts that distinguish them from the factual situations that are relevant in the present case.

110. In *Megalidis v. Turkey*, the Greek–Turkish arbitral tribunal in its award of July 26, 1928 held that the ownership of certain property, rights and interests of Megalidis were expropriated by Turkish authorities in August 1923, that is, shortly after the Treaty of Lausanne had been signed, but before it had entered into force.¹⁴

111. The Tribunal observes that the Treaty of Lausanne of July 24, 1923 applied to situations that arose, starting from October 29, 1914, having to do with property, rights and interests of nationals of Allied Powers that were still in existence on the date that the treaty entered into force and could be identified in the territories that continued to be Turkish.

112. The Tribunal understands that Article 65 of the Treaty of Lausanne created an obligation on the part of Turkey to restore certain properties, rights, and interests affected by consummated acts or omissions prior to the Treaty's entry into force. In other words, the Parties clearly intended this Article to have retroactive effect.

113. The Treaty of Lausanne contemplated a retroactive supplementary provision to facilitate performance of the required obligation of Turkey to restore those properties, rights, and interests that, at the date of signing of the Treaty, had already been liquidated by the authorities of the Contracting Parties.¹⁵

114. The Tribunal holds that the reference in the *Megalidis* case to the obligation of Contracting States to refrain from prejudicing a treaty or the validity of its clauses from the time it is signed to its entry into force was not the basis for the retroactive application of certain clauses of the Treaty. The Tribunal notes that the retroactive enforcement of the Treaty of Lausanne was the direct consequence of that tribunal's enforcement of the retroactive clauses of the treaty for purposes of determining the existence of an obligation on the part of Turkey to make reparation.

115. With regard to the other relevant case cited by the Claimants, the Tribunal notes that in *Opel Austria v. Council of the European Union* the Court of First Instance of the European Union held that the principle of good faith is a rule of customary international law which was codified in Article 18 of the Vienna Convention.¹⁶ The Tribunal notes that the application of Article 18 was based on the exceptional circumstances arising from the adoption of measures that contradicted and defeated the object and purpose of the treaty after it was signed and before it entered into force but after the treaty had been ratified and when a specific date had been set for its entry into force. The decision of that tribunal pointed to the fact that the tariffs prohibited under the treaty were imposed when the Contracting States had already deposited their instruments of ratification and a specific date set for the treaty's entry into force. Another relevant point was the allegation that the date of the measure imposed had been falsified.¹⁷

116. In the opinion of the Tribunal, the distinction between the extent of the obligation not to defeat the object and purpose of a treaty and the retrospective application of clauses of that treaty to situations prior to the date of entry into force of the treaty should not be confused. It has not been proven in the present case that the actions and omissions prior to the entry into force of the BIT and attributable to the Respondent had defeated the object and purpose of the Treaty. The case law precedents cited demonstrate, on one hand, that the retroactive enforcement

of the treaty provisions were based on its own retroactive clauses: The other case demonstrates the extraordinary nature of the enforcement of the customary norm set out in Article 18 of the Vienna Convention.

117. The Tribunal is mindful of the fact that Article 18 of the Vienna Convention is an application of the general principle of good faith, it being understood that its scope is limited to not defeating the object and purpose of the treaty, and not to the retroactive application of its clauses.

c. Most-Favored-Nation Clause

118. The Claimants allege that Article II(1) of the BIT sets out the Treaty's aim to have limited retrospective effects. This Article gives recognition to the most-favored-nation clause (hereinafter referred to as the MFNC), which the Claimants associate with Article VII of the Argentina–Ecuador BIT.

119. Article II(1) of the BIT provides as follows:

Each Party shall permit and treat investment, and activities associated therewith, on a basis no less favorable than that accorded in like situations to investment or associated activities of its own nationals or companies, or of nationals or companies of any third country, whichever is the most favorable...

120. In the Claimants' opinion, Article VII of the Argentina–Ecuador BIT grants to Argentine investors part of the protection offered by the Ecuador–United States BIT from December 1995. The Claimants contend that they are simply seeking the protection afforded by this Article.

121. Article VII of the 1994 Treaty between Argentina and Ecuador states:

Application of other rules

If the provisions of the law of either Contracting Party or obligations under international law existing at present or that are established in the future between the Contracting Parties in addition to this Treaty or if any Agreement between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party contain rules, whether general or specific entitling investments by investors of the other Contracting Party to treatment more favorable than is provided for in this Treaty, such rules shall, to the extent that they are more favorable, prevail over this Treaty. (Tribunal's Translation).

122. The Claimants contend that their claim under the MFNC is substantially different from that referred to by the claimant in the *Tecmed* case, as they are simply seeking the protection offered by a key clause of another BIT.

123. In interpreting the abovementioned Article VII, the Claimants contend that the reference made to treaties entered into “*between the Contracting Parties*” refers to Contracting Parties of treaties that had not yet entered into force, and not the Contracting Parties of the Argentina–Ecuador BIT.

*

* *

124. Ecuador rejects the Claimants arguments on the scope of Article VII of the Treaty between Argentina and Ecuador as they are seeking to assert the retroactive effect of the BIT by invoking the MFNC.

125. Ecuador contends, following the precedent of the *Tecmed* case, that the clause cannot be invoked in the particular circumstances of the present case since the application of the investment treaty goes to the core of matters that must be deemed to be specifically negotiated by the Contracting Parties.

126. Ecuador contends that what Article VII states is simply that the rules of international law which may be established in the future “*between the Contracting Parties*” (Ecuador and Argentina) “*shall to the extent that they are more favourable, prevail over this Treaty.*” Thus, Ecuador concludes, there is no reason to incorporate the provisions of the Ecuador–United States BIT, nor does the Article deem its application to be retroactive.

*

* *

127. From the wording of Article VII of the Argentina–Ecuador BIT, the Tribunal concludes that, in accordance with the interpretation rules of Article 31 of the Vienna Convention, the references made in the text of that Article to “*either*

Contracting Party,” “between the Contracting Parties,” “an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party,” and “the other Contracting Party” unquestionably refer to the Contracting Parties of the Argentina–Ecuador BIT.

128. Consequently, the Tribunal rejects the possibility of considering the application of the most–favored–nation clause, in the terms, and with the effects, claimed by the Claimants.

d. Acts prior to the entry into force of the BIT relevant in determining injury

129. The Claimants allege that the events prior to the entry into force of the BIT are relevant in determining injury. Article 18 of the Vienna Convention as well as Article 13 of the ILC Draft do not limit the powers of a tribunal to examine events that occurred prior to the entry into force of a treaty for purposes of determining the extent of injury caused by the events that occurred after that date.

130. In their Memorial the Claimants allege that Ecuador had breached its obligations to negotiate in good faith at the Liquidation Commission and frustrated other dispute resolution attempts by relying on the arbitrary revocation of the operating permit of Seacoast's branch in Ecuador. The Claimants contend that the Tribunal must examine the contractual breaches occurring before the BIT came into force in order to determine the injury caused by these breaches.

*

* *

131. Ecuador alleges that acts prior to the entry into force of the BIT cannot be invoked as violations of a treaty that had not yet generated obligations for the Contracting States. Consequently, neither can they be invoked for purposes of determining compensation for a non–existent wrongful act.

*

* *

132. The Tribunal finds that the Claimants' argument regarding the relevance of events occurring before the BIT entered into force in determining the injury caused is restricted to the ILC's Commentary on Article 13 *in fine* of its Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries.

133. In referring to the inter–temporality of law in ensuring that a State will only be found liable for breach of an obligation in force for a State at the time of the breach, the ILC commented:

*Nor does the principle of the inter–temporal law mean that facts occurring prior to the entry into force of a particular obligation may not be taken into account where these are otherwise relevant. For example, in dealing with the obligation to ensure that persons accused are tried without undue delay, periods of detention prior to the entry into force of that obligation may be relevant as facts, even though no compensation could be awarded in respect of the period prior to the entry into force of the obligation.*¹⁸

134. On this matter the ILC also stated:

*In cases where the relevant obligation did not exist at the beginning of the course of conduct but came into being thereafter, the “first” of the actions or omissions of the series for the purposes of State responsibility will be the first occurring after the obligation came into existence. This need not prevent a court taking into account earlier actions or omissions for other purposes (e.g. in order to establish a factual basis for the later breaches or to provide evidence of intent).*¹⁹

135. This Tribunal, following the opinion of the ILC in its Commentaries on the customary norms set out in Articles 13, 14 and 15 of its Draft Articles on State Responsibility, will take into account events prior to the date of entry into force of the BIT solely in order to understand and determine precisely the scope and effects of the breaches of the BIT after that date.

136. The Tribunal reiterates its views on the possibility of exercising Competence over all acts or omissions alleged by the Claimants to have occurred after the entry into force of the BIT and as having been in violation thereof. Acts or omissions prior to the entry into force of the BIT may be taken into account by the Tribunal in cases in which those acts or omissions are relevant as background, causal link, or the basis of circumstances surrounding the occurrence

of a dispute from the time the wrongful act was consummated after the entry into force of the norm that had been breached. The Tribunal, however, finds that it has no Competence to determine damages for acts that do not qualify as violations of the BIT as they occurred prior to its entry into force.

3. Subsidiary Objections

4. First subsidiary objection to the Competence of the Tribunal: existence of an investment

137. Ecuador alleges that the Seacoast Contract does not fit the concept of investment as understood within the framework of the ICSID Convention. It states that it had not given its written consent to submit the dispute to ICSID arbitration because when the BIT took effect beginning on May 11, 1997, the Claimants did not have any investment whatsoever, so that the treaty relied on in the claim to make up for the lack of express consent, is not applicable in this case. Ecuador alleges that the Seacoast Contract had expired in July 1996 and the Claimants had sold all their shares in Ecuapower in March 1997.

138. Ecuador contends that neither the ICSID Convention nor the BIT defines the actual meaning of the concept of investment. Ecuador admits that in the absence of a definition, case law has tended to give the term “investment” a broad interpretation. Nevertheless, it contends that no matter how broad the definition, it cannot go so far as to distort the meaning of the term itself. Ecuador argues, therefore, that for an investment to be deemed to exist in the terms of Article 25 of the ICSID Convention, certain requirements must be present, such as that the project must have duration, the expectation of return or the obtaining of profits, the assumption of risks, the existence of a substantial commitment, and significance for the host State's development.

139. According to Ecuador, in the Seacoast Contract the requirements of duration and shared risk do not exist. It is in fact a supply contract of uncertain duration, conceived as a response to a temporary emergency. The power generators were imported into the country under the temporary admission of imports regime. The supplier charges for the power it sells and the buyer pays for the power it buys. According to Ecuador, given that this transaction is purely commercial, it is excluded from the Jurisdiction of ICSID.

140. Ecuador contends that neither does the BIT contain a definition of “investment.” There has not been an intention to define the term with exactitude. The enumeration contained in Article I(1)(a) of the BIT continues to refer to the term “investment” by referring to relationships or property often included in the whole complex of operations known as investment.

141. Ecuador summarizes its position by stating that the list in Article I(1)(a) of the BIT in no way modifies its conclusions on the scope of the term “investment” in Article 25 of the ICSID Convention. The Seacoast Contract expired before the entry into force of the BIT and after that date Seacoast had nothing but expectations in respect of a contractual claim that was neither recognized, nor could in any way be considered an investment under the ICSID Convention.

142. Ecuador contends, moreover, that the dispute concerning the Ecuapower Contract did not arise directly out of an investment. The Claimants' allegations concerning the intentional delays of the Ecuadorian officials in the signing of the contract between INECEL and Ecuapower and the alleged subsequent forced sale of the supposed interests of the Claimants in Ecuapower have no bearing on the matter and therefore do not arise directly out of any investment.

143. Ecuador argues that there is no connection between the Seacoast Contract and the Ecuapower Contract and that any transaction with the latter cannot amount to an intention, or offer, to renew the former. Ecuador was under no obligation to renew the Seacoast Contract. Ecuador contends that Seacoast and Ecuapower are two distinct legal entities, and hence the rights and obligations of one are not transferable to the other.

144. Ecuador alleges that Seacoast's operating permit cannot be deemed to be connected to an existing investment protected or covered by the BIT, nor can it be considered in itself as an investment. Ecuador moreover asserts that the revocation of Seacoast's operating permit cannot have any impact on its activities, since the company was not running any operation whatsoever and found it manifestly impossible to do so, having transferred all its assets to another company.

145. Faced with the Claimants' allegation regarding the existence of an investment consisting of rights which they have against INECEL and the State at the time of entry into force of the BIT, Ecuador alleges that what really exists are mere claims, not rights. It asserts that in a bilateral relationship, a right does not exist simply because one of the parties claims it for itself. If the other party denies the very existence of the alleged right, what really exists is a claim, not a right. According to Ecuador, that fact was corroborated by Seacoast's filing of a claim on July 31, 1996, against INECEL before the Ecuadorian courts. Ecuador alleges that the substance of this claim and the reply submitted by

INECEL unquestionably demonstrate that the existence of the alleged rights of Seacoast was not recognized by INECEL.

146. Ecuador referred to the events that occurred after the entry into force of the BIT, insofar as they are related in the claim, and relates them to three aspects (i) negotiations on the liquidation of the contract; (ii) negotiation aimed at resolving the dispute through arbitration; and (iii) revocation of Seacoast's so-called "operating permit." According to Ecuador, none of these events constitutes an investment, therefore, the BIT is not applicable to the events that occurred after it entered into force.

*

* *

147. The Claimants, for their part, allege that when the BIT entered into force there was an investment in place under that Treaty and in this regard they contend that the Seacoast branch in Ecuador and its intangible assets qualify as investments under the broad definition of "investments" in the BIT. That is the definition applicable for purposes of complying with the provisions of the ICSID Convention.

148. The Claimants base their contention on the fact that ICSID tribunals have repeatedly interpreted the term "investments" in a broad sense when determining their jurisdiction. They cite as precedents the *Fedax v. Republic of Venezuela* and the *CSOB v. Slovakia* cases to affirm that the ICSID Convention does not limit the scope and extent of the term "investments," which is also broadly defined in the BIT.

149. The Claimants maintain that the BIT defines the investments that can be brought to ICSID. The decision on jurisdiction in the *Tokios Tokéles v. Ukraine* case is cited in support. In that case the tribunal found that as the ICSID Convention did not define the term "investment" the parties have a broad discretion to decide what transactions do or do not constitute an investment. Evidence of this discretionary power lies in the wording of the definitions accepted under the BIT. Thus, any transaction falling within the definition of "investment" under the BIT, also qualifies as an investment under Article 25 of the ICSID Convention.

150. The Claimants contend that Ecuador appears to confuse the relationship between the ICSID Convention and Article I(1)(a) of the BIT when, in order to determine the existence of an investment, it demands that certain requirements such as the existence of returns, a certain duration, risk, commitment and contribution to the economic development of the host State must exist. In any event, the Claimants argue that the requirements of duration and risk were present in the conception and design of the Seacoast project and investment in Ecuador.

151. According to the Claimants, at the date on which the BIT entered into force there existed an investment in intangible assets, in an existing branch, and in other contractual rights against INECEL. Ecuapower acquired only Seacoast's power generating assets. Seacoast kept its rights concerning INECEL's commitment to negotiate a long term contract. The negotiations continued through the establishment of the Liquidation Commission and until the annulment of Seacoast's lawsuit in October 1999.

152. The Claimants allege that their investment falls within the definition of investment in the BIT. They contend that the Seacoast branch and its intangible assets qualified as investments under the BIT both before and after the sale of the power generating plants because: Seacoast had a contract; Seacoast had an operating permit; Seacoast had a branch that owned assets in Ecuador; and the BIT applies to investments existing at the time of its entry into force.

153. The Claimants contend that the Seacoast contract also qualifies as an investment under Article I(1)(a)(iii) and I(1)(a)(v). Under these provisions, a claim for money and any right conferred by contract are investments.

154. The Claimants also argue that Seacoast's operating permit falls within the definition of investment in the BIT. Article I(1)(a)(v) of the BIT describes "any licenses or permits pursuant to law" as investments. The granting and subsequent revocation of the permit were more than mere administrative acts because the Attorney General and the Civil Judge of Ecuador used the revocation of the permit as grounds to annul Seacoast's lawsuit and the Attorney General also used the revocation to refuse to sign the arbitration agreement that had been previously negotiated.

155. According to the Claimants, their interests in Seacoast fall within the definition of investment under Article I(1)(a)(ii) of the BIT. The Claimants are the owners of the Seacoast branch in Ecuador. The branch owned rights in Ecuador against INECEL both under the Seacoast Contract and under the Clarification Contract. Seacoast actively pursued those rights through its legal representative's efforts at the Liquidation Commission to have Seacoast's accounts receivable paid, and also to manage Seacoast's lawsuit against INECEL.

156. Consequently, the Claimants assert that, pursuant to Article XII(1), the BIT applies to investments in existence. Moreover, they allege that Article I(3) confirms that any alteration of the form in which the assets are invested or reinvested shall not change their character as investments.

*

* *

157. The Tribunal reiterates that the main rules to be borne in mind for purposes of determining its own Competence in the present case are to be found basically in the ICSID Convention and in the Ecuador–United States BIT.

158. Article 25(1) of the ICSID Convention states as follows:

The Jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

159. From a simple reading of Article 25(1), the Tribunal recognizes that the ICSID Convention does not define the term “investments”. The Tribunal notes that numerous arbitral precedents confirm the statement in the Report of the Executive Directors of the World Bank that the Convention does not define the term “investments” because it wants to leave the parties free to decide what class of disputes they would submit to the ICSID.²⁰

160. The BIT indicates in its Article 1 which investments are to be protected under it. Thus, the BIT complements Article 25 of the ICSID Convention, for purposes of defining the Competence of the Tribunal with respect to any legal dispute arising directly out of an investment.

161. Article I of the BIT provides as follows:

1. *For the purposes of this Treaty.*

(a) *“investment” means every kind of investment in the territory of one Party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other Party, such as equity, debt, and service and investment contracts; and includes:*

(i) *tangible and intangible property, including rights, such as mortgages, liens and pledges;*

(ii) *a company or shares of stock or other interests in a company or interests in the assets thereof;*

(iii) *a claim to money or a claim to performance having economic value, and associated with an investment;*

(iv) *intellectual property ...;*

(v) *any right conferred by law or contract, and any licenses and permits pursuant to law;...*

3. *Any alteration of the form in which assets are invested or reinvested shall not affect their character as investment.*

162. The Tribunal also notes that the temporal requirements of Article XII of the BIT apply to investments existing at the time of its entry into force. The Tribunal therefore has to determine if *prima facie* the investment continued to exist upon entry into force of the BIT, as alleged by the Claimants.

163. The Tribunal concludes that for purposes of determining if it has Competence it is sufficient to consider the events as alleged by the Claimants insofar and inasmuch as, if proven true, they would constitute a breach of the BIT.²¹ This statement does not preclude the right of the Respondent to question the occurrence of the alleged events for purposes of determining whether the Tribunal has Competence. However, any allegation about the scope of events alleged and the legal consequences thereof are matters that should be discussed when the Merits of the issues submitted are being analyzed and evaluated.

164. The Tribunal concludes that Article I(a) of the BIT gives a broad definition of investment and that the rights and interests alleged by the Claimants to have subsisted as a consequence of the Seacoast project, after the entry into force of the BIT—such as the intangible assets of accounts receivable, the existence of an operating permit—would fit that definition.

165. The Tribunal states that the requirements that were taken into account in some arbitral precedents for purposes of denoting the existence of an investment protected by a treaty (such as the duration and risk of the alleged investment) must be considered as mere examples and not necessarily as elements that are required for its existence. Nevertheless, the Tribunal considers that the very elements of the Seacoast project and the consequences thereof fall within the characterizations required in order to determine the existence of protected investments.

166. Regarding the events that the Claimants allege are breaches of the BIT by Ecuador, the Tribunal holds that as it is impossible to make distinction between the events that, if proven, would be breaches of the BIT, and those that, even if proven, would not constitute breaches of the BIT.

167. Considering that the Seacoast Contract was an investment prior to the entry into force of the BIT, the subsistence of that investment on the date of its entry into force should be taken into account. Additionally, the principle of non-retroactivity of treaties limits the application of the BIT and its clauses on jurisdiction to those disputes that are alleged to be violations of that Treaty after it entered into force.

168. For all these reasons, the Tribunal concludes that claims relating to the Seacoast Contract and the Clarification Contract, as well as the Ecuapower Contract, could not involve breaches under the BIT as the latter was not in force at the time that those alleged contractual breaches occurred. Applying the customary rules relating to State Responsibility, the contractual breaches prior to the entry into force of the BIT do not contain the elements necessary to amount to violations of the BIT.

169. Regarding the events alleged by the Claimants to be breaches of the BIT after it entered into force, the Tribunal finds that the effects of an investment that was in existence before the treaty entered into force, continued, *prima facie*, after that date. The Tribunal, therefore, has Competence to hear the Claimants' arguments alleging breaches of the BIT by Ecuador for acts or omissions after it entered into force, which affected their investment.

170. It will fall to the Tribunal, in analyzing the arguments and the evidence of the Merits of the dispute, to determine whether the Claimants' allegations founded on Ecuador's breaches of the BIT by acts or omissions after it entered into force have, in fact, been proven to constitute breaches of the BIT.

b. Second subsidiary objection to the Competence of the Tribunal: the “fork-in-the-road” clause

171. Ecuador alleges that the arbitration option under the BIT has been precluded, owing to the submission of the dispute to its domestic courts.

172. Ecuador maintains that pursuant to Articles VI(2)(a) and VI(3)(a) of the BIT, there had been consent to the “fork-in-the-road” option. That means that once a Jurisdiction has been chosen, it remains the forum, regardless of the results of the proceedings. According to Ecuador, once the claim had been submitted for resolution to the Ecuadorian administrative tribunals, the claiming party gives up the possibility of resorting to international arbitration; because once the national court option is chosen, this choice becomes definitive and irrevocable.

173. Ecuador alleges that the claims submitted by Seacoast before the Ecuadorian tribunals in 1996 are the same claims that serve now as the basis of the present claim, which have been submitted, for a second time, by the Claimants to an ICSID tribunal.

174. In support of its arguments, Ecuador maintains that the grounds for annulment of the claim submitted to the Ecuadorian tribunals arose after the submission of its claim; instead of objecting to the nullity plea, Seacoast accepted it in a letter dated October 15, 1999. The fact that Seacoast accepted the grounds for annulment would not prevent it from initiating a complementary action that could lead to a decision on the Merits.

*

* *

175. The Claimants allege that they have not triggered the “fork-in-the-road” clause because the claim before the Ecuadorian tribunals involved different parties and different issues and that the claim was not a free election of forum and was annulled without a decision being made on the Merits.

176. According to the Claimants, the ICSID jurisprudence is consistent to the effect that a party to a dispute triggers the “fork-in-the-road” clause if the proceedings initiated involve the same parties, have the same issues and are based on the same cause of action. The Claimants cite the *Benvenuti v. Republic of the Congo* case which makes reference to the existence of *lis pendens*. They cite the *Azurix Corp. v. Argentine Republic* and the *CMS v. Argentine*

Republic cases. They allege that in the latter case the tribunal distinguished the fact that the claim before the domestic tribunals referred to contractual breaches whereas the claim before the ICSID referred to treaty breaches. They argue that the same reasoning was followed in numerous ICSID arbitration cases.

177. The Claimants state that they were not parties in the proceedings before the Ecuadorian courts. The proceedings in the domestic courts and before the ICSID involve different causes of action and different issues. In the former, Seacoast sought damages for breach of contract; in the latter, the Claimants are seeking damages for breach of the BIT. Furthermore, the proceedings before the ICSID address actions taken by Ecuador before and after the entry into force of the BIT. Seacoast's claim before the Ecuadorian courts did not include claims for arbitrary and discriminatory acts on the part of Ecuador; for breach of promise to negotiate a long-term contract; for breach of the obligation to negotiate in good faith at the Liquidation Commission; for revocation of Seacoast's operating permit, for its refusal to agree to arbitration; and for annulling the claim presented to the domestic tribunals. The Claimants insist that they have not triggered the "fork-in-the-road" mechanism because the proceedings were ultimately annulled before the judge could make a decision on the Merits of the dispute.

178. The Claimants allege that they did not elect freely to initiate domestic legal proceedings. That decision was taken under pressure from the incoming Ecuadorian authorities in order to facilitate the parties reaching a settlement in the future. They cite the precedent of *Occidental v. Ecuador* in which the tribunal declared that the "fork-in-the-road" rule pre-supposes that the investor has made a choice between alternative avenues without any form of pressure. They allege that when the claim was presented to the Ecuadorian tribunals the possibility of making a choice of forum did not exist.

179. In response to Ecuador's allegation that mere submission of the suit to the domestic courts triggers the "fork-in-the-road" mechanism, the Claimants contend that the rule reflects the domestic and international law principle of *lis pendens*. According to the Claimants, the purpose of the principle is to ensure efficiency and avoid inconsistent decisions. The annulment of the proceedings in the local courts and Ecuador's contention that Seacoast may still present a claim to the Ecuadorian tribunals, do not, in the opinion of the Claimants, alter the effects of the *lis pendens* rule.

*

* *

180. The Tribunal takes due note of the fact that the Claimants' first submission to the ICSID, that is, the first request for arbitration, was in 1998, at which time the proceedings before the Civil Judge of Ecuador had not yet been annulled, which event occurred on October 21, 1999. Seacoast's consent to have the proceedings annulled took place after the first request for ICSID arbitration had been withdrawn.

181. The Tribunal holds that the "fork-in-the-road" rule is different from the *lis pendens* rule because the former rule refers to an option, expressed as a right to choose irrevocably between different jurisdictional systems. Once the choice has been made there is no possibility of resorting to any other option. The right to choose once is the essence of the "fork-in-the-road" rule.

182. The Claimants' allegation that the "fork-in-the-road" mechanism was not triggered because the proceedings were ultimately annulled without a decision on the Merits having been made by the judge, is not relevant for purposes of determining Jurisdiction because if there had been a right to choose an option and if that right had in fact been exercised that would in any case have been irrevocable, whether or not there had been a final decision on the Merits.

183. Thus, the submission of the Claimants as to why they did not again commence proceedings under Ecuadorian law after the nullity of the proceedings in 1999, is irrelevant for purposes of determining the issue of the triggering of the "fork-in-the-road" provision since, in the Tribunal's view, the Claimants' arguments on the likely ruling of the Ecuadorian tribunal, when the submissions of the Attorney General are taken into account, are purely subjective speculation.

184. Independently of the foregoing observations, the Tribunal finds that Seacoast's claim before the Ecuadorian courts does not constitute the exercise of the "alternative" referred to in Article VI(2) of the BIT.

185. Article VI (2) of the BIT states:

In the event of an investment dispute, the parties to the dispute should initially seek a resolution through consultation and negotiation. If the dispute cannot be settled amicably, the national or company concerned may choose to submit the dispute, under one of the following alternatives, for resolution: (a) to the courts or administrative tribunals of the

Party that is a party to the dispute; or (b) in accordance with any applicable, previously agreed dispute–settlement procedures; or (c) in accordance with the terms of paragraph 3.

186. The Tribunal holds that the claim before the Ecuadorian courts could never have been based on violations of the Treaty since the latter was not then in force, but was based instead on allegations of contractual breaches. Seacoast could not then exercise any choice under the BIT but commenced proceedings for breach of contract in the domestic court. The Tribunal notes that in the *Vivendi v. Argentine Republic* case on partial nullity it was inferred that having recourse to the domestic forum for breaches of contract does not involve exercising the right to choose an alternative under the BIT, unless the claim in the domestic forum is based on a breach of the BIT.²²

187. The Tribunal finds that the Claimants are aware that part of the dispute submitted to the ICSID had already been submitted to the Ecuadorian courts by Seacoast. Consequently, the Claimants recognized that they had no right of choice at that time, as the BIT was not in force.

188. The Tribunal is aware that in the proceedings commenced before the Ecuadorian courts, Seacoast claimed for contractual breaches under the Seacoast Contract and the Clarification Contract. On the other hand, the present action submitted to the ICSID by the Claimants is based on breach of contract and of the BIT and takes account of events before, as well as after, the submission of the claim to the Ecuadorian courts.

189. The Tribunal considers that the Respondent's reliance on the Claimants exercise of the option of the jurisdiction of the Ecuadorian courts is irrelevant in view of the special circumstances of the present case. Indeed, the Tribunal is of the view that the suits submitted by Seacoast to the jurisdiction of the Ecuadorian Courts related to disputes that arose prior to the entry into force of the BIT. Thus, in accordance with the principle of the non–retroactivity of treaties, those disputes remain outside the temporal Competence of this Tribunal. It is not necessary to determine if a breach of the contract implies a breach of the BIT because the BIT was not in force and therefore, it did not give rise to obligations on the part of Ecuador on the date those disputes arose. Furthermore, the Respondent's invocation of the “fork–in–the–road” rule is also irrelevant with respect to the Claimants' allegations regarding acts and omissions of Ecuador constituting violations of the BIT after its entry into force.

190. The Tribunal holds that it does not have Competence over disputes that arose prior to the entry into force of the BIT. The Tribunal confirms that it does have Competence over acts that are alleged by the Claimants to have given rise to disputes that arose or became evident after the entry into force of the BIT, independently of whether they had a causal link with, or served as the basis of, allegations concerning acts or disputes prior to the entry into force of the BIT.

4. Conclusions

191. For the reasons given above, the Tribunal concludes:

1. To allow the Respondent's main objections to the Tribunal's Competence in respect of the non–retroactivity of the BIT; and
2. To reject the objections to the Tribunal's Competence with respect to the non–existence of an investment and the preclusion of the “fork–in–the–road” provision and consequently exercise its Competence over the Respondent's alleged violations of the BIT by acts or omissions after the entry into force of the BIT.

III. Merits

1. Introduction to the Merits of the Dispute

192. After conducting an exhaustive analysis of each of the arguments submitted by the Parties with respect to the matters on which it determined it had Competence, the Tribunal will refer here only to those arguments that it deems essential for determining the rights and obligations of the parties.

193. The Tribunal believes that its conclusions on Competence indicated in paragraph 191 above in no way pre–judge the rights and obligations of each of the Parties with respect to the issues that do not fall under the Jurisdiction of the Tribunal, and on which the Tribunal will express no opinion in this Award.

a. Relevant Facts

194. The Claimants, M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine Inc., are companies incorporated in the United States of America. They maintain that they own and control Seacoast, a company established in 1922 under the laws of the State of Texas, originally controlled by Briggs–Cockerham LLC.

195. Against the background of an energy crisis in Ecuador in 1995, on November 17, 1995 the INECEL signed a contract with Seacoast for the sale of electricity for a period of six months (Seacoast Contract). Seacoast agreed to install and operate two electrical power generation plants in Santa Elena and in Santo Domingo (Ecuador), and sell that energy to INECEL.

196. On that same day, the parties signed a Memorandum of Clarification for the Execution of the Contract (Clarification Contract) relating to the scope of some of the clauses of the Seacoast Contract.

197. After signing the Seacoast Contract, and for purposes of its execution, the owners of Seacoast decided to enter into a “joint venture” with three other American companies.

198. The “joint venture” brought together the Claimants in this arbitral proceeding, M.C.I. Power Group L.C. (hereinafter called MCI), and New Turbine Inc., as well as Old Dominion Electric Cooperative (hereinafter ODEC). New Turbine at that time operated under the name Energy Services Inc. (hereinafter called ESI).

199. At the end of 1995, MCI, ESI, and ODEC, as investors in Seacoast, established two limited companies under the laws of the State of Virginia, identified collectively in the Claimant's Memorial as Power Ventures. Power Ventures incorporated Power Services Ecuador Ecuapower Cia. Ltda (Ecuapower), as its subsidiary under the laws of Ecuador

200. At the beginning of 1996, differences arose between the Parties herein with respect to the execution of the Seacoast Contract relating to the date of commencement, the duration of the contract, the payment for energy under the “Take or Pay” modality, reimbursement for the cost of fuel, and the imposition of fines and penalties.

201. On April 12, 1996 Seacoast suspended the operation of the two plants and delivery of power, invoking the non-payment by INECEL for invoiced amounts payable under the terms of the Seacoast Contract.

202. On May 26, 1996 INECEL declared the Seacoast Contract to be terminated, alleging the expiration of the agreed term of six months.

203. In June 1996, upon the original investors withdrawing from the “joint venture,” Seacoast and Ecuapower continued under the joint control of MCI, ESI, and ODEC.

204. On July 12, 1996, the Seacoast equity interests in power generation were transferred to Ecuapower.

205. On July 31, 1996, Seacoast submitted a claim against INECEL to the Administrative Court of the District of Quito requesting approximately 25 million U.S. dollars for damages for breach of contract.

206. On December 1, 1996, Seacoast's accounts receivable were sold to MCI, ESI, and ODEC, with Seacoast retaining the responsibility to recover the amounts claimed against INECEL.

207. On December 17, 1996, the shares of the MCI, ESI, and ODEC “joint venture” in Ecuapower were sold to a third party, the Anglo Energy Company.

208. On January 24, 1997, INECEL and Ecuapower signed a contract for the provision of electrical power for three years.

209. On April 7, 1997 the first meeting of the Liquidation Commission contemplated in the Seacoast Contract was held.

210. In 1998, ODEC transferred all the rights and interest that it had in the “joint venture” to MCI and ESI, these latter companies remaining as the only owners of the accounts receivable and other claims of Seacoast against Ecuador.

211. On February 8, 1999, the Superintendent of Companies by “Nota” Resolution. 99.1.2.1.00372 notified Seacoast of the revocation of its operating permit.

212. On March 31, 1999, the meetings of the Liquidation Commission were considered terminated.

213. On October 21, 1999 the Pichincha Civil Judge held that the claim submitted by Seacoast against INECEL was null and void.

b. The law applicable to the Merits of the issues raised

214. The Claimants contend that the only law applicable in the present case is international law. They argue that the BIT includes an implicit agreement on the applicability of international law, and that the first part of Article 42(1) of the ICSID Convention must therefore be respected. They argue further that, if the Tribunal should consider that no such agreement exists, the force of the second part of Article 42(1) of the Convention is such that international law must be applied.

*
* *

215. Ecuador argues that the law applicable to the disputes submitted by the Claimants is exclusively the domestic law of Ecuador, because that is the law agreed to by the parties for dealing with alleged default under the contract.

*
* *

216. Article 42(1) of the ICSID Convention provides as follows:

The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.

217. From the supporting documentation supplied by the parties during the proceedings, the Tribunal finds no evidence of any agreement on the law applicable to this dispute. Therefore, the Tribunal considers that it must respect the provisions of the second part of Article 42(1) of the ICSID Convention, i.e., in the absence of an agreement, the Tribunal shall apply Ecuadorian law, including its rules of private international law and such rules of international law as may be applicable. With respect to the latter rules, the Tribunal finds that the rules contained in the BIT, as well as the other pertinent rules of general international law, are applicable in the present case. The Tribunal's Competence over the Merits of the disputes submitted is limited, in this respect, to considering the contentions of the Claimants relating to violation of the BIT after it came into force.

218. In the event of possible contradictions between the rules of Ecuadorian law and the BIT and other applicable rules of general international law, the Tribunal will decide on their compatibility, bearing in mind the contents and purpose of those rules in light of the precedence that international rules take over the domestic legislation of a State.

c. The relationship between INECEL and Ecuador

219. The Claimants contend that INECEL is an organ of the Ecuadorian State, directed and controlled by Ecuador through its government officials. The Claimants maintain that the object and functions of INECEL include those reserved generally to State regulatory bodies.

220. Among other points, the Claimants maintain that, upon liquidating INECEL, the Attorney General (*Procurador General*) became, by law, the State's representative with respect to all its rights and obligations.

221. The Claimants also insist that there is a contradiction in the Respondent's argument that INECEL enjoyed special prerogatives in the contracts it signed in its capacity as a State entity.

*
* *

222. Ecuador contends that the BIT does not apply to the Seacoast contract because, among other reasons, that contract was not signed with the State but rather with INECEL, an autonomous entity that is legally independent of the State.

223. The Respondent maintains that a distinction must be drawn between the sovereign obligations assumed by the State and the commercial obligations assumed by INECEL under the Contract. It cites recent ICSID awards²³ to the effect that not all defaults under a contract result in breach of the BIT.

224. In its Rejoinder, Ecuador accepts that INECEL was a public–sector agency and that official representatives or delegates constituted a majority of its board. It also recognizes that INECEL was empowered to exercise certain public powers. Nevertheless, Ecuador argues that, because it had a separate legal personality, its own capital, and autonomous management, INECEL must not be confused with the State.

*

* *

225. The Tribunal finds that INECEL, in light of its institutional structure and composition as well as its functions, should be considered, in accordance with international law, as an organ of the Ecuadorian State. In this case, the customary rules codified by the ILC in their Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts are applicable. Therefore, any acts or omissions of INECEL in breach of the BIT or of other applicable rules of general international law are attributable to Ecuador, and engage its international responsibility.²⁴

2. Acts Alleged as Being Subsequent to the Entry into Force of the BIT over which the Tribunal has Competence

226. The Tribunal considers that the Claimants allege, mainly, as breaches of the BIT subsequent to its entry into force, the bad faith and discrimination demonstrated by Ecuador in settling the disputes in question, through its acts and omissions in various areas. They allege, in the first place, the illegality, under the BIT, of the acts and omissions of INECEL within the Liquidation Commission stipulated in the Contract.

227. In the second place, the Claimants contend, because the procedures expected of the Liquidation Commission were frustrated, that they attempted to resolve the disputes in question through an arbitration agreement. According to the Claimants, Ecuador promised to sign an arbitration agreement but renounced their promise after Seacoast's operating license was revoked.

228. The Claimants also contend that the revocation of that license was expropriatory. In addition, they argue that the revocation was used by Ecuador to provoke and obtain annulment of the only other possible route for the remedy of grievances, through a legal action before the Ecuadorian courts.

229. The Claimants argue further that Seacoast and its legal representative were subject to constant harassment, as part of Ecuador's policy of discrimination against Seacoast.

*

* *

230. The Tribunal will consider each of these questions raised by the Claimants on the grounds that, in accordance with its conclusions on Competence, any act or omission attributable to Ecuador, subsequent to the BIT's entry into force, is in principle sufficient to constitute a breach of the BIT, and consequently engages the Jurisdiction of this Tribunal to consider the Merits of those claims.

231. After analyzing these questions, the Tribunal will consider the contents and the scope of the BIT rules that the Claimants consider to have been violated by acts or omissions attributable to the Respondent, in order to evaluate the latter's legal position with regard to those rules.

3. Allegations on Breaches of the BIT

232. The Claimants base their position with respect to the issues over which the Tribunal decided to exercise Competence on the failure of the Respondent to comply with the obligations imposed by the BIT with respect to: (a) fair and equitable treatment; (b) no discriminatory or arbitrary treatment; (c) full protection and security; and (d) expropriation.

a. Fair and equitable treatment

233. The Claimants argue that Ecuador violated its obligation under the BIT to grant to the investors of the other contracting party treatment no less favorable than that required by the standards of international law. They cite Article II(3)(a), which provides:

Investments shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law.

234. The Claimants maintain that Article II(3)(a) sets out a minimum requirement upon States to provide treatment at least as favorable as that required by international law to investments of foreign investors. This international level of treatment includes fair and equitable treatment and full protection and security.

235. According to the Claimants, ICSID jurisprudence confirms that the minimum standards of international law are independent of the domestic law of the State hosting an investment. On this point, they cite the award in the case of *Genin v. Estonia*,²⁵ in which the Tribunal held that “under international law, the requirement of fair and equitable treatment is generally understood as a treatment that provides a basic and general standard which is different from the standards under domestic laws”. Examples of acts that violate this treatment would be “a willful neglect of duty, an insufficiency of action falling far below international standards and even subjective bad faith.”

236. The Claimants contend that the fair and equitable treatment required by the BIT includes the obligation to act in good faith. Good faith, according to the Claimants, is then an essential element of fair and equitable treatment.

237. The Claimants maintain that the obligation to act in good faith implies respect for the basic assumptions on which the investor made the investment. They cite the award in the *Tecmed* case, where the Tribunal held that as part of those expectations are included that the State will conduct itself in a coherent manner, without ambiguity and transparently, in order for the investor to be able to plan its activities and adjust its conduct to the statutes or regulations that will govern them, the policies embedded therein, and relevant practices and administrative directives.²⁶

238. The Claimants maintain that good faith has to do with legal security, in the sense that the investor must expect that the government will act in such a way that it may enforce its own rights. The State may not act capriciously to abuse the rights of investors and it may not obstruct access to an independent review when those rights have been violated.

239. The Claimants argue that the requirement for fair and equitable treatment also protects investors from threats and other abuse of authority on the part of government officials. They refer to the conclusion of the tribunal in *Pope & Talbot*, with respect to an unjustified and invasive audit of the investor that was undertaken after a complaint was filed in the NAFTA system.²⁷

240. The Claimants maintain that violation of fair and equitable treatment includes abusive exercise of State powers, which may manifest itself through the malicious application of law. They cite in particular the tribunal that heard and decided the *Azinian v. United Mexican States* case, which held that there would be a fourth type of denial of justice, namely clear and malicious misapplication of the law.²⁸

b. No discriminatory or arbitrary treatment

241. The Claimants contend that Ecuador is in breach of its obligation under the BIT not to treat them in a discriminatory or arbitrary manner.

242. Article II(3)(b) of the BIT provides:

Neither Party shall in any way impair by arbitrary or discriminatory measures the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion, or disposal of investments. For purposes of dispute resolution under Articles VI and VII, a measure may be arbitrary or discriminatory notwithstanding the fact that a party has had or has exercised the opportunity to review such measure in the courts or administrative tribunals of a Party.

243. The Claimants maintain, following the precedent of the *Lauder v. Czech Republic* case, that the government has conducted itself arbitrarily if its act was not founded on reason or fact, or on the law.²⁹

244. The Claimants refer to the ruling of the International Court of Justice in the *ELSI* case, which defined an arbitrary act as a willful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of

juridical propriety.³⁰ They cite arbitral precedents in which an arbitrary act on the part of government was defined as inequitable treatment, regardless of whether there was denial of justice.³¹

c. Full protection and security

245. The Claimants contend that Article II(3)(a) of the BIT refers expressly to the obligation of the contracting parties to grant full protection and security to the investors of the other contracting party.

246. On this point, the Claimants cite the case of *CME v. Czech Republic*, in which the Tribunal held that a government is only obliged to provide protection which is reasonable in the circumstances.³² They also cite, among other precedents, the case of *AAP v. Sir Lanka* Due diligence is nothing more nor less than the reasonable measures of prevention which a well-administered government could be expected to exercise under similar circumstances.³³

d. Expropriation

247. The Claimants allege violation of article III(1) of the BIT, which provides:

Investments shall not be expropriated or nationalized either directly or indirectly through measures tantamount to expropriation or nationalization ("expropriation") except: for a public purpose; in a nondiscriminatory manner; upon payment of prompt, adequate and effective compensation; and in accordance with due process of law and the general principles of treatment provided for in Article II(3).

248. The Claimants cite the definition of expropriation used by the Iran–United States Claims Tribunal in the *Sola Tiles* case where it was indicated that a right cannot be affected through interference by a State in the use of the property or the enjoyment of its benefits amounting to a deprivation of the fundamental rights of ownership.³⁴

249. Citing the decision in *Pope & Talbot*, the Claimants contend that, for a government act to be deemed an expropriation, that act must have substantially deprived the investor of his fundamental rights of ownership and disposal of property.³⁵

*

* *

250. In maintaining that the applicable law is Ecuadorian law, Ecuador rejects the application of the BIT or other international law to the issues raised by the Claimants. However, Ecuador recognizes the principles of fair and equitable treatment as an obligation contained within the minimum standards required by international law. It refers to the contents of customary international law in this matter, and its evolving nature, citing precedents in the cases of *Genin*³⁶ *Mondev*,³⁷ *Azinian*³⁸ and *ELSI*³⁹ to conclude that none of the Claimants' arguments based on events subsequent to entry into force of the BIT exhibit the nature or the characteristics required to be deemed in international law as arbitrary or discriminatory, or to reflect bad faith or overt negligence, or in any way to fall short of the standards required by international law.

251. Ecuador does not deny the scope of Article III of the BIT on expropriation, but rejects its application to the facts alleged by the Claimants.

*

* *

252. On the basis of the positions taken by the Parties, the Tribunal notes that there is no discrepancy between them as to the contents of the rules invoked, but rather to their scope and effects with respect to the situations and circumstances of the points in dispute. The Tribunal will refer, first, to each of the Parties' contentions on the questions over which it has determined it has Competence. The Tribunal will then determine, for each contention and in the context of its circumstances and particular features, whether or not the BIT has been breached.

4. The Claimants' Contention of Lack of Good Faith on Ecuador's Part with Respect to the Acts and Omissions of INECEL in the Liquidation Commission

253. The Claimants maintain that the Seacoast Contract and Ecuadorian legislation alike provide for the creation of a Liquidation Commission so that the parties may negotiate in good faith to resolve any disputes arising from execution

of the Contract. They argue that the treatment granted by Ecuador to Seacoast in the Liquidation Commission was neither fair and equitable nor in good faith. Consequently, Ecuador has violated the rules both of customary international law and of Ecuadorian law and the Contract, by not acting in good faith during the liquidation process.

254. Clause 17 of the Contract provides that:

LIQUIDATION OF THE CONTRACT. 17. 01. Once the term of this contract has expired, or if it has not been possible to continue with the relationship arising from this instrument, the parties shall prepare an act of liquidation, which shall contain a detailed account of the technical and economic aspects of the contract, recording the volume of power and energy supplied during the term, the values that INECEL has paid to the contractor, and those that have yet to be paid, those that must be deducted or refunded for any reason, with the appropriate adjustments. For this purpose, any compensation owing may be made. If there is no agreement on liquidating the contract, the parties shall proceed in accordance with Articles 87 and 88 of the Public Procurement Law, wherever applicable. This act of liquidation will be deemed as the act of delivery and receipt and must be signed by the representative of the contractor and in the name of INECEL, a commission appointed by the General Manager shall be present, constituted by the Operations Director of the SIN, the Director of Planning and Rates, and a technical expert who has not been involved in execution of this contract. The administrator of this contract shall appear as an observer, providing any appropriate information. If necessary, INECEL shall appoint other delegates to appear on its behalf at the signature of the act of liquidation stipulated in this clause. The members of the commission who, on behalf of INECEL, sign the act referred to in this clause shall have administrative, civil and criminal liability for the data and information contained therein.

255. The Claimants interpret Clause 17 of the Contract as producing an obligation for the Parties to the Contract to negotiate in good faith with the object of resolving any dispute over enforcement and execution of the Contract.

256. The Claimants assert that Seacoast accepted establishment of the Liquidation Commission on August 12, 1996, i.e. after the date on which it deemed the Contract to have expired. They argue that INECEL did not activate the Commission procedure as required in the Contract, until April 7, 1997, constituting a delay of almost seven months.

257. The Claimants maintain that Ecuador violated its contractual obligation to negotiate in good faith in the Liquidation Commission. They also argue that INECEL did not give Seacoast a reasonable explanation of its position, thereby demonstrating greater intransigence.

258. They also contend that, since December 1997, the Commission had remained inactive with respect to the claims submitted by Seacoast, and that it ceased to exist on or before March 31, 1999.

259. The Claimants assert that the Liquidation Commission met approximately 11 times. While the Claimants affirm that at various meetings they accepted several of the demands of INECEL, they maintain that INECEL at no time recognized any claim submitted by Seacoast.

260. The Claimants maintain that a delegate of INECEL on the Liquidation Commission gave a promise that was never fulfilled. That promise was to request an opinion from the Attorney General as to the validity of the Clarification Contract, and Seacoast was to be permitted to examine and comment on the contents of the consultation document before it was sent.

261. The Claimants declare expressly that the Liquidation Commission was supposed to resolve differences over the term of the contract, over Seacoast's claims for unpaid invoices, and over the penalties imposed unilaterally on Seacoast by INECEL.

262. In their Reply, the Claimants cited the recognition by the Contract Administrator of the debts resulting from the failure by INECEL to pay for fuel.

*

* *

263. Ecuador argues that the Liquidation Commission is not a mechanism for resolving disputes over the interpretation and enforcement of the Contract, but is rather a mechanism for settling outstanding accounts. Ecuador affirms that INECEL convened the first meeting of the Liquidation Commission. That commission was fully constituted on August 16, 1996 with the appointment of the Seacoast representatives subsequent to the date on which Seacoast understood the contract to have terminated.

264. Ecuador contends that INECEL did not activate the mechanisms stipulated in the Liquidation Commission because on August 28, 1996 it was notified of the lawsuit filed by Seacoast, from which it concluded that the differences over the Contract between the parties were now converted formally into a judicial dispute.

265. Ecuador also maintains that, as the judicial complaint remained inactive, it again moved for action in the Liquidation Commission in April 1997.

266. Ecuador complains of lack of transparency on the part of Seacoast for having presented itself at meetings of the Liquidation Commission as the holder of rights to accounts receivable deriving from the Contract, despite the fact that in December of 1996 it had sold those accounts to third parties. This lack of transparency, Ecuador argues, was an indicator of bad faith.

267. Ecuador maintains that Seacoast evidenced its intention to reject any settlement not based on the recognition of its judicial claims. Ecuador considers that the settlements proposed by the two parties constituted no more than a reiteration of their respective positions. It contends that the negotiations in the Liquidation Commission were called off at the request of Seacoast.

268. Ecuador denies the existence of any unfulfilled obligation allegedly assumed in the negotiations in the Liquidation Commission relating to a consultation to be addressed to the Attorney General on the scope of the Clarification Contract.

269. Ecuador also denies the Claimants' argument that in the Liquidation Commission the Contract Administrator recognized Seacoast's claim for unpaid fuel bills. Ecuador maintains that the Claimants were referring to a draft minute that was never agreed to by INECEL.

270. Ecuador asserts that those involved in the liquidation cannot assume the function of resolving disputes, and that neither party was authorized to impose its view of the liquidation on the other party.

*

* *

271. The Tribunal notes that at the first meeting of the Liquidation Commission there was agreement on the issues that should be considered for liquidating the Contract. Among those issues were a series of questions over the differences arising prior to entry into force of the BIT, and relating to interpretation and enforcement of the Contract.

272. The Tribunal considers that there was no agreement on the divergent positions of each party with respect to the effects of the Clarification Contract, the date for initiation of the Seacoast Contract, and the date for its termination, nor with respect to the characteristic of the Contract as generating an obligation of "Take or Pay".

273. The Tribunal considers that, with the entry into force of the BIT on May 22, 1997, the lack of agreement on outstanding questions became clear in the refusal to sign the minutes of any of the Liquidation Commission's meetings which took place after that date. Consequently, in December 1997, each party presented its own settlement proposal. According to Seacoast, the total amount owing from INECEL on November 30, 1997 was US\$19,753,874. According to the settlement proposal prepared by INECEL, Seacoast owed it the amount of US\$1,104,486.

274. The Tribunal considers the Claimants' argument that final settlement or liquidation of the Contract produces its termination, as well as the Respondent's argument that liquidation is a post-contract stage, to be irrelevant for purposes of determining if there was a breach of the BIT, in light of the alleged lack of fair and equitable treatment and nondiscriminatory treatment on the part of Ecuador during negotiations within the Liquidation Commission subsequent to the BIT's entry into force.

275. The Tribunal interprets Clause 17 of the Contract as establishing a mechanism for liquidation of the Contract, once its term has expired. The Liquidation Commission is not intended to implement a dispute settlement mechanism. The intransigent positions of both parties during the Commission's meetings reflected the positions they took before the Ecuadorian courts. Clause 17 of the Contract provides the possibility to activate the remedies that are available to both parties in case of lack of agreement on liquidation.

276. The Tribunal finds no evidence from the actions of the Liquidation Commission that would prove or even suggest bad faith on the part of INECEL in not accepting Seacoast's claims.

277. The Tribunal considers that the failure to agree on liquidation of the Contract was due to the prior existence of an unresolved dispute between the parties. The Claimants cannot base their claim of bad faith on the part of INECEL, and hence of Ecuador, on the Liquidation Commission's failure to recognize their claims.

278. The investor's expectations of fair and equitable treatment and good faith, in accordance with the BIT, must be paired with a legitimate objective. The legitimacy of the expectations for proper treatment entertained by a foreign investor protected by the BIT does not depend solely on the intent of the parties, but on certainty about the contents of the enforceable obligations.⁴⁰

279. Consequently, Seacoast's legitimate expectations as to the outcome of the negotiations in the Liquidation Commission cannot be disassociated from the scope and legal effects of the applicable rules, i.e. Clause 17 of the Contract. This clause does not give rise to an obligation to resolve existing disputes between the parties relating to the interpretation and application of the Contract. The fact that the parties did not achieve a definitive settlement at the Liquidation Commission could not give rise to a breach of the fair and equitable treatment standards by Ecuador based on Seacoast's expectation, not based on a valid and binding obligation.

280. Likewise, Ecuador was unable to substantiate or prove bad faith on the part of Seacoast on the grounds that it concealed information on its legal status as representative rather than owner of the contractual rights submitted to the Liquidation Commission.

5. Revocation of Seacoast's Operating Permit and its Effects

281. The Claimants maintain that the revocation of Seacoast's operating permit was contrary to the fair and equitable treatment required by the BIT. They cite that revocation as grounds for claiming expropriation of their investment.

282. As a result of the revocation of that permit, the Claimants maintain that Ecuador violated its obligation to act in good faith, as part of fair and equitable treatment, with respect to the negotiations to reach an arbitration agreement to settle the outstanding differences.

283. Also as a result of that revocation, the Claimants maintain that Ecuador sought and obtained cancellation of judicial proceedings initiated by Seacoast before the Ecuadorian courts, contrary to its obligations to foreign investors protected by the BIT.

284. The Tribunal will now consider each of these arguments, beginning with that relating to revocation of the permit.

a. Revocation of the permit

285. According to the Claimants, Seacoast had received a note from the Superintendent of Companies on February 8, 1999, notifying it that its permit was being cancelled because it was no longer conducting activities related to the business purpose for which it had been incorporated.

286. While the Claimants admit that Seacoast was aware of some administrative problems with the operating permit, Seacoast did not realize that those problems had anything to do with its ability to assert its rights. Thus, according to the Claimants, Seacoast filed a petition on February 8, 1999 requesting that its operating permit be extended until the end of the process under way for reaching an arbitration agreement.

287. The Claimants maintain that, according to Ecuadorian law, cancellation of the operating permit should have had no effect on the settlement of Seacoast's affairs, including the possibility of pursuing outstanding accounts receivable.

288. The Claimants clarified in their Reply that they are not challenging the power of the Superintendent of Companies to cancel the Seacoast permit, as according to Ecuadorian legislation they continued to have the legal capacity to liquidate their affairs. They maintain that the cancellation of the permit took on a new dimension with the effects it had on the negotiations for an arbitration agreement and on the judicial proceedings.

289. The Claimants contend that the operating permit is a license to invest. They maintain that this license is in itself an investment and that its revocation therefore constitutes an expropriation.

290. The Claimants maintain that Seacoast's operating permit falls within the definition of investment of Article I of the BIT. Consequently, Ecuador's actions in cancelling that permit imply an expropriation according to the jurisprudence of international tribunals and courts. Citing the decision in the *Sola Tiles* case, as was argued by the tribunal that decided *Pope & Talbot*, the Claimants declare that Ecuador interfered with the rights flowing from Seacoast's

operating permit, thereby interfering with Seacoast's rights of ownership when it revoked Seacoast's license, and then unlawfully relied on the revocation of the license to refuse to arbitrate and to reject Seacoast's judicial claim.

*

* *

291. Ecuador contends that the operating permit cannot be considered an investment, since it has no economic or financial content in itself. Ecuador maintains that its revocation was legal and did not affect Seacoast's rights or those of the Claimants. Ecuador argues that Seacoast continued to be the owner of all its rights, excluding the accounts receivable that had been sold to the Claimants. What Seacoast could not do was to act through its legal representative in Ecuador, because its Ecuadorian branch was in the process of liquidation. Consequently, for Ecuador, this was a problem of representation and not one of ownership of rights.

292. Ecuador maintains that the operating permit is a simple certificate of domiciliation and is therefore inseparable from the establishment of the foreign company's branch in Ecuador. The operating permit bears no relation to the licenses, permits, or concessions to which the Claimants refer in their Reply. According to the Respondent, Ecuadorian law requires, for contracting with public-sector institutions, that a foreign company must be previously domiciled in Ecuador. Consequently, there is no requirement to obtain any permit or authorization. A foreign company may also conduct business in Ecuador through an agent, without the need to be domiciled.

293. Even if such rights could qualify as an investment, Ecuador argues, revocation of the operating permit produced no permanent impairment of the investor's rights, a requirement for claiming expropriation.

294. Ecuador maintains that cancellation of Seacoast's operating permit was based, in accordance with the Companies Act, on the fact that the company had advised the Superintendent of Companies that it had no assets after July 12, 1996, and that consequently it had no operations of any kind in Ecuador.

295. Ecuador declares that the granting of an operating permit implies recognition by the Superintendent of Companies that a foreign company has a branch within Ecuadorian territory and that it is capable of conducting regular business in Ecuador; it is not a question of a State concession or a permit to exploit or make use of productive assets or State resources.

296. Ecuador argues that if Seacoast felt that the Superintendent's decision was unlawful or arbitrary, it could have appealed that decision to the Administrative Tribunal (*Tribunales en lo Contencioso Administrativo*), as provided by law, but it did not do so.

*

* *

297. The Tribunal concludes, from the grounds cited in the Resolution of the Superintendent of Companies (Resolution 99.1.2.1.00374) revoking the Seacoast permit, that there is no element to justify qualifying that measure as a breach of fair and equitable treatment *per se* or as being an expropriation under the BIT.

298. The Tribunal notes that the introductory clauses of the Resolution of the Superintendent of Companies stated that from the reports of the Directorate of Inspection and Audit it appeared that Seacoast Inc. was not carrying out activities related to the purposes of the company for which it had obtained an Ecuadorian domicile, as a result of which the branch was implicated in the reasons for the cancellation of the operating permit granted under Law 31 of the Company Law Reform Law.

299. The Tribunal holds that the operating permit is fundamentally related to the requirement to install, put into operation, and operate the electricity generating plants. At the time that the permit was revoked Seacoast had transferred its rights over the plants and was therefore not the owner, nor did it manage said plants.

300. The Tribunal holds that, in accordance with Article III of the BIT, and under general international law, among the requirements necessary for an expropriation there must definitely be a substantial interference on the part of the State that affects the use and enjoyment of the protected investment. Consequently, as there was no ownership of the investment relating to the installation and operation of the plants, the possibility of alleging a revocation of the operating permit as an expropriation is limited.

301. The facts cited in the introductory portion of the Resolution of the Superintendent of companies correspond with the information supplied by Seacoast to the Ecuadorian authorities. Seacoast was promptly informed of the

Resolution and, while it requested an extension of its effects because Seacoast was negotiating an arbitration agreement, at no time was the Resolution contested by Seacoast.

302. In addition, the Tribunal considers that Seacoast acquiesced in cancellation of the permit by not seeking an administrative review of the decision. The fact that Seacoast argues that it was not aware of the effects of the cancellation on the capacity of its legal representative to take action through the courts did not prevent it from appealing the order of the Fifth Court with respect to the effects of cancellation of the permit on the capacity to litigate in defense of its alleged rights or those of the persons it represented.

303. Among the legitimate expectations that Seacoast might invoke in arguing a violation of the fair and equitable treatment and good faith, the Tribunal cannot consider relevant the mere claim of ignorance of the legal effects of the revocation or of the existence of a remedy for challenging it.

304. The Tribunal notes that the Claimants recognize the power of the Superintendent of Companies to revoke the permit. What the Claimants are challenging, in fact, is the effect that that revocation had on the negotiations for an arbitration agreement and on the annulment of the lawsuit initiated before the Ecuadorian courts. In this context, the Tribunal deems unfounded the claim that the revocation of the permit constitutes an expropriation.

305. Consequently, the Tribunal finds that the action of the Ecuadorian authorities in revoking Seacoast's permit to operate in Ecuador did not in itself constitute an act in conflict with domestic law or with the BIT. However, the legality of that revocation order does not authorize the Tribunal to prejudge the legality or illegality of its effects, in light of the obligations assumed by Ecuador through the BIT with respect to the consequences of that order for the negotiations concerning an arbitration agreement and on the annulment of the lawsuit.

306. The Tribunal will now examine these allegations of the Claimants with respect to the effects and scope of the revocation of Seacoast's operating permit.

b. The Claimants' allegation of Ecuador's bad faith in frustrating an arbitration process for resolving the questions at issue

307. With the failure of the Liquidation Commission, the Claimants maintain that Ecuador reneged on its promise to submit the dispute to arbitration, and then obstructed judicial proceedings before the courts of Ecuador, thereby denying the possibility of resolving the dispute in any forum.

308. According to the Claimants, Seacoast had suggested to the Attorney General of Ecuador that there could be recourse to private arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules. On this point, the Claimants contend that the Attorney General gave an official opinion, in a note dated January 29, 1999, that arbitration was the preferred way of proceeding to resolve the dispute.

309. According to the Claimants, negotiations began in April 1999 and draft arbitration agreements were exchanged without reaching agreement on the content of an arbitration agreement.

310. The Claimants refer to a ninth draft of the arbitration agreement that, having been approved by the Attorney General in June 1999, was awaiting signature by the President of the Republic. They claim that in a meeting held in Washington on August 2, 1999, representatives of the Attorney General advised Seacoast that it was impossible to sign that agreement, because Seacoast's permit to operate in Ecuador had been revoked and it therefore no longer had legal standing.

311. The Claimants maintain that on August 13, 1999 the Deputy Attorney General (*Procurador General Subrogante*) sent a note to Seacoast confirming that signature of the arbitration agreement was not possible, because its operating permit had been cancelled.

312. Moreover, the Claimants contend that although Seacoast had transferred the right to its accounts receivable, it continued to be responsible for collecting those accounts and was therefore the appropriate party to enter into the arbitration agreement.

313. In their Reply, the Claimants maintain that, contrary to the arguments of the Respondent, they did not consider that they had an assured right to resort to international arbitration. What they argued was the bad faith on the part of the Attorney General in reversing his position to conclude an arbitration agreement.

314. The Claimants contend that Seacoast made concerted efforts to obtain public support for reaching an arbitration agreement, but those efforts were in vain, in the face of Ecuador's opposition. Instead, the Claimants maintain,

Ecuador responded by moving to annul Seacoast's lawsuit and initiating various proceedings against Seacoast and its representatives.

315. The Claimants maintain that, in light of this situation, Seacoast first considered resorting to ICSID arbitration, filing a Request for Arbitration against Ecuador on March 25, 1998. Seacoast then withdrew its claim on a "without prejudice" basis on April 17, 1998, and finally submitted a new claim.

*

* *

316. For its part, Ecuador maintains that the State Attorney General considered that domiciliation of a foreign company was a prerequisite for signing an arbitration agreement. Ecuador argues that Seacoast had never revealed that it was a collection agent acting on behalf of third parties. If Seacoast, MCI and New Turbine had proceeded transparently, the revocation of Seacoast's operating permit, which was considered in this case a formal requirement for signing the agreement, could not have posed an obstacle to MCI and New Turbine, because it affected Seacoast exclusively, and only in its capacity to sign an arbitration agreement with the State at that time. Ecuador also contended that Seacoast was no longer the owner of rights to the accounts receivable to which the drafts of the arbitration agreement referred, because it had sold those rights, among others, to the Claimants in December 1996.

317. Ecuador contends that international law does not recognize a right to arbitration in the absence of the necessary consent of the parties involved in the dispute.

*

* *

318. The Tribunal finds that the only evidence provided by the Claimants with respect to an alleged promise by Ecuadorian officials to reach an arbitration agreement is the statement of the Seacoast representative, Charles Moseley, and in the e-mails he sent to other members of Seacoast on the feasibility, but not the certainty, of signing an agreement.

319. The Tribunal considers that the note from the Attorney General of January 29, 1999 was addressed to INECEL in response to a request for an opinion on the feasibility of arbitration. The contents of that note do not reveal any obligation to sign an arbitration agreement, but rather the possibility of such an agreement under Ecuadorian Law.

320. The Tribunal finds that, in the note of August 13, 1999, the Attorney General included a copy of the Resolution of the Superintendent of Companies, No. 99.1.2.1.00374, dated February 8, 1999, reporting that the operating permit granted to Seacoast had been cancelled. The note stated that "under the circumstances, it is not appropriate to proceed with arbitration, because of the effects of cancellation of the operating permit for the company's branch, and had that cancellation been known sufficiently in advance its petitions would not have been processed."⁴¹

321. In the Tribunal's view, the alleged obligation of Ecuador to negotiate an arbitration agreement would be an obligation of means and not of result. If there was an intention, it was to negotiate the possibility of an arbitration agreement, not to reach an arbitration agreement. From the evidence produced before the Tribunal, there is no proof of bad faith on the part of the Attorney General in refusing to sign an arbitration agreement.

322. Seacoast's expectations with respect to signature of an arbitration agreement cannot be based on any acquired right to reach that agreement as a consequence of an obligation assumed by Ecuador. The Claimants did not prove the existence of the obligation on the part of the Ecuadorian authorities to reach an arbitration agreement.

323. Under general international law, any obligation to submit for arbitration a dispute involving a State requires the existence of an agreement. That agreement, which may be verbal, must be proven by the party alleging it.⁴²

324. In the Tribunal's view, the failure of the negotiations for an arbitration agreement did not violate the BIT standard of fair and equitable treatment, and hence did not engage Ecuador's responsibility for any expectations that Seacoast might have entertained for reaching such agreement.

325. Seacoast could not ignore that the arbitration agreement implied for Ecuador the acceptance of an exception to the jurisdiction in favor of its courts for resolving the dispute existing at that time. Nor can the Claimants argue that they were unaware that the State was free to give or withhold its consent to bind itself through an arbitration agreement. All that could be proven in the present arbitration procedure was that Seacoast was firmly resolved

to achieve this agreement, and that the Attorney General recognized the feasibility of such an agreement under Ecuadorian law. It has also been proven that there was no enforceable obligation on Ecuador's part to sign an arbitration agreement, but only to negotiate such an agreement. The Claimants recognize this in limiting their complaints to bad faith on the part of the Attorney General in the handling of the negotiations, and not the failure to fulfill an obligation of reaching an arbitration agreement. The mere possibility or intent of achieving an arbitration agreement did not in itself create an enforceable obligation for Ecuador, nor could Seacoast entertain a legitimate expectation on that basis, given the absence of an unfulfilled obligation to proceed steadily to signature of an arbitration agreement.

c. The annulment of the lawsuit

326. The Claimants maintain that revocation of Seacoast's permit was the pretext used by Ecuador to deny Seacoast any opportunity to resolve its dispute. Not only did Ecuador use this argument to set aside its promise to sign an arbitration agreement, but it also sought and obtained annulment of the lawsuit filed by Seacoast before the Ecuadorian courts. The Claimants assert that the lawsuit, which had been filed several years earlier, was the only remaining option that Seacoast had for resolving its contract dispute.

327. Seacoast filed the lawsuit against INECEL on July 31, 1996, claiming approximately US\$25 million in damages for breach of contract. The Claimants argue that the lawsuit was presented at the suggestion of the future Minister of Economy of Ecuador, for whom there could be no solution of the dispute unless Seacoast were to file a lawsuit before he took office.

328. According to the Claimants, after INECEL responded to the lawsuit on September 25, 1996, the parties took no judicial action for more than two years. The Claimants maintain that Seacoast's primary interest was to exhaust remedies through the Liquidation Commission and then negotiate an arbitration agreement under the UNCITRAL Rules.

329. According to the Claimants, on August 7, 1999 the Attorney General made a submission to the Fifth Court in which he contended that cancellation of Seacoast's permit meant loss of its legal standing, and he claimed that the lawsuit had not been properly filed, because it lacked a signed authorization by the Seacoast representative.

330. The Claimants maintain that on September 1, 1999, Mr. Moseley notified the court of his position that cancellation of the permit did not imply the loss of Seacoast's legal standing. They contend however that, according to legal advice received by Seacoast, the alternative ground presented by the Attorney General for annulling the lawsuit, i.e. the absence of an authorizing signature, was technically valid.

331. Consequently, on September 23, 1999 Seacoast asked the judge to determine whether the lawsuit had been validly lodged and whether Mr. Moseley continued to be Seacoast's legal representative. On October 15 Seacoast told the judge that it would accept a ruling of annulment based solely on inappropriate submission of the lawsuit by Seacoast's lawyers, but he did not admit that he had lost his powers of legal representation. Thus, Mr. Moseley, in a letter addressed to the judge, declared that, confirming the request in his previous letter, "I expressly agree to such a ruling, and accept in advance your judgment, and would ask you to declare the lawsuit annulled as of the date it was submitted."⁴³

332. On October 21, 1999, the judge declared the lawsuit annulled as of the day of its presentation. In the Claimants' contention, that decision did not distinguish between annulment based on the technical arguments agreed to by Seacoast and annulment based on the Attorney General's objections over the continued legal standing of Seacoast's branch.

333. The Claimants argue that on October 10, 2002, the representative of the Attorney General appealed the judge's decision and that on December 12, 2002, the Superior Court of Justice of Quito declined jurisdiction because the Attorney General was not the party to have been detrimentally affected by the decision and had not reasoned its request for appeal.

334. In their Reply, the Claimants contend, contrary to Ecuador's position, that Seacoast had not agreed to withdraw the lawsuit on the basis of its lack of legal standing. Nevertheless, they recognized that Seacoast had agreed to withdraw the lawsuit on the basis of the absence of an authorized signature by its legal representative. The Claimants, however, consider that the judge's decision annulling the lawsuit was based on recognition of the two objections presented and argued by the Attorney General.

335. In their Reply, the Claimants recognize that they are not challenging the judge's decision to annul the lawsuit as a denial of justice, but rather as indicating bad faith on the part of the Attorney General in submitting formal objections to Seacoast's claim.

*

* *

336. For its part, Ecuador maintained that on the date the BIT entered into force the Claimants had agreed that their claim against INECEL should be pursued through the local courts of Ecuador, which should decide on the Claimants' litigious and contingent rights, if any.

337. In Ecuador's view, the Ecuadorian judges did not issue any ruling on the pertinence of the Attorney General's argument as to the impact of the operating permit's revocation on continuation of the legal proceedings. Ecuador maintains that the judge's decision was based exclusively on the agreement of the parties.

338. In Ecuador's view, then, the cancellation of the legal proceedings came not as a consequence of revocation of the permit itself, but rather as a result of agreement among the parties, based on Seacoast's express acquiescence in the Respondent's petition. Cancellation of the legal proceedings, Ecuador argues, does not imply a denial of justice through an arbitrary court ruling.

339. Ecuador argues that in the worst of cases, revocation of the operating permit might have limited temporarily the agent's capacity for action, but not the right of the Claimants. MCI and New Turbine could have taken action directly, for which they would not have required either domicile or permits. In the same manner as they are pursuing this claim, they could by themselves have filed suit before the competent Ecuadorian courts. If they could do so, that means that their legitimate expectations, in keeping with the law, were in no way frustrated or limited by liquidation of Seacoast's branch in Ecuador.

*

* *

340. From the arguments and documentation supplied by the parties, the Tribunal notes that on March 23, 1999, as a result of liquidation of INECEL, the Attorney General's Office took over the defense in the judicial proceedings initiated by Seacoast.

341. The Tribunal also notes that, in the application of decisions regarding the administration of justice, the Administrative Tribunal that heard the case transferred it on April 12, 1999 to the Judge of the Fifth Civil Court of Pichincha.

342. The Tribunal finds that the lawsuit filed by Seacoast challenged an official notice from the General Manager of INECEL in which he declared that the contract signed between Seacoast and INECEL on November 7, 1995 terminated on May 26, 1996. Seacoast also demanded payment for available energy, under the "Take or Pay" provisions of the Contract; payment for the fuel consumed, which INECEL had not settled; return of amounts improperly withheld as penalties imposed by INECEL; payment of interest; and payment of all damages sustained.⁴⁴

343. The Tribunal notes that in its response to the lawsuit of September 25, 1996, INECEL addressed the issues put forward and invoked the absence of legal representation of Seacoast, and the absence of a signature by the legal representative of Seacoast.

344. The Tribunal considers that the decision of the judge of the Fifth Civil Court of Pichincha was issued in the first *considerandos* of his Order, on Mr. Charles Moseley's lack of legal standing in the proceedings. In the later *considerandos* of that Order, the judge ruled: "6) The last written submission [...] by Mr. Charles Moseley Hall, legal representative of Seacoast Inc. and of Seacoast Inc., Ecuador branch, in which he expressly acquiesces in the annulment requested by the Attorney General, is relevant; and 7) this legal situation noted in those *considerandos* means omission of one of the substantial formalities that must definitively influence the decision of the case, for which reason, on the basis of Article 355(3) of the Code of Civil Procedure, all proceedings are declared null and void, as of the date of submission of the suit, which may not be reinstated."⁴⁵

345. Consequently, the Tribunal assumes that the Judge of the Fifth Civil Court of Pichincha ruled in favor of the objections brought by the Attorney General in his letter demanding annulment of the lawsuit presented by Seacoast.

346. The Tribunal finds a degree of confusion in the arguments advanced by the judge as to the effects of the revocation on the capacity of Seacoast's representative to take action before the courts. From the decision of the Judge of the Fifth Civil Court of Pichincha it appears that Mr. Moseley was not Seacoast's legal representative, and yet in sections 6 and 7 of that decision he accepted as valid Mr. Moseley's acquiescence with respect to the lack of signature on the claim for purposes of cancelling the proceedings. The Tribunal takes note of the fact that, if Mr. Mosley was no longer the legal representative of Seacoast, his acquiescence could not have produced a valid withdrawal of Seacoast's lawsuit.

347. The Tribunal takes note of the appeal of the Order of the Judge of the Fifth Civil Court of Pichincha filed by the Attorney General on October 10, 2002.

348. The Tribunal understands that, on this appeal, the Superior Court of Justice of Quito ruled that the right of appeal lies with the person who has suffered irreparable harm as a result of the ruling. The court found that the ruling affected Seacoast Inc. and that it had not filed any appeal against the annulment ruling. Consequently, the court ruled that it lacked jurisdiction to hear the appeal filed by the Attorney General.⁴⁶

349. The Tribunal holds that the alleged legitimate expectations of an investor with respect to the behavior required of a host State cannot include merely subjective assessments as to the impossibility of achieving a viable solution through the State's domestic judicial remedies, when those remedies have not been properly pursued. Seacoast accepted cancellation of the lawsuit containing its claims over INECEL's contractual breaches and it did not challenge any portion of the justifications for the cancellation Order issued by the Ecuadorian judge with jurisdiction to settle the disputes in question. It is clear that Seacoast agreed to the cancellation of its lawsuit. Nor did Seacoast show any interest in investigating the possibilities of submitting a new claim on behalf of the owners of the rights that Seacoast had transferred, i.e. on behalf of the Claimants in the present case.

350. It is evident to the Tribunal that Seacoast, through its acts and omissions, desisted from the legal action it had initiated before the Ecuadorian courts. Nevertheless, that move did not prejudice the viability of future actions or recourses.

351. The Tribunal considers that the fact that the injured party did not question the annulment ruling, even in part, and that it did not attempt to file a new claim does not prevent the Claimants from pursuing their asserted rights through the Ecuadorian courts.

352. The Tribunal notes that the statements of the parties contained in the arbitration proceedings express, in specific circumstances, the recognition of a pre-existing obligation or create a new enforceable obligation of the other party. This was the case in *Joy Mining v. Egypt*, where the Tribunal decided that the respondent was obligated by the statement of its legal counsel, expressed during the oral hearing, that it would comply fully with the UNCITRAL proceeding agreed in the contract, and that the award would be the basis on which a decision would be taken to release, or not, the bank guarantee that was the object of the dispute.⁴⁷ Similarly, the *Ad Hoc* Committee in the case of *CMS v. Argentina* decided to stay enforcement of the award on the basis of a statement by the respondent's agent committing the respondent to honor the annulment decision.⁴⁸

353. In this context, the Tribunal interprets the Respondent's statements on the judicial remedies available in Ecuador⁴⁹ as formal recognition that the Claimants have a right to appeal to the Ecuadorian courts. Consequently, the Claimants may file suit before the Ecuadorian courts with respect to all the disputes over which the Tribunal, in its Decision on Competence, decided that it did not have Competence.

6. Ecuador's Harassment of Seacoast Representatives

354. The Claimants maintain that cancellation of the operating permit was part of a broader campaign by Ecuador to frustrate Seacoast's attempts to enforce its rights. They argue that, in the course of just a few weeks after petitioning for nullification of the lawsuit, Ecuador threatened Seacoast with a tax audit, began to investigate its legal representative, and opened judicial proceedings through a lawsuit submitted by the State-owned oil company.

355. On this point, the Claimants contend that on July 22, 1999, a few days after publication of their claims in the newspapers of Quito, the Ministry of Labor informed Seacoast that the dividends that should be paid to the employees must be distributed by March 31 each year, according to the Labor Code, and that failure to do so would result in penalties.

356. They also claim that a representative of the Ministry of Labor showed up unannounced at Seacoast's offices to inspect the documentation of two travel agencies— represented by Mr. Moseley and his wife— with which Seacoast shared offices, and that on August 8, 1999 a representative of the Social Security Office went to Mr. Moseley's home to investigate the labor relationship of his housemaid. They also argue that on August 16, 1999 the State oil company launched collection proceedings to recover penalties, although the dispute over the fuel charges was dormant, and that it gave notice a few days later it could seize its property.

357. The Claimants consider the threat of a tax audit of Seacoast to be part of this harassment.

358. The Claimants maintain that these events were not mere coincidence, but part of a policy of discrimination to which Seacoast had been subjected since first making its investment in Ecuador.

359. The Claimants summarize their argument by stating that, in the circumstances, after annulment of the lawsuit on October 21, 1999, Seacoast decided that further effort to pursue its claims in Ecuador would be fruitless. They maintain that, since the establishment of the Liquidation Commission in August 1996, Seacoast had been trying to resolve its contractual disputes with Ecuador in the Liquidation Commission, through the negotiation of an arbitration agreement and in the domestic courts, but that these efforts had proved unsuccessful.

360. The Claimants conclude that Seacoast reasonably believed that the government, by its responses in late July and early August 1999, was sending it a message that it was unwelcome in Ecuador and that it could not expect justice in its courts.

*

* *

361. For its part, Ecuador argued that the exercise of State powers established by law for the enforcement of labor and fiscal obligations does not constitute persecution or harassment, since those measures can themselves be subjected to judicial review.

362. With respect to the tax audit requested by the Superintendent of Companies in its resolution declaring Seacoast's permit expired, Ecuador maintains that this constitutes compliance with a valid legal requirement. In turn, it denies the allegations that the activation of judicial remedies could be considered harassment.

*

* *

363. As to the allegations of harassment by the Ecuadorian authorities concerning labor issues, a simple reading of the note of July 22, 1999 persuades the Tribunal that this was a routine notice from the Ministry of Labor, issued pursuant to Articles 105, 626 and 627 of the Labor Code. Article 105 sets the time limit for the payout of profits and imposes fines for nonobservance of that time limit, consistent with Article 626 of the Labor Code.

364. As to the Claimants' allusions to the visit of an inspector to the offices that Seacoast shared with two tourism agencies, and the visit of another inspector to Mr. Moseley's home, the Tribunal does not consider these visits to constitute significant evidence of systematic discrimination, because the Claimants' Memorial asserted that, a few days after those events, the Social Security Office issued a certificate to the effect that Seacoast had no outstanding obligations.

365. With respect to the threat of audits, the Tribunal finds that, in his note of August 13, 1999, the Attorney General referred to Seacoast's claims concerning its debts with the Internal Revenue Service (SRI). In that note, the Attorney General declared that "the Resolution of the Superintendent of Companies orders that the Director General of the SRI be notified for purposes of a tax audit of the branch of Seacoast Inc. in Ecuador, which SRI will perform immediately for the fiscal years 1996, 1997 and 1998, including the sale of Seacoast's equity interests in Ecuapower, and the transfer of the associated assets."⁵⁰

366. The Tribunal notes that the audits mentioned in the Resolution of the Superintendent of Companies of February 1999 represent a routine procedure related to revocation of the permit. From the information contained in that Resolution, no unfair or inequitable, arbitrary or discriminatory treatment can be inferred that would violate the standards of general international law required by Article II(3)(a) of the BIT. Moreover, the documentation supplied

by the parties offers no proof that those audits were conducted or, if they were, that they violated those standards of international law.

367. Finally, the Tribunal finds that the claim by the State oil company for unpaid debts does not constitute a discriminatory or arbitrary act. From a simple reading of the note claiming those payments, the Tribunal considers that this demand falls within the normal and routine activity of public administration. Moreover, the mention of a possible embargo for default on debts due and payable flows from existing legislation. The documentation supplied by the parties provides no evidence that the debt was executed or that embargoes were constituted that might have affected the Claimants' rights to fair and equitable treatment under the BIT.

368. As to the Claimants' assertions that Seacoast believed it could not obtain justice through the Ecuadorian courts, the Tribunal considers that such subjective assessments point to a certain degree of negligence in Seacoast's decisions concerning the eventual resolution of its disputes.

369. The Tribunal notes that fair and equitable treatment conventionally obliges States parties to the BIT to respect the standards of treatment required by international law. The international law mentioned in Article II of the BIT refers to customary international law, i.e., the repeated, general, and constant practice of States, which they observe because they are aware that it is obligatory. Fair and equitable treatment, then, is an expression of a legal rule. Inequitable or unfair treatment, like arbitrary treatment, can be reasonably recognized by the Tribunal as an act contrary to law.⁵¹

370. In this sense, fair and equitable treatment cannot be confused with the application of the rule of *ex aequo et bono*, which presupposes the broad exercise of discretion by arbitrators in seeking a solution to a dispute. In the *Mondev* case, the tribunal held that:

*... Article 1105(1) did not give a NAFTA tribunal an unfettered discretion to decide for itself, on a subjective basis, what was 'fair' or 'equitable' in the circumstances of each particular case.... The Tribunal is bound by the minimum standard as established in State practice and in the jurisprudence of arbitral tribunals. It may not simply adopt its own idiosyncratic standard of what is 'fair' or 'equitable,' without reference to established sources of law.*⁵²

371. The Tribunal concludes that the acts alleged by the Claimants as continuing harassment by Ecuador against Seacoast may betray an unfriendly attitude but, when evaluated individually or as a whole, they do not constitute unfair or inequitable, discriminatory or arbitrary treatment in violation of the parameters established by international law as reflected in the BIT.

IV. Costs

372. On the basis of reasonableness and prudence, the Tribunal, having no valid grounds to depart from precedent and general trends on the assessment of costs and expenses incurred in arbitration proceedings, considers that each party should pay its own costs and expenses for legal representation and that the parties should each pay half of the costs and expenses incurred by the Centre with regard to the present arbitration proceedings, both on Jurisdiction and on the Merits.

V. Decision

373. For the reasons set forth above, the Tribunal decides:

- a. To allow the Respondent's main objections to the Tribunal's Competence in respect of the non-retroactivity of the BIT;
- b. To reject the other objections to the Tribunal's Competence and consequently exercise its Competence over the Respondent's alleged violations of the BIT by acts or omissions after the entry into force of the BIT;
- c. To reject the Claimants' claims on which the Tribunal previously decided that it had Competence, for it considers that the Claimants have failed to prove violation of the standards of fair and equitable treatment, including the obligation to act in good faith, or the standards of non-discriminatory or non-arbitrary treatment that the BIT requires of Ecuador as a State party.
- d. To reject the Claimants' claim relating to the expropriation of their rights to the investment as a result of revocation of Seacoast's permit to operate in Ecuador.

e. To formally take note of the statements of the Respondent's attorneys as to the Claimants' right to take judicial action before the Ecuadorian courts to settle the outstanding disputes over what they allege to be contractual breaches.

f. Each party shall bear in equal portions the costs and expenses incurred in the arbitration proceedings on Jurisdiction and on the Merits.

g. Each party shall bear its own costs and expenses incurred for legal representation in the arbitration proceedings on Jurisdiction and on the Merits.

Made in Washington D.C., in English and Spanish, both versions equally authentic.

[Signed]

Judge Benjamin J. Greenberg, Q.C.

Arbitrator

Date: July 16, 2007

[Signed]

Professor Jaime Irrarrázabal C.

Arbitrator

Date: July 18, 2007

[Signed]

Professor Raúl E. Vinuesa

President

Date: July 26, 2007

Footnotes

¹ Mr. Volterra and Mr. Escobar later on joined the law firm Latham & Watkins, in London.

² Available at <http://www.ejil.org/journal/Vol12/No5/art2.html>.

³ *Mavommatis Palestine Concessions (Greece v. U.K.)*, Jurisdiction (1924), *PSIJ Series A*, No. 2, p. 11; *Northern Cameroons (Cameroons v. United Kingdom)*, Judgment (1963), *ICJ Reports 1963*, p. 27; *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement* of 26 June, 1947, Advisory Opinion (1988), *ICJ Reports 1988*, p. 27.

⁴ *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/04/13), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of June 16, 2006, para. 127.

⁵ *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/05/19), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of October 17, 2006, para. 53.

⁶ Crawford, J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002, p. 135 et seq.

⁷ *Ibid*, p. 141 et seq.

⁸ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2), Award of May 29, 2003, available at <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/laudo-051903%20-English.pdf>>.

⁹ Crawford, J., *op.cit.*, p. 136 para. (3).

¹⁰ *Ibid*, p. 144, para. (11).

¹¹ *Ibid*, p. 134, para. (9).

¹² The Tribunal held that: “Nor do Articles 1105 or 1110 of NAFTA effect a remedial resurrection of claims a Canadian investor might have had for breaches of customary international law occurring before NAFTA entered into force. It is true that Articles 1105 and 1110 have analogues in customary international law. But there is still a significant difference, substantive and procedural, between a NAFTA claim and a diplomatic protection claim for conduct contrary to customary international law”, *Mondev International LTD v. United States of America* (Mondev) (ICSID Case No. ARB(AF)/99/2), Award of October 11, 2002, available at <<http://www.state.gov/documents/organization/14442.pdf>>, para. 74.

¹³ *Tecmed*, para. 70.

¹⁴ *Aristotelis A. Megalidis v. Turkey*, 8 Recueil des Decisions des Tribunaux Mixtes (1927–1928).

¹⁵ Treaty of Lausanne, Article 66.

¹⁶ *Opel Austria v. EU Council*, Case T–115/94; pg 1 [1997] All ER, 90, 97.

¹⁷ *Ibid*, para. 94.

¹⁸ Crawford, J., *op. cit.*, p. 135.

¹⁹ *Ibid*, p. 144, para. (11).

²⁰ *Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 18/03/1965, 1 ICSID Reports, p. 28.

²¹ Consistent with *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/81/1), Decision on Jurisdiction of September 25, 1983, 23 ILM 351 (1984), para. 38; *Azurix Corp. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/12), Decision on Jurisdiction of December 8, 2003, para. 76; *Pope & Talbot Inc. v. the Government of Canada*, para. 25; *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction of January 25, 2000, available at <http://www.worldbank.org/icsid/cases/emilio_DecisiononJurisdiction.pdf>, para. 69.

²² *Compañía de Aguas de Aconquija S.A. and Vivendi Universal* (previously CGE) *v. Argentine Republic*, Decision on Annulment, para. 55.

²³ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/8), Award of May 12, 2005, available at <http://www.worldbank.org/icsid/cases/CMS_Award.pdf>, para. 269 and ss.; *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/03/3), Decision on Jurisdiction of April 22, 2005, available at <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/impregilo-decision.pdf>>, para. 220 y ss.

²⁴ See, International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 5.

²⁵ *Alex Genin et al. v. the Republic of Estonia* (Genin) (ICSID Case No. ARB/99/2), Award of June 25, 2001, available at <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/genin.pdf>>.

²⁶ *Tecmed*, para. 154.

²⁷ *Pope & Talbot*, Award on the Merits of Phase Two of April 10, 2001, para. 181, available at <<http://www.investmentclaims.com/decisions/Pope-Canada-Award-10Apr2001.pdf>>.

- ²⁸ *Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB (AF)/97/2), Award of November 1, 1999, available at <http://www.worldbank.org/icsid/cases/robert_award.pdf>, para. 103.
- ²⁹ *Ronald S. Lauder v. the Czech Republic*, Final Award of September 3, 2001, available at <<http://www.investmentclaims.com/decisions/Lauder-Czech-FinalAward-3Sept2001.pdf>>, para. 308.
- ³⁰ *Case concerning Elettronica Sicula (ELSI)*, Judgment, *ICJ Reports 1989*, available at <<http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6707.pdf>>, p. 76, para. 128.
- ³¹ *Pope & Talbot*, para. 177–181; *Mondev*, para. 125.
- ³² *CME Czech Republic B.V. v. the Czech Republic*, Partial Award of September 13, 2001, available at <<http://www.investmentclaims.com/decisions/CME-Czech-PartialAward-13Sept2001.pdf>>, para. 353.
- ³³ *Asian Agricultural Products Ltd. v. the Republic of Sri Lanka* (ICSID Case No. ARB/87/3), Award of June 27, 1990, available at <<http://www.investmentclaims.com/decisions/AsianAgricultural-SriLanka-FinalAward-27Jun1990.pdf>>, para. 558.
- ³⁴ *Sola Tiles v. Iran* (1987), Iran US C.T.R., para. 29.
- ³⁵ *Pope & Talbot*, Interim Award of June 26, 2000, paragraph 103, available at <http://www.investmentclaims.com/decisions/Pope-Canada-InterimAward-26June2000.pdf>.
- ³⁶ *Genin*, para. 367.
- ³⁷ *Mondev*, para. 125.
- ³⁸ *Azinian*, para. 99, cited in *Mondev*, para. 126.
- ³⁹ *ELSI*, para. 128; cited in *Mondev*, para. 127.
- ⁴⁰ See *MTD Equity Snd. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile—Annulment Proceeding* (ICSID Case No. ARB/01/7), Decision on Annulment of the *ad hoc* Committee of March 21, 2007, available at <http://ita.law.uvic.ca/documents/MTD-Chile_Ad_Hoc_Committee_Decision.pdf>, para. 67: “The obligations of the host State towards foreign investors derive from the terms of the applicable investment treaty and not from any set of expectations investors may have or claim to have. A tribunal which sought to generate from such expectations a set of rights different from those contained in or enforceable under the BIT might well exceed its powers, and if the difference were material might do so manifestly.”
- ⁴¹ Letter No. 06767 of August 13, 1999 from Dr. Leonello Bertini Arbeláez, Deputy State Attorney General (*Procurador del Estado Subrogante*) to Charles Moseley, Seacoast Inc., para. 5.
- ⁴² *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan* (ICSID Case No. ARB/02/13), Award of January 31, 2006, available at <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SalinivJordanAward_IncludingAnnex.pdf>, para. 70, “It is a well established principle of law that it is for a claimant to prove the facts on which it relies in support of his claim — *Actori incumbat probation.*”
- ⁴³ Note to Juez Quinto de lo Civil de Pichincha (Judge of the Fifth Civil Court of Pichincha) signed by Mr. Charles Moseley Hall and Yolanda Vinuesa, Esq. Mat. 1726–Quito, para. 3.
- ⁴⁴ Claim submitted by Seacoast before the First District Tribunal of Quito for Administrative Disputes (First Chamber), July 31, 1996.
- ⁴⁵ Numbers 6 and 7 of the decision of October 21, 1999, Fifth Civil Court of Pichincha.

⁴⁶ Decision of the Superior Court of Quito in civil case No. 194–2000 filed December 12, 2000 by Seacoast against INECEL.

⁴⁷ *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/03/11), Award on Jurisdiction of August 6, 2004, available at < <http://www.worldbank.org/icsid/cases/joy-mining-award.pdf> >, para. 95.

⁴⁸ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/8)—Annulment Proceeding,, Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award (September 1, 2006), para. 49.

⁴⁹ Respondent's Reply, para. 200.

⁵⁰ Letter No. 06767 of August 13, 1999 from Dr. Leonello Bertini Arbeláez, Deputy State Attorney General (Procurador del Estado Subrogante) to Charles Moseley, Seacoast Inc.

⁵¹ *Tecmed*, para. 102.

⁵² *Mondev*, para. 119

I. HISTORIA PROCESAL

II. JURISDICCION

1. INTRODUCCIÓN.— EXCEPCIONES A LA JURISDICCION

2. LA EXCEPCION PRINCIPAL A LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL La Irretroactividad del TBI: Efectos Sobre Hechos Alegados Como Anteriores y Posteriores a la Entrada en Vigor del TBI

- a. Actos continuos y compuestos
- b. Obligación de las partes firmantes del TBI de actuar de buena fe: Alcances del Artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
- c. Cláusula de la Nación Más Favorecida
- d. Hechos anteriores a la entrada en vigor del TBI relevantes para la determinación de los daños

3. LAS EXCEPCIONES SUBSIDIARIAS

- a. Primera excepción subsidiaria a la competencia del Tribunal: Inexistencia de una Inversión
- b. Segunda excepción subsidiaria a la competencia del Tribunal: La cláusula de “la bifurcación de caminos”

4. CONCLUSIONES

III. FONDO

1. INTRODUCCIÓN AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

- a. Hechos relevantes
- b. El derecho aplicable al fondo de las cuestiones planteadas
- c. La relación entre INECEL y Ecuador

2. HECHOS ALEGADOS COMO POSTERIORES A LA ENTRADA EN VIGOR DEL TBI SOBRE LOS QUE EL TRIBUNAL EJERCE COMPETENCIA

3. ALEGACIONES SOBRE LAS VIOLACIONES DEL TBI

- a. Trato justo y equitativo

- b. Trato no discriminatorio o arbitrario
- c. Plena protección y seguridad
- d. Expropiación

4. LA ALEGACIÓN SOBRE LA FALTA DE BUENA FE DE ECUADOR RESPECTO A LOS ACTOS Y OMISIONES DE INECEL EN LA COMISIÓN DE LIQUIDACIÓN

5. LA REVOCACIÓN DEL PERMISO DE SEACOAST PARA OPERAR Y SUS EFECTOS

- a. La revocación del permiso
- b. La alegación de las Demandantes sobre la mala fe de Ecuador ante la frustración de acordar un esquema de arbitraje para la solución de las cuestiones planteadas
- c. La anulación del procedimiento judicial

6. HOSTIGAMIENTO DE ECUADOR SOBRE LOS REPRESENTANTES DE SEACOAST

IV. COSTAS

V. DECISION

I. Historia Procesal

1. El 16 de diciembre de 2002, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo “CIADI” o “el Centro”) recibió de M.C.I. Power Group, L.C. y New Turbine, Inc. (en lo sucesivo “las Demandantes”) una solicitud de arbitraje en contra de la República del Ecuador (en lo sucesivo “la Demandada” o “Ecuador”). El 19 de diciembre de 2002, el Centro acusó recibo de la solicitud, de su documentación adjunta, junto con el pago del derecho de registro aplicable, de conformidad con la Regla 5 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (en lo sucesivo las “Reglas de Iniciación”). El 20 de diciembre de 2002, el Centro transmitió una copia de la solicitud a Ecuador y a la Embajada del Ecuador en Washington, D.C. de conformidad con la Regla 5(2) de las Reglas de Iniciación.

2. De conformidad con el Artículo 36(3) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (“el Convenio CIADI”), el Secretario General Interino del Centro registró la solicitud de arbitraje el 8 de abril de 2003. De conformidad con la Regla de Iniciación 7, el Secretario General Interino notificó a las partes en la misma fecha del registro de la solicitud y las invitó a proceder a la constitución del Tribunal de Arbitraje lo antes posible.

3. De conformidad con la Regla 2(3) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (“Reglas de Arbitraje”), el 9 de junio de 2003, las Demandantes solicitaron que el Tribunal de Arbitraje en este caso estuviera constituido de conformidad con las disposiciones del Artículo 37(2)(b) del Convenio CIADI. De conformidad con esa disposición, el Tribunal de Arbitraje debía constituirse con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo entre las partes. Las Demandantes designaron al Honorable Benjamin Greenberg, Q.C., nacional de Canadá, y la Demandada designó al Profesor Irarrázabal, nacional de Chile. Sin embargo, las partes no llegaron a alcanzar un acuerdo en cuanto a la designación del tercer árbitro. El 8 de julio de 2003, las Demandantes solicitaron que el tercer árbitro sea designado de conformidad con el Artículo 38 del Convenio CIADI y la Regla 4 de las Reglas de Arbitraje.

4. Luego de consultar con las partes, el Profesor Raúl E. Vinuesa, nacional de Argentina, fue designado por el Centro como el tercer árbitro, que presidirá el Tribunal. De conformidad con la Regla 6(1) de las Reglas de Arbitraje, el 11 de septiembre de 2003, el Secretario General Interino notificó a las partes de que los tres árbitros había aceptado su nombramiento y se entendía constituido el Tribunal de Arbitraje e iniciado el procedimiento en esa fecha. En esa misma fecha, de conformidad con la Regla 25 del Reglamento Administrativo Financiero del CIADI, las partes fueron informadas que el señor Mariano García–Rubio, Consejero Jurídico del CIADI, actuaría como Secretario del Tribunal de Arbitraje. El señor Rubio fue luego sustituido por la señora Claudia Frutos–Peterson, Consejera Jurídica del CIADI. El Tribunal celebró su primera sesión en Washington, D.C. el 7 de noviembre de 2003.

5. Los señores Barry Appleton, Robert Wisner y Hernando Otero de Appleton and Associates, y los señores José I. Astigárraga y Edward M. Mullins de Astigárraga Davis representaron a las Demandantes durante la primera sesión.

Los señores Ivor Massey y Richard Gorman también asistieron en representación de las Demandantes. La señora Martha Escobar Koziel de la Procuraduría General del Estado y el señor Gustavo Anda de la Embajada de Ecuador en Washington, D.C., representaron a la Demandada durante la primera sesión.

6. Durante la primera sesión las partes acordaron que el Tribunal había sido debidamente constituido de conformidad con el Convenio CIADI y con las Reglas de Arbitraje del CIADI y que no tenía objeción alguna en contra de ninguno de los miembros del Tribunal. De igual forma se dejó sentado que el procedimiento sería llevado a cabo conforme a las Reglas de Arbitraje del CIADI en vigencia desde el 26 de septiembre de 1984.

7. Durante la primera sesión, las partes también llegaron a acuerdos en cuanto a varios otros asuntos procesales, que luego quedaron asentados en un acta escrita firmada por el Presidente y por la Secretaria del Tribunal. Con respecto a las actuaciones escritas a ser presentadas por las partes, su número, orden y oportunidad, se acordó que las Demandantes presentarían su Memorial a más tardar el día 6 de febrero de 2004; la Demandada presentaría su Memorial de Contestación dentro de un plazo de 90 (noventa) días contados a partir del recibo del Memorial de las Demandantes; las Demandantes presentarían su Réplica dentro de un plazo de 30 (treinta) días contados a partir del recibo del Memorial de Contestación de la Demandada, y la Demandada presentaría su Dúplica dentro de un plazo de 30 (treinta) días contados a partir del recibo de la Réplica de las Demandantes.

8. El Tribunal igualmente observó que de no presentarse alguna objeción a la jurisdicción, de acuerdo con las Reglas de Arbitraje del Centro, se seguiría entonces con el plazo fijado para la presentación del memorial de las Demandantes.

9. El 20 de febrero de 2004, las Demandantes presentaron su Memorial sobre el fondo de la diferencia y documentación anexa.

10. El 16 de junio de 2004, la Demandada informó que los abogados de la firma Cabezas & Wray habían sido designados para representar al Ecuador en el presente caso, actuando bien sea en forma independiente, separada o conjuntamente con la Procuraduría General del Estado.

11. El 16 de junio de 2004, la Demandada opuso excepciones a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal. En esa misma comunicación, los abogados de la Demandada indicaron que los señores Robert Voletra y Alejandro Escobar de la firma de abogados Herbert Smith, Londres, habían también sido designados como abogados del Ecuador.¹

12. El 18 de junio de 2004, las Demandantes formularon observaciones preliminares a las excepciones a la jurisdicción opuestas por Ecuador, a las cuales se refirieron los abogados de la Demandada mediante carta del 21 de junio de 2004.

13. El 23 de junio de 2004, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 1, suspendiendo el procedimiento con respecto al fondo del asunto de conformidad con la Regla 41(3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, donde se fijó el calendario para la fase jurisdiccional, conforme al cual, la Demandada tendría 30 (treinta) días (a más tardar el 26 de julio de 2004), para presentar su Memorial sobre jurisdicción; las Demandantes tendrían 30 (treinta) días desde su recibo del Memorial sobre jurisdicción de la Demandada para presentar su Memorial de Contestación sobre jurisdicción; la Demandada presentaría su Réplica sobre jurisdicción dentro de los 15 (quince) días desde el recibo del Memorial de Contestación sobre jurisdicción de las Demandantes; y las Demandantes presentarían su Dúplica sobre jurisdicción dentro de los 15 (quince) días desde el recibo de la Réplica sobre jurisdicción de la Demandada.

14. De conformidad con la Resolución Procesal No. 1, el 26 de Julio de 2004, la Demandada presentó su Memorial sobre jurisdicción. Seguidamente, el 23 de agosto de 2004, las Demandantes presentaron su Memorial de Contestación sobre jurisdicción; el 14 de septiembre de 2004, la Demandada presentó su Réplica sobre jurisdicción; y el 1 de octubre de 2004, las Demandantes presentaron su Dúplica sobre jurisdicción.

15. Según se había programado, luego de haber consultado con las partes, la audiencia sobre jurisdicción se celebró en Washington, D.C. el 13 y 14 de diciembre de 2004. Durante la audiencia, las Demandantes estuvieron representadas por los señores Ivor Massey, Richard Gorman, Jack Haeflich, Barry Appleton, José I. Astigarraga, Robert Wisner y Hernando Otero, y como observadores por Appleton & Associates, Nick Gallus, Ali Ghiassi y Asha Kaushal. La Demandada estuvo representada por los señores Alberto Wray Espinosa, Ernesto Albán Ricaurte, Álvaro Galindo, Alejandro Escobar, Robert Volterra, Danilo Silva y la señora Martha Escobar Koziel. Durante la audiencia, el Tribunal también formuló preguntas a las partes de conformidad con la Regla 32(3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

16. El 4 de abril de 2005, de conformidad con la Regla 41(4) de las Reglas de Arbitraje del CIADI y con el numeral 8 de la Resolución Procesal No. 1 del 23 de junio de 2004, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 2, uniendo las excepciones a la jurisdicción al fondo de la diferencia. Un calendario fue fijado para la continuación del procedimiento, conforme al cual, la Demandada debería presentar su Memorial de Contestación a más tardar el 19 de mayo de 2005; las Demandantes tendrían 30 (treinta) días contados a partir de su recibo del memorial de Contestación de la Demandada para presentar su Réplica; y la Demandada presentaría su Dúplica dentro de los 30 (treinta) días siguientes a su recibo de la Réplica de las Demandantes.
17. El 5 de mayo de 2005, luego de haber dado debida consideración a la carta de la Demandada del 25 de abril de 2005, así como a la respuesta de las Demandantes del 26 de abril de 2005, el Tribunal decidió otorgar una extensión de 15 días a los abogados de la Demandada para presentar su Memorial de Contestación (es decir, a más tardar el 3 de junio de 2005).
18. El 3 de junio de 2005, la Demandada presentó el Memorial de Contestación sobre el fondo de la diferencia.
19. El 8 de julio de 2005, las Demandantes, invocando el principio de igualdad, solicitaron una prórroga para presentar su Réplica, la cual debían presentar a más tardar el 15 de julio de 2005. El 13 de julio de 2005, el Tribunal, otorgó una prórroga para que las Demandantes presentaran su Réplica hasta el 1 de agosto de 2005.
20. El 13 de julio de 2005, el Tribunal, luego de considerar la solicitud formulada por la Demandada para la producción de documentos (en cartas del 23 de junio y 7 de julio de 2005), así como la respuesta de las Demandantes del 1 de julio de 2005, rechazó tal solicitud. Sin embargo, el Tribunal observó que se reservaba los poderes para solicitar a las partes la producción de cualquier documento, promoción de testigos o peritos, si así lo considerare necesario en cualquier estado del procedimiento.
21. El 22 de julio de 2005, las Demandantes presentaron su Réplica sobre el fondo; y seguidamente, el 31 de agosto de 2005, la Demandada presentó su Dúplica sobre el fondo.
22. El 2 de febrero de 2006, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 3, referente a la organización de la audiencia sobre el fondo.
23. Conforme había sido confirmado por el Tribunal a las partes el 11 de octubre de 2005, la audiencia se celebró del 20 al 24 de marzo de 2006, en Washington, D.C., estuvieron presentes durante la audiencia:

Miembros del Tribunal

Profesor Raúl E. Vinuesa, Presidente

El Honorable Benjamin J. Greenberg, Q.C., Árbitro

Profesor Jaime Irarrázabal C., Árbitro

Secretariado del CIADI

Claudia Frutos–Peterson, Secretaria del Tribunal

Tomás Solís, Secretariado del CIADI

En representación de las Demandantes

Jack Haeflich,

Ivor Massey,

Richard Gorman,

José Astigárraga,

Barry Appleton,

Robert Wisner,

Ed Mullins,

Hernando Otero,

Nick Gallus,

Asha Kaushal.

Como Equipo de Soporte de las Demandantes

Jill Mayer,

Sue Ki,

Damien Charles "Tai" Smith,

Mona Davies,

Elizabeth Lorelei Simpson,

Regis Figur,

Kristine Monet Roche,

Garrett Hooe,

Richard Taylor.

En representación de la Demandada

Alberto Wray,

Ernesto Albán,

Alvaro Galindo,

Martha Escobar,

Verónica Arroyo,

Robert Volterra,

Alejandro Escobar.

24. Conforme a las instrucciones del Tribunal, y de conformidad con la notificación del 4 de abril de 2006, el 19 de abril de 2006, las partes presentaron sus escritos finales posteriores a la audiencia.

25. El 31 de mayo de 2007, el Tribunal declaró cerrado el procedimiento de conformidad con la Regla 38(1) de las Reglas de Arbitraje.

II. Jurisdicción

III. Introducción.– Excepciones a la Jurisdicción

26. Como se indicó, con fecha 26 de julio de 2004, Ecuador presentó su Memorial de Excepciones a la Jurisdicción (en adelante Memorial de Excepciones) respecto a las reclamaciones interpuestas en el presente caso por las Demandantes, solicitando que el Tribunal declare que la controversia se encuentra fuera de la jurisdicción del CIADI y de la competencia del Tribunal, se abstenga de conocer sobre el fondo y disponga que las Demandantes paguen a la República del Ecuador las costas del procedimiento y el costo de la representación legal.

27. En el Memorial de Excepciones, Ecuador alegó no haber prestado su consentimiento por escrito para someter el presente caso al arbitraje del CIADI, de acuerdo al Artículo 25 del Convenio CIADI. Argumentó Ecuador que esa falta de consentimiento no pudo ser suplida por las normas del Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y los Estados Unidos con fecha 27 de agosto de 1993 (en adelante el "TBI" o el "Tratado"), en razón de que los hechos que dan motivo a las pretensiones de las Demandantes ocurrieron antes de la entrada en vigor de dicho Tratado, es decir antes del 11 de mayo de 1997.

28. Ecuador sostuvo que el contenido de la demanda alude a dos situaciones distintas, independientes entre sí y de naturaleza jurídica diferente, consumadas y definidas antes de la entrada en vigor del TBI.

29. La primera de esas situaciones se refiere al contrato suscrito en Quito el 7 de noviembre de 1995 (en adelante, Contrato Seacoast) y el Memorando de Clarificación para la Ejecución del Contrato (en adelante, Contrato Aclaratorio), suscrito en esa misma fecha, por los cuales la empresa Seacoast se comprometió a proveer de energía al Instituto Ecuatoriano de Electrificación (en adelante INECEL), empresa de propiedad del Estado ecuatoriano, durante seis meses contados desde el 18 de noviembre de 1995, utilizando equipos que se obligó a introducir al país por su cuenta y riesgo, bajo el régimen aduanero de importación temporaria. Ecuador afirmó que INECEL comunicó a Seacoast que al fenecimiento del plazo, en mayo de 1996, terminaría el Contrato.

30. Según el relato de Ecuador, Seacoast alegó que la terminación del Contrato era intempestiva, que solamente se le había pagado por la energía consumida y no por la energía disponible y que no debieron aplicársele las multas por incumplimiento de Contrato que le fueron impuestas. Para Ecuador esas alegaciones reiteradas por las Demandantes en el presente procedimiento, carecen de fundamento respecto al TBI, puesto que Seacoast había persistido en sus reclamos demandando a INECEL ante los tribunales ecuatorianos en 1996.

31. Para Ecuador, la segunda situación a la que se refiere la demanda, sin que exista vinculación con la primera, es el contrato que INECEL celebró el 24 de enero de 1997 con la empresa Power Services Ecuador Ecuapower (en adelante, Contrato Ecuapower) para que ésta le suministrara energía.

32. Según la Demandada, los accionistas originales de Ecuapower, en cuya composición de capital manifiestan haber tenido participación las Demandantes, transfirieron el 6 de marzo de 1997 íntegramente sus participaciones a otras cuatro compañías extranjeras. Para Ecuador, las Demandantes consideraron que la venta de su inversión en condiciones desventajosas se motivó en demoras injustificadas en la celebración del Contrato Ecuapower imputables a funcionarios ecuatorianos, por lo que reclaman como objeto de la presente demanda una reparación.

33. Ecuador alega que las diferencias provocadas por las dos situaciones antes descritas surgieron antes de la entrada en vigor del TBI, por lo tanto no han originado derechos a favor de las Demandantes ni han generado obligación alguna para el Ecuador bajo las normas del TBI.

34. Ecuador alega que al momento de la entrada en vigor del TBI las Demandantes no tenían una inversión protegida por ese instrumento. Asimismo sostiene que los acontecimientos posteriores a la fecha de entrada en vigor del TBI, han consistido simplemente en sucesivos y fallidos intentos de solución de las mismas diferencias, por lo tanto tampoco han originado derechos a favor de las Demandantes ni han generado obligación alguna para el Ecuador.

35. Ecuador afirma que el TBI no tiene carácter retroactivo, ni existe circunstancia alguna que justifique su aplicación retroactiva. En la hipótesis de que el TBI fuese aplicable al caso, Ecuador sostiene que tampoco caería la controversia bajo la competencia del Tribunal por no provenir directamente de una inversión en los términos del Artículo 25 del Convenio CIADI y el Artículo I(1)(a) del TBI al momento de entrar en vigor; o bien por haber precluido la opción arbitral, según el artículo VI(3)(a) del TBI.

36. En resumen, Ecuador alega que la controversia planteada está fuera de la jurisdicción del Centro *ratione temporis* y subsidiariamente que la controversia no proviene de una inversión y que existe una preclusión de la opción arbitral, en razón de que las Demandantes habrían sometido la controversia a los tribunales nacionales (“bifurcación de caminos”).

*

* *

37. Con fecha 23 de agosto de 2004 las Demandantes presentaron su Memorial de Contestación sobre las Excepciones a la Jurisdicción (en adelante Memorial de Contestación).

38. En su Memorial de Contestación las Demandantes afirman que el Tribunal tiene competencia en razón de que tenían una inversión de conformidad al Convenio CIADI y al TBI en todo momento relevante; que el Tribunal debe considerar hechos anteriores a la entrada en vigor del TBI; que hechos posteriores a esa fecha e imputables a Ecuador, violaron el TBI; y que las Demandantes no han activado el mecanismo de “la bifurcación de caminos” del Tratado. Por lo tanto las Demandantes solicitan al Tribunal que rechace las excepciones a la jurisdicción presentadas y laude a su favor las costas.

39. Las Demandantes afirman que siendo personas jurídicas de los Estados Unidos de América son propietarias y controlan a Seacoast. A su vez Seacoast es una sociedad constituida en los Estados Unidos de América que invirtió en Ecuador a través de una sucursal de operaciones. Esta sucursal llevó a cabo actividades relativas a la adquisición, armado e instalación de dos plantas de generación de electricidad y a la venta de su energía a INECEL, una entidad ecuatoriana de propiedad del Estado ecuatoriano. Después de que estas operaciones fueron completadas y los activos para la generación de electricidad vendidos, Seacoast continuó con la tenencia y el manejo de sus cuentas por cobrar y otros derechos contractuales contra INECEL. Por lo tanto, la sucursal de Seacoast y sus activos intangibles en Ecuador eran una *inversión* tanto antes como después de la entrada en vigor del TBI.

40. Después de la entrada en vigor del TBI, las Demandantes alegan que continuaron siendo propietarias de la sucursal de Seacoast en Ecuador. Esta sucursal tenía un representante legal y una oficina en Ecuador y un permiso para operar. Seacoast tenía y administraba importantes cuentas por cobrar y otros derechos contractuales contra INECEL. En consecuencia, las Demandantes alegan que Ecuador violó el TBI por actos posteriores a su entrada en vigor.

*

* *

41. El Tribunal, en conocimiento de las posiciones asumidas por las partes en el presente procedimiento arbitral respecto a su competencia para conocer del fondo de la controversia y después de haber evaluado las alegaciones relevantes emitidas por ambas partes en cuanto al fondo, decide tratar en primer lugar la excepción principal sobre la irretroactividad del TBI, para luego tratar cada una de las excepciones subsidiarias relativas a la inexistencia de una inversión y a la preclusión de la cláusula de “la bifurcación de caminos” del TBI.

42. El Tribunal decidirá sobre las excepciones a su competencia planteadas por la Demandada y rechazadas por las Demandantes de conformidad a lo previsto en el Convenio CIADI, en el TBI y en las reglas aplicables del derecho internacional general. Entre éstas, cobran importancia en el presente caso las normas consuetudinarias reconocidas en el Proyecto final de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (en adelante CDI) sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (en adelante el Proyecto de la CDI).²

43. Para la interpretación de los tratados aplicables a las excepciones planteadas el Tribunal se guiará por las reglas contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que reflejan el derecho consuetudinario sobre la materia (en adelante, Convención de Viena).

44. Los precedentes a que hará referencia el Tribunal se limitarán a la constatación de los alcances jurídicos de las normas vinculantes del derecho internacional convencional o consuetudinario aplicables, en la medida y dentro de los alcances específicos de esas normas respecto a las especiales circunstancias del presente caso.

2. La Excepcion Principal a la Competencia del Tribunal La Irretroactividad del TBI: Efectos Sobre Hechos Alegados Como Anteriores y Posteriores a la Entrada en Vigor del TBI

45. Ecuador sostiene que el TBI no tiene carácter retroactivo. De conformidad con los términos del Tratado, éste entró en vigor treinta días después del canje de los respectivos instrumentos de ratificación, es decir, el 11 de mayo de 1997.

46. Ecuador cita los precedentes de las decisiones preliminares adoptadas en el caso *Marvin Roy Feldman Kapra c. Estados Unidos Mexicanos* y en el caso *Mondev c. Estados Unidos de América* a efectos de afirmar que antes de la fecha de la entrada en vigor del TBI no existía consentimiento en obligarse y por lo tanto ninguna obligación emanada del Tratado puede atribuírsele a un Estado parte.

47. Cita en apoyo de su posición al Artículo 28 de la Convención de Viena que establece:

Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.

48. Invoca también Ecuador el Artículo XII del TBI que establece el ámbito temporal de su aplicación respecto a las inversiones existentes al momento de su entrada en vigor o a las que se efectúen o adquieran con posterioridad. Por

lo tanto, para Ecuador, queda excluida de los alcances del Tratado toda inversión que a esa fecha haya dejado de existir.

49. Ecuador concluye que las reclamaciones contenidas en la demanda tienen como único fundamento fáctico hechos consumados y definidos en sus características jurídicas antes de la entrada en vigor del TBI. Sostiene que las Demandantes ni a través del Contrato Seacoast ni a través del Contrato Ecuapower fueron titulares de inversión alguna en los términos del Artículo 25 del Convenio CIADI. Aún en la hipótesis que lo hubieran sido, tales supuestas inversiones habrían dejado de existir antes de la entrada en vigor del TBI.

50. Según Ecuador el Contrato Seacoast terminó en mayo de 1996 por fenecimiento del plazo. Aún admitiendo la posición de Seacoast en cuanto al plazo del Contrato, éste habría terminado de todas maneras antes de la entrada en vigor del TBI.

51. Para Ecuador, cuando el TBI entró en vigor existía una controversia sometida a los tribunales ecuatorianos referida a la terminación intempestiva del Contrato Seacoast, al pago de la potencia garantizada, a la devolución de las multas impuestas y al cobro del combustible.

52. Ecuador invoca, en sustento de su posición sobre la existencia de una controversia, el precedente de *Maffezini c. el Reino de España* en cuanto al valor de la fecha crítica a efectos de resolver la cuestión de si una controversia quedaba comprendida en el consentimiento necesario para materializar la jurisdicción del CIADI a través de un TBI. Ecuador sostiene que en el presente caso la fecha crítica, es decir el surgimiento de la controversia, es anterior a la entrada en vigor del TBI.

53. Para Ecuador, cuando el TBI entró en vigor, Seacoast había vendido todos sus equipos, sus operaciones habían cesado y tenía sometida ante los tribunales ecuatorianos una controversia con INECEL. No tenía inversión alguna, ni derechos sustentados en títulos o registros a los cuales pudiera eventualmente atribuírseles *prima facie* la categoría de inversión.

54. En cuanto al reclamo de las Demandantes respecto a la obligación de reparar por supuestos comportamientos dolosos de autoridades ecuatorianas en la suscripción del contrato entre Ecuapower e INECEL de fecha 24 de enero de 1997; y en consideración de que esos hechos provocaron la venta forzada de su inversión el 6 de marzo de 1997, Ecuador sostiene que esos hechos invocados, en la hipótesis de que fueran ciertos, no quedan comprendidos dentro del ámbito temporal del TBI por ser anteriores a su entrada en vigor. En cuanto a los hechos posteriores invocados por las Demandantes como violatorios del TBI, Ecuador los considera como simples constataciones de controversias ya planteadas y surgidas con anterioridad a la entrada en vigor del TBI.

*

* *

55. Por su parte, las Demandantes no cuestionan la fecha de entrada en vigor del TBI ni niegan el carácter irretroactivo del TBI.

56. Las Demandantes alegan que el Tribunal debe tomar en consideración los hechos ocurridos antes de la entrada en vigor del TBI en razón de que esos hechos, imputables a Ecuador y anteriores a la entrada en vigor del TBI, constituyeron la base de incumplimientos continuos o compuestos. A su vez Ecuador tiene la obligación, a partir de la firma del TBI, de actuar de buena fe. También la cláusula de la nación más favorecida del TBI y el Artículo VII del TBI entre Argentina y Ecuador demuestran que la intención de Ecuador fue darle al TBI entre Ecuador y los Estados Unidos un efecto retrospectivo limitado. Las Demandantes reclaman también por actos posteriores a la entrada en vigor del TBI imputables a Ecuador como violaciones del TBI. Finalmente sostienen que los hechos ocurridos antes de la entrada en vigor del TBI son relevantes para la determinación de los daños causados por las acciones de Ecuador después de esa fecha.

57. Las Demandantes sostienen que la consideración que debe darle el Tribunal a los hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado bajo las circunstancias antes descritas no constituye una violación del principio de la no-retroactividad reconocido en la Convención de Viena, ni de los Artículos del Proyecto de la CDI. A su vez las Demandantes alegan que el Artículo XII del TBI no limita su aplicación temporal a controversias surgidas con posterioridad a su entrada en vigor.

58. Las Demandantes afirman que el Tribunal puede examinar la conducta ocurrida con anterioridad a la vigencia del TBI cuando esa conducta continúa más allá de esa fecha. El Artículo 28 de la Convención de Viena solamente

limita la posibilidad de que un tribunal examine los hechos anteriores a la entrada en vigor de un tratado cuando esa conducta cesó antes de la entrada en vigor de ese tratado.

*

* *

59. Del análisis del texto y contexto del TBI, el Tribunal encuentra que de sus disposiciones no se desprende ni consta de otro modo la intención de las Partes contratantes respecto a su aplicación retroactiva. De conformidad a las normas del derecho internacional general codificadas en la Convención de Viena y especialmente en su Artículo 28, el Tribunal observa que por el hecho de que el TBI se aplique a inversiones existentes a su entrada en vigor, no se modifican los efectos temporales de sus disposiciones.

60. El Tribunal toma nota de las exigencias temporales del Artículo XII del TBI, que establece:

El presente Tratado se aplicará a las inversiones existentes en el momento de su entrada en vigor y a las inversiones que se efectúen o adquieran posteriormente.

61. La irretroactividad del TBI excluye su aplicación a las controversias surgidas con anterioridad a su entrada en vigor. Toda controversia surgida con anterioridad a esa fecha no es susceptible de ser sometida al sistema de solución de controversias establecido en el TBI. El silencio en el texto del TBI respecto a sus alcances en cuanto a las controversias anteriores a su entrada en vigor no altera los efectos del principio de la irretroactividad de los tratados.

62. El Tribunal distingue entre actos y omisiones anteriores a la entrada en vigor del TBI de los actos y omisiones posteriores a esa fecha alegados como violaciones al TBI. Para el Tribunal el surgimiento de una controversia susceptible de ser sometida a su competencia se relaciona inexorablemente con la violación de una norma del TBI por actos u omisiones posteriores a su entrada en vigor.

63. El Tribunal reconoce que para el derecho internacional general aplicable, controversia implica un desacuerdo sobre un punto de hecho o un derecho, un conflicto de opiniones legales o intereses entre partes.³ El surgimiento de la controversia determina la fecha crítica a partir de la cual las partes no pueden desconocer su existencia.

64. Respecto a los actos u omisiones alegados por las Demandantes como incumplimientos del TBI posteriores a su entrada en vigor, el Tribunal considera que tiene competencia, en tanto y en cuanto de probarse esos hechos, se constata una violación del TBI. Esta determinación del Tribunal no prejuzga sobre la posterior evaluación de las alegaciones de ambas partes sobre la existencia o no de una violación al momento de decidir sobre el fondo.

65. El Tribunal distingue asimismo entre controversias surgidas con anterioridad a la entrada en vigor del TBI de las controversias que surjan con posterioridad a esa fecha que tienen una misma causalidad o una identidad de antecedentes con aquellas controversias anteriores.⁴

66. El Tribunal toma nota de que una controversia anterior puede evolucionar hacia el surgimiento de una nueva controversia,⁵ pero el hecho del surgimiento de esta nueva controversia no modifica los efectos de la irretroactividad del TBI respecto de la controversia anterior a su entrada en vigor. Las controversias anteriores que subsistan con posterioridad a la entrada en vigor del TBI no quedan alcanzadas por éste.

67. El Tribunal observa que las partes coinciden en que el TBI, en principio, no produce efectos retroactivos. Sin embargo discuten los alcances del TBI respecto de ciertos actos u omisiones imputables a Ecuador, tanto anteriores como posteriores a su entrada en vigor.

68. En razón de las alegaciones de las Demandantes respecto a las excepciones a la jurisdicción presentadas por la Demandada vinculadas a la irretroactividad del TBI, el Tribunal se abocará seguidamente a evaluar la pertinencia de las invocaciones relativas a los alcances de los actos continuos y compuestos (punto a), a las obligaciones emanadas del Artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (punto b), a la cláusula de la nación más favorecida (punto c) y a los hechos anteriores relevantes para la determinación de los daños (punto d).

a. Actos continuos y compuestos

69. Las Demandantes alegan que Ecuador violó las obligaciones del TBI a través de actos ilícitos continuos y compuestos. Sostienen que la política de discriminación contra Seacoast por parte de Ecuador comenzó el 8 de

abril de 1996 cuando INECEL no cumplió con la primera factura emitida por Seacoast. Ese acto de discriminación continuó hasta la revocación arbitraria e ilegal del permiso de operación de Seacoast a efectos de rechazar la demanda presentada por Seacoast ante los tribunales ecuatorianos y a efectos de rechazar una solución a través del arbitraje.

70. Alegan las Demandantes que el rechazo final de Ecuador de pagar se materializó al darse por terminados los procedimientos de la Comisión de Liquidación, después de la entrada en vigor del TBI. La Comisión de Liquidación era una parte integral del Contrato Seacoast. Por lo tanto las Demandantes sostienen que la expropiación de los derechos contractuales de Seacoast solamente se completaron después que los procedimientos de la Comisión de Liquidación concluyeron.

71. Las Demandantes sostienen que los Artículos 14 y 15 del Proyecto de la CDI reconocen que un acto anterior a la entrada en vigor de un tratado puede violar el tratado si ese acto continúa más allá de esa fecha o si tiene un elemento compuesto ocurrido después de esa fecha.

72. A pesar del texto expreso del Artículo 14(2) del Proyecto de la CDI, las Demandantes alegan que la violación de una obligación internacional por un acto de un Estado que tiene un carácter continuo, no excluye la posibilidad de que una serie de actos constituya un acto ilícito continuo. En este sentido hacen referencia al caso *Tecmed c. Estados Unidos Mexicanos* en el que el Tribunal se refirió, según las Demandantes, a “la conducta” que continúa en el tiempo antes y después de la entrada en vigor del TBI, como determinante de la violación de ese Acuerdo.

73. Citan las Demandantes una serie de casos en los que tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han receptado la noción de acto continuo a partir de la constatación de una sucesión de actos imputables a un Estado.

*

* *

74. Respecto al carácter compuesto o continuo de los actos anteriores a la entrada en vigor del TBI Ecuador sostiene que, en la hipótesis de que los hechos descritos en la demanda presentasen los elementos necesarios para configurar un hecho ilícito internacional, no se trataría de uno de carácter compuesto, ni de carácter continuo.

75. Ecuador rechaza lo sostenido por las Demandantes en su Memorial de Demanda sobre el carácter compuesto y continuo de los pretendidos ilícitos imputables a las autoridades de Ecuador respecto al Contrato Seacoast. Ecuador niega que de existir un acto ilícito internacional, que habría comenzado con anterioridad a la entrada en vigor del TBI, este continuaría después de esa fecha de manera que las normas del acuerdo podrían aplicarse a acontecimientos anteriores a mayo de 1997 en razón del carácter compuesto y continuo del ilícito internacional alegado.

76. Según Ecuador el fundamento detrás de esta argumentación es la intención de eludir el problema de la inexistencia de una inversión al momento de la entrada en vigor del Tratado. Para Ecuador, la invocación por parte de las Demandantes del caso *Tecmed* es errada en razón de que en ese caso no estaba en discusión la existencia de una inversión al momento de la entrada en vigor del tratado.

77. Ecuador sostiene que en el caso *Tecmed* el tribunal resolvió que podía conocer en acontecimientos anteriores a la entrada en vigor del acuerdo pero una vez que la cuestión de su competencia había quedado definida positivamente, no por la aplicación retroactiva del TBI, sino por la existencia efectiva de una inversión al momento de la entrada en vigor del TBI.

78. Para Ecuador, las Demandantes confunden la existencia del hecho ilícito continuo con los efectos de una violación consumada. Cita a la Comisión de Derecho Internacional que al sostener en sus Comentarios al Proyecto de la CDI afirmó que un hecho no tiene carácter continuado únicamente porque sus efectos o consecuencias se extiendan en el tiempo. Debe ser un hecho ilícito como tal que continúa.⁶

79. Para Ecuador la controversia relativa al pago de sumas supuestamente debidas por INECEL a Seacoast, no se corresponde con el concepto de hecho ilícito internacional ni tampoco con la naturaleza de los ilícitos continuos. De existir un hecho ilícito este se consumó a través de un supuesto desconocimiento de derechos que es claramente distinguible de sus meras consecuencias.

80. Ecuador sostiene que para que exista un hecho compuesto se requiere de una serie de acciones u omisiones, definidas en su conjunto como ilícitas. Cita los Comentarios de la CDI sobre los hechos compuestos en cuanto a que

a éstos le son aplicables consideraciones análogas a las relativas a los hechos ilícitos consumados o continuados en la determinación de cuándo se produce una violación del derecho internacional; la cuestión depende de los hechos precisos y del contenido de la obligación primaria.⁷

81. Ecuador concluye que la supuesta infracción reclamada por las Demandantes se habría consumado con anterioridad a la entrada en vigor del TBI y a través de un solo acto mediante el cual INECCEL se negó a reconocer los derechos que Seacoast pretendía.

*

* *

82. El Tribunal entiende que conforme al derecho internacional consuetudinario el elemento relevante para determinar la existencia de un acto ilícito continuo o de un acto ilícito compuesto es la violación de una norma del derecho internacional existente al momento en que comienza ese acto que se extiende en el tiempo, o al momento en que se consuma.

83. El fundamento esgrimido tanto por órganos intergubernamentales de protección de los derechos humanos como por tribunales de derechos humanos para la tipificación de actos que producen un ilícito continuo es la prolongación de ese acto con posterioridad a la entrada en vigor del tratado que contiene la obligación incumplida.

84. Respecto a las diversas posiciones asumidas por las partes en cuanto a lo resuelto en el caso *Tecmed c. Estados Unidos Mexicanos*⁸, el Tribunal observa que la única interpretación posible es aquella que es coherente con el derecho internacional aplicable al caso. En este contexto puede sostenerse que el tribunal en *Tecmed* definió su competencia sobre la base de que se había alegado la existencia de un acto ilícito internacional con posterioridad a la entrada en vigor del tratado. Así es que el tribunal entendió que para determinar su competencia debía considerar la necesaria existencia, con posterioridad a la vigencia del tratado, del surgimiento de una controversia en los términos del TBI. A su vez, para ese tribunal, los acontecimientos o situaciones anteriores a la entrada en vigor del tratado pueden ser relevantes como antecedentes de controversias surgidas con posterioridad a esa fecha.

85. El Tribunal toma nota del contenido de las normas del derecho internacional consuetudinario plasmadas en el Proyecto de la CDI para precisar los alcances tanto de los actos ilícitos continuos como de los actos ilícitos compuestos.

86. Respecto a los actos ilícitos continuos, el Artículo 14 del Proyecto de la CDI prevé:

...La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional....

87. En su Comentario a este Artículo la CDI expresa que:

*In accordance with paragraph 2, a continuing wrongful act, on the other hand, occupies the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation, provided that the State is bound by the international obligation during that period.*⁹

88. En cuanto a actos ilícitos compuestos, el Artículo 15 del Proyecto de la CDI establece que:

Violación consistente en un hecho compuesto

La violación por el Estado de una obligación internacional mediante una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita, tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito.

En tal caso, la violación se extiende durante todo el período que comienza con la primera de las acciones u omisiones de la serie y se prolonga mientras esas acciones u omisiones se repiten y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.

89. En su Comentario al Proyecto, la CDI expresa que de conformidad con el principio de inter-temporalidad del derecho:

*...the State must be bound by the international obligation for the period during which the series of acts making up the breach is committed. In cases where the relevant obligation did not exist at the beginning of the course of conduct but came into being thereafter, the "first" of the actions or omissions of the series for the purposes of State Responsibility will be the first occurring after the obligation came into existence.*¹⁰

90. El Tribunal encuentra que los actos ilícitos definidos como continuos o compuestos a los que se refieren los Artículos 14 y 15 del Proyecto de la CDI, son actos ilícitos internacionales. Es decir que se identifican con la violación de una norma del derecho internacional. De acuerdo al Artículo 13 de ese Proyecto, para que exista un acto u omisión ilícitos que genere responsabilidad internacional debe haberse incumplido una norma del derecho internacional vigente al momento de realizarse ese acto u omisión.

91. El Artículo 13 del Proyecto de la CDI establece:

Obligación internacional en vigencia respecto del Estado

Un hecho del Estado no constituye una violación de una obligación internacional a menos que el Estado se halle vinculado por dicha obligación en el momento en que se produce el hecho.

92. En su Comentario al Artículo 13, la CDI afirma que:

*The evolutionary interpretation of treaty provisions is permissible in certain cases but this has nothing to do with the principle that a State can only be held responsible for breach of an obligation which was in force for that State at the time of its conduct.*¹¹

93. La alegación de las Demandantes respecto a la relevancia de los hechos anteriores considerados como incumplimientos del Tratado presupone una contradicción pues antes de la entrada en vigor del TBI no existe posibilidad de incumplirlo. El Tribunal entiende que tiene competencia sobre hechos posteriores a la entrada en vigor del TBI cuando esos hechos son alegados como violatorios del TBI. Hechos anteriores sólo podrán ser considerados por el Tribunal a efectos de evaluar los antecedentes, causas y alcances de las violaciones al TBI acontecidas con posterioridad a su entrada en vigor.

94. La irretroactividad de los tratados como regla general presupone que sólo a partir de la entrada en vigor de una obligación internacional, ésta genera derechos y obligaciones para las partes. Por lo tanto, para que todo acto ilícito internacional, sea considerado como consumado, continuo o compuesto, debe existir una violación de una norma del derecho internacional imputable a un Estado.

95. Para el Tribunal, las alegaciones de las Demandantes sobre los actos y omisiones de Ecuador, posteriores a la entrada en vigor del TBI, permiten afirmar la competencia de este Tribunal para decidir si hubo o no violación del TBI independientemente de que esos actos u omisiones tengan el carácter de compuestos o continuos.

96. Por otra parte, el Tribunal observa de que la existencia de una norma del derecho internacional consuetudinario incumplida con anterioridad a la entrada en vigor de un TBI no habilita el derecho de recurrir a la jurisdicción arbitral acordada en el TBI. En este contexto, el Tribunal encuentra ilustrativo lo expresado por el tribunal que decidió el caso *Mondev c. Estados Unidos de América* respecto a las diferencias existentes entre los reclamos de protección diplomática bajo el derecho internacional consuetudinario y los reclamos basados en un tratado.¹²

97. Por las razones expuestas y en aplicación del principio de la irretroactividad de los tratados, el Tribunal entiende que los hechos y omisiones alegados por las Demandantes como anteriores a la entrada en vigor del TBI no califican como actos ilícitos continuos o compuestos del TBI.

b. Obligación de las partes firmantes del TBI de actuar de buena fe: Alcances del Artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

98. Las Demandantes sostienen que Ecuador incumplió con sus obligaciones de actuar de buena fe a partir de la firma del TBI. Se basan en el texto del Artículo 18 de la Convención de Viena y en los alcances de un pasaje del laudo en *Tecmed* que caracteriza el contenido del Artículo 18 como una manifestación del principio de la buena fe.¹³

99. El Artículo 18 de la Convención de Viena establece:

Obligación de no frustrar el objeto y fin de un tratado antes de su entrada en vigor.

Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado:

a) *si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado: o*

b) *si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente.*

100. Según las Demandantes, al referirse al Artículo 18 de la Convención de Viena, el tribunal en *Tecmed* se basó en lo resuelto en el caso *Megalidis c. Turquía*. Según las Demandantes la decisión del tribunal en *Megalidis* rechazó, aplicando el derecho internacional consuetudinario, la alegación de Turquía respecto a que no estaba obligada a restituir los bienes reclamados en razón de que esa obligación surgía del Tratado de Lausana que si bien lo había firmado, aún no estaba en vigor.

101. Las Demandantes se refieren también al caso *Opel Austria c. El Consejo de la Comunidad Europea* por el que el tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas invocó, según ellas, la aplicación del Artículo 18 de la Convención de Viena para establecer la responsabilidad del Consejo de la Unión Europea al imponer ciertas tarifas sobre productos austriacos después de haber firmado un acuerdo (pero antes de ratificarlo) que establecía el Área Económica Europea que prohibía la imposición de aquellas tarifas.

102. Las Demandantes concluyen que a través de la conducta seguida por Ecuador después de la firma del TBI, y antes de su entrada en vigor, incumplió sus obligaciones de actuar de buena fe impuestas por el Artículo 18 de la Convención de Viena.

*

* *

103. Ecuador sostiene que el Artículo 18 de la Convención de Viena no puede invocarse como fundamento para la aplicación retroactiva del TBI. Ecuador rechaza lo alegado por las Demandantes en su Memorial de Demanda respecto a que las normas del TBI, una vez que éste entra en vigor, producen efecto desde el momento en que las partes firmaron el acuerdo.

104. Sostiene Ecuador que la obligación impuesta a los Estados contratantes por el Artículo 18 de la Convención de Viena, no constituye una excepción al principio de la irretroactividad de los tratados, ni respecto de las demás normas de la Convención de Viena relativas a la entrada en vigor de los tratados.

105. Ecuador afirma que el Artículo 18 sólo admite dos excepciones contempladas expresamente en la Convención de Viena relativas a la aplicación provisional de un tratado y a las disposiciones de un tratado que regulan la autenticación de su texto y otras cuestiones que se susciten necesariamente antes de la entrada en vigor del tratado.

106. Ecuador alega que en el caso *Tecmed c. Estados Unidos Mexicanos* correspondía la aplicación del TBI entre España y México dado que existía una inversión al momento de la entrada en vigor del tratado. Según la Demandada el tribunal resolvió que el ámbito de su competencia comprendía también ciertos acontecimientos anteriores a la fecha en que entró en vigor el TBI, solamente en la medida que esta última conducta o tales actos, al consumarse o completarse su consumación luego de entrada en vigor el tratado, constituyen una violación del TBI. Para Ecuador, la posición del tribunal en *Tecmed* no implica la aplicación retroactiva del TBI.

107. Según Ecuador, los acontecimientos posteriores a la fecha de entrada en vigor del TBI, no generaron derechos a favor de las Demandantes ni obligaciones para Ecuador en razón de que esos acontecimientos no constituyen una inversión, ni tienen relación con alguna inversión que haya existido a la fecha de la entrada en vigor del TBI. Por otra parte sostuvo que la controversia alegada por las Demandantes es anterior a la entrada en vigor del TBI.

*

* *

108. Para el Tribunal el Artículo 18 de la Convención de Viena es una aplicación del principio de la buena fe tendiente a proteger la no frustración del objeto y fin de un tratado por acciones u omisiones de los Estados contratantes anteriores a su entrada en vigor. El contenido del Artículo 18 no tiene el propósito de provocar la aplicación anticipada de las cláusulas de un tratado, es decir que no justifica su aplicación retroactiva.

109. Los precedentes citados por las Demandantes en apoyo de su posición presentan particularidades propias que los distinguen de las situaciones fácticas relevantes en el presente caso.

110. El Tribunal toma nota de que en el caso *Megalidis c. Turquía*, el tribunal arbitral Greco — Turco sostuvo en su laudo de fecha 26 de julio de 1928 que la propiedad sobre determinados objetos, derechos e intereses de Megalidis fueron incautados por autoridades turcas en agosto de 1923, es decir al poco tiempo de haberse firmado el Tratado de Lausana, pero antes de su entrada en vigor.¹⁴

111. El Tribunal constata que el Tratado de Lausana de fecha 24 de julio de 1923 se aplica a situaciones creadas a partir del 29 de octubre de 1914 respecto a propiedades, derechos e intereses de nacionales de las potencias aliadas que a la fecha de la entrada en vigencia del tratado todavía existían y podían ser identificados en los territorios que continuaban siendo turcos.

112. El Tribunal entiende que el Artículo 65 del Tratado de Lausana generó para Turquía una obligación de restituir ciertas propiedades, derechos e intereses afectados por acciones u omisiones consumadas con anterioridad a la entrada en vigor del tratado. Es decir que por este Artículo se manifiesta la clara intención de las Partes de que el tratado produzca efectos retroactivos.

113. El Tratado de Lausana preveía así mismo un Artículo supletorio retroactivo para el cumplimiento de la obligación de restituir exigida a Turquía para aquellas propiedades, derechos e intereses que a la fecha de la firma del Tratado ya habían sido liquidados por las autoridades de las Partes contratantes.¹⁵

114. El Tribunal entiende que la referencia que se hace en el caso *Megalidis* a la obligación de los Estados contratantes de abstenerse desde la firma de un tratado y hasta su entrada en vigor de no perjudicar al tratado o a la validez de sus cláusulas no fue el fundamento de la aplicación retroactiva por parte del tribunal de ciertas cláusulas del tratado. El Tribunal observa que la aplicación retroactiva del Tratado de Lausana fue la consecuencia directa de la aplicación por parte de ese tribunal de las cláusulas retroactivas del tratado a efectos de determinar la existencia de una obligación de reparar por parte de Turquía.

115. En cuanto al otro caso relevante citado por las Demandantes, el Tribunal observa que en *Opel Austria c. El Consejo de la Comunidad Europea*, el tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea sostuvo que el principio de la buena fe es una regla del derecho internacional consuetudinario que da fundamento al contenido del Artículo 18 de la Convención de Viena.¹⁶ El Tribunal observa que la aplicación del Artículo 18 se fundamentó en la excepcionalidad de la situación generada a partir de la adopción de medidas que contradecían y frustraban el objeto y fin del tratado después de su firma y antes de su entrada en vigor pero después de que el tratado había sido ratificado y su entrada en vigor tenía una fecha cierta. La decisión de aquel tribunal se caracteriza por el hecho de que la imposición de las tarifas prohibidas por el acuerdo se había efectuado cuando los Estados parte ya habían depositado sus instrumentos de ratificación y la entrada en vigor del acuerdo tenía fecha cierta. Otra situación fáctica relevante fue la alegación de que la fecha de la medida impuesta había sido adulterada.¹⁷

116. Para el Tribunal no pueden confundirse los alcances de la obligación de no frustrar el objeto y fin de un tratado con la aplicación anticipada de las cláusulas de ese tratado a situaciones anteriores a la fecha de su entrada en vigor. No queda probado en el presente caso que las acciones y omisiones anteriores a la vigencia del TBI e imputables a la Demandada hayan frustrado el objeto y fin del Tratado. Los precedentes jurisprudenciales citados demuestran, en un caso, que la aplicación retroactiva de las normas del tratado se fundamentaron en sus propias cláusulas retroactivas. En el otro caso, quedó demostrado el carácter excepcional de la aplicación de la norma consuetudinaria plasmada en el Artículo 18 de la Convención de Viena.

117. El Tribunal reconoce que el Artículo 18 de la Convención de Viena es una aplicación del principio general de la buena fe, entendiéndolo que su alcance queda limitado a la no frustración del objeto y fin del tratado y no a la aplicación retroactiva de sus cláusulas.

c. Cláusula de la Nación Más Favorecida

118. Las Demandantes alegan que el Artículo II(1) del TBI expresa la intención de que el acuerdo tiene efectos retrospectivos limitados. Este Artículo se refiere al reconocimiento de la cláusula de la nación más favorecida (en adelante CNMF) que las Demandantes relacionan con el Artículo VII del TBI entre Argentina y Ecuador.

119. El Artículo II(1) del TBI establece que:

Cada Parte permitirá y tratará las inversiones y sus actividades afines de manera no menos favorable que la que otorga en situaciones similares a las inversiones o actividades afines de sus propios nacionales o sociedades, o las que los nacionales o sociedades de cualquier tercer país, cualquiera que sea la más favorable....

120. Para las Demandantes, el Artículo VII del TBI entre Argentina y Ecuador concede a los inversores argentinos parte de la protección ofrecida por el TBI entre Ecuador y los Estados Unidos desde diciembre de 1995. Las Demandantes sostienen que simplemente buscan la protección ofrecida por este Artículo.

121. El Artículo VII del Acuerdo de 1994 entre Argentina y Ecuador establece:

Aplicación de otras normas: Si las disposiciones de la legislación de cualquier Parte Contratante o las obligaciones de derecho internacional existentes o que se establezcan en el futuro entre las Partes Contratantes en adición al presente Convenio o si un acuerdo entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante contienen normas, ya sean generales o específicas, que otorguen a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante un trato más favorable que el que se establece en el presente Convenio, aquellas normas prevalecerán sobre el presente Convenio en la medida que sean más favorables.

122. Las Demandantes sostienen que su reclamo sobre la CNMF es sustancialmente diferente a la alegada por la demandante en el caso *Tecmed*, pues simplemente buscan la protección ofrecida por una cláusula sustantiva de otro TBI.

123. Al interpretar dicho Artículo VII las Demandantes sostienen que la referencia que se hace a los tratados celebrados “entre las Partes Contratantes” se refiere a las Partes contratantes de los tratados que todavía no entraron en vigor y no a las Partes contratantes de ese TBI, es decir, Argentina y Ecuador.

*

* *

124. Ecuador rechaza el alcance que las Demandantes le otorgan al Artículo VII del Tratado entre Argentina y Ecuador a efectos de alegar a través de la CNMF, la aplicación retroactiva del TBI.

125. Sobre el particular, Ecuador sostiene, invocando el precedente del caso *Tecmed*, que esa cláusula no puede invocarse en el presente caso puesto que la aplicación temporal del acuerdo de inversiones es un tema que forma parte del núcleo de cuestiones que deben presumirse como especialmente negociadas por las Partes contratantes.

126. Para Ecuador lo que este Artículo VII expresa es simplemente que las normas del derecho internacional que lleguen a establecerse en el futuro “entre las partes contratantes” (Ecuador y Argentina) “prevalecerán sobre el presente Convenio en la medida que sean más favorables”. Por lo tanto, Ecuador concluye que no hay lugar a la incorporación de las normas del TBI entre Ecuador y Estados Unidos, así como tampoco la cláusula autoriza su aplicación retroactiva.

*

* *

127. Del contenido del Artículo VII del TBI entre Argentina y Ecuador, el Tribunal concluye que, de conformidad con las reglas de interpretación del Artículo 31 de la Convención de Viena, las referencias que en el texto de aquel artículo se hacen a “cualquier Parte Contratante”; “entre las Partes Contratantes”; “un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante” y a “otra Parte Contratante”, inequívocamente se refieren a las Partes Contratantes de ese TBI celebrado entre Argentina y Ecuador.

128. En consecuencia, el Tribunal rechaza la posibilidad de considerar la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en los términos y con los efectos pretendidos por las Demandantes.

d. Hechos anteriores a la entrada en vigor del TBI relevantes para la determinación de los daños

129. Las Demandantes sostienen que los hechos anteriores a la entrada en vigor del TBI son relevantes en la determinación de los daños. El Artículo 18 de la Convención de Viena al igual que el Artículo 13 del Proyecto de la CDI no limitan las facultades de un tribunal de examinar hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de un tratado a efectos de determinar los alcances de los daños ocasionados por hechos ocurridos después de esa fecha.

130. Las Demandantes alegan en su Memorial de Demanda que Ecuador había incumplido con sus obligaciones de negociar de buena fe en la Comisión de Liquidación y que frustró otros intentos de solucionar las disputas existentes basándose en la revocación arbitraria del permiso de operación de la sucursal de Seacoast en Ecuador. Para la determinación de los daños consecuencia de estos incumplimientos, las Demandantes sostienen que el Tribunal debe examinar los incumplimientos contractuales ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor del TBI.

*

* *

131. Ecuador alega que los hechos anteriores a la entrada en vigor del TBI no pueden ser invocados como violatorios de un tratado que aún no generó obligaciones para los Estados Parte. En consecuencia, tampoco pueden ser invocados a efectos de determinar la reparación por un ilícito inexistente.

*

* *

132. El Tribunal encuentra que la alegación de las Demandantes respecto a la relevancia de los hechos anteriores a la entrada en vigor del TBI en la determinación de los daños queda restringida a lo expresado por la CDI al comentar el Artículo 13 *in fine* de su Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos.

133. Al referirse a la inter-temporalidad del derecho para asegurar que un Estado solamente podrá ser encontrado responsable por el incumplimiento de una obligación que se encontraba vigente para ese Estado al momento de su violación, la CDI expresó que:

*Nor does the principle of the inter-temporal law mean that facts occurring prior to the entry into force of a particular obligation may not be taken into account where these are otherwise relevant. For example, in dealing with the obligation to ensure that persons accused are tried without undue delay, periods of detention prior to the entry into force of that obligation may be relevant as facts, even though no compensation could be awarded in respect of the period prior to the entry into force of the obligation.*¹⁸

134. Así expresó también que:

*In cases where the relevant obligation did not exist at the beginning of the course of conduct but came into being thereafter, the “first” of the actions or omissions of the series for the purposes of State responsibility will be the first occurring after the obligation came into existence. This did not prevent a court taking into account earlier actions or omissions for other purposes (e.g. in order to establish a factual basis for the later breaches or to provide evidence of intent.).*¹⁹

135. Este Tribunal, de conformidad a lo expresado por la CDI en sus Comentarios a las normas consuetudinarias expresadas en los Artículos 13, 14 y 15 de su Proyecto sobre Responsabilidad del Estado, tomará en cuenta los hechos anteriores a la entrada en vigor del TBI sólo para entender y precisar los alcances y efectos de los incumplimientos del TBI posteriores a esa fecha.

136. El Tribunal reitera lo ya expresado respecto a la posibilidad de ejercer competencia sobre todo acto u omisión posterior a la entrada en vigor del TBI alegado por las Demandantes como violatorio de éste. Hechos u omisiones anteriores a la entrada en vigor del TBI podrán ser tenidos en cuenta por el Tribunal en aquellos casos en los que estos hechos sean relevantes como antecedentes, causas o circunstancias básicas para el surgimiento de una controversia a partir de la consumación de un ilícito con posterioridad a la entrada en vigor de la norma incumplida. Sin embargo, el Tribunal entiende que no tiene competencia para entender sobre la determinación de los daños por hechos que no califican como violaciones al TBI por ser anteriores a su entrada en vigor.

3. Las excepciones subsidiarias

a. Primera excepción subsidiaria a la competencia del Tribunal: Inexistencia de una Inversión

137. Ecuador alega que el Contrato Seacoast no corresponde con el concepto de inversión, tal como se entiende en el marco del Convenio CIADI. Afirma que no ha expresado su consentimiento por escrito para someter la controversia al arbitraje CIADI en razón de que cuando el TBI entró en vigor el 11 de mayo de 1997, no existía inversión alguna de las Demandantes, de manera que el tratado invocado en la demanda para suplir la falta de

consentimiento expreso, no es aplicable al caso. Ecuador alega que el Contrato Seacoast terminó en julio de 1996 y las Demandantes vendieron la totalidad de sus participaciones en Ecuapower en marzo de 1997.

138. Ecuador sostiene que ni el Convenio CIADI ni el TBI definen lo que ha de entenderse por inversión. Reconoce que ante la ausencia de una definición, la jurisprudencia se ha inclinado por otorgarle al término inversión una interpretación extensiva. Sin embargo considera que esa extensión no puede llegar a forzar el significado del propio término. Por lo tanto argumenta que para que pueda considerarse que existe una inversión en los términos del Artículo 25 del Convenio CIADI deben de estar presentes ciertos requisitos que hacen a la duración del proyecto, a las expectativas de retorno u obtención de beneficios, el asumir riesgos, a la existencia de un compromiso sustancial y a la relación de la operación con el desarrollo del Estado receptor.

139. Para Ecuador, en el Contrato Seacoast no están presentes los requisitos de duración y de riesgo compartido. Se trata de un contrato de suministro que en esencia es una compraventa. El Contrato fue suscrito como respuesta a una emergencia transitoria y su duración es precaria. Los generadores de energía ingresaron por el régimen aduanero de internación temporal. El proveedor cobra por la energía que vende y el comprador paga la energía que compra. Esta transacción siendo netamente de naturaleza comercial está fuera del ámbito material de la jurisdicción del CIADI.

140. Según Ecuador el TBI tampoco contiene una definición de lo que ha de entenderse por inversión. No ha habido intención de definir el término con precisión. La enumeración contenida en el Artículo I(1)(a) del TBI siempre está referida al término inversión haciéndose referencia a relaciones o bienes frecuentemente comprendidos dentro del complejo conjunto de operaciones conocido como inversión.

141. Ecuador resume su posición sobre el contenido del Artículo I(1)(a) del TBI alegando que la enumeración que contiene, en nada modifica sus conclusiones sobre los alcances del término inversión del Artículo 25 del Convenio CIADI. El Contrato Seacoast había terminado antes de la entrada en vigor del TBI y con posterioridad a esa fecha, Seacoast sólo tenía meras expectativas vinculadas a una reclamación contractual no reconocida y a la que no le corresponde ser considerada como una inversión a los efectos del Convenio CIADI.

142. Ecuador sostiene asimismo que la controversia suscitada a propósito del Contrato Ecuapower tampoco proviene directamente de una inversión. Las alegaciones de las Demandantes relativas a las demoras intencionales de los funcionarios ecuatorianos en la firma del Contrato entre INECEL y Ecuapower y la presunta posterior venta forzada de los supuestos intereses de las Demandantes en Ecuapower, no tienen relación y por lo tanto no derivan directamente de inversión alguna.

143. Ecuador rechaza toda vinculación entre el Contrato Seacoast y el Contrato Ecuapower en cuanto a que el segundo no corresponde con la intención o la oferta de renovar el primero. Para Ecuador no existió obligación de renovar el Contrato Seacoast. A su vez sostiene que Seacoast y Ecuapower son dos personas jurídicas distintas, por lo que los derechos y obligaciones de una no son transferibles a la otra.

144. Ecuador alega que el permiso de operación de Seacoast no puede considerarse vinculado con una inversión ya existente protegida o amparada por el TBI, ni puede considerarse en sí misma como una inversión. Su revocación no pudo tener incidencia en las actividades de Seacoast, puesto que dicha compañía no realizaba actividad alguna y se hallaba en imposibilidad manifiesta de hacerlo luego de haber traspasado a otra compañía todos sus activos.

145. Frente a la alegación de las Demandantes, relativa a la existencia de una inversión consistente en derechos que éstas tenían frente a INECEL y al Estado al momento de la entrada en vigor del TBI, Ecuador alega que no se trataría de derechos sino de meras pretensiones. Sostiene que en una relación bilateral, un derecho no nace porque una de las partes se lo atribuye. Si la contraparte niega la existencia misma del derecho alegado, lo que existe es una pretensión, no un derecho. Según la Demandada, este hecho quedó corroborado a través de la demanda presentada el 31 de julio de 1996 por Seacoast contra INECEL en los tribunales ecuatorianos. Alega Ecuador que el contenido de esta demanda y la contestación dada a la misma por INECEL, muestran incontestablemente que la existencia de los pretendidos derechos de Seacoast no fue reconocida por INECEL.

146. Al referirse a los acontecimientos posteriores a la entrada en vigor del TBI relatados en la demanda, Ecuador los relaciona con tres aspectos (i) las negociaciones para la liquidación del contrato (ii) las negociaciones orientadas hacia una solución de la controversia mediante arbitraje y (iii) la revocación del llamado permiso de operación de Seacoast. Para Ecuador ninguno de estos acontecimientos constituye una inversión, por lo tanto el TBI no es aplicable a esos acontecimientos posteriores a su entrada en vigor.

*

* *

147. Por su parte las Demandantes alegan que al momento de entrar en vigor el TBI existía una inversión protegida por el Tratado. Sobre el particular, sostienen que la sucursal de Seacoast en Ecuador y sus activos intangibles califican como inversiones bajo la definición amplia de “inversiones” del TBI. Esta definición es la que rige a los efectos de dar cumplimiento a lo estipulado por el Convenio CIADI.

148. Basan las Demandantes su afirmación en el hecho de que los tribunales del CIADI han reiteradamente interpretado el término “inversión” en un sentido amplio al determinar su competencia. Citan como precedentes los casos *Fedax c. República de Venezuela* y *CSOB c. Eslovaquia* para afirmar que el Convenio CIADI no restringe el alcance del término “inversión”; que la definición de “inversión” se encuentra en el TBI y que el TBI define “inversión” de manera amplia.

149. Las Demandantes sostienen que el TBI define las inversiones que pueden ser sometidas al CIADI. Citan en su apoyo la decisión sobre jurisdicción en el caso *Tokios Tokéles c. Ucrania* en el que el tribunal encuentra que no definiendo el Convenio CIADI el término “inversión” las partes tienen un amplio poder discrecional para determinar qué transacciones constituyen o no una inversión. Ese poder discrecional se plasma en el contenido de las definiciones aceptadas en el TBI. Por lo tanto, toda transacción que cae bajo la definición de “inversión” en el TBI, también califica como una inversión bajo el Artículo 25 del Convenio CIADI.

150. Alegan las Demandantes que Ecuador confunde la relación entre el Convenio CIADI y el Artículo I(1)(a) del TBI al exigir para determinar la existencia de una inversión el cumplimiento de ciertos requisitos relativos a la existencia de retornos, duración prolongada, riesgo, compromiso y contribución al desarrollo económico del Estado receptor. De todas maneras las Demandantes argumentan que los requisitos de duración y riesgo están presentes en el esquema del proyecto y en la inversión de Seacoast en Ecuador.

151. A la fecha de la entrada en vigor del TBI existía, según las Demandantes, una inversión en los activos intangibles, en la existencia de la sucursal y en otros derechos contractuales frente a INECEL. Ecuapower sólo obtuvo de Seacoast los activos para la generación de electricidad. Seacoast mantuvo sus derechos frente a INECEL en cuanto a la obligación contractual de negociar un contrato de larga duración. Esas negociaciones continuaron a través del establecimiento de la Comisión de Liquidación y hasta la anulación de la demanda de Seacoast en octubre de 1999.

152. Las Demandantes alegan que su inversión cae dentro de la definición de inversión del TBI. Sostienen que la sucursal de Seacoast y sus activos intangibles califican como inversiones bajo el TBI antes y después de la venta de las plantas generadoras de energía pues: Seacoast tenía un contrato; Seacoast tenía un permiso para operar; Seacoast tenía una sucursal que era propietaria de activos en Ecuador; y el TBI se aplica a las inversiones existentes al momento de su entrada en vigor.

153. Sostienen las Demandantes que el Contrato Seacoast también califica como inversión bajo el Artículo I(1)(a)(iii) y I(1)(a)(v), al contener un reclamo de dinero y al referirse a cualquier derecho conferido por contrato.

154. Las Demandantes afirman también que el permiso de operar de Seacoast cae dentro de la definición de inversión del TBI. El Artículo I(1)(a)(v) del TBI se refiere a que “cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la Ley” es una inversión. El otorgamiento y luego la revocación del permiso no son meros actos administrativos. Las Demandantes alegan la revocación del permiso fue la causa para que el Procurador General y el Juez Civil de Ecuador anularan la demanda presentada por Seacoast y a su vez el Procurador General se valió de esa revocación para rechazar el acuerdo de arbitraje previamente negociado.

155. Para las Demandantes, sus intereses en Seacoast caen bajo la definición de inversión en el TBI. Así lo expresa el Artículo I(1)(a)(ii). Las Demandantes son las propietarias de la sucursal de Seacoast en Ecuador. La sucursal tiene derechos en Ecuador contra INECEL tanto bajo el Contrato Seacoast como bajo el Contrato Aclaratorio. Seacoast persiguió activamente esos derechos a través de los esfuerzos de su representante legal en la Comisión de Liquidación para obtener el pago de las cuentas por cobrar y a su vez administró la demanda de Seacoast contra INECEL.

156. En consecuencia las Demandantes afirman que el TBI se aplica a las inversiones existentes de conformidad a su Artículo XII(1). Aún más, alegan que el Artículo I(3) confirma que cualquier alteración de la forma en que los activos son invertidos o reinvertidos no puede afectar su carácter de inversiones.

*

157. El Tribunal reitera que la normativa a tener en cuenta principalmente a los efectos de determinar su propia competencia en el presente caso se encuentra esencialmente contenida en el Convenio CIADI y en el TBI entre la República de Ecuador y los Estados Unidos de América.

158. El Artículo 25(1) del Convenio CIADI establece que:

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 someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

159. De la simple lectura del Artículo 25(1), el Tribunal reconoce que el Convenio CIADI no define el término “inversión”. El Tribunal toma nota de que reiterados precedentes arbitrales confirman a su vez lo establecido en el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial en cuanto a que el Convenio no definió el término “inversión” en razón de que se pretendía dejar librado a las partes el decidir qué tipo de reclamos podían ser sometidos al CIADI.²⁰

160. Por su parte, el TBI en su Artículo I establece qué inversiones quedan protegidas bajo ese acuerdo. Así es que el TBI complementa al Artículo 25 del Convenio CIADI, a los efectos de definir los alcances de la competencia del Tribunal respecto a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión.

161. El Artículo I del TBI establece que:

1. *A efectos del presente Tratado:*

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 de 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 a alguna operación que tenga valor económico y que esté relacionada con una inversión;*

iv) *la propiedad intelectual...;*

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

3. *Ninguna modificación en la forma en que se invierten o reinvierten los activos alterará el carácter de los mismos en cuanto a inversión.*

162. El Tribunal toma asimismo nota de la exigencia temporal del Artículo XII del TBI en cuanto a que sus cláusulas se aplican a inversiones existentes al momento de su entrada en vigor. En consecuencia, el Tribunal deberá determinar *prima facie* si a la entrada en vigor del TBI subsistía la inversión alegada por las Demandantes.

163. El Tribunal entiende que a los efectos de determinar si el Tribunal tiene o no competencia es suficiente considerar los hechos tal como fueron alegados por las Demandantes en tanto y en cuanto, de ser probados como ciertos, constituirían un incumplimiento del TBI.²¹ Esta aseveración no prejuzga sobre el derecho de la parte Demandada a cuestionar la existencia de los hechos alegados a los efectos de determinar la existencia o no de la competencia del Tribunal. Pero toda alegación sobre los alcances de esos hechos y sobre sus consecuencias jurídicas son materias que deben ventilarse en el análisis y evaluación del fondo del asunto.

164. Para el Tribunal, la definición de inversión del Artículo I(a) del TBI es amplia y abarca los derechos e intereses alegados por las Demandantes en las consecuencias del proyecto Seacoast que subsistieron como una inversión protegida después de la entrada en vigor del TBI, en cuanto, entre otros, a las alegaciones sobre los activos intangibles de las cuentas por cobrar y a la existencia de un permiso para operar.

165. El Tribunal afirma que los requisitos tenidos en cuenta en algunos precedentes arbitrales a efectos de caracterizar la existencia de una inversión protegida por un tratado (como pueden ser la duración y el riesgo de la alegada inversión), deben ser considerados como meras ejemplificaciones y no necesariamente como elementos constitutivos necesarios para su existencia. No obstante, el Tribunal entiende que los elementos propios del proyecto Seacoast y sus consecuencias, encuadran dentro de aquellas caracterizaciones requeridas para determinar la existencia de inversiones protegidas.

166. Para el Tribunal, de los hechos alegados por las Demandantes como violatorios del TBI e imputables a Ecuador es posible distinguir entre aquellos que si se probaran, serían violatorios del TBI, de aquellos que aún si se probaran no constituirían violaciones del TBI.

167. Considerando que el Contrato Seacoast constituyó una inversión anterior a la entrada en vigor del TBI, deberá tenerse en cuenta la subsistencia de esa inversión a la fecha de su entrada en vigor. Por otra parte, el principio de la irretroactividad de los tratados limita la aplicación del TBI y de sus cláusulas jurisdiccionales a aquellas controversias alegadas como surgidas sobre la base de violaciones de ese acuerdo con posterioridad a su entrada en vigor.

168. Siguiendo este criterio, los reclamos relativos al Contrato Seacoast y al Acuerdo Complementario al igual que al Contrato Ecuapower, no pudieron implicar violaciones bajo el TBI pues éste no estaba vigente al momento de producirse esos alegados incumplimientos contractuales. En aplicación de las normas consuetudinarias relativas a la Responsabilidad de los Estados los incumplimientos contractuales anteriores a la entrada en vigor del TBI no tienen entidad suficiente para configurar violaciones del TBI.

169. De los hechos alegados por las Demandantes como incumplimientos del TBI con posterioridad a su entrada en vigor, el Tribunal encuentra que las consecuencias de una inversión pre-existente a la entrada en vigor del tratado continuaban, *prima facie* después de esa fecha. Por lo tanto el Tribunal tiene competencia para entender de los reclamos de las Demandantes en los que se alegan incumplimientos al TBI imputables a Ecuador por actos u omisiones posteriores a su entrada en vigor y que afectan a su inversión.

170. Corresponderá al Tribunal, en el análisis de las argumentaciones y evidencias sobre el fondo de las cuestiones planteadas determinar si las alegaciones de las Demandantes fundadas en incumplimientos del TBI por actos u omisiones imputables a Ecuador con posterioridad a su entrada en vigor efectivamente constituyen violaciones al TBI.

b. Segunda excepción subsidiaria a la competencia del Tribunal: La cláusula de “la bifurcación de caminos”

171. Ecuador alega la preclusión de la opción arbitral contenida en el TBI, debido al sometimiento de la controversia a los tribunales nacionales de Ecuador.

172. Ecuador sostiene que de conformidad con los artículos VI(2)(a) y VI(3)(a) del TBI se recepta la regla de la bifurcación de caminos. Es decir que una vez que se opta por una jurisdicción, queda definido el foro, con independencia del resultado de la acción emprendida. Para Ecuador, una vez presentado el reclamo para su solución ante los tribunales judiciales ecuatorianos, la parte actora pierde la posibilidad de acudir a un arbitraje internacional, ya que una vez elegida la opción de los tribunales locales esa elección se convierte en definitiva e irrevocable.

173. Ecuador alega que en la demanda presentada por Seacoast ante los tribunales ecuatorianos en 1996 constan los mismos reclamos que sirven de fundamento a las pretensiones presentadas por segunda ocasión por las Demandantes ante un tribunal del CIADI.

174. Para avalar su posición Ecuador manifiesta que la causa de la nulidad de la demanda presentada ante los tribunales ecuatorianos surgió con posterioridad a la presentación de la demanda; Seacoast en vez de subsanar la nulidad alegada, se allanó a la misma mediante escrito de fecha 15 de octubre de 1999. El allanamiento de Seacoast al pedido de nulidad no le impide el iniciar en Ecuador una acción complementaria que conduzca a un pronunciamiento sobre el fondo.

*

* *

175. Las Demandantes alegan que no han activado la cláusula relativa a “la bifurcación de caminos”, en razón de que la demanda ante los tribunales ecuatorianos involucra partes diferentes y cuestiones diferentes, la demanda no fue una elección libre del foro y fue anulada sin que existiera una decisión sobre el fondo.

176. Según las Demandantes la jurisprudencia del CIADI es constante en cuanto a que una parte en la controversia activa la cláusula de la “bifurcación de caminos” si los procedimientos intentados se refieren a las mismas partes, tienen el mismo objeto y la acción tiene la misma causa. Las Demandantes citan al caso *Benvenuti c. República del Congo* que hace referencia a la existencia de *lis pendens*. Citan el caso *Azurix c. República Argentina* y el caso *CMS c. República Argentina*. Alegaron que en este último caso el tribunal distinguió el hecho de que ante los tribunales nacionales la demanda se refería a incumplimientos contractuales, mientras que la demanda ante el CIADI se refería a incumplimientos del tratado. Alegan asimismo que esta posición fue seguida en reiterados casos de arbitraje del CIADI.

177. Las Demandantes sostienen que no fueron parte en el procedimiento ante los tribunales ecuatorianos. Los procedimientos en los tribunales ecuatorianos y ante el CIADI tienen diferente causa de acción y su objeto es distinto. En el primero Seacoast demandó por incumplimiento del contrato, en el segundo, las Demandantes reclamaron por incumplimientos del TBI. Por otra parte, en el procedimiento ante el CIADI se reclama por actos anteriores y posteriores a la entrada en vigor del TBI. La demanda de Seacoast ante los tribunales ecuatorianos no incluye reclamos por actos arbitrarios y discriminatorios de Ecuador por el incumplimiento de la promesa de negociar un contrato de larga duración, por el incumplimiento de la obligación de negociar de buena fe en la Comisión de Liquidación, por la revocación del permiso de operación de Seacoast, por su negativa a acordar un arbitraje y por anular la demanda presentada ante los tribunales ecuatorianos. Afirman las Demandantes que no han activado el mecanismo de “la bifurcación de caminos” en razón de que el procedimiento fue finalmente anulado sin que el juez decidiera sobre el fondo de la cuestión.

178. Las Demandantes alegan que no eligieron libremente el recurrir a los tribunales ecuatorianos puesto que fueron inducidos por las futuras autoridades ecuatorianas a fin de poder a futuro llegar a un arreglo. Citan el precedente de *Occidental c. Ecuador* en el que el tribunal afirma que la regla de “la bifurcación de caminos” presupone que el inversor ha hecho una elección entre distintas alternativas libre de toda presión. Alegan a su vez que al momento de presentar la demanda ante los tribunales ecuatorianos no existía la posibilidad de elegir entre dos vías.

179. Ante la alegación de Ecuador de que la sola presentación de la acción en los tribunales domésticos activa la regla de la “bifurcación de caminos”, las Demandantes sostienen que esa regla refleja un principio de derecho interno e internacional relativo a la *lis pendens*. Para las Demandantes el objeto de la regla es la de asegurar eficiencia y evitar decisiones inconsistentes. La declaración de nulidad de la demanda y la posibilidad alegada por Ecuador de que Seacoast pueda presentar una nueva demanda ante los tribunales del Ecuador, no alteran, para las Demandantes, los efectos de la regla de la *lis pendens*.

*

* *

180. El Tribunal toma debida nota del hecho de que la primera presentación ante el CIADI por parte de las Demandantes, es decir la primera solicitud de arbitraje, se efectuó en el año 1998 cuando aún no se había anulado el procedimiento por ante el juez Civil de Ecuador, hecho que ocurrió el 21 de octubre de 1999. El Tribunal toma asimismo conocimiento de que el alegado consentimiento de Seacoast a la nulidad del procedimiento es posterior al retiro de la primera solicitud de arbitraje ante el CIADI.

181. Para el Tribunal, la regla de “la bifurcación de caminos” se diferencia del principio de la *lis pendens* en razón de que esa regla se refiere a una opción, expresada como un derecho a elegir entre sistemas jurisdiccionales distintos y con carácter irrevocable. Una vez que se optó, no existe posibilidad alguna de recurrir a la otra vía alternativa. El derecho de optar por única vez hace a la esencia de la regla de “la bifurcación de caminos”.

182. La afirmación de las Demandantes sobre la no activación del mecanismo de “la bifurcación de caminos” en razón de que el procedimiento fue finalmente anulado sin que el juez decidiera sobre el fondo de la cuestión no es relevante a los efectos de determinar su competencia en cuanto a que, de haber existido un derecho de opción y de haberse efectivamente realizado la opción, esta sería de todas maneras irrevocable habiendo o no decisión final sobre el fondo.

183. Asimismo es irrelevante a los efectos de determinar la activación de la cláusula de “la bifurcación de caminos” la posición de las Demandantes sobre por qué no hicieron una nueva presentación judicial en Ecuador después de

la nulidad del procedimiento en 1999. Para el Tribunal, las alegaciones de las Demandantes sobre las presuntas posiciones que asumiría el tribunal ecuatoriano frente a la posición del Procurador General constituyen meras especulaciones subjetivas.

184. Independientemente de las antedichas constataciones, el Tribunal encuentra que la demanda ante los tribunales ecuatorianos por parte de Seacoast no constituye el ejercicio de la opción del Artículo VI(2) del TBI.

185. El Artículo VI(2) del TBI expresa:

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

186. Para el Tribunal la demanda ante los tribunales ecuatorianos nunca pudo tener por fundamento violaciones al TBI pues este aún no estaba vigente, sino que se basó en alegados incumplimientos contractuales. Seacoast no pudo optar de acuerdo con el TBI sino que demandó por incumplimiento del contrato en el fuero local. El Tribunal observa que en el caso *Vivendi c. República Argentina* sobre nulidad parcial se infiere que el recurrir al foro local por incumplimientos contractuales no implica ejercer el derecho de opción contenido en el TBI, a no ser que la demanda ante el foro local se base en la violación del TBI.²²

187. Para el Tribunal, las Demandantes no desconocen que parte de la controversia planteada ante el CIADI había sido sometida con anterioridad ante los tribunales ecuatorianos por Seacoast. En consecuencia las Demandantes reconocen que a ese momento no existía un derecho de opción a su favor, es decir que el TBI no estaba en vigor.

188. El Tribunal entiende que en la demanda de Seacoast ante los tribunales ecuatorianos se reclamaba por incumplimientos contractuales relativos al Contrato Seacoast y al Contrato Aclaratorio. Por su parte, la presente acción de las Demandantes ante el CIADI se estructura sobre incumplimientos contractuales y del TBI y se reclama tanto por hechos anteriores como posteriores a la fecha de su entrada en vigor.

189. El Tribunal considera que la invocación por parte de la Demandada del ejercicio de la opción de la jurisdicción de los tribunales ecuatorianos por parte de las Demandantes es irrelevante frente a las especiales circunstancias del presente caso. En efecto, para el Tribunal las acciones sometidas por Seacoast a la jurisdicción ecuatoriana se referían a controversias surgidas con anterioridad a la entrada en vigor del TBI. Por lo tanto, en aplicación del principio de la irretroactividad de los tratados, esas controversias quedan fuera de la competencia temporal de este Tribunal. No es necesario tampoco determinar si la violación del contrato implica a su vez la violación del TBI, en razón de que el TBI no estaba en vigor y por ende no generó obligaciones para Ecuador a la fecha del surgimiento de esas controversias. Por otra parte, la invocación de la Demandada de la regla de “la bifurcación de caminos” es también irrelevante respecto a los reclamos de las Demandantes relativas a actos y omisiones posteriores a la vigencia del TBI imputables a Ecuador como violatorias de éste.

190. El Tribunal reitera que no tiene competencia para entender sobre controversias surgidas con anterioridad a la entrada en vigor del TBI. El Tribunal confirma que tiene competencia sobre hechos alegados por las Demandantes como generadores de controversias que surgen o se manifiestan con posterioridad a la entrada en vigor del TBI, independientemente de que tengan una causalidad o antecedentes comunes con alegaciones sobre hechos o controversias anteriores a la entrada en vigor del TBI.

4. Conclusiones

191. Por todas las razones antes expuestas, el Tribunal concluye:

1. Acoger la excepción principal de la Demandada sobre la competencia del Tribunal relativa a la irretroactividad del TBI;
2. Rechazar las excepciones a la competencia del Tribunal relativas a la inexistencia de una inversión y la preclusión de la cláusula “bifurcación de caminos” y en consecuencia establecer su competencia para entender de todas aquellas violaciones al TBI alegadas por las Demandantes como imputables a la Demandada por actos y omisiones posteriores a la entrada en vigor del TBI;

III. Fondo

1. Introducción al Fondo de la Controversia

192. El Tribunal, después de haber realizado un análisis exhaustivo de cada uno de los argumentos de las partes respecto a las materias sobre las que determinó su competencia, pasa ahora a analizar el fondo de la controversia refiriéndose solo a aquellos argumentos que considera esenciales para la determinación de los derechos y obligaciones de las partes.

193. El Tribunal entiende que sus conclusiones sobre Competencia expresadas en el párrafo 191 no prejuzgan sobre los derechos y obligaciones de cada una de las partes respecto a aquellas cuestiones que no se encuentran bajo su jurisdicción y sobre las que el Tribunal no se expedirá en el presente Laudo.

a. Hechos relevantes

194. Las Demandantes, M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc., son compañías establecidas en los Estados Unidos de América, que invocan ser las propietarias y tener el control de Seacoast, compañía establecida en 1992 bajo las leyes del Estado de Texas, originalmente controlada por Briggs–Cockerham LLC.

195. En el contexto de una crisis energética sufrida por Ecuador durante 1995, el 7 de noviembre de 1995, el INECEL firmó con Seacoast un contrato de suministro de electricidad por un plazo de seis meses (Contrato Seacoast). Seacoast debía proveer la instalación y operación de dos plantas de generación de energía eléctrica en Santa Elena y en Santo Domingo (Ecuador), y vender esa energía a INECEL.

196. Ese día las partes firmaron un Memorando de Clarificación para la Ejecución del Contrato (Contrato Aclaratorio) relativo a los alcances de algunas de las cláusulas del Contrato Seacoast.

197. Después de firmar el Contrato Seacoast, y a los efectos de su ejecución, los titulares de Seacoast decidieron entrar en un “joint venture” con otras tres compañías constituidas en los Estados Unidos.

198. En el “joint venture” se incorporaron las Demandantes en el presente procedimiento arbitral, M.C.I. Power Group, LC (en adelante MCI) y New Turbine Inc., conjuntamente con Old Dominion Electric Cooperative (en adelante ODEC). New Turbine operaba en ese momento bajo el nombre Energy Services Inc. (en adelante, ESI).

199. A fines de 1995, MCI, ESI y ODEC como inversores en Seacoast establecieron dos compañías limitadas bajo las leyes del Estado de Virginia, identificadas colectivamente en el Memorial de Demanda como Power Ventures. Power Ventures constituyó Power Services Ecuador Ecuapower Cia. Ltda. (Ecuapower) como una subsidiaria de su propiedad bajo las leyes de Ecuador.

200. A principios de 1996 surgieron divergencias entre las partes en cuanto a la implementación del Contrato Seacoast respecto a la fecha de su iniciación, a la duración del Contrato, al pago de la energía bajo la modalidad de “Take or Pay”, a los reembolsos del costo del combustible y a la imposición de multas y penalidades.

201. El 12 de abril de 1996 Seacoast suspendió la operación de las dos plantas y la entrega de energía alegando la falta de pago de las facturas liquidadas de acuerdo a los términos del Contrato Seacoast.

202. El 26 de mayo de 1996 INECEL dio por terminado el Contrato Seacoast alegando el cumplimiento del término pactado de seis meses.

203. En junio de 1996, al retirarse del “joint venture” el inversor original, Seacoast y Ecuapower quedaron bajo el control conjunto de MCI, ESI y ODEC.

204. El 12 de julio de 1996 las acciones de Seacoast relativas a la generación de energía fueron transferidas a Ecuapower.

205. El 31 de julio de 1996 Seacoast presentó una demanda contra INECEL en el Tribunal Administrativo del Distrito de Quito reclamando aproximadamente 25 millones de dólares por daños por incumplimiento de contrato.

206. El 1 de diciembre de 1996 las cuentas por cobrar de Seacoast fueron vendidas a MCI, ESI y ODEC, quedando Seacoast como responsable del cobro de los reclamos contra INECEL.

207. El 16 de diciembre de 1996 las participaciones del “joint venture” de MCI, ESI y ODEC en Ecuapower fueron vendidas a un tercero, la Anglo Energy Company.

208. El 24 de enero de 1997 INECEL y Ecuapower firmaron un contrato para la provisión de energía eléctrica por tres años.

209. El 7 de abril de 1997 se realizó la primera reunión de la Comisión de Liquidación prevista en el Contrato Seacoast.

210. En 1998 ODEC transfirió todos sus derechos e intereses que tenía en el "joint venture" a MCI y ESI, quedando estas últimas como las únicas propietarias de las cuentas a cobrar y de los otros reclamos de Seacoast contra Ecuador.

211. El 8 de febrero de 1999 la Superintendencia de Compañías del Ecuador por Nota Res. No. 99.1.2.1.00372 notifica a Seacoast la revocatoria de su permiso de operación.

212. El 31 de marzo de 1999 se dieron por terminadas las reuniones de la Comisión de Liquidación.

213. El 21 de octubre de 1999 el Juez Civil de Pichincha decidió la nulidad de la demanda presentada por Seacoast contra INECEL.

b. El derecho aplicable al fondo de las cuestiones planteadas

214. Para las Demandantes, el único derecho aplicable en el presente caso es el derecho internacional. Sostienen que existe en el TBI un acuerdo implícito sobre la aplicación del derecho internacional y por lo tanto debe observarse la primera parte del Artículo 42(1) del Convenio CIADI. Continúan alegando que, en la eventualidad de que el Tribunal considere que no existe tal acuerdo, de todas maneras, por imperio de la segunda parte del Artículo 42(1) del Convenio, debe aplicarse el derecho internacional.

*

* *

215. Ecuador, por su parte, alega que el derecho aplicable a las controversias planteadas por las Demandantes es exclusivamente el derecho interno ecuatoriano en razón de que es el derecho acordado por las partes frente a alegaciones de incumplimientos del Contrato.

*

* *

216. El Artículo 42(1) del Convenio CIADI prescribe que:

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

217. De la documentación acompañada por las partes en el procedimiento, no surge para el Tribunal evidencia alguna de la existencia de un acuerdo sobre el derecho aplicable a la presente controversia. Por lo tanto, el Tribunal considera que deberá observarse lo dispuesto en la segunda parte del Artículo 42(1) del Convenio CIADI, es decir que, a falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación ecuatoriana, incluyendo las normas de derecho internacional privado y aquellas normas del derecho internacional que pudieren ser aplicables. Respecto a estas últimas, el Tribunal entiende que las normas contenidas en el TBI, al igual que otras normas pertinentes del derecho internacional general, son de aplicación al presente caso. En este sentido, la competencia del Tribunal sobre el fondo de las controversias planteadas se encuentra restringida a entender de aquellas alegaciones de las Demandantes relativas a la violación del TBI posteriores a su entrada en vigor.

218. Para el supuesto de posibles contradicciones entre las normas del derecho ecuatoriano y el TBI y otras normas del derecho internacional general aplicables, el Tribunal decidirá sobre su eventual compatibilidad teniendo en cuenta el contenido y propósito de dichas normas en consideración a la jerarquía de las normas internacionales sobre la normativa interna de un Estado.

c. La relación entre INECEL y Ecuador

219. Para las Demandantes, INECEL es un órgano del Estado Ecuatoriano, dirigido y controlado por Ecuador a través de sus funcionarios gubernamentales. Las Demandantes sostienen que el objeto y las funciones de INECEL incluían aquellas reservadas generalmente a órganos estatales de regulación.

220. Las Demandantes alegan, entre otras cuestiones, que al liquidarse INECEL, el Procurador General asumió por ley la representación del Estado respecto a todos sus derechos y obligaciones.

221. A su vez, alegan las Demandantes la contradicción en que incurre la Demandada al invocar que INECEL gozaba prerrogativas especiales en los contratos que celebraba en función a su calidad de ente estatal.

*

* *

222. Ecuador argumenta que el TBI no se aplica al Contrato Seacoast, entre otras razones, porque el contrato no fue celebrado con el Estado sino con INECEL, una entidad autónoma con personalidad jurídica independiente del Estado.

223. Sostiene la Demandada que debe distinguirse entre las obligaciones asumidas por el Estado a título soberano de las obligaciones comerciales asumidas por INECEL bajo el Contrato Seacoast. Cita lo resuelto en recientes laudos del CIADI²³ en los que se afirma que no todo incumplimiento de un contrato resulta en un incumplimiento del TBI.

224. En su Dúplica Ecuador acepta que INECEL fue un organismo del sector público y que la mayoría de su Directorio estaba integrado por representantes o delegados oficiales. Reconoce también que INECEL estaba investido para ejercitar ciertas facultades públicas. Sin embargo argumenta Ecuador que por tener una personalidad jurídica separada, un patrimonio propio y autonomía de gestión, INECEL no debía confundirse con el Estado.

*

* *

225. El Tribunal encuentra que INECEL, tanto por su estructura institucional y composición como por sus funciones debe ser considerado, de conformidad con el derecho internacional general, como un órgano parte del Estado ecuatoriano. Sobre el particular son de aplicación las normas consuetudinarias codificadas por la CDI en su Proyecto sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos. Por lo tanto toda acción u omisión de INECEL en violación del TBI o de otras normas aplicables del derecho internacional general, son imputables a Ecuador y generan su responsabilidad internacional.²⁴

2. Hechos Alegados Como Posteriores a la Entrada en Vigor del TBI Sobre los que el Tribunal Ejerce Competencia

226. El Tribunal entiende que las Demandantes alegan principalmente como incumplimientos del TBI posteriores a su entrada en vigor, la mala fe y la discriminación de Ecuador en resolver las controversias planteadas a través de las acciones y omisiones asumidas por Ecuador en distintos ámbitos. Alegan en primer lugar la ilicitud frente al TBI de las acciones y omisiones de INECEL en la Comisión de Liquidación prevista en el Contrato.

227. En segundo lugar, y ante la frustración de los procedimientos previstos para la Comisión de Liquidación, las Demandantes alegan haber intentado solucionar las controversias planteadas a través de un acuerdo de arbitraje. Según las Demandantes, Ecuador prometió firmar un acuerdo de arbitraje pero renegó de hacerlo después de que se revocara el permiso de Seacoast para operar.

228. Las Demandantes también alegan que la revocación de ese permiso fue expropiatoria. A su vez sostienen que esa revocación fue usada por Ecuador para provocar y obtener la anulación de la única otra vía posible de remediar agravios a través de una acción judicial ante los tribunales ecuatorianos.

229. Por otra parte, las Demandantes alegan un continuo acoso a Seacoast y a su representante legal como parte de la política discriminatoria de Ecuador en perjuicio de Seacoast.

*

* *

230. El Tribunal entenderá sobre cada una de estas cuestiones planteadas por las Demandantes en razón de que, de conformidad con sus conclusiones sobre Competencia, todo acto u omisión imputable a Ecuador, posterior a la entrada en vigor del TBI, tiene en principio entidad suficiente para generar su violación y por lo tanto habilita la competencia de este Tribunal para entender sobre el fondo de esos reclamos.

231. Previo al análisis de esas cuestiones el Tribunal se referirá al contenido y a los alcances de las normas del TBI que las Demandantes consideran que fueron violadas por actos u omisiones imputables a la Demandada, para luego hacer referencia a la posición de esta última frente a esas normas del TBI.

3. Alegaciones Sobre las Violaciones del TBI

232. Las Demandantes fundamentaron su posición relativa a las cuestiones sobre las que el Tribunal decidió ejercer su competencia en los incumplimientos de la Demandada de las obligaciones impuestas por el TBI sobre: a) Trato justo y equitativo; b) Trato no discriminatorio o arbitrario; c) Plena protección y seguridad; d) Expropiación.

a. Trato justo y equitativo

233. Las Demandantes alegan que Ecuador violó la obligación exigida por el TBI de conceder a los inversores de la otra Parte contratante un trato no menor que el requerido de conformidad con los estándares del derecho internacional. Invocan el Artículo II(3)(a) que prescribe:

Las inversiones a las que se concederá siempre un trato justo y equitativo, gozarán de protección y seguridad plenas y, en ningún caso, se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional.

234. Las Demandantes afirman que el Artículo II (3)(a) establece una obligación de dar un tratamiento por lo menos tan favorable como el requerido por el derecho internacional a las inversiones de inversores extranjeros. Ese nivel internacional de tratamiento incluye un trato justo y equitativo y una completa seguridad y protección.

235. Según las Demandantes, la jurisprudencia del CIADI confirma que los estándares mínimos del derecho internacional son independientes de los derechos internos de los Estados receptores de una inversión. Citan al respecto el laudo en el caso *Genin c. Estonia* por el que el tribunal afirmó que en derecho internacional el requerimiento de un trato justo y equitativo es generalmente entendido como un trato que implica el respeto de un estándar mínimo básico diferenciado de los estándares de los derechos internos. Ejemplos de actos violatorios de ese trato serían, la negligencia intencional en el respeto de las obligaciones, la insuficiencia en el accionar por debajo de esos parámetros mínimos internacionales y aún la mala fe subjetiva.²⁵

236. Para las Demandantes, el trato justo y equitativo exigido por el TBI incluye la obligación de actuar de buena fe. La buena fe es entonces, para las Demandantes, un elemento esencial del trato justo y equitativo.

237. Para las Demandantes la obligación de actuar de buena fe implica el respetar las expectativas básicas sobre las que el inversor llevó a cabo su inversión. Citan el laudo en el caso *Tecmed* en el que el tribunal sostuvo que dentro de esas expectativas quedan incluidas el que el Estado se conduzca de manera coherente, en forma transparente y sin ambigüedades a fin de que el inversor pueda planificar sus actividades y ajustar su conducta a las exigencias de las leyes, las políticas derivadas de estas, a las prácticas relevantes y a las directivas administrativas.²⁶

238. Para las Demandantes la buena fe se relaciona con la seguridad jurídica en el sentido de que el inversor debe esperar que el gobierno actúe de tal manera que pueda asegurar sus propios derechos. El Estado no puede actuar caprichosamente para abusar de los derechos de los inversores y no puede obstruir el acceso a recursos independientes cuando sus derechos han sido violentados.

239. Las Demandantes alegan que la exigencia del tratamiento justo y equitativo también protege a los inversores de amenazas y otros abusos de autoridad por parte de oficiales del gobierno. Hacen referencia a la conclusión del tribunal en *Pope & Talbot* respecto a que una injustificada e invasiva auditoría del inversor ocurrió como resultado de la iniciación de un reclamo en el sistema del Tratado de Libre Comercio para América del Norte.²⁷

240. Para las Demandantes, la violación del trato justo y equitativo incluye el abuso de derecho en el ejercicio de los poderes de un Estado que puede manifestarse a través de la maliciosa aplicación del derecho. Citan sobre el particular al tribunal que intervino en el caso *Azinian c. Estados Unidos Mexicanos* al referirse a que existiría un cuarto tipo de denegación de justicia vinculado a una clara y maliciosa falta de aplicación del derecho.²⁸

b. Trato no discriminatorio o arbitrario

241. Las Demandantes invocan la violación por parte de Ecuador de la obligación de otorgar un trato no discriminatorio o arbitrario exigido por el TBI.

242. El Artículo II(3)(b) del TBI prescribe:

Ninguna de las partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el mantenimiento, la utilización, el usufructo, la adquisición, la expansión o la enajenación de las inversiones. Para los fines de la solución de diferencias, de conformidad con los Artículos VI y VII, una medida podrá tenerse por arbitraria o discriminatoria aun cuando una parte haya tenido o ejercido la oportunidad de que dicha medida se examine en los tribunales administrativos de una de las partes.

243. Para las Demandantes, siguiendo el precedente del caso *Lauder c. la República Checa*, existe un acto arbitrario imputable al gobierno cuando éste no actúa de acuerdo a la razón o a los hechos o al derecho.²⁹

244. Las Demandantes hacen referencia a lo expresado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *ELSI* a efectos de definir un acto arbitrario como “una intencional falta de respeto del debido proceso legal, un acto que conmueve o que por lo menos sorprende el propio sentido jurídico.”³⁰ Hacen referencia a precedentes arbitrales en los que un trato arbitrario por parte de la administración pública fue definido como un trato inequitativo independiente de la existencia de una denegación de justicia.³¹

c. Plena protección y seguridad

245. Las Demandantes afirman que el Artículo II(3)(a) del TBI expresamente se refiere a la obligación de las Partes contratantes de otorgar plena protección y seguridad a los inversores de la otra Parte contratante.

246. Sobre el particular las Demandantes citan el caso *CME c. la República Checa* en el que se sostuvo que “un gobierno está solamente obligado a dar la protección que es razonable en las circunstancias del caso.”³² Citan también, entre otros precedentes, al caso *AAP c. Sir Lanka* en el que se expresó que la diligencia debida no es ni más ni menos que el ejercicio de las medidas razonables de prevención que se esperan de un gobierno bien administrado bajo circunstancias similares.³³

d. Expropiación

247. Las Demandantes invocan la violación del Artículo III(1) del TBI que prescribe:

Las inversiones no se expropiarán ni nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización, salvo que ello se efectúe con fines de interés público, de manera equitativa y mediante pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 3 del Artículo II...

248. Las Demandantes citan la definición de expropiación utilizada por el Tribunal de Reclamaciones entre Irán y los Estados Unidos de América en el caso *Sola Tiles c. Irán* al expresar que un derecho no puede ser afectado a través de interferencias por parte de un Estado en su uso y goce que implique una privación del derecho fundamental de propiedad.³⁴

249. Siguiendo lo resuelto en *Pope & Talbot c. Canadá* las Demandantes afirman que para que un acto gubernamental pueda ser considerado como una expropiación ese acto debe sustancialmente haber privado al inversor de sus derechos fundamentales de propiedad y disposición de su propiedad.³⁵

*

* *

250. Ecuador al sostener que el derecho aplicable es el derecho ecuatoriano niega la posibilidad de aplicar el TBI o el derecho internacional a las cuestiones planteadas por las Demandantes. Sin embargo, Ecuador reconoce los alcances del trato justo y equitativo como obligación contenida dentro de los estándares mínimos exigidos por el derecho internacional. Hace referencia al contenido del derecho internacional consuetudinario en la materia y a su

carácter evolutivo, citando los precedentes en los casos *Genin*³⁶, *Mondev*³⁷, *Azinian*³⁸ y *ELSI*³⁹ para concluir que las presuntas alegaciones de las Demandantes basadas en actos posteriores a la entrada en vigor del TBI no tienen la naturaleza ni las características exigidas por el derecho internacional para ser considerados como actos arbitrarios, discriminatorios, que hayan sido producto de mala fe o de abierta negligencia, o que de alguna manera puedan considerarse por debajo de los estándares exigidos por el derecho internacional.

251. Ecuador no desconoce los alcances del Artículo III del TBI sobre expropiación pero rechaza su aplicación a los hechos alegados por las Demandantes.

*

* *

252. Sobre la base de las posiciones asumidas por las partes, el Tribunal toma nota de que éstas no discrepan sobre el contenido de las normas invocadas sino sobre sus alcances y efectos respecto a las situaciones y circunstancias objeto de las controversias planteadas. El Tribunal se referirá en primer lugar a cada una de las alegaciones de las partes sobre las cuestiones sobre las que tiene competencia. A continuación el Tribunal determinará, frente a cada planteamiento y en el contexto de sus circunstancias y particularidades, si existió o no violación del TBI.

4. La Alegación Sobre la Falta de Buena fe de Ecuador Respecto a los Actos y Omisiones de INECEL en la Comisión de Liquidación

253. Las Demandantes sostienen que tanto el Contrato Seacoast como la legislación ecuatoriana prevén la creación de una Comisión de Liquidación a fin de que las partes negocien de buena fe intentar resolver las diferencias emanadas de la ejecución del Contrato. Alegan que el tratamiento otorgado por Ecuador a Seacoast en la Comisión de Liquidación no fue un trato justo ni equitativo ni de buena fe. En consecuencia, Ecuador violó tanto normas del derecho internacional consuetudinario como del derecho ecuatoriano y del Contrato al no actuar de buena fe durante el proceso de liquidación.

254. La cláusula Décimo Séptima del Contrato establece que:

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. 17.01. Una vez concluido el plazo de duración de este Contrato o siempre que no haya sido posible continuar con las relaciones provenientes de este mismo instrumento, las partes, procederán a levantar una Acta de Liquidación, en la que constará de manera pormenorizada los aspectos técnicos y económico-contables del mismo, debiendo dejar constancia del volumen de potencia y energía suministrados en este lapso, los valores que por parte de INECEL haya pagado al Contratista, así como aquellos que tengan que entregársele, los que le daban ser deducidos o deba devolver, por cualquier concepto, aplicando los ajustes correspondientes. A este efecto, podrá procederse a las compensaciones a que hubiere lugar. Si no hubiere acuerdo para efectuar la liquidación del Contrato, se procederá en conformidad con los artículos ochenta y siete y ocho de la ley de Contratación Pública, en todo cuanto fuere aplicable. Esta acta de liquidación se considerará como el acta de entrega recepción y deberá ser suscrita por el representante del Contratista y a nombre de INECEL, comparecerá una comisión designada por el Gerente General, la misma estará constituida por el Director operativo del SIN, el Director de Planificación y Tarifas y un técnico que no haya intervenido en el proceso de ejecución de este Contrato. El Administrador de este instrumento, intervendrá como observador, aportando la información que corresponda. De ser necesario INECEL designará otros delegados para que a su nombre comparezcan a la suscripción del acta de liquidación prevista en esta cláusula. Los miembros de la Comisión que a nombre de INECEL suscriban el acta referida en esta cláusula, serán administrativamente, civil y penalmente responsables de los datos e información que consignen en la misma.

255. Las Demandantes interpretan la Cláusula Décimo Séptima del Contrato como generadora de una obligación para las partes en el Contrato de negociar de buena fe con el objeto de solucionar toda controversia relativa a la aplicación y ejecución del Contrato.

256. Las Demandantes afirman que Seacoast aceptó el establecimiento de la Comisión de Liquidación el 12 de agosto de 1996, es decir, después de la fecha que consideraba como la de terminación del Contrato. Alega que INECEL no activó el proceso de la Comisión previsto en el Contrato sino recién a partir del 7 de abril de 1997 con una demora de casi siete meses.

257. Las Demandantes alegan que Ecuador violó su obligación contractual de negociar de buena fe en la Comisión de Liquidación. Alegan también que INECEL no le dio a Seacoast una explicación razonada de su posición, mostrando así una mayor intransigencia.

258. Alegan asimismo que desde diciembre de 1997 la Comisión se ha mantenido inactiva respecto a los reclamos formulados por Seacoast y que dejó de existir alrededor del 31 de marzo de 1999.

259. Las Demandantes sostienen que la Comisión de Liquidación se reunió alrededor de once veces. Si bien las Demandantes aseguran que en distintas reuniones aceptaron algunas de las exigencias de INECEL, afirman que INECEL en ningún momento reconoció algún reclamo efectuado por Seacoast.

260. Las Demandantes sostienen que existió una promesa formulada por un delegado de INECEL en la Comisión de Liquidación que nunca fue cumplida. Dicha promesa se refería a una consulta dirigida al Procurador General sobre la validez del Contrato Aclaratorio en la que se permitiría a Seacoast conocer y comentar el contenido de la consulta antes de ser enviada.

261. Las Demandantes hacen expresa referencia a que la Comisión de Liquidación debía resolver diferencias relativas a la terminación del Contrato; a los reclamos de Seacoast relativos a facturas impagas y a las multas impuestas unilateralmente por INECEL a Seacoast.

262. En su Réplica, las Demandantes invocaron el reconocimiento por parte del Administrador del Contrato de las deudas por falta de pago del combustible.

*

**

263. Por su parte Ecuador alega que la Comisión de Liquidación no es un mecanismo de solución de controversias sobre interpretación y aplicación del Contrato sino que su función es liquidar cuentas pendientes. Afirma Ecuador que INECEL convocó la primera reunión de la Comisión de Liquidación. Esta quedó integrada recién el 16 de agosto de 1996 con la designación de los representantes de Seacoast, con posterioridad a la fecha en que esta última entendía que el Contrato había terminado.

264. Ecuador alega que INECEL no había activado los mecanismos previstos en la Comisión de Liquidación en razón de que el 28 de agosto de 1996 le fuera notificada la demanda judicial presentada por Seacoast, entendiéndose por lo tanto que las discrepancias entre las partes acerca del Contrato quedaban convertidas formalmente en una controversia judicial.

265. A su vez, sostiene Ecuador que como la demanda judicial permaneció inactiva, impulsó nuevamente las actuaciones de la Comisión de Liquidación en abril de 1997.

266. Ecuador alega la falta de transparencia de Seacoast por haberse presentado a las reuniones de la Comisión de Liquidación como titular de los derechos para cobrar cuentas pendientes a su favor derivadas del Contrato a pesar que en diciembre de 1996 había vendido esas cuentas a terceros. Esa falta de transparencia es alegada por Ecuador como un indicio de mala fe.

267. Ecuador sostiene que Seacoast evidenció su intención de no aceptar una liquidación que no se basara en el reconocimiento de sus reclamos judiciales. Ecuador considera que las liquidaciones presentadas por ambas partes no constituyeron otra cosa que una reiteración de sus respectivas posiciones. Afirma que las negociaciones de la Comisión de Liquidación concluyeron por decisión de Seacoast.

268. Rechaza Ecuador la existencia de una obligación incumplida supuestamente asumida en las negociaciones de la Comisión de Liquidación relativa a una consulta que debía formular al Procurador General sobre los alcances del Contrato Aclaratorio.

269. Asimismo Ecuador rechaza lo alegado por las Demandantes respecto a que el Administrador del Contrato habría reconocido en la Comisión de Liquidación el incumplimiento reclamado por Seacoast de los pagos de combustible. Sostiene Ecuador que las Demandantes se refirieron a un proyecto de acta que nunca fuera consentido por INECEL.

270. Ecuador afirma que quienes intervienen en la liquidación no pueden asumir la función de solucionar controversias y ninguna de las partes estaba autorizada para imponer a la otra su punto de vista sobre la liquidación.

*

**

271. El Tribunal toma nota de que en la primera reunión de la Comisión de Liquidación se acordaron los temas que debían considerarse para la liquidación del Contrato. Entre estos temas se incorporaron una serie de cuestiones relativas a diferencias surgidas con anterioridad a la entrada en vigor del TBI y relativos a la interpretación y aplicación del Contrato.

272. El Tribunal entiende que no se logró acuerdo respecto a las posiciones divergentes de cada una de las partes en cuanto a los efectos del Contrato Aclaratorio; la fecha para la iniciación del Contrato Seacoast y la fecha de su terminación; ni respecto a la característica del Contrato como generador de una obligación de “Take or Pay”.

273. El Tribunal entiende que a partir de la entrada en vigor del TBI en mayo de 1997, la falta de acuerdo respecto a cuestiones pendientes se manifestó en la negativa a firmar las minutas de alguna de las reuniones de la Comisión de Liquidación celebradas con posterioridad a esa fecha. En consecuencia, en diciembre de 1997, cada parte dio a conocer su propia propuesta de liquidación. Según Seacoast la suma total adeudada por INECEL al 30 de noviembre de 1997 ascendía a US\$19,753,874.00. Según la liquidación preparada por INECEL, Seacoast le adeudaba la suma de US\$1,104,486.00.

274. El Tribunal considera que las afirmaciones de las Demandantes relativas a que la liquidación definitiva del Contrato produce su terminación, al igual que las alegaciones de la Demandada relativa a que la liquidación es una etapa post-contractual, son irrelevantes a los efectos de determinar la violación del TBI frente a las alegaciones de la no observancia de un trato justo y equitativo y de un trato no discriminatorio por parte de Ecuador durante el proceso de negociación dentro de la Comisión de Liquidación con posterioridad a la entrada en vigor del TBI.

275. El Tribunal interpreta que la cláusula Décimo Séptima del Contrato establece un mecanismo para la liquidación del Contrato una vez concluido el plazo de su duración. La Comisión de Liquidación no tiene por objeto la implementación de un mecanismo para la solución de las controversias. Las posiciones intransigentes de ambas partes durante las reuniones de la Comisión fueron el reflejo de las posiciones asumidas por éstas ante la justicia ecuatoriana. La misma cláusula Décimo Séptima del Contrato preveía, ante la falta de acuerdo para efectuar la liquidación, la posibilidad de activar los recursos a disposición de ambas partes.

276. El Tribunal encuentra que de las actuaciones de la Comisión de Liquidación no pudo probarse, ni siquiera inferirse, la mala fe en el comportamiento de INECEL por no aceptar los reclamos de Seacoast.

277. El Tribunal entiende que la frustración de acordar una liquidación del Contrato se debió a la existencia previa de una controversia no resuelta entre las partes. Las Demandantes no pueden fundar la mala fe de INECEL, y por ende de Ecuador, en el no reconocimiento de sus pretensiones en el seno de la Comisión de Liquidación.

278. Las expectativas del inversor respecto a la exigencia de un trato justo y equitativo y de buena fe, de conformidad con el TBI, debe tener un correlato de legitimidad objetivo. La legitimidad de las expectativas del trato debido por parte del inversor extranjero protegido por el TBI no dependen de la mera intencionalidad de las partes, sino de la certeza sobre el contenido de las obligaciones exigibles.⁴⁰

279. En consecuencia, las legítimas expectativas de Seacoast sobre el resultado de las negociaciones en la Comisión de Liquidación no pueden estar desasociadas de los alcances y efectos legales de la norma aplicable, es decir, la cláusula Décimo Séptima del Contrato. Esta cláusula no genera una obligación de solucionar las controversias existentes entre las partes sobre la interpretación y aplicación del Contrato. El no haber logrado las partes una liquidación definitiva dentro de la Comisión de Liquidación no pudo generar un incumplimiento del trato justo y equitativo por parte de Ecuador sobre la base de una expectativa de Seacoast que no se legitima en una obligación exigible.

280. Asimismo, Ecuador no pudo fundamentar ni probar la mala fe de Seacoast en base a un presunto ocultamiento de información sobre la condición legal de ésta como representante y no como titular de los derechos contractuales sometidos a la Comisión de Liquidación.

5. La Revocación del Permiso de Seacoast para Operar y sus Efectos

281. Las Demandantes alegan que la revocación del permiso de Seacoast para operar fue un acto contrario al trato justo y equitativo exigido por el TBI. A su vez invocan dicha revocación como una causal de expropiación de su inversión.

282. Como consecuencia de la revocación de ese permiso, las Demandantes afirman que Ecuador violó su obligación de actuar de buena fe, contenida en el trato justo y equitativo, respecto a las negociaciones tendientes a lograr un acuerdo de arbitraje para solucionar las diferencias existentes.

283. También como consecuencia de esa revocación sostienen las Demandantes que Ecuador pidió y logró la anulación del procedimiento judicial iniciado por Seacoast ante los tribunales ecuatorianos, incumpliendo las obligaciones frente al inversor extranjero protegido por el TBI.

284. El Tribunal entenderá a continuación de cada una de estas alegaciones, comenzando por la que se refiere a la revocación del permiso.

a. La revocación del permiso

285. Según las Demandantes, Seacoast había recibido el 8 de febrero de 1999 una nota de la Superintendencia de Compañías notificando la cancelación de su permiso en razón de que había dejado de realizar actividades relacionadas con el propósito corporativo por el que había sido incorporada.

286. Si bien las Demandantes reconocen que Seacoast tenía conocimiento de algunos problemas administrativos con el permiso para operar, ésta no calculó que esos inconvenientes tenían conexión con su capacidad para invocar sus derechos. Así es que, según las Demandantes, Seacoast solicitó el 8 de febrero de 1999 la extensión del permiso para operar hasta la culminación del proceso de negociación de un acuerdo arbitral en curso.

287. Para las Demandantes, de conformidad con la ley ecuatoriana, la cancelación del permiso para operar no debería tener ningún efecto sobre la liquidación de sus asuntos, incluyendo la posibilidad de reclamar por las cuentas pendientes de cobro.

288. En este sentido, las Demandantes aclaran en su Réplica que no impugnan la facultad de la Superintendencia de Compañías para cancelar el permiso de Seacoast, puesto que de acuerdo a la legislación ecuatoriana continuaban teniendo personalidad jurídica para liquidar sus asuntos. Afirman que la cancelación del permiso adquirió una nueva dimensión a partir de los efectos provocados sobre las negociaciones de un acuerdo arbitral y sobre el procedimiento judicial.

289. Las Demandantes alegan que el permiso para operar es una licencia para invertir. Afirman que esa licencia es en sí misma una inversión y por lo tanto su revocación constituye una expropiación.

290. Para las Demandantes, el permiso para operar de Seacoast encuadra dentro de la definición de inversión del Artículo I del TBI. Por lo tanto, las acciones de Ecuador vinculadas a la cancelación de ese permiso implican una expropiación de conformidad con los precedentes jurisprudenciales de tribunales y cortes internacionales. Citando lo resuelto en el caso *Sola Tiles*, según fuera argumentado por el tribunal que intervino en *Pope & Talbot*, las Demandantes expresan que Ecuador interfirió en los derechos de Seacoast derivados de su permiso de operación. En consecuencia, afectó su derecho de propiedad al apoyarse ilegalmente en la revocación del permiso para denegar una solución arbitral y para rechazar la demanda judicial.

*

* *

291. Para Ecuador, el permiso de operación no puede considerarse una inversión pues en sí mismo no tiene contenido económico ni patrimonial. Sostiene que su revocación fue lícita y no afectó los derechos de Seacoast, ni los de las Demandantes. Sostiene Ecuador que Seacoast seguía siendo titular de todos sus derechos, entre los cuales no estaban ya las cuentas por cobrar que habían sido vendidas a las Demandantes. Lo que no podía Seacoast era actuar por medio de su representante legal en el Ecuador, puesto que su sucursal en el Ecuador había entrado en proceso de liquidación. Para Ecuador se trata, por consiguiente, de un problema de representación, no de titularidad de derechos.

292. Para Ecuador el permiso de operación es una simple certificación del trámite de domiciliación y es, por lo tanto, inseparable del establecimiento de una sucursal de la compañía extranjera en el Ecuador. El permiso de operación no tiene relación alguna con las licencias, permisos o concesiones a las que hacen referencia las Demandantes en su Réplica. Para la Demandada, la ley ecuatoriana exige para contratar con instituciones del sector público que la compañía extranjera esté previamente domiciliada en el Ecuador. Por lo tanto, no existe exigencia alguna relativa

a la obtención de algún permiso o autorización. Así es que una compañía extranjera puede realizar negocios en el Ecuador por medio de un agente o un apoderado, sin necesidad de domiciliarse.

293. Aún en el caso de que tales derechos tuviesen la calidad de inversión, Ecuador alega que la revocación del permiso para operar no produjo un menoscabo permanente de los derechos del inversionista, requisito exigido para la configuración de una expropiación.

294. Ecuador sostiene que la cancelación del permiso de operación de Seacoast se fundamentó, de conformidad a la Ley de Compañías, en el hecho de que la empresa había informado a la Superintendencia de Compañías que no tenía activos desde el 12 de julio de 1996, y por lo tanto no se encontraba realizando operaciones de ningún tipo en Ecuador.

295. Afirma Ecuador que el otorgamiento de un permiso de operación implica el reconocimiento por parte de la Superintendencia de Compañías de que una compañía extranjera mantiene dentro del territorio del Ecuador una sucursal y que está en aptitud de realizar habitualmente negocios en Ecuador; no se trata de una concesión estatal ni de un permiso para explotar o aprovechar bienes productivos o recursos del Estado.

296. Ecuador alega que, al considerar Seacoast que la declaración de caducidad del permiso era ilegal o arbitraria, debió haber recurrido ante los tribunales en lo Contencioso Administrativo a efectos de solicitar su impugnación, cosa que no hizo.

*

* *

297. El Tribunal entiende que, de los fundamentos invocados en la Resolución de la Superintendencia de Compañías (Resolución 99.1.2.1.00374) por la que se revoca el permiso de Seacoast, no surge elemento alguno que justifique calificar esa medida como violatoria *per se* del trato justo y equitativo ni que constituya una expropiación de conformidad con el TBI.

298. El Tribunal toma nota de que la Resolución de la Superintendencia de Compañías expresa entre sus considerandos que de los informes elaborados por la Dirección de Control de Auditoría e Intervención surge que la compañía Seacoast Inc. no estaba realizando ninguna actividad relacionada con el objeto social para el cual se domicilió, por lo que la sucursal se encontraba inmersa en la causal de cancelación del permiso de operación establecido en la Ley 31 reformativa de la Ley de Compañías.

299. Para el Tribunal el permiso para operar se relaciona básicamente con la necesidad de instalar, poner en funcionamiento y operar las plantas generadoras de electricidad. Seacoast, al momento de producirse la revocación de su permiso, había transferido sus derechos sobre las plantas por lo que no era la dueña ni operaba dichas plantas.

300. Dentro de los requisitos necesarios para que se configure una expropiación el Tribunal encuentra que, de conformidad con el Artículo III del TBI y con el derecho internacional general, debe necesariamente contemplarse la existencia de una interferencia sustancial por parte del Estado que afecte el uso y goce de la inversión protegida. En consecuencia, la falta de titularidad sobre la inversión relativa a la instalación y operación de las plantas restringe la posibilidad de alegar la revocación del permiso para operar como una expropiación.

301. Los hechos invocados en los considerandos de la Resolución de la Superintendencia de compañías corresponden con la información suministrada por Seacoast a las autoridades ecuatorianas. Seacoast fue informada oportunamente de la Resolución y si bien solicitó una extensión de sus efectos porque estaba negociando un compromiso arbitral, en ningún momento Seacoast cuestionó dicha Resolución.

302. Por otra parte el Tribunal entiende que Seacoast consintió la cancelación del permiso al no intentar un recurso de revisión de la medida administrativa que la afectaba. El hecho de alegar Seacoast que desconocía los efectos de la cancelación sobre la capacidad de su representante legal para actuar en juicios, no la inhibió para apelar la orden del juez del Juzgado Quinto en lo referente a los efectos de la cancelación del permiso respecto a la capacidad de litigar en defensa de sus alegados derechos o de sus representadas.

303. Dentro de las expectativas legítimas que Seacoast podría invocar como violatorias de un trato justo y equitativo y de buena fe, el Tribunal no puede considerar como relevante la mera invocación del desconocimiento de los efectos legales de la revocatoria o de la existencia de un recurso para impugnarla.

304. Asimismo, el Tribunal toma nota de que las Demandantes reconocen la facultad de la Superintendencia de Compañías para efectuar la revocatoria del permiso. Lo que en definitiva las Demandantes cuestionan es el efecto que esa revocatoria provocó sobre las negociaciones de un acuerdo arbitral y sobre la nulidad del procedimiento judicial iniciado ante la justicia ecuatoriana. En este contexto, el Tribunal encuentra que la alegación de que la revocatoria del permiso constituyó una expropiación carece de fundamento.

305. En consecuencia, el Tribunal encuentra que el accionar de las autoridades ecuatorianas al revocar el permiso de Seacoast para operar en Ecuador no constituyó en sí mismo un acto reñido con el derecho interno ni con el TBI. Sin embargo, la licitud de dicha revocatoria no autoriza al Tribunal a prejuzgar sobre la licitud o ilicitud de sus efectos frente a las obligaciones asumidas por Ecuador por el TBI en relación a las consecuencias de la revocatoria respecto a las negociaciones sobre un acuerdo arbitral y sobre la nulidad del procedimiento judicial.

306. El Tribunal pasa a analizar en ese orden estas alegaciones de las Demandantes relativas a los efectos y alcances de la revocatoria del permiso de Seacoast.

b. La alegación de las Demandantes sobre la mala fe de Ecuador ante la frustración de acordar un esquema de arbitraje para la solución de las cuestiones planteadas

307. Ante el fracaso de la Comisión de Liquidación, las Demandantes sostienen que Ecuador renegó de su promesa de someter la controversia al arbitraje y luego obstruyó el proceso judicial presentado ante los tribunales de Ecuador, negando la posibilidad de solucionar la controversia en foro alguno.

308. Según las Demandantes, Seacoast había sugerido al Procurador General del Ecuador recurrir al arbitraje privado bajo las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. Al respecto las Demandantes alegan que el Procurador General oficialmente opinó, por nota del 29 de enero de 1999, que el arbitraje era una manera preferible para resolver la controversia.

309. Según las Demandantes, desde abril de 1999 se realizaron negociaciones y se intercambiaron proyectos de esquemas de arbitraje sin que se llegara a celebrar un acuerdo arbitral.

310. Las Demandantes hacen referencia a un noveno proyecto de acuerdo arbitral que, habiendo sido aprobado por el Procurador General en el mes de junio de 1999, se encontraba a la espera de la firma del Presidente de la República. Continúan afirmando que en una reunión celebrada en Washington el 2 de agosto de 1999, los representantes de la Oficina del Procurador General informaron a los representantes de Seacoast sobre la imposibilidad de celebrar el antedicho acuerdo en razón de que el permiso de Seacoast para operar en Ecuador había sido revocado y por lo tanto no tenía personalidad jurídica.

311. Las Demandantes alegan que el 13 de agosto de 1999 el Procurador General Subrogante envió una nota a Seacoast confirmando que la firma del acuerdo de arbitraje no era posible con motivo de la cancelación de su permiso para operar.

312. Por otra parte, las Demandantes alegan que aunque Seacoast haya transferido los derechos sobre sus cuentas a cobrar continuaba siendo la responsable del cobro de esas cuentas y, por lo tanto, era la parte apropiada para la celebración del acuerdo arbitral.

313. En su Réplica las Demandantes sostienen que, contrario a lo que alegó la Demandada, no consideraban que tenían un derecho asegurado a recurrir a un arbitraje internacional. Lo que alegaban era la mala fe del Procurador General al rever su posición relativa a la celebración de un acuerdo arbitral.

314. Para las Demandantes, Seacoast realizó esfuerzos concertados para obtener apoyo público para lograr un acuerdo arbitral, pero dichos esfuerzos fueron en vano frente a la oposición de Ecuador. En su lugar, afirman las Demandantes, Ecuador respondió procurando la anulación de la demanda judicial de Seacoast e iniciando varios procedimientos contra Seacoast y contra sus representantes.

315. Las Demandantes sostienen que Seacoast ante esta situación consideró, en primer lugar, recurrir al arbitraje del CIADI presentando una Solicitud de Arbitraje contra Ecuador el 25 de marzo de 1998. Seacoast luego retiró su reclamo sobre la base de un no pre-juzgamiento con fecha 17 de abril de 1998, para finalmente presentar una nueva reclamación.

*

* *

316. Por su parte Ecuador sostiene que la Procuraduría General del Estado consideró que la exigencia de la domiciliación de una empresa extranjera era un requisito necesario para la celebración de un acuerdo de arbitraje. Afirma Ecuador que Seacoast nunca había manifestado que era un agente de cobro de derechos de terceros. Si Seacoast, MCI y New Turbine hubiesen procedido con transparencia, la revocatoria del permiso de operación de Seacoast, considerada en este caso como un requisito formal para suscribir el acuerdo, no hubiese podido oponerse a MCI y a New Turbine, porque afectaba única y exclusivamente a Seacoast y solamente en su capacidad para, en ese momento, suscribir un convenio arbitral con el Estado. Asimismo, sostiene Ecuador que Seacoast ya no era titular de los derechos a las cuentas por cobrar a las que los proyectos de acuerdos arbitrales hacían referencia porque los había vendido, entre otros, a las Demandantes en diciembre de 1996.

317. Ecuador sostiene que el derecho internacional no reconoce un derecho al arbitraje en ausencia del consentimiento necesario de las partes involucradas en la controversia.

*

* *

318. El Tribunal encuentra que la única evidencia aportada por las Demandantes en cuanto a una presunta promesa por parte de funcionarios ecuatorianos para lograr un acuerdo de arbitraje, se encuentra en la declaración del representante de Seacoast, Charles Moseley, y en correos electrónicos enviados por éste a otros miembros de Seacoast sobre la factibilidad, no la certeza, de la celebración de un acuerdo.

319. El Tribunal entiende que la nota del Procurador General de fecha 29 de enero de 1999, estaba dirigida a INECCEL en respuesta a un pedido de opinión sobre la factibilidad de un arbitraje. Del contenido de esta nota no surge obligación alguna relativa a la celebración de un acuerdo arbitral sino a la posibilidad de acordarlo de conformidad a la legislación ecuatoriana vigente.

320. El Tribunal encuentra que en la nota de fecha 13 de agosto de 1999 el Procurador General acompañó una copia de la Resolución de la Superintendencia de Compañías No 99.1.2.1.00374, de fecha 8 de febrero de 1999, en la que constaba que se había cancelado el permiso de operación concedido a Seacoast. La nota expresaba que “En las actuales circunstancias no cabe proseguir con el arbitraje, debido a los efectos de la cancelación del permiso de operación de la sucursal de la compañía, que de haberlo conocido con suficiente anterioridad, no habría dado curso a sus peticiones”.⁴¹

321. Para el Tribunal, la presunta obligación de Ecuador de negociar un acuerdo arbitral, consistiría en una obligación de medio y no de resultado. Sí existió una intención, ésta tenía por objeto negociar la posibilidad de acordar un arbitraje, no llegar a un acuerdo de arbitraje. De las evidencias producidas ante el Tribunal no se logró probar la mala fe del Procurador General por su negativa a celebrar un acuerdo arbitral.

322. Las expectativas de Seacoast respecto a la celebración de un acuerdo arbitral no pudieron legitimarse en un derecho adquirido a lograr ese acuerdo como consecuencia de una obligación asumida por Ecuador. Las Demandantes no probaron la existencia de la obligación por parte de las autoridades ecuatorianas de llegar a un acuerdo de arbitraje.

323. Para el derecho internacional general, toda obligación para someter una controversia que involucra a un Estado a una jurisdicción arbitral necesita inexorablemente de la existencia de un acuerdo. El acuerdo, que incluso puede ser verbal, necesita ser probado por la parte que lo alega.⁴²

324. Para el Tribunal, la frustración de las negociaciones para acordar un arbitraje no violó el estándar de trato justo y equitativo del TBI y, por lo tanto, no generó la responsabilidad de Ecuador frente a las eventuales expectativas de Seacoast para llegar a celebrar ese acuerdo.

325. Seacoast no podía ignorar que un acuerdo de arbitraje implicaba para Ecuador aceptar una excepción a la jurisdicción a favor de sus tribunales para solucionar la controversia planteada a esa fecha. Tampoco pueden las Demandantes alegar el desconocimiento de la autonomía de la voluntad del Estado para prestar o no su consentimiento en obligarse a través de un acuerdo de arbitraje. Todo lo que pudo probarse en el presente procedimiento arbitral fue una firme intención de Seacoast de lograr ese acuerdo y el reconocimiento del Procurador General sobre la factibilidad de su celebración de conformidad a la legislación interna ecuatoriana. Asimismo quedó probado que no existió obligación exigible a Ecuador para la celebración de un acuerdo arbitral sino para su negociación. Así lo reconocen las Demandantes al limitar sus reclamos a la mala fe del Procurador General en el

transcurso de las negociaciones y no en el incumplimiento de una obligación de llegar a un acuerdo de arbitraje. La mera posibilidad o intención de lograr un acuerdo arbitral no generó en sí misma una obligación exigible a Ecuador, ni en ella puede basarse una legítima expectativa de Seacoast ante la inexistencia de una obligación incumplida de llegar inexorablemente a la celebración de un acuerdo de arbitraje.

c. La anulación del procedimiento judicial

326. Para las Demandantes, la revocación del permiso de Seacoast fue el pretexto utilizado por Ecuador para negarle a Seacoast cualquier oportunidad de resolver su controversia. No sólo Ecuador utilizó este argumento para dejar de lado su promesa de firmar un acuerdo arbitral, sino que también buscó y obtuvo la nulidad del procedimiento judicial iniciado por Seacoast ante los tribunales ecuatorianos. Las Demandantes afirman que la demanda judicial que fuera iniciada varios años antes era la única opción que le quedaba a Seacoast para resolver sus controversias contractuales.

327. La demanda judicial fue presentada el 31 de julio de 1996 por Seacoast contra INECEL reclamando aproximadamente US\$25,000,000 en daños por incumplimiento del Contrato. Alegan las Demandantes que la demanda fue presentada a sugerencias del futuro Ministro de Economía del Ecuador para quién no podía llegarse a una solución de la controversia sin que Seacoast presentase un recurso judicial con anterioridad a que él tomara su cargo.

328. Según las Demandantes, después de que el 25 de septiembre de 1996 INECEL contestara la demanda, no hubo actuaciones de las partes por más de dos años en el procedimiento judicial. Las Demandantes sostienen que a Seacoast le interesaba fundamentalmente agotar los recursos en la Comisión de Liquidación y luego negociar un acuerdo arbitral bajo las Reglas de la CNUDMI.

329. Según las Demandantes, el 7 de agosto de 1999, el Procurador General formalizó una presentación ante el Juez del Juzgado Quinto en la que sostuvo que la cancelación del permiso de Seacoast implicaba la pérdida de la personalidad jurídica de Seacoast, a la vez que denunció que la demanda no había sido debidamente iniciada en razón de que faltaba una autorización firmada por el representante de Seacoast.

330. Las Demandantes afirman que el 1º de septiembre de 1999, el Señor Moseley notificó al tribunal su posición respecto a que la cancelación del permiso no implicaba la pérdida de la representación legal de Seacoast. Sostienen sin embargo que, de acuerdo a asesoramiento legal recibido por Seacoast, la alternativa de nulidad de la demanda presentada por el Procurador General y relativa a la falta de firma era técnicamente válida.

331. En consecuencia, Seacoast, el 23 de septiembre de 1999, solicitó al Juez que determinara si la demanda había sido válidamente iniciada y si el Señor Moseley continuaba siendo el representante legal de Seacoast. El 15 de octubre Seacoast comunicó al Juez que aceptaba una declaración de nulidad basada solamente en la presentación no apropiada de la demanda por parte de los abogados de Seacoast, pero no reconocía que hubiera perdido su representación legal. Así es que el Señor Moseley en un escrito dirigido al Juez expresó que, ratificando lo solicitado en su escrito anterior, "... de manera expresa me allano a dicha declaratoria y de antemano a su dictamen, en tal virtud, sírvase declarar la nulidad del juicio a partir de la demanda".⁴³

332. El 21 de octubre de 1999 el Juez decidió la nulidad del procedimiento judicial desde el día de su presentación. Para las Demandantes la decisión no distingue entre la nulidad basada en fundamentos técnicos consentidos por Seacoast, de la nulidad basada en las objeciones del Procurador relativas a la subsistencia de la personalidad legal de la sucursal de Seacoast.

333. Las Demandantes alegan que el 10 de octubre de 2002, el representante del Procurador General apeló la decisión del Juez y que el 12 de diciembre de 2002, la Corte Superior de Justicia de Quito declinó ejercer su competencia en razón de que la Procuración no era la parte agraviada en la sentencia apelada y no había fundamentado su apelación.

334. En su Réplica las Demandantes alegan, a contrario de lo sostenido por Ecuador, que Seacoast no había consentido la nulidad de la demanda sobre la base de su falta de personalidad jurídica. Sin embargo reconocieron que consintieron la nulidad del procedimiento judicial sobre la base de la falta de la firma del representante legal en la demanda. No obstante consideran las Demandantes que la decisión del Juez anulando la acción judicial se basó en el reconocimiento de las dos objeciones presentadas y alegadas por el Procurador General.

335. Las Demandantes en su Réplica reconocen que no impugnan la decisión del Juez sobre la nulidad de la demanda con fundamento en una denegación de justicia sino con fundamento en la mala fe del Procurador General al presentar objeciones formales a la demanda de Seacoast.

*

* *

336. Por su parte, Ecuador sostiene que a la fecha de entrada en vigor del TBI las Demandantes habían consentido que su reclamo contra INECEL fuera radicado ante los tribunales locales del Ecuador para que éstos resolvieran acerca de sus derechos litigiosos y contingentes, de haberlos.

337. Para Ecuador los jueces ecuatorianos no emitieron pronunciamiento alguno sobre la pertinencia o no de la alegación de la Procuraduría respecto de la incidencia de la revocatoria del permiso de operación en la continuación del juicio. Sostiene Ecuador que el fundamento de la decisión del juez era exclusivamente el acuerdo de partes.

338. Para Ecuador entonces, la anulación del juicio no se produjo como consecuencia de la revocación del permiso en sí, sino como consecuencia del acuerdo entre las partes con fundamento en el allanamiento expreso de Seacoast a la petición de la parte Demandada. La anulación del procedimiento judicial no implica, según Ecuador, una denegación de justicia por arbitrariedad judicial.

339. Ecuador afirma que la revocatoria del permiso de operación, en el peor de los casos, pudo haber limitado temporalmente la capacidad de actuación del agente, pero no el derecho de las Demandantes, MCI y New Turbine, de actuar directamente, para lo cual no habrían requerido ni domiciliación, ni permisos. De la misma manera como han canalizado este reclamo, por sí mismas, podían reclamar ante los tribunales ecuatorianos competentes. Si podían hacerlo quería decir que sus legítimas expectativas, las ajustadas a derecho, no se habían visto en modo alguno frustradas ni limitadas por la liquidación de la sucursal de Seacoast en Ecuador.

*

* *

340. De las alegaciones y documentación aportadas por las partes, el Tribunal constata que el 23 de marzo de 1999, como consecuencia de la liquidación de INECEL, la Oficina del Procurador General tomó la defensa en el proceso judicial iniciado por Seacoast.

341. Asimismo el Tribunal toma nota de que, en aplicación de resoluciones relativas a la administración de justicia, el Tribunal Administrativo que entendía en la causa de referencia, la transfirió el 12 de abril de 1999 al Juez del Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha.

342. El Tribunal encuentra que la demanda presentada por Seacoast se refería a la impugnación de un Oficio del Gerente General de INECEL por el que éste declaró que el Contrato celebrado entre Seacoast e INECEL, de fecha 7 de noviembre de 1995, terminó el 26 de mayo de 1996. Seacoast demandó asimismo por el pago del valor de la energía disponible, dentro de la modalidad del Contrato "Take or Pay"; el pago de los valores por combustible consumido que INECEL no hubiera satisfecho; la devolución de los valores indebidamente retenidos por multas impuestas por INECEL; el pago de intereses; y el pago de todos los daños y perjuicios ocasionados.⁴⁴

343. El Tribunal toma nota que en la contestación de la demanda presentada el 25 de septiembre de 1996 INECEL respondió las cuestiones planteadas e invocó la falta de representación legal de Seacoast y la falta de firma por parte del apoderado legal de Seacoast.

344. El Tribunal entiende que la decisión del Juez del Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha se pronunció en los primeros considerandos de su Orden, sobre la ilegitimidad de la personería jurídica del Señor Charles Moseley en el proceso. A su vez el Juez, en los últimos considerandos de esa Orden, sostuvo "6) Que es relevante el último escrito...presentado por el Ing. Charles Moseley Hall, representante legal de SEACOAST INC y de SEACOAST INC, sucursal en Ecuador en el que de manera expresa se allana a la declaratoria de nulidad alegada por la Procuraduría General del Estado; y, 7) que esta situación jurídica anotada en estos considerandos conlleva el haberse omitido una de las solemnidades sustanciales que definitivamente influye en la decisión de la causa, razón por la cual con fundamento en la causal 3ª del Art. 355 del Código de Procedimiento Civil, se declara la nulidad de todo lo actuado, esto es a partir de la presentación de la demanda y sin lugar a reposición."⁴⁵

345. En consecuencia, el Tribunal asume que el Juez del Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha se expidió a favor de las dos objeciones alegadas por el Procurador General en su escrito reclamando la nulidad de la demanda presentada por Seacoast.

346. El Tribunal encuentra cierta confusión en los fundamentos avanzados por el Juez sobre los efectos de la revocatoria en cuanto a la legitimación del representante legal de Seacoast para actuar en juicio. Así es que de la misma decisión del Juez del Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha surge que el Señor Moseley no tenía la representación legal de Seacoast, pero a su vez, en los apartados 6) y 7) de esa decisión, el juez tomó como válido el allanamiento del Señor Moseley respecto a la falta de firma de la demanda a efectos de determinar la nulidad del procedimiento. El Tribunal toma nota del hecho de que si el Señor Moseley no era más el representante legal de Seacoast, su allanamiento no podría haber provocado el desistimiento válido de la acción de Seacoast.

347. El Tribunal toma nota de la apelación de la Orden del Juez del Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha, por parte de la Oficina del Procurador General de fecha 10 de octubre de 2002.

348. El Tribunal entiende que sobre dicha apelación la Corte Superior de Justicia de Quito estableció que quién puede interponer recurso de apelación de una providencia es la parte a la cual la providencia le causa gravamen irreparable. En este sentido, la Corte encontró que la providencia afectaba a Seacoast Inc. y que ésta no había interpuesto recurso alguno del auto de nulidad. En consecuencia, la Corte declaró que carecía de competencia para entender de la apelación sustanciada por el Procurador General.⁴⁶

349. El Tribunal sostiene que dentro de las alegadas legítimas expectativas de un inversor frente a los comportamientos exigibles a un Estado receptor no pueden incluirse las meras apreciaciones subjetivas sobre la imposibilidad de lograr una solución viable a través de los recursos judiciales internos del Estado cuando esos recursos ni siquiera fueron propiamente activados. Seacoast aceptó la nulidad de la acción judicial que contenía sus reclamos sobre los incumplimientos contractuales de INECCEL y no apeló los fundamentos o parte de los fundamentos de la Orden de nulidad emitida por el Juez ecuatoriano con jurisdicción para dirimir las controversias planteadas. En definitiva, Seacoast consintió la declaración de nulidad de su acción judicial. Tampoco Seacoast demostró interés en constatar las posibilidades de presentar una nueva demanda en nombre de las titulares de los derechos transferidos por ella, es decir en nombre de las Demandantes en el presente caso.

350. Es evidente para el Tribunal que Seacoast a través de sus acciones y omisiones desistió de la acción judicial iniciada ante los tribunales ecuatorianos. Sin embargo ese comportamiento no prejuzga sobre la viabilidad de futuras acciones o recursos.

351. El Tribunal entiende que por el hecho de no haber sido cuestionada parcialmente la Orden de nulidad por la parte agraviada, o al no haberse intentado presentar una nueva demanda, las Demandantes no se encuentran inhibidas de recurrir ante la justicia ecuatoriana en la defensa de sus alegados derechos.

352. El Tribunal toma nota de que las afirmaciones de las partes contenidas en el procedimiento de arbitraje, expresan, en determinadas circunstancias, el reconocimiento de una obligación pre-existente o generan una nueva obligación exigible por la otra parte. Así es que en el caso *Joy Mining c. Egipto*, el tribunal decidió que la demandada estaba obligada por la declaración de su consejero, expresada durante la audiencia oral, a dar fiel cumplimiento al procedimiento CNUDMI acordado en el contrato y que el laudo sería la base sobre la que se dispondría o no la liberación de la garantía bancaria objeto de la disputa.⁴⁷ En igual sentido, el Comité *ad hoc* en el caso *CMS c. República Argentina* decidió la suspensión de la ejecución del laudo sobre la base de una declaración del agente de la demandada por la que se comprometía a dar fiel cumplimiento a lo resulto en la decisión sobre anulación.⁴⁸

353. En este contexto, lo expresado por la Demandada sobre los recursos judiciales disponibles en Ecuador⁴⁹ es interpretado por el Tribunal como el reconocimiento formal de la existencia de un derecho de las Demandantes a recurrir a los tribunales ecuatorianos. En consecuencia, las Demandantes podrán reclamar ante la justicia ecuatoriana respecto a todas aquellas divergencias sobre las que el Tribunal, en su Decisión sobre Competencia, resolvió que no tenía competencia.

6. Hostigamiento de Ecuador Sobre los Representantes de Seacoast

354. Las Demandantes sostienen que la cancelación del permiso de operación fue parte de una campaña más amplia de Ecuador para contrarrestar los intentos de Seacoast de asegurar sus derechos. Afirman que en el plazo de unas pocas semanas desde que fue requerida la nulidad del proceso judicial, Ecuador amenazó a Seacoast con una auditoría impositiva, comenzó a investigar a su representante legal y la demandó judicialmente a través de un recurso presentado por la compañía petrolera de su propiedad.

355. Al respecto, alegan las Demandantes que el 22 de julio de 1999, días después de la publicación de su solicitada de reclamos en los diarios de Quito, el Ministerio de Trabajo le informó a Seacoast que los dividendos que

corresponde pagar a los empleados, de conformidad con el Código Laboral, debían ser distribuidos antes del 31 de marzo de cada año y que el incumplimiento de esta obligación resultaría en la aplicación de penalidades.

356. Sostienen asimismo que un representante del Ministerio de Trabajo se presentó sin previo anuncio en las oficinas de Seacoast para inspeccionar documentación de dos empresas de viajes —representadas por el Señor Moseley y su Señora— con las que Seacoast compartía oficinas; y que el 8 de agosto de 1999 un representante de la Oficina de la Seguridad Social se presentó en la casa del Señor Moseley para investigar la relación laboral de su empleada doméstica. También alegan que el 16 de agosto de 1999 la compañía de petróleo de Ecuador, a pesar de que la controversia sobre los cargos sobre los combustibles se encontraba inactiva, inició un procedimiento para el cobro de penalidades, advirtiendo, días más tarde que podía llegar a embargar sus bienes.

357. Las Demandantes consideran como parte de ese acoso la amenaza de una auditoría impositiva a Seacoast.

358. Las Demandantes sostienen que estos eventos no son mera coincidencia sino parte de una política de discriminación a la que fue sometida Seacoast desde que realizó su primera inversión en Ecuador.

359. Resumen las Demandantes que en estas circunstancias, después de la anulación del proceso judicial el 21 de octubre de 1999, Seacoast decidió que nuevos esfuerzos para continuar con sus reclamos en Ecuador serían estériles. Afirman que, desde la constitución de la Comisión de Liquidación en agosto de 1996, Seacoast intentó resolver sus controversias contractuales con Ecuador en la Comisión de Liquidación a través de la negociación de un acuerdo arbitral y en los tribunales internos sin obtener resultado alguno.

360. Las Demandantes concluyen que Seacoast creyó razonablemente que el gobierno a través de sus actitudes, entre fines de julio y principios de agosto de 1999, le envió el mensaje de que no era bienvenida en Ecuador y que no obtendría justicia en sus tribunales.

*

* *

361. Por su parte, Ecuador alega que el ejercicio de las atribuciones estatales previstas en la ley para la vigilancia de las obligaciones laborales y fiscales no constituye persecución ni hostigamiento en cuanto dichas medidas puedan ser en sí mismas objeto de revisión judicial.

362. En cuanto a la auditoría impositiva solicitada por la Superintendencia de Compañías en su Resolución declarando la caducidad del permiso de Seacoast, Ecuador manifiesta que constituye el fiel cumplimiento de un requisito exigido por la legislación vigente. Rechaza a su vez las alegaciones relativas a que la activación de recursos judiciales pueda ser considerada como un hostigamiento.

*

* *

363. Sobre el alegado hostigamiento por cuestiones laborales por parte de las autoridades ecuatorianas, el Tribunal entiende, de la simple lectura de la nota del 22 de julio de 1999, que esa nota expresa una simple citación de rutina del Ministerio de Trabajo a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en los Artículos 105, 626 y 627 del Código de Trabajo. El Artículo 105 se refiere al plazo para el pago de utilidades y prevé ante el incumplimiento del plazo la imposición de multas impuestas de conformidad con lo previsto por el Artículo 626 de ese Código.

364. El Tribunal, ante la alegación de las Demandantes sobre la presencia de un inspector en las oficinas compartidas de Seacoast con dos empresas de turismo y la presencia de otro inspector en la casa del Señor Moseley, entiende que no representan evidencias significativas de una conducta sistemática de discriminación en razón de que en el Memorial de Demanda se afirmó que días después de esos eventos, la Oficina de Seguridad Social expidió un certificado en el que hizo constar que Seacoast no tenía obligaciones pendientes.

365. Respecto a las amenazas de auditorías, el Tribunal encuentra que en la nota del 13 de agosto de 1999 el Procurador General se refirió a los reclamos de Seacoast concernientes a las deudas mantenidas por Seacoast con el Servicio de Rentas Internas (SRI). En dicha nota el Procurador expresó que "...la propia Resolución de la Superintendencia de Compañías, manda que sea notificado el Director General del SRI, para los fines de la auditoría de impuestos de la Sucursal de Seacoast Inc. en el Ecuador que el SRI practicará de inmediato por los ejercicios económicos de 1996, 1997 y 1998, incluyéndose la venta de las participaciones de Seacoast en Ecuapower, así como el traspaso de los activos celebrado entre ellas."⁵⁰

366. El Tribunal toma nota de que las auditorías sobre las que se informa en la Resolución de la Superintendencia de Compañías de febrero de 1999 presuponen un trámite de rutina conexas a la revocatoria del permiso. De la información contenida en dicha Resolución no puede inferirse un trato injusto o inequitativo, arbitrario o discriminatorio que vulnere los estándares del derecho internacional general exigibles por el Artículo II(3)(a) del TBI. Aún más, de la documentación aportada por las partes no se prueba que dichas auditorías fueran realizadas o que habiendo sido realizadas provocaron la violación de aquellos estándares del derecho internacional.

367. Finalmente, el Tribunal encuentra que el reclamo de deudas consideradas como impagas por parte de la empresa estatal de petróleo no constituye un acto discriminatorio ni arbitrario. De la simple lectura de la nota por la que se reclaman dichos pagos el Tribunal entiende que ese requerimiento encuadra dentro de la actividad normal y rutinaria de la administración pública. Aún más, la mención de eventuales embargos ante el incumplimiento de las deudas vencidas surge de la propia normativa vigente. De la documentación aportada por las partes no surgen constancias de la ejecución de la deuda o de la constitución de embargos que pudieran haber afectado los derechos de las Demandantes a un tratamiento justo y equitativo protegido por el TBI.

368. Respecto a las afirmaciones de las Demandantes en cuanto a que Seacoast entendió que no encontraría justicia en las cortes ecuatorianas, el Tribunal entiende que esas apreciaciones subjetivas ponen de manifiesto un cierto grado de negligencia que afectó la toma de decisiones por parte de Seacoast en cuanto a la eventual solución de los conflictos planteados.

369. El Tribunal observa que el trato justo y equitativo obliga convencionalmente a los Estados parte del TBI a respetar los estándares de tratamiento requeridos por el derecho internacional. El derecho internacional mencionado por el Artículo II del TBI se refiere al derecho internacional consuetudinario, es decir a la práctica reiterada, general y constante de los Estados respetada por éstos con conciencia de su obligatoriedad. El trato justo y equitativo es entonces la expresión de una norma de derecho. Un trato injusto o inequitativo, al igual que un trato arbitrario, es aquel al que el Tribunal podrá razonablemente reconocer como un acto contrario a derecho.⁵¹

370. En este sentido, el trato justo y equitativo no puede confundirse con la aplicación de la regla *ex aequo et bono* que presupone un ejercicio amplio de la discrecionalidad de los árbitros en la búsqueda de una solución a la controversia planteada. En el caso *Mondev* el tribunal sostuvo que:

*... Article 1105(1) did not give a NAFTA tribunal an unfettered discretion to decide for itself, on a subjective basis, what was 'fair' or 'equitable' in the circumstances of each particular case... the Tribunal is bound by the minimum standard as established in State practice and in the jurisprudence of arbitral tribunals. It may not simply adopt its own idiosyncratic standard of what is 'fair' or 'equitable', without reference to established sources of law.*⁵²

371. El Tribunal concluye que las acciones alegadas por las Demandantes como un continuo hostigamiento de Ecuador contra Seacoast evidencian una actitud inamistosa que, evaluada individualmente o en su conjunto, no configuran un trato injusto o inequitativo, discriminatorio o arbitrario en violación de los parámetros establecidos por el derecho internacional receptados en el TBI.

IV. Costas

372. Conforme a un criterio de razonabilidad y prudencia, el Tribunal, no teniendo fundamento válido para apartarse de los precedentes y tendencias generalizadas sobre distribución de costas y gastos incurridos en el procedimiento de arbitraje, entiende que cada parte deberá sufragar sus propias costas y gastos de representación y que las partes deberán sufragar por mitades las costas y gastos incurridos por el Centro en relación al presente procedimiento de arbitraje referente tanto a la competencia como al fondo.

V. Decision

373. Por todas las razones antes expuestas, el Tribunal decide:

- a. Acoger la excepción principal de la Demandada sobre la competencia del Tribunal relativa a la irretroactividad del TBI;
- b. Rechazar las demás excepciones a la competencia del Tribunal y en consecuencia establecer su competencia para entender de todas aquellas violaciones al TBI alegadas por las Demandantes como imputables a la Demandada por actos y omisiones posteriores a la entrada en vigor del TBI;

c. Rechazar los reclamos de las Demandantes sobre los que el Tribunal previamente decidió que tenía competencia, por entender que no se probó la violación de los estándares de trato justo y equitativo, incluyendo la obligación de actuar de buena fe, ni los estándares del trato no-discriminatorio o no-arbitrario exigidos por el TBI a Ecuador en su condición de Estado Parte.

d. Rechazar el reclamo de las Demandantes relativo a la expropiación de sus derechos sobre la inversión como consecuencia de la revocación del permiso de Seacoast para operar en Ecuador.

e. Tomar nota formalmente de las afirmaciones de los abogados de la Demandada relativas al derecho de las Demandantes de accionar judicialmente ante los tribunales ecuatorianos para dirimir las controversias existentes sobre los incumplimientos contractuales alegados por estas.

f. Cada parte pagará por partes iguales las costas y gastos incurridos en el procedimiento de arbitraje incluyendo competencia y fondo.

g. Cada parte se hará cargo de sus propias costas y gastos de representación incurridos en el procedimiento de arbitraje sobre competencia y fondo.

Hecho en Washington, D.C., en castellano e inglés, siendo ambas versiones igualmente auténticas.

[Firmado]

Juez Benjamín J. Greenberg, Q.C.

Arbitro

Fecha: 16 de julio de 2007

[Firmado]

Profesor Jaime Irrazabal C.

Arbitro

Fecha: 18 de julio de 2007

[Firmado]

Profesor Raúl E. Vinuesa

Presidente

Fecha: 26 de julio de 2007

Footnotes

¹ Los señores Volterra y Escobar se unieron luego a la firma de abogados Lathman & Watkins, Londres.

² Accesible en <http://www.ejil.org/journal/Vol12/No5/art2.html>.

³ *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. U.K.)*, Jurisdiction (1924), *PCIJ Series A*, Nº 2, p. 11; *Northern Cameroons (Cameroons v. United Kingdom)*, Judgment (1963), *ICJ Reports 1963*, p. 27; *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, Advisory Opinion (1988), *ICJ Reports 1988*, p. 27.

⁴ *Jan de Nul N.V. v. The Arab Republic of Egypt* (Caso CIADI No. ARB04/13), Decisión del Tribunal sobre excepciones a su competencia del 16 de junio de 2006, párra. 127.

⁵ *Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt* (Caso CIADI No. ARB/05/19), Decisión del Tribunal sobre excepciones a su competencia del 17 de octubre de 2006, párra. 53.

- ⁶ Crawford, J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002, p. 135 y ss.
- ⁷ *Ibid*, p. 141 y ss.
- ⁸ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2), Laudo del 29 de mayo de 2003, disponible en <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/laudo051903FINAL.pdf>>.
- ⁹ Crawford, J., *op. cit.*, p. 136, párra. (3).
- ¹⁰ *Ibid*, p. 144, párra. (11).
- ¹¹ *Ibid*, p. 134, párra. (9).
- ¹² El tribunal sostuvo que: “Nor do Articles 1105 or 1110 of NAFTA effect a remedial resurrection of claims a Canadian investor might have had for breaches of customary international law occurring before NAFTA entered into force. It is true that Articles 1105 and 1110 have analogues in customary international law. But there is still a significant difference, substantive and procedural, between a NAFTA claim and a diplomatic protection claim for conduct contrary to customary international law”, *Mondev International Ltd. v. United States of America* (Caso CIADI No. ARB(AF)99/2), Laudo del 11 de octubre de 2002, párra. 74.
- ¹³ *Tecmed*, párra. 70.
- ¹⁴ *Aristotelis A. Megalidis v. Turkey*, 8 Recueil des Decisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes (1927–1928).
- ¹⁵ Tratado de Lausana, Artículo 66.
- ¹⁶ *Opel Austria v. EU Council*, Case T–115/94; página 1 [1997] All ER, 90, 97.
- ¹⁷ *Ibid*, párra 94.
- ¹⁸ Crawford, J., *op. cit.*, p. 135.
- ¹⁹ *Ibid*, p. 144, párra. (11).
- ²⁰ *Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 18/03/1965, 1 ICSID Reports, p. 28.
- ²¹ *Conforme Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia* (Caso CIADI No. ARB/81/1), párra. 38; *Azurix Corp. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12), párra. 76; *Pope & Talbot Inc. v. the Government of Canada*, párra. 25; *Maffezini c. Reino de España*, párra. 69.
- ²² *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3), Decisión sobre la Anulación del Comité *ad hoc* de fecha 3 de julio de 2002, párra. 55.
- ²³ *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8), Laudo del 12 de mayo de 2005, disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/CMS_Laudo.pdf>, párra. 269 y ss.; *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan* (Caso CIADI No. ARB/03/3), Decisión sobre Jurisdicción del 22 de abril de 2005 disponible en <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/impregilo-decision.pdf>>, párra. 220 y ss.
- ²⁴ Véase, Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Artículo 5.
- ²⁵ *Alex Genin et al. v. the Republic of Estonia* (Caso CIADI No. ARB/99/2), Laudo del 25 de junio de 2001, disponible en <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/genin.pdf>>.

- ²⁶ *Tecmed*, párra. 154.
- ²⁷ *Pope & Talbot*, Laudo sobre el fondo, Segunda Fase del 10 de abril de 2001, párra. 181, disponible en <<http://www.investmentclaims.com/decisions/Pope-Canada-Award-10Apr2001.pdf>>
- ²⁸ *Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca c. los Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2), Laudo del 1 de noviembre de 1999, disponible en <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/azinian.pdf>>, párra. 103.
- ²⁹ *Ronald S. Lauder v. the Czech Republic*, Decisión final del 3 de septiembre de 2001, disponible en <<http://www.investmentclaims.com/decisions/Lauder-Czech-FinalAward-3Sept2001.pdf>>, párra. 308.
- ³⁰ *Case Concerning Elettronica Sicula (ELSI)*, Judgment, *ICJ Reports 1989*, disponible en <<http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6707.pdf>>, p. 76, para. 128. (Traducción del Tribunal).
- ³¹ *Pope & Talbot*, párra. 177–181; *Mondev*, párra. 125.
- ³² *CME Czech Republic B.V. v. the Czech Republic*, Laudo Parcial, 13 de septiembre de 2001, disponible en <<http://www.investmentclaims.com/decisions/CME-Czech-PartialAward-13Sept2001.pdf>>, párra. 353. (Traducción del Tribunal).
- ³³ *Asian Agricultural Products Ltd. v. the Republic of Sri Lanka* (Caso CIADI No. ARB/87/3), Laudo del 27 de junio de 1990, disponible en <<http://www.investmentclaims.com/decisions/AsianAgricultural-SriLanka-FinalAward-27Jun1990.pdf>>, párra. 558.
- ³⁴ *Sola Tiles v. Iran* (1987) Iran US C.T.R., párra. 29.
- ³⁵ *Pope & Talbot Inc. v. the Government of Canada*, Laudo interino del 26 de junio de 2000, disponible en <<http://www.investmentclaims.com/decisions/Pope-Canada-InterimAward-26June2000.pdf>>, párra. 103.
- ³⁶ *Genin*, párra. 367.
- ³⁷ *Mondev*, párra. 125.
- ³⁸ *Azinian*, párra 99, citado en *Mondev*, párra. 126.
- ³⁹ *ELSI*, párra. 128; citado en *Mondev*, para. 127.
- ⁴⁰ *MTD Equity Snd. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile*—Procedimiento de Anulación (Caso CIADI No. ARB/01/7), Decisión sobre Anulación del Comité *ad-hoc* del 21 de marzo de 2007, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/MTD-Chile_Ad_Hoc_Committee_Decision.pdf>, párra. 67, “En principio, las obligaciones del Estado receptor hacia los inversionistas extranjeros derivan de los términos del tratado de inversión aplicable y no de algún conjunto de expectativas que los inversionistas puedan tener o reclamar. Un tribunal que busca deducir a partir de dichas expectativas un conjunto de derechos distintos de aquellos contenidos en, o que pueden hacerse cumplir bajo, el TBI bien podría extralimitar sus facultades y, si la diferencia fuese sustancial, podría excederlos manifiestamente.”
- ⁴¹ Nota Oficio 06767 del 13 de agosto de 1999 dirigida a Seacoast Inc. por el Procurador General del Estado Subrogante, párra. 5.
- ⁴² *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan* (Caso CIADI No. ARB/02/13), Laudo del 31 de enero de 2006, disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SalinivJordanAward_IncludingAnnex.pdf>, párra 70, “Es un principio de derecho reconocido que la demandante debe probar los hechos en los que se basa su reclamo ‘*Actori incumbat probatio*’”(Traducción del Tribunal).

- ⁴³ Escrito presentado por el Ingeniero Charles Moseley Hall y la abogada Yolanda Vinueza, representante legal de Seacoast, ante el Juez Quinto de lo Civil de Pichincha, Mat. 1726–Quito, párra. 3.
- ⁴⁴ Demanda presentada por Seacoast ante el Honorable Tribunal Distrital No. 1 en la Primera Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, 31 de julio de 1996.
- ⁴⁵ Considerandos 6 y 7 de la decisión de fecha 21 de octubre de 1999, Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha.
- ⁴⁶ Decisión de la Corte Superior de Justicia de Quito en el juicio civil No 194–2000 que sigue Seacoast en contra de INECEL de fecha 12 de diciembre de 2000.
- ⁴⁷ *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt* (Caso CIADI No. ARB/03/11), Laudo sobre jurisdicción del 6 de agosto de 2004, disponible en < <http://www.worldbank.org/icsid/cases/joy-mining-award.pdf> >, párra. 95.
- ⁴⁸ *CMS Gas Transmssion Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8)—Procedimiento de Anulación, Decisión sobre la solicitud de la República Argentina de mantener la suspensión de ejecución del laudo (1 de septiembre de 2006), párra. 49.
- ⁴⁹ Dúplica de la Demandada, párra. 200.
- ⁵⁰ Nota Oficio 06767 del 13 de agosto de 1999 dirigida a Seacoast Inc. por el Procurador General del Estado Subrogante.
- ⁵¹ *Tecmed*, párra. 102.
- ⁵² *Mondev*, párra. 119.