

Naturaleza Jurídica de la Cláusula de Solución de Controversias de los Contratos de Prestación de Servicios Petroleros en el Ecuador

Leonardo Sempértegui V.¹

Sumario

1. Introducción. 2. Acercamiento del arbitraje a la industria energética. 3. Consolidación del arbitraje en la industria petrolera nacional. 4. Solución de Controversias en el contrato petrolero 2010 – 2011. 5. Cláusula de Solución de Controversias en el nuevo modelo contractual. 5.1. Negociaciones Directas Obligatorias. 5.2. Mediación Facultativa. 5.3. Consultoría. 5.4. Arbitraje. 5.5. Sede judicial. 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia de la Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos, se desencadenó un proceso de modificación contractual para acoger el nuevo modelo de relación Estado – Operador que dicha reforma instituyó. Ese fue el momento adecuado para introducir también otras reformas a la relación entre las partes, específicamente en lo relativo a la solución de contro-

1. Leonardo Sempértegui es abogado ecuatoriano, con su título profesional de Abogado obtenido en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y Maestría en Derecho por *University of Texas at Austin*. Socio del Estudio Jurídico Sempértegui Ontaneda Abogados. Profesor universitario. Abogado especializado en temas relacionados con Derecho Administrativo, Derecho Petrolero y Derecho de la Competencia. Becario Fulbright. Agradezco a Julián Pástor por su importante aporte en la investigación para esta monografía y la gentil colaboración del Registro de Hidrocarburos para la revisión de los contratos incluidos. Contactar al autor a LSV@sempertegui.com

versias, en virtud de lo dispuesto en la Constitución de la República de 2008 así como de otras normas legales que entraron en vigencia en el proceso.

Este texto pretende hacer una revisión general de la naturaleza jurídica, estructura y potenciales alcances de la nueva cláusula de solución de controversias incorporada en los contratos modificatorios a contrato de prestación de servicios de exploración y explotación de hidrocarburos que el Estado Ecuatoriano, representado por la Secretaría de Hidrocarburos, suscribió con distintas personas jurídicas privadas entre noviembre de 2010 y enero de 2011.

Para entender el contexto de la solución de controversias actualmente vigente, se hace una revisión general a los distintos modelos empleados desde el inicio del desarrollo de la industria petrolera en el Ecuador, con el objetivo de buscar claves que permitan entender el desarrollo actual en la materia.

Finalmente se proponen algunas ideas de cómo podrían evolucionar los conflictos bajo el amparo de las figuras incluidas en los contratos vigentes, a la luz de la práctica en dichos procesos.

2. ACERCAMIENTO HISTÓRICO DE LA INDUSTRIA ENERGÉTICA AL ARBITRAJE

De manera general, una de las principales causales del fortalecimiento del arbitraje ha sido la carencia de confianza por parte de los ciudadanos hacia las cortes nacionales y el sistema judicial en general, ya sea debido al despacho de dictámenes con escaso análisis jurídico, sin atención a los méritos o ante fallos contradictorios. Es por eso que el *"... arbitraje se presenta como una de las más atractivas vías alternativas al proceso judicial"*² y esta

2. BELLÓN GÓMEZ, ILDEFONSO, *Apuntes de procedimientos judiciales y práctica forense*, Madrid 1941, p. 302.

situación ha generado que las empresas dedicadas a la industria energética desarrollen una apatía a la decisión de un tribunal estatal y opten por métodos alternativos. Esta industria es especialmente sensible ante organismos judiciales que no aseguren imparcialidad y calidad de sus fallos, y de hecho, se han vuelto los principales comparecientes en procesos arbitrales en contra de la República del Ecuador.³

Por lo dicho, el arbitraje en la industria energética se ha convertido en un elemento consustancial al proceso de negociación contractual y sus virtudes son reconocidas en el medio, tales como la celeridad, transparencia y confidencialidad,⁴ que satisfacen la aspiración de justicia de los involucrados.

Según PÁRAMO FERNÁNDEZ,

“...en tiempos recientes, la industria energética ha requerido someter sus disputas al arbitraje por dos razones principales:

- La primera deriva del efecto de la globalización internacional, ya que el arbitraje es una práctica muy acudida en el mercado internacional.
- La segunda es el grado de especialización y conocimiento de la industria que necesita tener el juzgador para resolver sobre una controversia en particular.

Normalmente, las disputas contractuales derivadas de asuntos relacionados con la industria energética son de tal manera complejas que las partes han preferido confiar la resolución del conflicto a un panel de expertos...”⁵

3. De los trece casos que el Ecuador ha litigado o litiga actualmente ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Inversiones del Banco Mundial (ICSID por sus siglas en inglés), apenas dos de los procesos no tienen relación con la industria energética (IBM World Trade Corp. y Corporación Quiport S.A. y otros). Ver: www.icsid.worldbank.org.
4. GAMBOA MORALES, NICOLÁS, *Apuntes sobre arbitraje internacional*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2006, p. 35.
5. PÁRAMO FERNÁNDEZ, Marcelo, *El Arbitraje como Mecanismo de Solución de Controversias en Materia de Energéticos*, PUBLICACIONES CAM, Reporte No. 11. <http://www.camex.com.mx/n11-cont.htm>

De la misma manera, como señalaron ILEANA BLANCO Y BRUCE GISIL en el Cuarto Congreso de Integración Energética del año 2007,

“las ventajas que se perciben del arbitraje en la industria energética son:

- a) Método preferido para resolución alternativa de controversias para inversores extranjeros y agencias de garantías/seguros de inversiones internacionales,
- b) Confidencialidad de las actuaciones,
- c) Experiencia de los miembros del tribunal arbitral,
- d) Mejor imagen y legitimación de la comunidad internacional,
- e) Control contractual sobre el procedimiento y las actuaciones de los árbitros.”⁶

Según XAVIER ANDRADE CADENA, existen ventajas del arbitraje frente a la justicia ordinaria, como son la

“neutralidad del foro, reconocimiento internacional de los laudos, inapelabilidad de las decisiones arbitrales, idoneidad y experiencia de los árbitros, confidencialidad del proceso, rapidez y economía, y ahorro de recursos para el Estado”.⁷

Adicionalmente a lo dicho en los párrafos precedentes, el arbitraje beneficia a las partes con soluciones vinculantes expedidas en tiempo mucho menor al que emplearían las cortes nacionales de cualquier país, carentes de especialización en la materia.⁸

6. BLANCO Ileana y Bruce GISIL, Resolución de Conflictos en el escenario de la industria energética, 4to Congreso de Integración Energética 2007. http://www.bnamericas.com/eic/present/i_blanco.pdf
7. ANDRADE CADENA, Xavier, Las Ventajas del Arbitraje Internacional: Una Perspectiva Ecuatoriana, Revista de Derecho Comparado, Culzoni, Buenos Aires, 2005, p. 134.
8. Cabe hacer mención en este punto al caso iniciado por la compañía Chevron Texaco en contra del Estado Ecuatoriano, que recibió un fallo parcial del fondo de la controversia el 30 de marzo de 2010, en el que se estableció que el Estado violó la obligación contenida en el artículo (II)7 del Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre los Estados Unidos de América y la República del Ecuador, al haber dilatado indebidamente los procesos judiciales iniciados por TexPet y que es responsable de resarcir los daños en consecuencia. En este proceso se evidencia la aparente imposibilidad de los jueces comunes de procesar causas en materia energética (en la especie relacionados con refinación, comercialización de productos y fuerza mayor) de manera diligente.

Por su naturaleza convencional, los procesos arbitrales surgen a partir de estipulaciones entre los inversionistas y Estados incluidas en los contratos, que en ocasiones se fundamentan en acuerdos bilaterales o internacionales de inversión.

“La mayoría de los países de la región enfrenta desafíos de desarrollo que se derivan de los riesgos asociados a estos procedimientos de arbitraje internacional. Con respecto a la protección de la inversión extranjera, los compromisos y obligaciones son relativamente imprecisos y dan lugar a controversias.”⁹

Lo anteriormente dicho refleja la ambivalencia con la que el arbitraje es visto hoy en día por varias de las partes involucradas: por una parte la jurisdicción arbitral ha sido aceptada y afirmada en instrumentos y tratados internacionales, pero por otra parte es vista con aprehensión al ser considerada un foro favorable a los contendientes con los estados.¹⁰

Nuestra región se encuentra en el centro del desarrollo arbitral mundial, ya que “los países de América Latina y el Caribe son parte en un gran número de casos de arbitraje internacional, que alcanzan un 35% del total mundial.”¹¹ En concordancia con lo dicho en párrafos precedentes, un gran porcentaje de estas disputas se desarrolla sobre controversias de la industria energética y extractiva en general (petróleo, gas, electricidad y minería), y debido al gran desarrollo que ha tenido América Latina en la provisión de *commodities* a nivel mundial en la última década.¹²

9. MORTIMORE, Michael, Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe, CEPAL - Serie Desarrollo Productivo No. 188, Santiago de Chile, noviembre de 2009, p. 9.
10. Ver DE LOS SANTOS, CARLOS, El Arbitraje internacional como instrumento de protección de las inversiones en América Latina. Observatorio Iberoamericano de Asia Pacífico, p. 1. http://www.iberoasia.org/garrigues/arbitraje_internacional_sept06.pdf
11. UNCTAD, *Latest developments in investor-State dispute settlement*, IIA Monitor, N° 1, Ginebra Suiza, p. 14.
12. *The Economist*, September 24th, 2011, *Finance and Economics*, *Red Bull* (Versión iPad).

El Ecuador no es la excepción en América Latina, y como quedó dicho previamente, la sustancial mayoría de controversias arbitrales se refieren la temática que nos ocupa. Otros casos relevantes actualmente en vigencia son *Mobil Corporation vs Venezuela* por nacionalización de proyectos petroleros, *EDF International vs Argentina* por concesión de electricidad, *Conproca S.A. vs México* por actualización de refinería, que ejemplifican claramente cómo y por qué la actividad energética se inclina cada día más por el arbitraje como método de solución de conflictos.¹³

3. CONSOLIDACIÓN DEL ARBITRAJE EN LA INDUSTRIA PETROLERA NACIONAL

En nuestro país, la historia reciente del arbitraje parte de la codificación del Código de Procedimiento Civil en el año de 1953 en el cual se establecía claramente el denominado juicio por árbitros, que fuera derogado en la década de los años 1990.

“El indicado procedimiento arbitral del Código de Procedimiento Civil (...) contenía disposiciones nada prácticas, excesivamente formalistas, tanto con los requisitos que debía contener el compromiso arbitral o cláusula compromisoria, como el procedimiento mismo”.¹⁴

Tres años después, se dicta la Ley de Arbitraje Comercial del año 1963, con el propósito de facilitar la resolución de conflictos originados en operaciones comerciales, la que

“a diferencia del Código de Procedimiento Civil, que no reconocía efecto alguno a la cláusula compromisoria (...), concebía a la cláusula arbitral como una estipulación irrevocable mediante la cual las partes en un contrato se obligaban a someter a arbitraje cualquier diferencia derivada de él.

13. Cfr. *ALM Legal Intelligence, Arbitration Scorecard, Focus Europe 2011*, p. 28.

14. SALCEDO VERDUGA, Ernesto, *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*, Guayaquil, 2001, p. 31.

Aunque no existían mayores requerimientos formales las partes debían indicar qué entidad sería la encargada de administrar el arbitraje. En este contexto, y cumplido recaudo, la existencia de una cláusula arbitral podía ser opuesta para impedir el progreso de una acción judicial.¹⁵

En tal virtud, la Ley de Arbitraje Comercial y su reglamento contenían normas acordes a una administración de justicia relativamente más ágil y sin mayores reparos formalistas, conforme a la práctica mercantil, y sometía las controversias si era posible a los tribunales de arbitraje designados por las Cámaras de Comercio.

En la época en que las mencionadas normas se encontraban vigentes se celebraron contratos de exploración y explotación de hidrocarburos entre el Estado Ecuatoriano y terceros particulares, que fueron desarrollando la temática de la cláusula de divergencias en cada uno de los casos, con sus propias características, como se muestra a continuación:

La cláusula Quincuagésima del contrato de exploración y explotación de hidrocarburos, celebrado entre gobierno del Ecuador (a través del Ministerio de Recursos Naturales y Energía) y las compañías *Ecuadorian Gulf Oil* y *Texaco Petroleum*, de agosto de 1973, establece claramente que respecto a la jurisdicción, los contratistas se someten a las leyes, jueces y tribunales del Ecuador, al trámite verbal sumario y renuncian expresamente a toda reclamación por vía diplomática. Para los fines del contrato se fija como domicilio la ciudad de Quito, para lo civil y laboral serán también competentes los funcionarios del lugar en donde se realicen los hechos materia de la contienda judicial.¹⁶

15. LARREA FALCONI, Alfredo, *Arbitration in Ecuador*, en *International Commercial Arbitration in Latin America, ICC Bulletin, Special Supplement*, 1007, pp. 40 y ss.

16. Contrato de Exploración y Explotación de Hidrocarburos, entre Gobierno del Ecuador y las compañías *Ecuadorian Gulf Oil* y *Texaco Petroleum*, suscrito en agosto de 1973.

Por su parte, en el contrato de asociación entre la Corporación Estatal de Petróleos del Ecuador (CEPE) y las compañías *Cayman Corporation*, *City Investing* y *Southern Union Production*, suscrito en octubre de 1973, se estableció que el Comité de Administración (conformado por 4 miembros) fuera el encargado de dirimir las controversias que existieran, y en caso de no llegar a un acuerdo, el diferendo fuera sometido a la decisión conjunta del Gerente General de CEPE y del Gerente General o de Operaciones de la Contratista, pero en el evento que tampoco acordaran una resolución por ese hecho, cualquiera podrá someter el caso al ministro del ramo para su resolución, cuyo fallo será inapelable.¹⁷ Se entiende que si se requería acudir a un arbitraje en este contrato, se debía realizarlo por medio de un juicio de árbitros o si fuera el caso mediante el acuerdo entre las partes. Por lo tanto, la solución de controversias quedaba en manos de una de las partes involucradas, específicamente el Estado, dueño del recurso a extraer¹⁸.

En el contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos del bloque 16 suscrito en enero de 1986, la cláusula Trigésima Segunda 32.3. expresa que

“en el caso de que cualquiera de las partes deseara terminar este contrato, por incumplimiento de alguna de las obligaciones aquí estipuladas que no constituyan causa de caducidad, la parte que se creyere perjudicada requerirá judicialmente a la otra sobre el incumplimiento, de acuerdo con lo que dispone el Código de Procedimiento Civil, excepto cuando se trate de asuntos técnicos o económicos caso en el cual se deberá someter previamente al procedimiento arbitral establecido en la cláusula 25.”¹⁹

17. Cláusula Cuadragésima Séptima del Contrato de Asociación entre CEPE y *Cayman Corporation*, *City Investing Company* y *Southern Union Production Company*, suscrito en octubre de 1973.

18. Esto sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 28 número 15 y 215 de la Constitución de 1967 y los artículos 1 y 5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (vigente a tal fecha y en la actualidad), que otorga el derecho a los particulares a impugnar los actos y resoluciones de la Administración Pública, “...que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante.”

19. Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 16, entre CEPE y las compañías *Conoco Ecuador Ltd*, *Overseas Petroleum and Investment Corp.*, *Diamond Shamrock South America Petroleum* y *Nomeco Latin America Inc.*, celebrado en enero de 1986.

La referida cláusula establecía que el arbitraje se realizaría solamente asuntos técnicos o económicos, y por una comisión de arbitraje compuesta por tres miembros y a la vez indicaba que los asuntos legales no podrían ser objeto de arbitraje y se someterán a los jueces y tribunales competentes en el Ecuador. Manifestando que *“el procedimiento de arbitraje se suspenderá hasta que el juez decida sobre los aspectos legales y, entonces, de ser procedente conforme a derecho, se continuará con el procedimiento arbitral sobre los aspectos técnicos o económicos objeto del arbitraje.”*²⁰

En el Contrato de Servicios Específicos de Tivacuno²¹ celebrado en abril de 1992 establece tres vías de solución de controversia: consultoría, arbitraje y justicia ordinaria. Según la cláusula Vigésima Sexta 26.1, de manera general las controversias de aspectos técnicos o económicos se sometían al Comité de Operación para su resolución y de no encontrarse solución en un plazo mínimo, la diferencia era referida a los representantes legales de las partes contratantes. Si estos tampoco llegaban a una resolución se remitía a un consultor, procedimiento que podía resultar a nuestro criterio poco efectivo, ya que al momento del inicio de la consultoría las partes debían acordar el efecto de la opinión del consultor, lo cual no daba real oponibilidad a la decisión de dicho experto independiente.²²

El arbitraje estaba limitado a asuntos técnicos que no debían ser resueltos por autoridad competente (Cláusula 26.2), y recién una vez conformada la comisión arbitral las partes debían redactar el compromiso arbitral y si una rehusaba a participar en tal acto la otra parte podía requerir al juez para que actúe en nombre de la parte que hubiere omitido hacerlo. Este contrato esta-

20. Ibid.

21. Contrato de Servicios Específicos para el Desarrollo y Producción de Petróleo Crudo en el área Tivacuno de la Amazonia Ecuatoriana entre Petroecuador y Petroproducción y las compañías Maxus Ecuador Inc., *Overseas Petroleum and Investment Corp.*, *Nomeco Ecuador Oil* y *Canam Offshore Limited*, celebrado abril en 1992.

22. Id., cláusula 26.1.1. Cabe señalar que el contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 1, celebrado entre CEPE y Belco Petroleum Ecuador Ltd. en junio de 1985 contenía el procedimiento de consultoría con similares características, con la variante de no requerir revisión previa del Comité de Operación del contrato.

blecía que el proceso verbal sumario era supletorio al arbitral en lo que fuera necesario y así como también requería que los árbitros fueran personas de reconocida idoneidad y capacidad técnica en el asunto sujeto a arbitraje.²³

Cabe indicar que en los contratos celebrados en dicha época, los asuntos técnicos que, por el contrato o por la Ley debían ser resueltos por autoridad competente no podían ser sometidos a decisión de los árbitros, tales como las tasas de producción o la determinación de reservas recuperables de yacimientos.

En el contrato de exploración y explotación entre el Ecuador y la compañía Occidental del año 1985²⁴, se mantiene el mismo procedimiento de arbitraje, de estilo independiente, en el que la parte que quería dar inicio a un arbitraje dirigía a la otra una comunicación en la que exponía sus fundamentos y peticiones a ser objeto de la resolución arbitral, y la otra parte debía contestar la demanda o reconvenir en siete días.

Luego de trabada la litis, cada parte debía designar un árbitro, quienes designaban al tercero que presidía el tribunal. Pero si entre los árbitros designados por las partes no llegaren a un acuerdo, el Procurador General, de entre una plantilla de cuatro nombres, dos por cada parte, con los respectivos currículos y sin indicar cual parte los auspicia, debía elegir al tercer árbitro para resolver el conflicto.

Una única particularidad entre el contrato antes mencionado y el contrato suscrito para la operación del Bloque 16 de enero de 1986²⁵, es que en este último la designación de árbitros no correspondía al Procurador General o al Ministro de Recursos Naturales y Energéticos (según el caso) sino al

23. Id. 21, cláusula 26.2.

24. Contrato para la prestación de servicios de exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana, celebrado entre CEPE y la compañía *Occidental Exploration and Production Company*. Ver cláusula.

25. Id. 19, cláusula Vigésimo Quinta.- Arbitraje Técnico Económico.

Presidente de la Corte Suprema de Justicia, o en caso de excusa, el Presidente de la Corte Superior de Justicia.

Es importante señalar que, de manera general, en la selección de los miembros del tribunal no existían restricciones por la nacionalidad de los árbitros, que en la actualidad es un tema que sí regula el nuevo modelo contractual petrolero ecuatoriano con la intención al parecer de buscar mayor imparcialidad en la conformación del tribunal.

Las cláusulas de aquellos contratos establecían también que

“en el caso de, que con anterioridad o durante la vigencia del contrato, el Estado ecuatoriano, CEPE u otra entidad de derecho público, celebrare un convenio internacional que, conforme a derecho, someta la solución de las controversias de carácter técnico o económico, a un sistema de arbitraje internacional, o que la ley así lo permita, las partes podrán acogerse para la solución de dichas controversias a tal sistema.”²⁶

Lo que permitía a la empresa salirse de la jurisdicción nacional e ir de plano a lo internacional respecto del convenio celebrado que amparaba a la solicitud de arbitraje.

Es indudable que la Ley de Arbitraje y Mediación expedida en el año 1997, generó una nueva perspectiva para esta institución ya que la modernizó para acoger la mayoría de tendencias vigentes a tal época. Dicha norma instituye, entre otras cuestiones, la capacidad para transigir y la necesidad de cumplir con requisitos para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje con sede nacional, además de requisitos para el sometimiento a un arbitraje internacional sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales. También estableció que se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el

26. Id. 24., cláusula 25.3.3.

informe favorable del Procurador General del Estado, para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional salvo que el arbitraje estuviera previsto en instrumentos internacionales vigentes.²⁷

El contrato del campo marginal Bermejo celebrado en julio de 1999²⁸ establece en su Cláusula Vigésimo Sexta que los desacuerdos entre las partes sobre asuntos pericial técnico, excepto los que deban ser decididos por autoridad competente, se sometían a los representantes legales de las partes para su resolución manteniendo la lógica de solucionar el conflicto entre las partes sin intervención de ningún tipo. Es decir, como un acercamiento antes de cualquier acción a realizar, haciendo analogía a lo que hoy se conoce como Negociaciones Directas.

Luego, podía aplicarse el modelo de consultoría para la solución de divergencias técnicas, con carácter relativamente vinculante, y con la intervención del Director del Centro de Arbitraje y Mediación para la nominación del consultor en caso de desacuerdo de las partes. Finalmente, en materia arbitral se evoluciona de manera importante, excluyendo expresamente la jurisdicción ordinaria y disponiendo que toda controversia derivada de la "interpretación, aplicación y cumplimiento de este Contrato" sea resuelta por arbitraje bajo el procedimiento y reglas de la Cámara de Comercio Internacional, fundamentado en la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana²⁹.

Como era de esperarse, los contratos del año 1998 en adelante, hacen referencia a la Ley de Arbitraje y Mediación en lo que respecta a Arbitrajes Internacionales, a la vez que también se establece que el arbitraje será en derecho o equidad, como será administrado, ante qué Centro de Arbitraje se ventilará, la designación de los árbitros, el pago de honorarios, entre otros aspectos.

27. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 4, 41 y 42, 1997.

28. Contrato para la Exploración de Petróleo Crudo y Exploración Adicional de Hidrocarburos del Campo Marginal "Bermejo", entre Petroecuador y la compañía Tecpetrol, en julio de 1999.

29. Id., cláusula 26.2.

tos, lo que las aproxima a lo que la doctrina considera una cláusula arbitral completa.³⁰

Aunque parezca sin importancia, el pago de los honorarios de los miembros del tribunal se realiza de manera proporcional entre las partes, lo que a diferencia de lo establecido en contratos anteriores a la ley de 1997, cada parte pagaba el honorario de su árbitro designado, lo que podía prestarse para interpretaciones equivocadas sobre situaciones moralmente reprochables para influir en las decisiones de otros miembros del tribunal.

Es importante indicar que el contrato de Bermejo en 1999, ya establece la renuncia a cualquier posible derecho de apelar ante otro organismo o jurisdicción, así como que la ejecución del laudo podrá ser realizado en cualquier territorio, y menciona lo que la ley establece al indicar que la sentencia o laudo tiene efecto de sentencia ejecutoria y cosa juzgada, y solo se podrá acudir a justicia ordinaria a fin de hacer ejecutar la decisión arbitral.

Por su parte, el contrato modificatorio suscrito en octubre de 2008 al contrato de exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el Bloque 18 y Yacimiento Común Hollín Palo Azul, reemplaza la cláusula arbitral constante en el contrato previo y se establece que

“cualquier controversia relativa a cualquier situación de hecho o de derecho relacionada con este contrato, incluyendo más sin limitarse a controversias sobre validez, interpretación, obligatoriedad, cumplimiento o terminación de este contrato, que no pudieran ser amigablemente resueltas por las Partes, serán sometidas en forma exclusiva y definitiva a arbitraje.”³¹

30. FRIEDLAND, PAUL, LLANO ODDONE, RAFAEL. Cláusulas de Arbitraje para Contratos Internacionales, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 89.

31. Contrato Modificatorio al Contrato de Participación para la Exploración de Hidrocarburos y Explotación de Petróleo Crudo en el Bloque 18, entre Petroecuador y las compañías Ecuador TLC, Cayman International Exploration, Petromanabi y Teikoku Oil Ecuador, en octubre de 2008. Cláusula Cuarta.

Asimismo, se indica que el procedimiento arbitral se regirá por las normas establecidas por el Centro de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI), a menos que las partes requieran un árbitro único cuando la cuantía sea menor a un millón de dólares. Y se desprende también que el árbitro único, de ser el caso, no podrá ser de la nacionalidad ni estar o haber estado vinculado contractualmente o de otra forma con cualquiera de las partes.

Entre otros cambios importantes, se modifica el lugar sede a la ciudad Santiago de Chile, en relación a lo que establece la Constitución ecuatoriana de 2008 respecto a arbitrajes internacionales en sede regional, a la vez que las partes renuncian a alegar la inmunidad al proceso arbitral y a interponer el recurso de apelación ante cualquier corte judicial o autoridad.

Adicionalmente, se establece que en el caso que el laudo arbitral establezca que la Contratista hubiera sido privada de sus derechos, intereses o bienes emergentes por vía de expropiación, nacionalización o actos de similar efecto, como consecuencia de un acto gubernamental o de cualquier otra autoridad, los árbitros determinarían una indemnización sobre la base del principio del valor de mercado para un negocio en marcha, para aquellos derechos, intereses o bienes vulnerados. Y se establece la confidencialidad del proceso arbitral. Además de agregar al contrato el procedimiento de Arbitraje Especializado, en el cual las partes pueden someter a un perito en la materia a una controversia al precio del petróleo crudo, al ajuste del precio de referencia por calidad o la tasa máxima de producción.

Es importante indicar que las cláusulas arbitrales tradicionalmente aplicadas en los contratos fueron de carácter restrictivo, limitando el arbitraje a asuntos técnicos y económicos en el mejor de los casos, excluyendo siempre cuestiones legales y asuntos a ser resueltos "por autoridad competente", salvo los contratos más modernos, como los indicados en párrafos precedentes, que remiten al arbitraje la solución de todas las contro-

versias, de manera exclusiva y definitiva. Esto explica en parte la proliferación de arbitrajes internacionales que se entablaron entre compañías operadoras y ex operadoras y el Estado, así como la alegación de expropiación estatal vulnerando la garantía establecida en los tratados bilaterales de protección de inversiones suscritos por el Ecuador con más de una veintena de naciones alrededor del mundo, instrumentos que contemplan el arbitraje como forma de solución de controversias³². Por otra parte, se puede resumir la presencia del consultor como un instrumento auxiliar más que como una herramienta directa o vinculante de solución de conflictos, situación que varía en el modelo actualmente vigente.

Como conclusión de esta revisión de cláusulas de solución de controversias “por muestreo” de los contratos petroleros suscritos por el Ecuador entre 1973 y 2008 se puede decir que si bien es claro que la tendencia del arbitraje se va fortaleciendo con el paso de los años (y acogiendo la tendencia internacional indicada previamente), no existe uniformidad en el alcance, forma y consecuencias del arbitraje, así como de los demás métodos de solución de conflictos que coexistían en los distintos instrumentos (consultoría y jurisdicción ordinaria), lo que demuestra poca consistencia en la parte estatal respecto a un punto tan sensible de los contratos, al cual se recurre en esta materia en muchas ocasiones.

Esta aparente anomalía se soluciona con la suscripción de nuevos instrumentos en los años 2010 y 2011, como se verá en la siguiente sección de esta monografía.

32. Esto a pesar que los tratados bilaterales de inversiones fueron concebidos inicialmente como una solución Estado – Estado, antes que una alternativa Inversionista – Estado. Ver MONTT, SANTIAGO, *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Hart, Publishing, Oregon, 2009, pp. 83-84.

4. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL CONTRATO PETROLERO 2010 – 2011

El nuevo régimen jurídico que se ha implementado en el Ecuador a partir de la expedición de la Constitución del año 2008, ha reorganizado el manejo de los recursos naturales y las prioridades del país en el impulso de ciertas actividades, entre ellas la industria de los hidrocarburos, enfocando su regulación, gestión y desarrollo a través del Estado y de compañías de economía mixta³³, dejando un margen residual de actuación al sector privado, nacional o extranjero.³⁴

En el aspecto relativo a los métodos de solución de controversias, el artículo 190 de la Constitución, reconoce

“el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.”³⁵

Manteniendo la línea de la anterior Constitución pero agregando que se aplicará en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir, concepto previamente incluido en la Ley de Arbitraje y Mediación vigente.

33. Reflejando de esta manera la adhesión a la teoría de “*Resource Nationalism*”, que consiste en la intención de los estados de tener la máxima ventaja económica en los procesos de explotación de recursos naturales. WAGNER, JAY, PRIDDLE, ROBERT, Editors Plexus Energy Ltd. and INCE & Co., *Expropriation of Oil & Gas Investments: Historical, Legal and Economic Perspectives in a New Age of Resource Nationalism*, Association of International Petroleum Negotiators, Houston, 2008, p. 12. Esta teoría gana y pierde fuerza de manera cíclica en el tiempo y alrededor del mundo.

34. Ver artículos 313 y siguientes, y 408 de la Constitución de la República del Ecuador. Cabe señalar, aun cuando no es materia de este estudio, que el modelo de preferencia nacional no se limita a la operación estatal sino al incentivo a la industria nacional de bienes y servicios petroleros, que se ve privilegiada por las normas secundarias de este sector así como por el contenido del contrato de prestación de servicios vigente. Esta protección no es exclusiva del estado ecuatoriano, sino que se encuentra en otras legislaciones, tales como la brasileña y la mexicana, cada una con sus propias modalidades.

35. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 190, 2008.

Y el artículo 422 de la Carta Magna establece que

“no se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana³⁶ a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.”

En ese sentido, la nacionalidad constituye una restricción para la designación como árbitro, caso que no existía anteriormente dentro de las normas o en los contratos suscritos³⁷. Varias son las razones por las que el Estado ecuatoriano tomó la alternativa de cerrar la opción a arbitrajes internacionales, entre otras el uso de la “diplomacia de las botas” o “*gunboat diplomacy*”, forma en la que se ha denominado a la persecución de objetivos de política exterior con amenaza implícita de fuerza,³⁸ y como una alternativa al “*treaty shopping*” que en teoría practican empresas internacionales³⁹.

36. El tema de la cesión de soberanía ha sido tratado en distintos trabajos doctrinarios, incluso estudiando el efecto que esta renuncia tendría sobre temas ajenos a las inversiones, tales como ambiente y derechos humanos. Por ejemplo, ver TIENHAARA, KYLA. *The Expropriation of Environmental Governance: Protecting Foreign Investors at the Expense of Public Policy*, Cambridge University Press, 2009.

37. Como nota marginal, cabe puntualizar que el artículo 422 de la Constitución vigente prohíbe la celebración de “tratados o instrumentos internacionales” en los que se pacte arbitraje internacional. El autor considera que esta disposición no prohíbe de manera expresa la celebración de contratos administrativos en los que se pacte tal tipo de solución de controversias, aunque las autoridades así lo han entendido, como se indica más adelante en esta monografía.

38. Id. 32, p. 49.

39. Ver BLYSCHAK, PAUL MICHAEL, Access and advantage expanded: *Mobil Corporation v Venezuela* and other recent arbitration awards on treaty shopping, *Journal of World Energy Law and Business*, Volume 4 Number 1 March 2011, Oxford University Press and Association of International Petroleum Negotiators, p. 33. El caso citado así como los demás mencionados en el artículo hacen referencia a decisiones arbitrales que aceptan los cambios contractuales realizados por compañías para ampararse en tratados bilaterales de inversión y luego someter sus controversias a los métodos establecidos en dichos instrumentos internacionales.

Es menester indicar, que desde el año 1985, el Ecuador formó parte del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), del Grupo del Banco Mundial, en donde se han ventilado la mayor cantidad de arbitrajes en los que ha estado involucrado el Ecuador, y según el INTERNACIONAL CENTRE FOR TRADE AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT,

“Ecuador enfrenta demandas internacionales en el CIADI por US \$12.994 millones, cifra mayor a su deuda externa, la mayoría presentadas por petroleras extranjeras como la francesa Perenco y las estadounidenses Burlington y Occidental por supuestos incumplimientos de contratos.”⁴⁰

Con la promulgación de la Constitución en agosto de 2008, el Ecuador debió cesar la aplicación del Convenio de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones antes mencionado, y denunció⁴¹ dicho convenio acorde al artículo 422. Por lo tanto, como alternativa a dicha sede y en el afán de generar una solución equilibrada para las partes incluidas en los contratos petroleros, se pactó como alternativa para la sede arbitraje al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito y a la Corte Permanente de Arbitraje con sede en Santiago de Chile, dependiendo de la cuantía de la controversia, como se detallará más adelante.

En el año 2010, se publicó en el registro oficial la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos. La Disposición Transitoria Primera establece que

“los contratos de participación y de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos que se encuentren suscritos se modificarán para adoptar el modelo

40. ICTSD, Ecuador finiquita convenio con el CIADI, *Punto Quincenal*, Volumen 6, Número 13 del mes de julio de 2009.

41. El presidente Rafael Correa expidió el Decreto Ejecutivo No. 1823 mediante el cual el Ecuador denuncia y da por terminado el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales en otros Estados, (CIADI). El Decreto fue publicado en el Registro Oficial No. 632 del día lunes 13 de Julio de 2009.

reformado de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos contemplado en el artículo 16 de la Ley de Hidrocarburos en el plazo de hasta 120 días, y los contratos suscritos bajo otras modalidades contractuales incluidos los contratos de campos marginales y los contratos de prestación de servicios específicos suscritos entre Petroecuador y/o su filial con las empresas (...), en el plazo de hasta 180 días. Plazos que se contarán a partir de la vigencia de la presente Ley; caso contrario, la Secretaría de Hidrocarburos dará por terminados unilateralmente los contratos y fijará el valor de liquidación de cada contrato y su forma de pago.”⁴²

Por su naturaleza, los contratos de prestación de servicios son aquellos en los cuales todo el producto de la explotación, los riesgos de producción y los beneficios son retenidos por el Estado. La empresa es contratada para realizar ciertos servicios a cambio de un fee, pero la empresa es un mero contratista, trabajando bajo la supervisión del estado y no tiene interés legal o beneficio en la empresa de extracción misma.⁴³ Por cierto, el modelo ecuatoriano no es un contrato de prestación de servicios puro, ya que parte del riesgo económico está en el operador (a través del posible no pago de la tarifa en caso de caída del precio) y la supervisión del Estado tiene un régimen distinto al de un contratista común de servicios petroleros.⁴⁴

Por lo tanto en base a la disposición legal, el gobierno ecuatoriano entró en un proceso de negociación para modificar los contratos suscritos con las empresas operadoras para adoptar el nuevo modelo de prestación de servicios. Dentro de las modificaciones se acordaron nuevas estipulaciones para la regulación de la actividad, pero también se reformó (y uniformó) la manera de solucionar las controversias relativas a la interpretación,

42. LEY REFORMATORIA A LA LEY DE HIDROCARBUROS Y A LA LEY DE REGIMEN TRIBUTARIO INTERNO, Disposición Transitoria Primera, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 244 de 27 de julio de 2011.

43. EASO, JUBILEE, *Licenses, concessions, production sharing agreements and service contracts*, *Oil & Gas, Globe Law and Business*, London, 2009, p. 38.

44. Ver cláusula Quince 15.6 de los contratos suscritos entre noviembre de 2010 y enero de 2011.

cumplimiento y aplicación de los contratos, en base a la experiencia adquirida durante los años anteriores y los arbitrajes que se encuentran en marcha.⁴⁵

5. CLÁUSULA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL NUEVO MODELO CONTRACTUAL

Una vez visualizado el contexto previo que conduce al contrato petrolero vigente, es necesario adentrarnos al texto de la Cláusula Trigésimo Tercera de dicho instrumento, que determina cuatro formas de solución de controversias, que se describen a continuación:

5.1 Negociaciones Directas Obligatorias

El Contrato para la Prestación de Servicios 2010-2011 establece que en todos los conflictos relacionados con la aplicación, interpretación, ejecución, incumplimiento, así como los efectos de una terminación anticipada o cualquier otra circunstancia relacionada con este Contrato Modificatorio, las Partes deberán intentar un arreglo directo entre ellas (Cláusula 33.1).

Para aquello, la Parte afectada deberá presentar una solicitud de negociaciones directas. Para este efecto, la Parte afectada someterá el desacuerdo al representante legal de la otra Parte. Si dentro del plazo de treinta (30) días de haberse referido el desacuerdo, o aquel plazo que acuerden las Partes, este no hubiere sido resuelto, se observará el procedimiento de consultoría o arbitraje.

Como queda claro, este mecanismo debe ser agotado en cualquier caso de controversia, previo a someterla a otros proce-

45. Cabe señalar que los contratos suscritos con la compañía Ivanhoe para la operación del Bloque Pungarayacu y con la compañía de economía mixta Río Napo para la operación del campo Sacha, no fueron incluidos en la modificación contractual, por lo que su modelo de solución de controversias difiere del analizado en este capítulo.

dimientos. Por su naturaleza, no reemplaza a la mediación, que tiene sus caracteres particulares.

5.2 Mediación Facultativa

Faculta a las partes, en el evento que a falta de alcanzar un arreglo directo de las Partes, cualquiera de las Partes podrá someter las diferencias al proceso de mediación a cualquier centro de mediación registrado por el Consejo de la Judicatura (Cláusula 33.2).

5.3 Consultoría

Al igual que en contratos precedentes, se establece el procedimiento de consultoría como método de solución de divergencias técnicas o económicas previstas en cláusulas expresamente fijadas del Contrato Modificatorio (distintas según cada caso), y que no hayan sido resueltas amigablemente entre las Partes ya sea por negociación directa o por mediación, la Contratista de manera facultativa podrá referir las diferencias a un Consultor⁴⁶. (Cláusula 33.3.) El consultor no se podrá pronunciar sobre ley tributaria.

Para activar este mecanismo, la Contratista deberá notificar a la Secretaría de Hidrocarburos su decisión de someter el desacuerdo al dictamen de un Consultor:

Para la elección del Consultor.- Cada Parte presentará a la otra una lista de tres nombres de candidatos dentro del plazo de quince días contados a partir de la presentación de la solicitud de la Contratista. Si uno o más de los Consultores propuestos aparecieren en ambas listas, el Consultor será seleccionado de

46. Cabe indicar que el texto del contrato parece sugerir que solamente la Contratista puede solicitar la participación de un consultor, mas no la Secretaría de Hidrocarburos (Cláusulas 33.3. y 33.3.1 del Contrato).

entre aquellos que figuren en ambas listas. Si no hubiese candidatos coincidentes o no existiere acuerdo en caso de ser dos o más los coincidentes, las Partes harán sus mejores esfuerzos para designar al Consultor. Si no hubiese acuerdo entre ellas para la designación dentro del plazo de siete días, el Consultor será designado, considerando la materia a tratar, por sorteo de entre los que consten en el Anexo contractual, que incluye una lista de reputadas compañías internacionales calificadas de acuerdo a los estándares de la industria para auxiliar en este tipo de controversias, en aspectos técnicos y económicos.

El sorteo se realizará por pedido de cualquiera de las partes ante un notario público, debiendo notificar el Notario a la otra parte con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha del sorteo. Y el Consultor deberá ser nominado y designado sobre la base de criterios de imparcialidad y conocimiento técnico sobre la materia objeto de la Consultoría.

Procedimiento de Consultoría.- Una vez designado el consultor se inicia el procedimiento, momento desde el cual, las partes no podrán tener reuniones directas con el Consultor sin la autorización de la otra.

Las Partes presentarán sus argumentos al Consultor dentro de los treinta días calendario a partir de la fecha de su designación. Las Partes proporcionarán al Consultor toda la información, por escrito o en audiencia oral con la evidencia que consideren que razonablemente requiere para llegar a su dictamen, el cual debe emitirlo en sesenta días.

Si surgiere una diferencia entre las Partes acerca del sentido, interpretación o alcance del dictamen, cualquiera de ellas podrá solicitar su corrección o aclaración mediante comunicación dirigida al Consultor y a la otra Parte, dentro del plazo de quince días de notificado el dictamen.

El dictamen del Consultor.- Tendrá efecto vinculante y será definitivo para las Partes. Sin embargo, dentro del plazo de quince días de notificado el dictamen o la corrección o aclaración, las Partes podrán solicitar la revisión de la decisión conforme el procedimiento de arbitraje previsto en contrato, únicamente en los siguientes casos:

- a) Si el Consultor se hubiere extralimitado en el mandato otorgado;
- b) Si se demuestra corrupción, vinculación o conflicto de interés del Consultor en la materia objeto de la controversia; y,
- c) En caso que alguna de las Partes se le hubiese negado el derecho a la defensa, conforme los plazos previstos en esta cláusula-.

En los contratos previos que contenían esta modalidad de solución de controversias no existían causales para la revisión del dictamen del consultor, presumo por la falta de fuerza vinculante del dictamen del consultor. Ahora que este pronunciamiento se ha convertido en un cuasi-laudo en materia técnica o económica y dejó de ser un instrumento auxiliar, es importante determinar las formas de impugnación en caso de irregularidades, sin dejar opciones demasiado amplias a las partes, ya que en tal caso el resultado de la consultoría sería siempre impugnado por la parte que no sea favorecida por el mismo. El inicio del arbitraje, cuando este ocurra, suspenderá la resolución del consultor.

El principal problema práctico que se presenta ante esta forma ágil y vinculante de resolución de controversias es la ejecución del dictamen del consultor, ya que pese a ser en teoría vinculante para las partes, no cuenta con la fuerza de sentencia o laudo de mandatorio cumplimiento y por lo tanto su ejecución no puede ser solicitada mediante medidas de coerción o auxilio de autoridad en contra de la parte que se niega a cumplir el pronunciamiento, lo que necesariamente dilata su ejecución o la

puede volver imposible, en el peor de los casos, debilitando esta institución con nuevas características.

5.4 Arbitraje

En todos los conflictos relacionados con la aplicación, interpretación, ejecución, incumplimiento, así como los efectos de una terminación anticipada del contrato o cualquier violación de la Ley Aplicable u otra circunstancia relacionada con el Contrato Modificadorio, que no hayan sido solucionadas por negociaciones directas, o en virtud de la mediación, o que no hayan sido sometidas a dictamen de un Consultor serán resueltas definitivamente mediante un arbitraje ad-hoc al amparo del Reglamento de Arbitraje de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, UNCITRAL del año mil novecientos setenta y seis. (Cláusula 33.4)

- Administración: El arbitraje será administrado según su cuantía por:
 - (i) la Corte Permanente de Arbitraje con sede en La Haya, en casos cuya cuantía sea indeterminada o supere los diez (10) millones de Dólares⁴⁷; y
 - (ii) el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito en los demás casos.-
- Sedes: Las sedes que se han determinado para el arbitraje son Santiago de Chile en el caso (i) del párrafo precedente, y Quito en el caso (ii). La determinación de Santiago de Chile se contrapone a la tendencia regional de tomar a otras ciudades como sede para el arbitraje, tales como Miami, Buenos Aires, Sao Paulo o México D.F.⁴⁸

47. Esta determinación sigue lo aconsejado por FRIEDLAND y ODDONE, Id. 30, pp. 67 y siguientes.

48. Ver Id. 30, FRIEDLAND, p. 88, nota al pie 12; Id. 4, GAMBOA, p. 112.

- Idioma: El idioma del procedimiento será el castellano. Cualquiera de las Partes podrá presentar pruebas testimoniales o documentales en un idioma distinto al castellano, siempre que esa Parte le provea a la otra Parte una traducción escrita al castellano de dicha prueba testimonial o documental.
- Modalidad: El arbitraje será en Derecho y la normativa aplicable al fondo de la controversia será el derecho ecuatoriano⁴⁹.
- Constitución del Tribunal Arbitral.- El Tribunal Arbitral estará compuesto por tres (3) miembros. Cada una de las Partes designará a un árbitro, y el tercero, que actuará como Presidente del Tribunal Arbitral, será designado de común acuerdo por los dos árbitros designados. Si una Parte se abstiene de designar a un árbitro dentro de los cuarenta y cinco (45) días contados a partir de la fecha de designación de los primeros dos árbitros, cualquiera de las Partes podrá solicitar su designación:
 - a) Al Secretario de la Corte Permanente de Arbitraje con sede en la Haya, o
 - b) Al Director del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

Los árbitros para los arbitrajes administrados por la Corte Permanente de Arbitraje con sede en La Haya no deberán tener la misma nacionalidad de las Partes, salvo pacto en contrario.

- Costos.- El costo del procedimiento será cubierto en partes iguales, a no ser que el Tribunal, en su laudo, decida lo contrario.

49. En este punto es ilustrativo revisar lo recopilado por GAMBOA, Apuntes sobre arbitraje internacional, p. 21, sobre la forma en la que los árbitros adquieren conocimiento de la ley nacional aplicable a las controversias.

Ejecución del Laudo.- El laudo que dicte el Tribunal Arbitral será de cumplimiento obligatorio para las partes, sin perjuicio de los recursos previstos por la ley del lugar del arbitraje (*lex arbitri*)⁵⁰.

5.5 Sede judicial

Todas las controversias que se deriven de una declaratoria de caducidad o guarden relación con sus efectos⁵¹, no podrán ser resueltas mediante arbitraje y deberán ser resueltas por los tribunales competentes del Ecuador⁵². Las controversias sobre actos de administración tributaria serán resueltas por los tribunales competentes del Ecuador (Cláusula 33.7)⁵³.

6. CONCLUSIONES

Sin perjuicio de las demás conclusiones que se puedan extraer del modelo de contrato petrolero actualmente vigente y

50. Para un examen más profundo del control del laudo arbitral, ver TALERU RUEDA, SANTIAGO, Arbitraje Comercial Internacional, Temis, Bogotá, 2008, p. 388; y RIVERA, JULIO CÉSAR, Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 630. No es materia de este estudio, pero existen decisiones judiciales emitidas al amparo de normas constitucionales que interfieren con los arbitrajes, y que eventualmente podrían ser utilizadas como artificio para la no ejecución de un laudo.
51. Esta disposición excluye lo señalado en la cláusula 33.4, que dispone que se someterá a arbitraje los efectos de la terminación anticipada del contrato. La terminación anticipada es una potestad exorbitante del Estado en los contratos administrativos y sólo puede ser ejercida por esta parte. La caducidad es, en todo caso, una especie de terminación unilateral anticipada del contrato. Ver ROBALINO, JAVIER, Los Contratos Administrativos y el Derecho Internacional de la Inversión, Revista Ecuatoriana de Arbitraje 2009, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Quito, 2009, p. 50.
52. Ver en este sentido, Id. 30 FRIEDLAND, ODDONE, p. 184 y las precisiones que aconsejan ante los riesgos de combinar la sede arbitral y judicial, las cuales no han sido observadas en esta parte.
53. Este texto constituye una limitación al concepto de expropiación empleado en arbitrajes precedentes contra el Estado Ecuatoriano (ej. Occidental v. Ecuador, caso Corte de Arbitraje Internacional de Londres No. UN3467), en el que se consideró que cambios tributarios que modificaron la estabilidad económica del contrato eran equivalentes a expropiación, por lo que se procedió a arbitraje al amparo del tratado bilateral de protección de inversiones pertinente. Ver SUÁREZ ANZORENA, IGNACIO, Particularidades del Acceso al Arbitraje Internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por la República del Ecuador, Revista Ecuatoriana de Arbitraje 2010, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Quito, 2011, p. 65, nota al pie 8.

de las demás disposiciones constantes en el instrumento legal respectivo, cabe preguntarse:

¿Fortalece este contrato el modelo de arbitraje?

Sin fortalecerlo propiamente, se puede decir que su inclusión en la forma y método en el que consta en el contrato constituye un esfuerzo de los involucrados en la negociación por brindar una alternativa válida y razonable a los inversionistas extranjeros para que sus controversias con el Estado Ecuatoriano se ventilen en sede independiente.

Es cierto también que al dejar de ser el arbitraje la única alternativa de solución de conflictos en este tipo de contratos (por la presencia de la consultoría en materia técnica y económica, así como la jurisdicción ordinaria en las materias más conflictivas tradicionalmente – impuestos y caducidad), su ámbito se ve reducido y la práctica de los años por venir dirá cuán utilizada es esta alternativa ante los problemas jurídicos que se presenten. Las probabilidades, basadas en los casos previos, parecerían apuntar a que la sede judicial sería la más empleada en las controversias futuras.

En tal sentido, considero que la alternativa constante en los contratos petroleros permite subsistir al arbitraje en tiempos adversos a tal institución en el Ecuador, aunque no con el alcance al cual las empresas y demás partes estaban acostumbradas durante la década de los años 1990 y 2000.

¿El modelo incluido en los contratos petroleros sigue la tendencia mundial o es resultado de experiencias locales previas?

El presente trabajo ha pretendido contextualizar el camino que el Ecuador ha seguido para llegar al modelo actual de solución de controversias en contratos petroleros y debo decir que la cláusula actualmente vigente es 100% consecuencia de la concepción del rol del Estado en esta materia, incluido en la

Constitución, las leyes y reglamentos pertinentes y por último, reflejada en los contratos. El modelo no sigue de manera directa ninguna tendencia internacional. Conforme lo examinado en el capítulo precedente, es evidente que la cláusula de solución de controversias, y especialmente lo relativo al arbitraje, ha sido redactada de manera general de acuerdo a estándares jurídicos internacionales para darle validez, aplicabilidad y estabilidad a las partes involucradas, lo cual es de evidente beneficio para el Estado y la empresa contratista.

¿Tiene este modelo posibilidad de ser replicado o perdurar en el tiempo?

La respuesta a esta pregunta la dará el tiempo. Si se prueba que el modelo planteado es equilibrado y justo para las partes, brindando a través de todas sus alternativas un espacio independiente e imparcial de solución de controversias, considero que el Estado lo replicará en contratos futuros, no solo petroleros sino de todo tipo de industria extractiva, obra pública, entre otros contratos; y las empresas lo aceptarán sin reparo. Dado lo dicho en párrafos previos, considero que gran parte del éxito de este modelo dependerá de la solvencia con la que los jueces resuelvan las complejas causas petroleras que serán puestas en su conocimiento en los próximos años⁵⁴.

54. Simplemente a modo de aclaración, indico que las posibles controversias que se generen con las compañías ex operadoras (por liquidación contractual, reversión o cualquier otro concepto) cuyos contratos fueron terminados por la Secretaría de Hidrocarburos entre noviembre de 2010 y febrero de 2011 no se someten a esta nueva modalidad sino a la fórmula de solución de controversias prevista en los contratos suscritos por esas compañías y consorcios con el Estado Ecuatoriano, por lo que es probable que dichos conflictos, de existir, se ventilen en arbitrajes en sede internacional.

FUENTES CONSULTADAS

- ALM Legal Intelligence, *Arbitration Scorecard Focus Europe 2011*, p. 28.
- ANDRADE CADENA, Xavier, *Las Ventajas del Arbitraje Internacional: Una Perspectiva Ecuatoriana*, Revista de Derecho Comparado, Culzoni, Buenos Aires, 2005, p. 134.
- BELLÓN GÓMEZ, Ildefonso, *Apuntes de procedimientos judiciales y práctica forense*, Madrid 1941, p. 302.
- BLANCO Ileana y Bruce GISIL, *Resolución de Conflictos en el escenario de la industria energética*, 4to Congreso de Integración Energética 2007.
http://www.bnamericas.com/eic/present/i_blanco.pdf
- BLYSCHAK, Paul Michael, *Access and advantage expanded: Mobil Corporation v Venezuela and other recent arbitration awards on treaty shopping*, Journal of World Energy Law and Business, Volume 4 Number 1 March 2011, Oxford University Press and Association of International Petroleum Negotiators, p. 33.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008.
- Contrato de Exploración y Explotación de Hidrocarburos, entre Gobierno del Ecuador y las compañías Ecuatorian Gulf Oil y Texaco Petroleum, suscrito en agosto de 1973.
- Contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 1, celebrado entre CEPE y Belco Petroleum Ecuador Ltd. en junio de 1985.
- Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 16, entre CEPE y las compañías Conoco Ecuador Ltd, Overseas Petroleum and Investment Corp., Diamond Shamrock South America Petroleum y Nomeco Latin America Inc., celebrado en enero de 1986.
- Contrato de Servicios Específicos para el Desarrollo y Producción de Petróleo Crudo en el área Tivacuno de la Amazonía Ecuatoriana entre Petroecuador y Petroproducción y las compañías Maxus Ecuador Inc.,

- Overseas Petroleum and Investment Corp., Nomeco Ecuador Oil y Canam Offshore Limited, celebrado abril en 1992.
- Contrato Modificatorio al Contrato de Participación para la Exploración de Hidrocarburos y Explotación de Petróleo Crudo en el Bloque 18, entre Petroecuador y las compañías EcuadorTLC, Cayman Internacional Exploration, Petromanabí y Teikoku Oil Ecuador, en octubre de 2008. Cláusula Cuarta.
 - Contrato para la Exploración de Petróleo Crudo y Exploración Adicional del Hidrocarburos del Campo Marginal "Bermejo", entre Petroecuador y la compañía Tecpetrol, en julio de 1999.
 - Contrato para la prestación de servicios de exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana, celebrado entre CEPE y la compañía Occidental Exploration and Production Company.
 - DE LOS SANTOS, Carlos, *El Arbitraje internacional como instrumento de protección de las inversiones en América Latina*, Observatorio Iberoamericano de Asia Pacífico, p. 1. http://www.iberoasia.org/garrigues/arbitraje_internacional_sept06.pdf
 - Decreto Ejecutivo número 1823, Presidente Rafael Correa, publicado en el Registro Oficial No. 632 del día lunes 13 de Julio de 2009.
 - EASO, Jubilee, *Licenses, concessions, production sharing agreements and service contracts*, Oil & Gas, Globe Law and Business, London, 2009, p. 38.
 - FRIEDLAND, Paul, LLANO ODDONE, Rafael, *Cláusulas de Arbitraje para Contratos Internacionales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 89.
 - GAMBOA MORALES, Nicolás, *Apuntes sobre arbitraje internacional*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2006, p. 35.
 - ICTSD, *Ecuador finiquita convenio con el CIADI*, Puente Quincenal, Volumen 6, Número 13 del mes de julio de 2009.

- LARREA FALCONÍ, Alfredo, *Arbitration in Ecuador, en International Commercial Arbitration in Latin America*, ICC Bulletin, Special Supplement, 1007, pp. 40 y ss.
- LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, 1997.
- LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA
- LEY REFORMATORIA A LA LEY DE HIDROCARBUROS Y A LA LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO, Disposición Transitoria Primera, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 244 de 27 de julio de 2011.
- MONTT, Santiago, *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Hart, Publishing, Oregon, 2009, pp. 83-84.
- MORTIMORE, Michael, *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe*, CEPAL - Serie Desarrollo Productivo No. 188, Santiago de Chile, noviembre de 2009, p. 9.
- PÁRAMO FERNÁNDEZ, Marcelo, *El Arbitraje como Mecanismo de Solución de Controversias en Materia de Energéticos*, Publicaciones CAM, Reporte No. 11, <http://www.camex.com.mx/nl11-cont.htm>
- ROBALINO, Javier, *Los Contratos Administrativos y el Derecho Internacional de la Inversión*, Revista Ecuatoriana de Arbitraje 2009, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Quito, 2009, p. 50.
- SALCEDO VERDUGA, Ernesto, *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*, Guayaquil, 2001, p. 31.
- SUAREZ ANZORENA, Ignacio, *Particularidades del Acceso al Arbitraje Internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por la República del Ecuador*, Revista Ecuatoriana de Arbitraje 2010, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Quito, 2011, p. 65, nota al pie 8.
- TALERU RUEDA, Santiago, *Arbitraje Comercial Internacional*, Temis, Bogotá, 2008, p. 388; y RIVERA, JULIO CÉSAR, *Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 630.

- THE ECONOMIST, September 24th, 2011, Finance and Economics, Red Bull (Versión iPad).
- TIENHAARA, KYLA, *The Expropriation of Environmental Governance: Protecting Foreign Investors at the Expense of Public Policy*, Cambridge University Press, 2009.
- UNCTAD, *Latest developments in investor-State dispute settlement*, IIA Monitor, N° 1, Ginebra Suiza, p. 14.
- WAGNER, Jay, PRIDDLE, Robert, Editors Plexus Energy Ltd. and INCE & Co., *Expropriation of Oil & Gas Investments: Historical, Legal and Economic Perspectives in a New Age of Resource Nationalism*, Association of International Petroleum Negotiators, Houston, 2008, p. 12.