

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES**

EN EL PROCEDIMIENTO ENTRE

PERENCO ECUADOR LTD.

Demandante

- Y -

REPÚBLICA DEL ECUADOR

Y

EMPRESA ESTATAL PETRÓLEOS DEL ECUADOR (PETROECUADOR)

Demandadas

(Caso CIADI No. ARB/08/6)

DECISIÓN SOBRE MEDIDAS PROVISIONALES

Miembros del Tribunal

El Honorable Lord Bingham of Cornhill, Presidente del Tribunal

El Honorable Juez Charles N. Brower, Árbitro

Sr. J. Christopher Thomas, Q.C., Árbitro

Secretario del Tribunal

Sr. Marco Tulio Montañés-Rumayor

Representando a la Demandante

Sr. Mark W. Friedman
Sra. Yulia Andreeva
Debevoise & Plimpton LLP

Sr. Gaëtan J. Verhoosel
Sra. Carmen Martínez López

Representando a las Demandadas

República del Ecuador
Dr. Diego García Carrión
Procurador General del Estado

y

Dr. Álvaro Galindo C.
Director Nacional de Patrocinio Internacional
Procuraduría General del Estado

y

Sres. Pierre Mayer y Eduardo Silva Romero
Dechert LLP

Empresa Estatal Petróleos del Ecuador
(Petroecuador)
Contralmirante Luis Aurelio Jaramillo Arias
Presidente Ejecutivo

Fecha de la decisión: 8 de mayo de 2009

La solicitud de arbitraje

1. El 30 de abril de 2008, Perenco Ecuador Limited, la Demandante en este procedimiento, presentó una solicitud de arbitraje ante el CIADI en contra de la República del Ecuador y de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador. En lo sucesivo, a las partes se les referirá como “Perenco”, “Ecuador” y “Petroecuador.”

2. La diferencia entre las partes versa sobre dos Contratos de Participación a los cuales Perenco se hizo parte el 4 de septiembre de 2002. Uno de ellos es un Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 21 de la Región Amazónica Ecuatoriana (“el Contrato de Participación del Bloque 21”) y el otro es la modificación del Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos del Bloque 7 de la Región Amazónica, incluyendo el Contrato del Campo Unificado Coca-Payamino (“el Contrato de Participación del Bloque 7”). A estos contratos se les referirá en adelante como “los Contratos de Participación”. Perenco también suscribió Acuerdos de Operación Conjunta con otras entidades que participan en los Bloques 7 y 21. Perenco es ahora el único operador y el tenedor mayoritario de los derechos de los Contratos de Participación en ambos bloques, manteniendo una participación de 53.7% en el Bloque 21 y 57.50% en el Bloque 7. Las participaciones restantes en ambos Bloques se encuentran en manos de Burlington Resources Oriente Limited (“Burlington”), con quien Perenco ha formado un Consorcio.

3. De acuerdo con los Contratos de Participación, el Consorcio tiene el derecho y la obligación de llevar a cabo actividades de exploración y producción de petróleo en las áreas a las que se refieren los contratos. Perenco sostiene que, de conformidad con el contrato, ha invertido grandes sumas de dinero en personal, equipo, maquinaria, tecnología, infraestructura, bienes y

servicios. Esta aseveración no ha sido investigada en esta etapa, pero se entiende que no está en disputa.

4. Conforme a los Contratos de Participación, Perenco tenía derecho a una participación del petróleo producido en los dos Bloques. Una participación fue asignada también al Ecuador. El tamaño de las respectivas participaciones de cada una de las partes se definió en la cláusula 8.1 de cada uno de los contratos, conforme a una fórmula prescrita. La fórmula disponía que a medida que el volumen de producción se incrementara, el porcentaje de participación del Ecuador crecería hasta un punto específico y el de Perenco disminuiría. Los Contratos no hacen referencia expresa al precio de venta o al valor del petróleo producido.

5. Durante la vigencia de los Contratos de Participación el precio del petróleo subió.

6. El 1 de marzo de 2006, el Presidente del Ecuador presentó una iniciativa de ley al Congreso en la que proponía una enmienda a la Ley de Hidrocarburos (“la LHC”). El Congreso promulgó esta iniciativa, conocida como la “Ley 42”, el 19 de abril de 2006. Con ello, se incorporó un artículo a la LHC que establecía:

“Participación del Estado en los excedentes de los precios de venta de petróleo no pactados o no previstos.-

Las compañías contratistas que mantienen contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos vigentes con el Estado ecuatoriano de acuerdo con esta Ley, sin perjuicio del volumen de petróleo crudo de participación que les corresponde, cuando el precio promedio mensual efectivo de venta FOB de petróleo crudo ecuatoriano supere el precio promedio mensual de venta vigente a la fecha de suscripción del contrato y expresado a valores constantes del mes de la liquidación, reconocerán a favor del Estado ecuatoriano una participación de al menos el 50% de los ingresos extraordinarios que se generen por la diferencia de precios. Para los propósitos del presente artículo, se entenderá como ingresos extraordinarios la diferencia de precio descrita multiplicada por el número de barriles producidos.

El precio del crudo a la fecha del contrato usado como referencia para el cálculo de la diferencia se ajustará considerando el Índice de Precios al Consumidor de los Estados Unidos de América, publicado por el Banco Central del Ecuador.”

Los Contratos de Participación no hacen ninguna referencia al precio FOB promedio mensual del petróleo ecuatoriano en la fecha en que se suscribieron los contratos y no asignaron al Ecuador una participación de hasta 50% del precio o valor del petróleo producido.

7. El Ministerio de Minas y Petróleos del Ecuador notificó a Perenco los precios que según se decía estaban vigentes al momento de suscribir cada uno de los Contratos de Participación. Estos precios, ajustados por inflación, fueron posteriormente considerados como “los precios de referencia”: el incremento en la participación del Ecuador era, conforme a la Ley 42, sobre los ingresos obtenidos a partir de todas las ventas por encima de los precios de referencia.

8. El 11 de julio de 2006, el Gobierno del Ecuador emitió el Decreto No. 1672 para dar efecto a la Ley 42. Este decreto fijó el porcentaje de los “ingresos extraordinarios” pagaderos al Estado en un 50%. Los pagos tendrían que hacerse mensualmente.

9. En una decisión de la Corte Constitucional del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 350 de fecha 6 de septiembre de 2006, se declaró que la Ley 42 era constitucional.

10. El 4 de octubre de 2007, Ecuador promulgó el Decreto No. 662. Este decreto enmendó el Decreto No. 1672, sustituyendo el 50% con 99% como el porcentaje de ingresos extraordinarios pagaderos al Estado. Por consiguiente, por las ventas de petróleo por encima del precio de referencia, Ecuador se hizo acreedor, dependiendo de la cantidad, al porcentaje del precio acordado en el contrato, hasta llegar a los precios de referencia, y al 99% del precio de venta del petróleo vendido por encima de ese precio.

11. Hasta finales de abril de 2008, Perenco realizó los pagos requeridos bajo la Ley 42, sin perjuicio a sus derechos y bajo protesta. Mientras tanto, las partes intentaron negociar y llegar a un arreglo. Sin embargo, el 12 de abril de 2008, el Presidente del Ecuador anunció que había

suspendido cualquier intento de negociación futura. Tras ese anuncio, Perenco solicitó el arbitraje el 30 de abril de 2008. Burlington había presentado una solicitud similar el 21 de abril de 2008. Desde entonces, Perenco ha retenido el pago de las sumas requeridas bajo la Ley 42. En una comunicación del 19 de junio de 2008 dirigida al Ministro de Minas y Petróleos y a Petroecuador, Perenco expresó su disposición de transferir los pagos de la Ley 42 en disputa a una cuenta mantenida por un agente independiente en un lugar neutral mientras se resolvía la controversia. Sin embargo, esta oferta no fue aceptada.

12. Hubo negociaciones que se extendieron hasta los últimos meses del 2008, sin embargo, éstas no condujeron a un acuerdo. El 21 de enero de 2009, el Ministro de Minas y Petróleos anunció que las negociaciones para que Perenco pudiera continuar operando en Ecuador se habían vuelto “prácticamente imposibles” y que el Gobierno ahora buscaría la terminación anticipada de los Contratos de Participación. El Ministro también dijo que el Gobierno procedería a la rescisión de los contratos y se determinaría si los pozos debían cerrarse permanentemente o se dejaban en “stand-by” o debían ser tomados por Ecuador.

13. El 14 de febrero de 2009, el Presidente del Ecuador anunció que había ordenado “medidas coactivas” en contra de Perenco y Burlington porque “no han pagado sus impuestos sobre ganancias extraordinarias (debido a los altos precios del crudo)”. Según reportes, el Presidente declaró que: “estas empresas pueden ir a donde les parezca. Este país no hará caso a instancias extra-regionales que nos quieren decir qué hacer y qué no hacer.” El Ministro de Minas y Petróleos dijo a Reuters que las compañías tendrían que “paga[r] la deuda o se les embargan sus cosas.”

14. El 19 de febrero de 2009, Ecuador emitió dos notificaciones (conocidas como *coactivas*) en contra de Perenco, una por la suma de US\$171.782.211,00 y la otra por la suma de US\$155.685.236,00. En las partes relevantes, las notificaciones mencionan que:

“Como la mencionada deuda es líquida, determinada y de plazo vencido, se ordena que el deudor pague dentro de TRES DÍAS o, dentro de igual término, dimita bienes equivalentes para el embargo, bajo prevención de que se embargará bienes equivalentes a la deuda, intereses y costas.”

De acuerdo con la legislación del Ecuador, dichas notificaciones pueden ser impugnadas si se deposita la cantidad total demandada. Conforme a esa ley, se deben emitir tres notificaciones antes de que se tomen acciones coactivas. El 22 de febrero de 2009, dos notificaciones más fueron emitidas y entregadas, y el 25 de febrero de 2009, las terceras y últimas notificaciones de *coactiva* fueron emitidas y entregadas a Perenco.

15. El jueves 26 de febrero de 2009, el Ministro de Minas y Petróleos declaró, según reportes, que la fecha límite para que Perenco pagara US \$327 millones terminaba “el próximo lunes”, *i.e.*, el 2 de marzo de 2009. También señaló que los procesos legales en contra de Perenco continuarían.

16. El 3 de marzo de 2009, el Juzgado de Coactivas de Petroecuador ordenó incautar la producción y embarques de Crudo Napo que eran propiedad de Perenco, como se estipula en el Contrato de Participación del Bloque 21, hasta que el adeudo total de Perenco fuese liquidado.

El Arbitraje

17. En resumen, la reclamación central de Perenco en su Solicitud de Arbitraje es que, tras convertirse en parte de los Contratos de Participación, adquirió ciertos derechos contractuales ejecutables y potencialmente valiosos; que sobre la base de esos derechos invirtió grandes

cantidades de dinero en la exploración y producción de petróleo en Ecuador; que Ecuador, al promulgar y dar efecto a la Ley 42, alteró de manera radical y unilateral, en perjuicio de Perenco, los términos bajo los cuales Perenco había acordado operar y operaba en Ecuador; y que dicha modificación violaba los términos tanto de los Contratos de Participación como del Tratado de Inversión entre los Gobiernos de Francia y del Ecuador (Acuerdo entre la República del Ecuador y la República de Francia para la promoción y protección recíproca de inversiones) que entró en vigor el 10 de junio de 1996.

18. Las Demandadas, como les corresponde, se han reservado expresamente su derecho a impugnar la jurisdicción del Tribunal para conocer de esta reclamación. No han admitido ni aceptan la caracterización de los hechos alegados por Perenco. Han rechazado llanamente la validez de la reclamación de Perenco.

19. El Tribunal no se ha formado ni expresa opinión alguna respecto a su jurisdicción para conocer sobre esta reclamación, sobre los hechos controvertidos o sobre el fondo del asunto. Estas cuestiones no se encuentran ante el Tribunal para ser decididas en esta etapa y no han sido argumentadas por las partes.

La solicitud de medidas provisionales de Perenco

20. En su Solicitud de Arbitraje de fecha 30 de abril de 2008, Perenco solicitó medidas provisionales en estos términos:

“43. A fin de preservar los derechos de Perenco bajo el Tratado hasta que la disputa hay sido decidida en el fondo, Perenco solicita al Tribunal que ordene medidas provisionales de conformidad con la Regla de Arbitraje 39. De conformidad con el párrafo 1 de dicha Regla, Perenco especifica aquí: (a) los derechos a ser salvaguardados, (b) las medidas cuya recomendación se pide, y (c) las circunstancias que hacen necesaria la dictación de tales medidas:

(a) El derecho a ser salvaguardado. Como se ha demostrado anteriormente, Perenco adquirió derechos de un valor sustancial en virtud de los Contratos de Participación, incluyendo el derecho a percibir la totalidad de su participación pactada contractualmente y a disfrutar de los beneficios económicos de la venta de dicha participación.

(b) Las medidas cuya recomendación se pide. Perenco respetuosamente solicita que, hasta que se haya dictado un laudo sobre el fondo del asunto, el Tribunal ordene a las Demandadas se abstengan de: (i) llevar a cabo cualquier acción encaminada al cobro de los pagos que según las Demandadas adeuda Perenco de conformidad con la modificación a la LHC [Ley 42]; y (ii) modificar unilateralmente, rescindir, terminar o repudiar los Contratos de Participación o cualquier término(s) de los mismos.

(c) Las circunstancias que hacen necesarias la dictación de tales medidas. Como se ha descrito anteriormente, las Demandadas han requerido pagos mensuales de Perenco de conformidad con la LHC modificada [Ley 42]. Como sostuvo el tribunal en *City Oriente*, en otro procedimiento de arbitraje ante el CIADI que involucró la modificación a la LHC [Ley 42], tales requerimientos de pago pueden “privarle a ésta de su legítimo derecho a obtener una tutela efectiva de sus intereses.” Adicionalmente, si las Demandadas llevaran a cabo su amenaza de revocar los Contratos de Participación, el consiguiente daño a Perenco sería irreparable. A menos que se ordene a las Demandadas abstenerse de adoptar tales medidas, será considerablemente más difícil para el Tribunal dar un remedio efectivo a Perenco” (Traducción del Tribunal).

21. Durante la primera sesión que tuvo lugar el 7 de febrero de 2009 en la sede del Centro en Washington D.C., en presencia de los abogados de las partes, Perenco decidió no proseguir con su solicitud de medidas provisionales, pero indicó que lo haría si las negociaciones no rendían frutos y se tomaban medidas coercitivas en su contra. Las Demandadas expresaron su deseo de llegar a un arreglo.

22. Mediante carta del 18 de febrero de 2009 al Tribunal, el representante de las Demandadas confirmó que las negociaciones con Perenco no habían llegado a feliz término y continuó:

“Por consiguiente, el Presidente y el Ministro de Minas y Petróleos del Ecuador no han tenido otro remedio que anunciar – en estricto cumplimiento con el Derecho Internacional, la Constitución, las leyes y los decretos del Ecuador – que se iniciará en breve “proceso coactivo” – cuyo resultado puede ser recurrido ante la jurisdicción civil ecuatoriana – contra Perenco para demandar de ésta el pago de los montos todavía adeudados por concepto de las obligaciones derivadas de la aplicación de la Ley 2006-42 y sus derechos reglamentarios.”

La primera de las notificaciones de *coactiva* fue emitida y presentada al día siguiente (ver párrafo 14 anterior), el 19 de febrero de 2009.

23. El 19 de febrero, Perenco presentó su Solicitud de Medidas Provisionales. Pidió al Tribunal ordenar a las Demandadas abstenerse del cobro forzoso de cualquiera de los adeudos en disputa bajo la Ley 42 en este arbitraje y a preservar el *status quo* en tanto se resolviera la reclamación. Sostuvo que la solicitud era urgente dado que las Demandadas comenzarían a incautar los activos de Perenco en un plazo de tres días a no ser que Perenco pagara a las Demandadas US\$324 millones [sic] en adeudos en disputa conforme a la Ley 42. Se hizo referencia a la declaración del Presidente del Ecuador del 14 de febrero (párrafo 13 anterior), a la carta de las Demandadas del 18 de febrero (párrafo 22 anterior) y a las primeras dos notificaciones de coactivas entregadas el 19 de febrero (párrafo 14 anterior). Perenco solicitó al Tribunal actuar de manera expedita para evitar la agravación de la disputa, el menoscabo a los derechos que Perenco buscaba hacer valer por medio del arbitraje, y la interferencia con la capacidad del Tribunal de otorgar un remedio efectivo. Dado que las coactivas podían cobrar efecto dentro de un plazo de tres días, Perenco solicitó al Tribunal emitir inmediatamente una orden de carácter interino que le prohibiera al Ecuador tomar cualquier medida en tanto no se resolviera la solicitud de medidas provisionales. Perenco sostuvo, citando jurisprudencia, que las medidas provisionales eran apropiadas en caso de ser necesarias para prevenir la agravación de la disputa o daño ulterior a la parte que solicita las medidas. Se hizo particular énfasis en la decisión del tribunal del CIADI en el caso *City Oriente Limited c. Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador* (Petroecuador) (Caso CIADI No. ARB/06/21), Decisión sobre medidas provisionales (19 de noviembre de 2007), párrafo 55, y Decisión sobre revocación de medidas provisionales (13 de mayo de 2008), para. 72. De no haberse concedido las medidas provisionales, los derechos contractuales y de derecho internacional que eran el objeto mismo del arbitraje habrían sido menoscabados, probablemente de manera irreversible, y la capacidad del Tribunal para otorgar un

remedio pleno se habría visto comprometida. Perenco sostuvo además que las medidas provisionales eran necesarias para preservar la jurisdicción exclusiva del Tribunal de acuerdo con el artículo 26 del Convenio del CIADI. Si las Demandadas incautaban las cuentas bancarias, equipo, propiedad y otros activos de Perenco, la compañía no podría operar y estaría obligada a cerrar el negocio. La suma que se demandaba a Perenco incluía no sólo los montos determinados conforme a la Ley 42 que habían sido retenidos, sino también aquellos retenidos por Burlington, su socio en el Consorcio. Si los Bloques no eran operados de manera continua, se podrían causar daños permanentes, y el Tribunal no podría entonces restituir a Perenco a su posición original.

24. En consecuencia, Perenco solicitó al Tribunal ordenar a las Demandadas abstenerse de:

- “(a) demandar que [Perenco] pague cualquier monto presuntamente adeudado conforme a la Ley 42;
- (b) instituir o continuar cualquier acción, judicial o de otro tipo, incluyendo las acciones descritas en las notificaciones del 19 de febrero de 2009, para cobrarle cualquier monto que las Demandadas reclaman que [Perenco] les adeuda conforme a la Ley 42;
- (c) instituir o continuar con cualquier acción, judicial o de otro tipo, en contra de [Perenco] o cualquiera de sus directivos o empleados que surja de o en conexión con los Contratos de Participación; y
- (d) unilateralmente modificar, rescindir, dar por terminado o repudiar los Contratos de Participación, o [emprender] cualquier otra conducta que pueda, directa o indirectamente, afectar o alterar la situación legal bajo los Contratos de Participación, tal y como fue acordado por las partes.”

25. En una carta de fecha 20 de febrero de 2009 dirigida al Tribunal, Ecuador abordó la solicitud de medidas provisionales de Perenco, presentada el día anterior, y su solicitud de una orden interina en tanto se resolviera su solicitud sobre medidas provisionales. Ecuador señaló que, conforme a la Regla 39(4) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, la facultad del Tribunal para recomendar medidas provisionales estaba sujeta a que se le brindara primero a cada parte “una oportunidad para que haga presente sus observaciones”. Ecuador accedió a que se estableciera un calendario procesal para la fase de medidas provisionales y propuso un calendario

que culminaba con una audiencia el 13 de mayo de 2009. Al solicitar un remedio temporal, según Ecuador, Perenco buscaba eludir la restricción que la Regla 39(4) impone sobre el ejercicio de los poderes otorgados por el Artículo 47. Según Ecuador, Perenco buscaba obtener, sobre una base provisoria, las mismas órdenes que había pedido en su solicitud de medidas provisionales, sin ofrecer a las Demandadas ninguna oportunidad significativa de presentar sus observaciones, y solicitando una orden “inmediatamente”. El Tribunal no tenía la facultad de emitir dichas órdenes conforme al Artículo 47 y la Regla 39 y, salvo estas dos disposiciones, Perenco no había identificado alguna otra fuente legal para que se le concedieran las órdenes que perseguía. Ni el Convenio del CIADI ni las Reglas de Arbitraje del CIADI contienen un poder análogo a aquél que se encuentra en las Reglas de la Corte de la Corte Internacional de Justicia, que expresamente facultan al Presidente de la Corte a emitir órdenes interinas en tanto se resuelve una solicitud de medidas provisionales. En sólo una instancia – el caso *City Oriente c. Ecuador*, que cita Perenco – un tribunal del CIADI pretendió abordar una solicitud de una orden interina o temporal sin haber escuchado a la parte demandada. En ese caso, el tribunal, sin haber escuchado al Ecuador, y cinco días después de recibir la solicitud de remedio “inmediato” de la demandante, rechazó emitir las órdenes solicitadas y en su lugar, emitió una “solicitud” a las partes para que preservaran el *status quo* en tanto el tribunal resolvía la solicitud de medidas provisionales. El Tribunal añadió:

“De pretender alguna de las partes adoptar una medida que pudiera contravenir lo aquí dispuesto, deberá comunicárselo al Tribunal previamente a su adopción, con tiempo suficiente para que el Tribunal pueda adoptar las decisiones procedentes.”

Ecuador rechazó que el tribunal tuviera la facultad de dictar cualquier “solicitud” para mantener el *status quo* al gobierno de un Estado soberano obligado a aplicar leyes que fueron promulgadas válidamente. Tampoco había ninguna urgencia de hacerlo. Conforme al derecho ecuatoriano, se requiere que una notificación de adeudo sea presentada tres veces, y no es sino hasta tres días después de la fecha de la última notificación que se pueden tomar acciones para incautar activos

para cubrir el adeudo existente. Era probable que Perenco recibiera la segunda notificación ese día (viernes 20 de febrero). Dado que el lunes y martes de la semana siguiente (23 y 24 de febrero) eran días feriados, la tercera notificación no habría podido realizarse sino hasta el miércoles 25 de febrero, y los tres días de plazo para cubrir el adeudo habrían vencido en la tarde del lunes 2 de marzo. Ecuador entendía que durante este tiempo las partes continuarían sosteniendo discusiones con miras a llegar a un arreglo. Ecuador recordó que durante la primera sesión del 7 de febrero se había comprometido a informar al Tribunal de cualquier cambio en el *status quo* y que eso fue lo que hizo con su carta del 18 de febrero (párrafo 22 anterior) tan pronto como le fue posible tras tomar la decisión de comenzar el procedimiento coactivo. Ahora se comprometía a dar notificación previa al Tribunal, brindándole suficiente tiempo para actuar como lo estimare necesario, antes de tomar cualquier medida que pretendiera forzar el cumplimiento de las deudas reclamadas en las dos primeras notificaciones de coactivas emitidas el 19 de febrero. Por lo tanto, Ecuador alegó que la única acción que el Tribunal requería tomar, dadas las circunstancias existentes, era la de fijar el calendario para la presentación de escritos sobre la solicitud de medidas provisionales de Perenco.

26. Mediante carta al Tribunal de fecha 21 de febrero, Perenco respondió a la carta del Ecuador del 20 de febrero, alegando que el Tribunal tenía la facultad, bajo el Convenio y las Reglas, de dictar una orden interina. Perenco sostuvo que Ecuador había tenido una oportunidad de presentar sus observaciones (lo había comenzado a hacer en su carta del 20 de febrero) y que en ciertas situaciones, como las presentes, era necesario que un tribunal dictara una orden interina para preservar su capacidad de proporcionar un remedio provisional efectivo. La carta reiteró que Perenco no podía continuar operando si su petróleo, capital de trabajo, equipo y otros activos eran confiscados. El Tribunal no podía esperar hasta mayo ya que para entonces la solicitud no tendría sentido.

27. El 24 de febrero Ecuador se comunicó con el Tribunal, señalándole una orden reciente emitida en el arbitraje *Burlington*. En esta carta, Ecuador declaró que:

“Podemos confirmar también, como [Perenco] sabe, que ni Ecuador ni Petroecuador han iniciado procedimientos para la terminación de los contratos de participación en los bloques 7 y 21.”

Por medio de una carta del 23 de febrero, Petroecuador confirmó su acuerdo con la posición del Estado.

28. Mediante carta a las partes de fecha 24 de febrero de 2009, el Tribunal se refirió a las recientes comunicaciones de las partes, y dijo:

“El Tribunal ha examinado cuidadosamente la situación descrita en las comunicaciones de las partes antes mencionadas, y ha deliberado sobre este asunto por teléfono y correo electrónico.

El Tribunal observa que en el último párrafo de su carta de 24 de febrero, Ecuador ‘confirma que... ni Ecuador ni PetroEcuador han iniciado procedimientos para la terminación de los contratos de participación de los bloques 7 y 21’. El Tribunal también observa que, en su comunicación de 23 de febrero, Petroecuador se ha alineado con la posición del Ecuador. El Tribunal toma nota, con aprobación, de las garantías ofrecidas por las Demandadas.

El Tribunal considera necesario, no obstante, solicitar a las partes abstenerse de iniciar o continuar cualquier acción o adoptar cualquier medida que pueda, directa o indirectamente, modificar el *status quo* entre las partes con respecto a los Contratos de Participación, incluyendo cualquier intento de incautar cualquier activo de [Perenco], hasta que haya tenido la oportunidad de escuchar a las partes sobre la cuestión de las medidas provisionales.”

El Tribunal propuso celebrar una audiencia sobre medidas provisionales el 19 de marzo de 2009.

El 26 de febrero de 2009, Ecuador tomó nota de la solicitud del Tribunal pero advirtió que no podía garantizar que no se procedería con las incautaciones a partir del 3 de marzo de 2009.

29. El 26 de febrero, Ecuador presentó su escrito de Réplica a la Solicitud de Medidas Provisionales de Perenco. En dicho escrito, Ecuador se reservó su posición sobre la jurisdicción y sobre los hechos. Aceptó que las notificaciones de coactivas habían sido presentadas el 19, 22 y

25 de febrero (párrafo 14 anterior) y que por ende, el Consorcio estaría obligado a pagar la deuda dentro de un plazo no mayor a tres días hábiles (*i.e.*, a más tardar el 2 de marzo de 2009) o enfrentaría el riesgo de que la deuda se cobrara, entre otras cosas, a través de la incautación de activos por un valor equivalente a la deuda reclamada, más intereses y costas. En un escrito convincente y bien argumentado, Ecuador sostuvo que la condición para el otorgamiento de medidas provisionales, confirmada y reconocida por la jurisprudencia, era que éstas fueran urgentes y necesarias para evitar que una parte sufriera una pérdida irreparable, *i.e.*, una pérdida que no pudiera remediarse de manera adecuada mediante un laudo de daños pecuniarios, en caso de prevalecer en la etapa de responsabilidad. Según Ecuador, la carga de probar tal urgente necesidad recaía en Perenco y no pudo hacerlo. Era aun más importante que la condición estuviese plenamente satisfecha si se iba a impedir a un Estado soberano implementar sus leyes promulgadas válidamente.

30. Al rechazar la solicitud de Perenco, Ecuador puso particular énfasis en dos puntos. El primero fue la declaración de Burlington en otro arbitraje CIADI:

“[E]l Consorcio...ha estado pagando todos los montos bajo la Ley No 2006-42 en dos cuentas separadas en los Estados Unidos (una para cada uno de los miembros del consorcio). Hasta la fecha, el Consorcio ha depositado 327,4 millones de dólares de los EE.UU. en sus cuentas separadas (171,7 millones de dólares de los EE.UU. para el Bloque 7 y 155,7 millones de dólares de los EE.UU. para el Bloque 21).”

El segundo punto fue el derecho que Perenco tenía, conforme a la legislación del Ecuador, de impugnar las notificaciones de coactivas tras depositar las sumas en disputa. Según Ecuador, estos puntos dejaron en claro que el presunto predicamento en que se encontraba Perenco era producto de su propia factura, dado que podía resolver su problema pagando al Ecuador (para cumplir con el arbitraje) o a la corte la suma que ya había depositado en una cuenta separada en los Estados Unidos. Ecuador señaló que en su Solicitud de Arbitraje, Perenco reclamó que Ecuador había “expropiado” los intereses de Perenco en los Contratos de Participación sin

haberlo indemnizado, y citó la decisión del tribunal CIADI en el caso *Occidental Petroleum Corporation y otro c. Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/06/11), Decisión sobre medidas provisionales, 17 de agosto de 2007, para sustentar la posición de que las medidas provisionales no serían concedidas cuando el perjuicio sufrido por una parte demandante fuera más daños pecuniarios. Según Ecuador, el sustento de Perenco en el artículo 26 del Convenio del CIADI carecía de mérito dado que ese artículo no impedía a un inversionista acudir ante las cortes locales para buscar un remedio, siempre que las reclamaciones en cuestión fuesen de distinta naturaleza a aquéllas presentadas ante el tribunal del CIADI. No se había tomado ningún paso para rescindir los Contratos de Participación y no existía indicio alguno de que Perenco o alguno de sus funcionarios había o haya sido amenazado con procedimientos civiles o penales instituidos en su contra.

31. El 27 de febrero, Perenco se dirigió nuevamente al Tribunal, haciendo hincapié en su “solicitud” e invitándolo a emitir una “recomendación” conforme al Artículo 47 del Convenio del CIADI. El Tribunal informó ese mismo día a las partes que lamentaba la postura adoptada por Ecuador y que tomaría con seriedad cualquier incumplimiento a su “solicitud.”

32. En su escrito de Réplica sobre Medidas Provisionales del 27 de febrero de 2009, Perenco reclamó que las notificaciones de las terceras y últimas coactivas aparentemente violaban tanto el compromiso del Ecuador del 20 de febrero de informar al Tribunal antes de tomar cualquier medida para el cobro forzoso de los pagos conforme a la Ley 42 en disputa (párrafo 25 anterior), como la “solicitud” del Tribunal del 24 de febrero de que las partes se abstuvieran de “iniciar o continuar cualquier acción... que pueda, directa o indirectamente, modificar el *status quo* entre las partes con respecto a los Contratos de Participación, incluyendo cualquier intento de incautar cualquier activo de [Perenco]”. Perenco ahora enfrentaba, el 2 de marzo, la incautación de sus activos, lo cual podría obligarlo a cerrar su negocio.

33. Perenco refutó la proposición de que el prospecto de un daño irreparable tenga que demostrarse invariablemente antes de que puedan otorgarse medidas provisionales y sostuvo que de cualquier manera, los hechos actuales satisfacían dicho estándar. Perenco sostuvo que no debería tener que elegir entre realizar los pagos en disputa y cerrar su negocio, y además rechazó la base fáctica de la postura del Ecuador de que podía resolver el problema pagando la suma de \$327 millones presuntamente depositada en una cuenta en Estados Unidos, ya que ese monto representaba los pagos requeridos (bajo la Ley 42) a los dos miembros del Consorcio (Burlington así como Perenco) y Perenco no tenía ninguna facultad o autoridad para hacer los pagos en representación de Burlington. Dado que Perenco sólo podía suspender el proceso de cobro forzoso presentando ante la corte ecuatoriana una fianza por el monto completo adeudado por ella y Burlington, lo que no podía hacer, estaría de cualquier manera infringiendo la jurisdicción exclusiva del Tribunal, en violación del Artículo 26 del Convenio, dado que estaría tomando parte en un proceso contencioso en relación a los derechos que son objeto de este arbitraje.

34. El 3 de marzo de 2009 (párrafo 16 anterior), se tomaron pasos para incautar los activos de Perenco.

35. En vista de las comunicaciones adicionales recibidas de las partes, el Tribunal envió una carta a las partes el 5 de marzo de 2009 en la cual citó una parte de su comunicación del 24 de febrero (párrafo 28 anterior) y señaló:

“El Tribunal desea dejar en claro, a la luz del más reciente intercambio de comunicaciones entre las partes, que su solicitud del 24 de febrero de 2009 tuvo y continúa teniendo la misma autoridad que una recomendación, como se prevé en el Artículo 47 del Convenio del CIADI y la Regla de Arbitraje 39.”

36. El 6 de marzo de 2009, Ecuador presentó su escrito de Dúplica sobre la Solicitud de Medidas Provisionales. En ese escrito, se hizo énfasis en que las medidas provisionales sólo pueden ordenarse si éstas son necesarias y urgentes. La condición es la pérdida irreparable.

Perjuicio sustancial no es suficiente. No se deben ordenar [medidas provisionales] cuando una parte, de prevalecer, pueda ser indemnizada de manera adecuada con daños pecuniarios. Aquí, Perenco puede ser indemnizado de dicha manera. Al reclamar que su inversión fue expropiada, Perenco ha escogido un remedio inconsistente con el derecho al cumplimiento del contrato. El remedio que se persigue constituye una interferencia desproporcionada con la soberanía del Ecuador. Además, Perenco no pudo demostrar que la amenaza a sus derechos fue causada por Ecuador, quien tenía derecho a demandar de Perenco, como representante legal del Consorcio, el pago del monto adeudado por el Consorcio, y a quien no le incumbían las relaciones entre Perenco y Burlington.

37. Por medio de una carta al Tribunal del 11 de marzo de 2009, Ecuador se quejó de que la carta del Tribunal del 5 de marzo (párrafo 35 anterior) que “cambiaba” su “solicitud” del 24 de febrero por una “recomendación”, potencialmente exponía al Ecuador *ex post facto* a la amenaza de consecuencias punitivas por cualquier violación a esa solicitud en el periodo interviniente, y ello constituía una grave violación al derecho de justicia procesal que tenía Ecuador. El Tribunal no tenía la facultad de emitir una recomendación sin antes determinar los méritos de dicha solicitud, lo cual el Tribunal no había hecho aún. Ecuador se reservó todos sus derechos.

38. La audiencia sobre la solicitud de medidas provisionales de Perenco se llevó a cabo en París el 19 de marzo. Durante la audiencia, los representantes de las partes explicaron de manera útil y expandieron los argumentos plasmados en los escritos. Al término de la audiencia, el Presidente dejó en claro que la solicitud del 24 de febrero y la recomendación notificada el 5 de marzo se tratarían como vigentes a menos o hasta que éstas fuesen expresamente revocadas.

Jurisdicción

39. Si bien el Tribunal no requiere estar satisfecho de que tiene jurisdicción para pronunciarse sobre el fondo de esta diferencia para resolver la solicitud de medidas provisionales, no ordenará dichas medidas salvo que exista, a lo menos, una base *prima facie* sobre la cual su jurisdicción pueda establecerse: *Víctor Pey Casado y la Fundación Presidente Allende c. Chile* (Caso CIADI No. ARB/98/2), Decisión sobre la solicitud de medidas provisionales (25 de septiembre de 2001), párrafos 1-12. No es suficiente para el Tribunal que el Secretario General haya concluido que la controversia no se encuentra manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro y por consiguiente haya registrado la Solicitud de Arbitraje de conformidad con el Artículo 36(3) del Convenio del CIADI y la Regla 6(1)(b) de las Reglas de Iniciación. El Tribunal debe estar satisfecho de que existe una base *prima facie* para su jurisdicción. Conforme a los términos del artículo 9 del Tratado de Inversión (ver párrafo 17 anterior), Ecuador consintió en “someter toda diferencia legal surgida entre esta Parte Contratante y un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante relativa a una inversión, al [CIADI]... para ser resuelta mediante conciliación o arbitraje bajo el Convenio del CIADI...” En el artículo 1, “inversión” se definió para incluir “todo tipo de activos, derechos e intereses” y “sociedad” se definió como “toda entidad legal controlada por nacionales de una de las Partes Contratantes”. Se dice que Perenco es, y en todo momento ha sido, controlado por nacionales de Francia.

40. Mediante carta del 17 de octubre de 2007, Perenco expresamente aceptó y otorgó su consentimiento a la oferta del Ecuador de someter cualquier disputa relacionada con la Ley 42, o con cualquier otra medida que pudiera afectar las inversiones de Perenco en Ecuador, al CIADI para su resolución por medio de un procedimiento arbitral. Para fines de la Regla 2(3) de las Reglas de Iniciación, el 17 de octubre fue la fecha en la cual aparentemente las partes acordaron someter la disputa al CIADI. Petroecuador parece haber dado su consentimiento a la jurisdicción

del CIADI en la cláusula 20.3 del Contrato de Participación del Bloque 7 y en las cláusulas 20.2.19 y 2.20.20 (*sic*) de los Contratos de Participación del Bloque 21. Los Contratos de Participación fueron suscritos el 23 de marzo de 2000 y el 20 de marzo de 1995 respectivamente, y Perenco se adhirió a ellos el 4 de septiembre de 2002 por medio de un acuerdo ante notario. Por lo tanto, y para fines de la Regla 2(3) de las Reglas de Iniciación, la fecha de consentimiento entre Perenco y Petroecuador fue el 4 de septiembre de 2002.

41. El Tribunal es de la opinión que, en esta etapa, Perenco ha demostrado que existe una base *prima facie* sobre la cual se podría establecer la jurisdicción del Tribunal, y ello no ha sido controvertido.

Medidas provisionales

42. El artículo 47 del Convenio del CIADI dispone:

“Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes.”

Este lenguaje reproduce en gran medida el del artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y ha sido interpretado en un sentido similar. La Regla 39 de las Reglas de Arbitraje (2006) del CIADI establece, en la parte relevante:

“(1) En cualquier etapa una vez incoado el procedimiento, cualquiera de las partes puede solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para la salvaguardia de sus derechos. La solicitud deberá especificar los derechos que se salvaguardarán, las medidas cuya recomendación se pide, y las circunstancias que hacen necesario el dictado de tales medidas.

(2) El Tribunal dará prioridad a la consideración de las peticiones de las partes hechas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo (1).

(3) El Tribunal también podrá recomendar de oficio la adopción de medidas provisionales, o recomendar medidas distintas de las identificadas en la petición. Podrá modificar o revocar sus recomendaciones en cualquier momento.

(4) El Tribunal sólo recomendará medidas provisionales, o modificará o revocará sus recomendaciones, después de dar a cada parte una oportunidad para que haga presente sus observaciones.

...

(6) Nada en esta Regla impedirá que las partes, siempre que lo hayan estipulado en el convenio que registre su consentimiento, soliciten a cualquier autoridad judicial o de otra naturaleza que dicte medidas provisionales, antes o después de incoado el procedimiento, para la preservación de sus respectivos derechos e intereses

(este último párrafo corresponde al numeral (5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 1985).

43. El Artículo 47 y la Regla 39 reconocen que los derechos que una parte reclama y busca salvaguardar y proteger en un procedimiento arbitral pueden ser efectivamente destruidos o seriamente perjudicados por acciones de la otra parte antes de que el Tribunal pueda tomar una decisión final sobre el fondo de la controversia. Por ello, se le confiere al Tribunal el poder de restringir dichas acciones con el propósito de salvaguardar la efectividad e integridad del procedimiento y evitar agravar seriamente la disputa. Pero tanto el Artículo como la Regla también reconocen que el Tribunal debe proceder con cautela al otorgar a una parte, antes de examinar completamente el fondo de la diferencia, un remedio al cual, tras dicho examen, se determine que la parte no tenía derecho. El Tribunal debe proceder incluso con mayor cautela en casos donde, como aquí, la jurisdicción del Tribunal para conocer de la diferencia no ha sido establecida aún. Por consiguiente, el estándar establecido en el Artículo para el otorgamiento de medidas provisionales es uno estricto: “si [el Tribunal] considera que las circunstancias así lo requieren”. La cuestión es una para el juicio del Tribunal: “si considera”. Si el Tribunal no considera que las circunstancias requieren el otorgamiento de medidas provisionales, entonces puede no otorgarlas. Si considera que las circunstancias así lo requieren, puede otorgar medidas provisionales, y ordinariamente es probable que así lo haga. Pero no juzgará que las

circunstancias requieren el otorgamiento de medidas provisionales a menos de que juzgue que dichas medidas son necesarias y urgentes. Deben ser necesarias porque eso es lo que “requiere” significa, y las medidas no serán necesarias cuando una parte pueda ser indemnizada adecuadamente mediante un laudo de daños pecuniarios si logra prevalecer en sus derechos al momento en que el caso se decida. Por consiguiente, como las Demandadas correctamente señalan, muchas decisiones se refieren al estándar en términos de “pérdida irreparable”. Cuando las acciones de una parte pueden causar pérdidas a la otra que no puedan subsanarse con un eventual laudo de daños pecuniarios, es probable que se cumpla la condición del Artículo. Sin embargo, el Artículo no establece una condición de pérdida irreparable, y los antecedentes no dan pie a una construcción tan estrecha (ver párrafos 55-58 más adelante). Las medidas provisionales sólo pueden ser otorgadas cuando sean urgentes, porque no pueden ser necesarias si, al momento, no existe una necesidad demostrable para ellas. Las medidas provisionales serán otorgadas si son necesarias al momento de la decisión para salvaguardar la efectividad y la integridad del procedimiento y evitar una severa agravación de la diferencia.

Las conclusiones del Tribunal

44. Perenco inició este arbitraje para proteger su derecho a participar en la exploración y producción del petróleo en los Bloques 7 y 21, de conformidad con los respectivos Contratos de Participación, y para obtener la recompensa financiera especificada en esos contratos, sin importar el precio del petróleo en Ecuador o en el mundo en un momento determinado. Su reclamación consiste en que los pagos incrementales que se demandan bajo la Ley 42 reducen de manera sustancial la recompensa financiera a la cual, conforme a los Contratos de Participación, tiene derecho, y sostiene que la Ley 42 no puede válidamente sustituir a un contrato vinculante para Ecuador conforme al derecho internacional. La disputa central de este arbitraje concierne los

derechos de Perenco bajo los Contratos de Participación, a la luz del derecho ecuatoriano y del tratado de inversión, y los efectos (si los hubiere) de la Ley 42 sobre esos derechos.

45. La reclamación de Perenco no es una que pueda, en opinión del Tribunal, desecharse perentoriamente. Fue debido a que en un mercado de petróleo que había cambiado, se consideró que los Contratos de Participación concedían un retorno inadecuado e injusto al Ecuador, y por lo tanto, la Ley 42 se promulgó y se dictaron los decretos de acuerdo con ella. El objeto era redistribuir las ganancias de la producción petrolera de los Bloques 7 y 21, dando ventaja al Ecuador y la correspondiente desventaja a Perenco. La modificación a los Contratos de Participación fue el medio escogido para alcanzar este fin.

46. Sobre la base del material actualmente ante el Tribunal, parece claro que en el estado actual de las cosas, y en ausencia de medidas provisionales, Perenco enfrenta la inminente confiscación de sus activos en Ecuador (sea petróleo, planta, equipo o cuentas bancarias) por un monto de \$327 millones, más intereses y costas, a menos que pague esa suma dentro de muy pocos días. Tal y como se desprende de la carta que con fecha 29 de abril de 2009 enviaron los representantes de Perenco al Tribunal (y sobre la cual Ecuador no ha tenido más que una muy breve oportunidad para responder), ya se habrían dado los siguientes pasos. Si el negocio de Perenco en Ecuador fuera efectivamente terminado de esta manera, dicho daño no podría, a juicio del Tribunal, compensarse adecuadamente a través de un laudo de daños pecuniarios en caso de que la demanda se sostenga. El Tribunal observa que Perenco enmendó su Solicitud de Arbitraje original para incluir dentro de sus seis peticiones, una orden a las Demandadas para que restablezcan plenamente los derechos de Perenco bajo los Contratos de Participación, de acuerdo con sus términos, y a no desviarse de los Contratos al modificar, rescindir, terminar o repudiar, de manera unilateral, los Contratos o cualquiera de sus términos. Por consiguiente, Perenco especificó la restitución como la forma de remedio solicitada. A juicio del Tribunal, la incautación

de los activos de Perenco, tal y como se mencionó en la parte de arriba, agravaría seriamente la controversia entre las partes y pondría en riesgo la capacidad de Perenco de explorar y producir petróleo en los Bloques 7 y 21 de conformidad con los Contratos de Participación.

47. En un escrito bien documentado y bien argumentado, las Demandadas han presentado razones sustantivas por las que el Tribunal debe desestimar que las presentes circunstancias requieren el otorgamiento de medidas provisionales.

48. Primero, se dice que al argumentar que sus intereses han sido “expropiados” (como en el párrafo 36 de la Solicitud de Arbitraje), Perenco ha escogido un remedio incongruente con su reclamo para proteger sus derechos bajo los Contratos de Participación. El párrafo 36 fue redactado en referencia expresa al artículo 6 del Tratado, el cual se alega fue violado. Pero el caso de Perenco es, y siempre ha sido, que los Contratos de Participación continúan vigentes conforme a sus propios términos; que ha continuado cumpliéndolos conforme a sus términos; y que desea continuar haciéndolo. Por su parte, las Demandadas no alegan que los contratos han sido rescindidos, y han confirmado (párrafo 27 anterior) que ninguna de ellas ha iniciado procedimiento alguno que conlleve a la rescisión de los contratos. Si los contratos hubiesen sido rescindidos, podría ser (este Tribunal no requiere emitir opinión alguna) que el principio articulado por el tribunal en la Decisión sobre medidas provisionales en el caso *Occidental Petroleum c. Ecuador* fuese aplicable. Los contratos relevantes en ese caso habían sido rescindidos y el tribunal determinó (párrafo 79):

“Es un principio firmemente establecido que cuando un Estado, en ejercicio de sus potestades soberanas, ha puesto fin a un contrato o a una licencia, o a cualquier otro título de un inversionista extranjero, el cumplimiento específico debe considerarse jurídicamente imposible.”

El tribunal más adelante estableció que (párrafo 86):

“En conclusión, a juicio del Tribunal las Demandantes no han presentado argumentos que puedan defenderse sólidamente sobre la existencia de un derecho a

cumplimiento específico en caso de terminación o cancelación, por parte de un Estado, de un acuerdo de concesión sobre recursos naturales.”

Independientemente de si el tribunal en el caso *Occidental* estaba en lo correcto, sobre lo cual este Tribunal no adopta ninguna posición, sobre la base de los escritos actualmente ante este Tribunal, y no habiendo dicha terminación o rescisión, el principio invocado por el tribunal en el caso *Occidental* es inaplicable.

49. En segundo término, las Demandadas sostienen que Ecuador, como un Estado independiente y soberano, tiene el derecho de controlar sus recursos naturales, que la Ley 42 fue promulgada de conformidad con el derecho ecuatoriano, que la máxima autoridad legal en el Estado ha determinado que la Ley 42 es constitucional, y que cualquier interferencia con la operación de la Ley 42 por parte del Tribunal infringiría de manera indebida con la soberanía del Ecuador. El Tribunal repite y adopta aquí lo dicho por el tribunal en el caso *City Oriente c. Ecuador*, Decisión sobre medidas provisionales, 19 de Noviembre de 2007, párrafo 43, donde el efecto de la Ley 42 también estaba en disputa:

“... El Tribunal es muy consciente de que la Ley fue promulgada, en ejercicio de su legítima e indiscutida soberanía nacional, por el poder legislativo de la República del Ecuador y que, con posterioridad, el Tribunal Constitucional de esa Nación, en Resolución de 22 de agosto de 2006, ha decidido que no viola la Constitución. Corresponde a los Poderes públicos ecuatorianos promulgar las leyes que estimen apropiadas para el bien común de esa Nación, y el Tribunal de Arbitraje ni puede ni desea interferir en esa tarea legislativa. La función del Tribunal en este caso se circunscribe a resolver las disputas que surgen en relación al Contrato.”

El mismo tribunal en su Decisión sobre revocación de medidas provisionales (13 de mayo de 2008), párrafos 56-57, repitió este pasaje y añadió:

“El Tribunal de Arbitraje se reafirma en esta conclusión. Un árbitro carece de competencia para suspender el poder legislador del Ecuador o actos legislativos emanados del Congreso ecuatoriano, y el Tribunal nunca lo ha pretendido, ni menos lo ha ordenado. Como ya dejó claro en la última frase del párrafo 43 de su Decisión, [se elimina la nota de pie] “[*la función del Tribunal en este caso se circunscribe a resolver las disputas que surgen en relación al Contrato*”. Y así ha ocurrido: lo que ha suspendido el Tribunal de Arbitraje en sus Medidas

Provisionales no son los actos legislativos del Ecuador, sino cualquier medida o acto conminatorio o de naturaleza coactiva de Petroecuador o de Ecuador, que tenga por resultado interferir en los derechos contractuales, incluido el derecho de la Demandante a demandar el cumplimiento del Contrato.”

El tribunal otorgó, y declinó revocar el otorgamiento de, medidas provisionales. En el párrafo 90 de su decisión sobre revocación, el tribunal explicó:

“En primer lugar, el Tribunal reitera una vez más su respeto a las potestades soberanas de la República del Ecuador y al derecho a disponer sobre sus recursos naturales de acuerdo con las leyes que los Poderes públicos ecuatorianos estimen apropiadas. Las Medidas Provisionales no interfieren en el ejercicio de estas potestades. Lo único que establecen es que, provisionalmente, mientras se dirime el impacto de una legislación sobrevenida, los recursos naturales se continúen explotando en los términos de un Contrato que los Poderes públicos ecuatorianos en su día otorgaron, considerándolo entonces instrumento válido y eficaz para disponer de sus recursos naturales. Si las Demandadas entienden que City Oriente les adeuda determinadas cantidades, el presente arbitraje es el vehículo apropiado para plantear tal pretensión.”

50. Cabe recordar que en cualquier arbitraje CIADI, una de las partes será un Estado soberano y cuando se otorgan medidas provisionales en su contra, sus efectos necesariamente serán los de restringir la libertad del Estado para actuar como lo desee. Las medidas provisionales pueden, por consiguiente, impedir que un Estado aplique una ley en tanto se expide una resolución final sobre el fondo de la diferencia, como en el caso *City Oriente c. Ecuador y Sergei Paushok c. Mongolia*, Orden de medidas provisionales (CNUDMI, 2 septiembre 2008), o impedir que éste aplique o busque obtener una sentencia de una corte local, como en el caso *Electricity Company of Sofia & Bulgaria (Bélgica c. Bulgaria)*, 1939 P.C.I.J. (ser A/B) No. 79, 5 de diciembre de 1939, y *Ceskoslovensko Obchodni Banka AS c. Eslovaquia* (Caso CIADI No. ARB/97/4), Resolución Procesal No. 4, 11 de enero de 1999. Si bien es cierto que la promulgación de una ley por un Estado soberano, que ha sido declarada constitucional en ese Estado, es un asunto de importancia, no puede ser concluyente o impedir al Tribunal ejercer sus facultades para el otorgamiento de medidas provisionales. En *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* (Caso CIADI No. ARB/98/2), Decisión sobre la adopción de medidas

provisionales solicitadas por las partes, (25 de septiembre de 2001) el tribunal concluyó, en el párrafo 52:

“No es tampoco necesario recordar los principios y la práctica respecto de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, o la regla según la cual un Estado no podría invocar su derecho interno para eximir o justificar una infracción a una de sus obligaciones internacionales.”

El efecto (si lo hubiere) de la Ley 42 sobre los derechos de Perenco bajo los Contratos de Participación, a la luz del derecho ecuatoriano y del tratado de inversión, es el asunto medular en este arbitraje. En esta etapa provisional, el Tribunal no puede abordar el tema suponiendo que la posición de cualquiera de las partes es la correcta. Su papel, análogo a aquél del tribunal en el caso *City Oriente*, es resolver las controversias que surjan entre las partes en relación a los Contratos de Participación.

51. El tercer y principal alegato de las Demandadas a la solicitud de medidas provisionales de Perenco se basa en la premisa de que Perenco puede resolver sus problemas actuales simplemente mediante el pago de los adeudos incrementales requeridos conforme a la Ley 42 y retenidos desde abril de 2008. Sobre esta base, se refuta que las medidas sean necesarias ya que Perenco, de prevalecer al final del proceso, recuperará las sumas que pagó de más, con intereses, y no sufrirá un daño irreparable. Dado que Perenco dispone de esa alternativa, el otorgamiento de un remedio no es urgente. Su presunto predicamento es de su propia factura y no fue causado por alguna acción de las Demandadas. Las Demandadas señalan que en una carta del 19 de mayo de 2006, Perenco describió los pagos conforme a la Ley 42 como “obligatorios” hasta que la ley fuera declarada inconstitucional; había realizado los pagos incrementales, bajo protesta, hasta fines de abril de 2008; de ahí en adelante, ella y Burlington habían depositado, al menos por un tiempo, las sumas adeudadas conforme a la Ley 42 en cuentas bancarias separadas. Perenco podía resolver sus dificultades pagando el monto total del adeudo de US\$327 y tenía la capacidad de hacerlo.

52. Perenco refutó la aseveración de que tenía la capacidad de pagar esta suma, la cual (presuntamente) adeudaba el Consorcio y no sólo ella. Perenco no tenía poder o autoridad alguna para realizar pagos a nombre de Burlington. Esto, las Demandadas contestaron, era un asunto interno entre Perenco y Burlington y no era de su incumbencia. Bajo los acuerdos de operación conjunta correspondientes a los dos Bloques, Perenco era el único operador y representante legal del Consorcio (cuya formación era requerida por las leyes del Ecuador) y era legalmente responsable por las obligaciones del Consorcio.

53. Puede ser (el Tribunal no está en posición de decidir) que conforme a las leyes del Ecuador, el Estado tiene derecho a demandar de Perenco el pago de las deudas del Consorcio. Pero incluso de aceptarse lo anterior, en opinión del Tribunal, ello revela una pregunta más fundamental. La pregunta es si, en un arbitraje iniciado para determinar si los derechos de Perenco conforme a los Contratos de Participación habían sido modificados o reemplazados por el requerimiento contenido en la Ley 42 de hacer pagos incrementales al Ecuador, no contemplado en esos contratos, el Tribunal debe tomar en cuenta las circunstancias para requerir el otorgamiento de las medidas provisionales que impidan al Ecuador actuar de manera inminente para forzar el cobro de dichos adeudos. Las Demandadas aceptan que dichas medidas pueden resultar en la incautación del petróleo producido por Perenco para satisfacer las sumas presuntamente adeudadas por el Consorcio durante el periodo de tiempo que sea necesario para permitir que Ecuador recupere sus pérdidas, periodo que puede extenderse hasta 18 meses, durante el cual Perenco probablemente opere bajo pérdidas. Otros activos también podrían ser confiscados. Es realista, a juicio del Tribunal, tomar conciencia de que el negocio de Perenco en Ecuador se vería afectado, si no es que destruido.

54. A juicio del Tribunal, el otorgamiento de medidas provisionales en estas circunstancias está plenamente justificado por una extensa línea de antecedentes establecidos por la Corte

Permanente Internacional de Justicia, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), los Tribunales del CIADI y al menos un Tribunal CNUDMI.

55. En su sentencia del 5 de diciembre de 1939 en el caso *Electricity Company of Sofia* que se cita anteriormente, la Corte Permanente Internacional de Justicia se refirió a:

“El principio universalmente aceptado por los tribunales internacionales, y, de igual manera establecido en muchos convenios en los que Bulgaria ha sido parte, en el sentido de que las partes en un caso deberán abstenerse de toda medida capaz de ejercer un efecto perjudicial en lo que respecta a la ejecución de la decisión que ha de emitir y, en general, no permitir que se de cualquier paso, de cualquier tipo, que pueda agravar o prolongar la contienda.”

(Traducción del Tribunal)

Este principio fue invocado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *LaGrand* (Alemania *c. Estados Unidos de América*) (2001 ICJ 466, 27 de junio de 2001) en el párrafo 103, cuando añadió:

“... medidas designadas para evitar agravar o extender contiendas han sido frecuentemente indicadas por la Corte.”

(Traducción del Tribunal)

El principio también fue invocado por un tribunal del CIADI en el caso *Pey Casado* citado anteriormente (25 de septiembre de 2001), párrafo 69. En ese caso, el Tribunal también citó, en los párrafos 70-72 el caso *Anglo-Iranian Oil Company* y el caso *Armed Activities on the Territory of the Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*. En el primero de estos casos, en la página 93, se impidió a las partes tomar cualquier acción que pudiera perjudicar los derechos de la otra parte respecto a la implementación de cualquier decisión sobre el fondo que la Corte pudiera emitir más adelante y de tomar cualquier acción que pudiera agravar o extender la controversia sometida a la Corte. En el segundo caso, la CIJ recordó, en el párrafo 44, que su estatuto le otorgaba “la facultad de indicar medidas provisionales con miras a prevenir la agravación o extensión de la contienda, siempre que considere que las circunstancias lo exigen”.

Enumerando los estándares que deben observarse antes de que puedan otorgarse medidas provisionales, un tribunal CNUDMI en el caso *Paushok c. Mongolia* citado anteriormente, en el párrafo 45, incluyó “peligro inminente de un serio perjuicio (necesidad)”. (Traducción del Tribunal)

56. En el caso *Tokios Tokelés c. Ucrania* (Caso CIADI No. ARB/02/18), en su Resolución No. 1 (1 de julio de 2003), un tribunal CIADI se refirió al Artículo 26 del Convenio del CIADI, que se discute más adelante, y concluyó en el párrafo 2:

“De acuerdo a este principio básico, los tribunales del CIADI han dictaminado en varias ocasiones:

a) que las partes en una controversia sobre la que tiene jurisdicción el CIADI, deben abstenerse de toda medida capaz de tener un efecto perjudicial sobre la dictación o ejecución de una eventual decisión o laudo del CIADI y, en general, abstenerse de cualquier acción de cualquier tipo que pueda agravar o extender la contienda o hacer más difícil su resolución.”

(Traducción del Tribunal)

En el mismo caso, en la Resolución No. 3 (18 de enero de 2005), párrafo 7, un tribunal constituido diferentemente concluyó:

“Una medida provisional puede concederse también para proteger a una parte de acciones de la otra parte que amenazan con agravar la contienda o perjudicar la dictación o ejecución de una eventual decisión o laudo.”

(Traducción del Tribunal)

En *Saipem S.p.A. c. Bangladesh* (Caso CIADI No. ARB/05/07), 21 de marzo de 2007, párrafo 175, un tribunal CIADI determinó, tras citar decisiones anteriores que, conforme al Artículo 47 del Convenio del CIADI, “un tribunal disfruta de una amplia discreción para dictar medidas provisionales, pero no debe recomendar medidas provisionales a la ligera y debe sopesar los intereses divergentes de las partes a la luz de las circunstancias del caso” (traducción del

Tribunal). Uno de los miembros del tribunal en ese caso era el Profesor Christoph Schreuer, cuyo respetado *Commentary* sobre el Convenio del CIADI (Cambridge University Press, 2001) en el párrafo 15, página 751, describe diversas situaciones en las cuales las condiciones de necesidad y urgencia requeridas para el otorgamiento de medidas provisionales pueden estar presentes. Estas incluyen: la necesidad de adoptar medidas preliminares para garantizar el cumplimiento de un eventual laudo; la necesidad de “detener a las partes de recurrir a la auto-tutela o buscar satisfacción de su pretensión a través de otros medios”; y la necesidad de “prevenir en general la agravación de la situación a través de la acción internacional”.

(Traducción del Tribunal)

57. El Tribunal ha prestado especial atención a las decisiones del tribunal CIADI en el caso *City Oriente c. Ecuador*, citado anteriormente, cuyos hechos, si bien no son idénticos a los de este caso, eran similares. En el centro de ambos casos se encuentra una controversia que concierne el recobrar pagos incrementales que, según se dice, se requieren conforme a la Ley 42. En su primer decisión sobre medidas provisionales (19 de noviembre de 2007), el tribunal mencionó en los párrafos 55-59:

“55. Tanto el art. 47 del Convenio como la Regla 39(1) del Reglamento exigen que las medidas provisionales sean necesarias para preservar los derechos de la parte que las pide, sin entrar en más explicaciones. Sin embargo, en los trabajos preparatorios del Convenio se señaló que el objeto de las medidas provisionales debía consistir en preservar el status quo entre las partes, en tanto no recayera la decisión final del Tribunal. Es decir, en opinión del Tribunal, el art. 47 del Convenio lo que autoriza es que se dicten medidas cautelares, prohibiendo la realización de cualquier acto que perjudique a los derechos en disputa, que agrave la controversia, que frustre la eficacia del eventual laudo o que implique que una de las partes se está tomando la justicia por su mano. Cuando exista un contrato entre las partes, que ha venido definiendo el marco de sus obligaciones recíprocas, los derechos a salvaguardar serán precisamente los pactados.

56. *City Oriente* pide al Tribunal de Arbitraje la dictación de unas medidas provisionales, en virtud de las cuales se mantenga el status quo que existía antes de la promulgación de la nueva Ley No. 2006-42, y que describe como el

cumplimiento de los derechos y obligaciones dimanantes del Contrato, en sus propios términos.

57. En opinión del Tribunal de Arbitraje, las medidas provisionales solicitadas por la Demandante son necesarias para salvaguardar los derechos que ejerce y las pretensiones que solicita en este arbitraje. En efecto: City Oriente está pidiendo que se ordene el cumplimiento del Contrato, en los propios términos en que fue firmado. El Ecuador y Petroecuador entienden que los derechos y obligaciones dimanantes del Contrato no se han visto afectados ni modificados por aplicación de la Ley No. 2006-42, que debe ser cumplida en sus propios términos. Pudiera ser o no que las partes demandadas estén en lo correcto - ésta es una cuestión que atañe al fondo, y sobre la cual el Tribunal no puede, ni debe pronunciarse en este momento. Pero en tanto esta cuestión se está dilucidando, prevalece el principio de que ninguna parte debe agravar ni extender la contienda, ni tomarse la justicia por su mano. En consecuencia, el Ecuador y Petroecuador deben seguir cumpliendo con las obligaciones que voluntariamente asumieron en el Contrato, en los términos convenidos, deben abstenerse de decretar su resolución ni de otra forma alterar su contenido.

58. La Demandante ha identificado cuatro actos del Ecuador y de Petroecuador que, en su opinión, violan el status quo y que deben ser paralizados.

La conminación para pagar

59. El primer acto es la conminación al pago de más de 28 millones de USD, hecha por Petroecuador a través de la emisión de la factura de 19 de octubre de 2007, y al que ya se ha hecho referencia supra. En opinión del Tribunal de Arbitraje, las Demandadas deben abstenerse de exigir tanto este pago, como cualquier otra cantidad devengada, no por aplicación de lo originalmente pactado en el Contrato, sino por aplicación de la Ley No. 2006-42. Las Demandadas pueden por supuesto reconvenir y, si tal acción triunfa, el laudo condenará a City Oriente al pago de todas estas sumas; y ese laudo podrá ser ejecutado en los bienes y derechos que City Oriente posee en el Ecuador. Pero en tanto eso no ocurra, debe prevalecer el mantenimiento del status quo y los principios de no agravación de la contienda y de *pacta sunt servanda*.”

En la opinión del Tribunal (párrafo 69), las medidas provisionales eran urgentes “precisamente para evitar que los procedimientos de cobro ejecutivo o de caducidad se pongan en marcha, pues su iniciación constituye un instrumento de presión, agrava y extiende la contienda, y por sí sola ya perjudica a los derechos que la Demandante pretende proteger a través de este arbitraje”.

58. En su segunda decisión sobre la revocación de medidas provisionales (13 de mayo de 2008), el tribunal en el caso *City Oriente* reiteró las mismas conclusiones. Sostuvo (en el párrafo 58):

“City Oriente tiene derecho a que el *status quo ante* se mantenga mientras dure el procedimiento arbitral, a que el Contrato se siga cumpliendo en los propios términos en el que las partes lo habían convenido... y a que Petroecuador y el Ecuador se abstengan de adoptar medidas unilaterales de naturaleza coactiva o conminatoria que rompan el equilibrio.”

El tribunal señaló (párrafo 62) que sin las medidas provisionales, las Demandadas podrían proceder al cobro forzoso de los montos que no eran requeridos conforme al Contrato o incluso declarar la caducidad del Contrato: reiteró (párrafo 71) que el cobro por la fuerza operaría como un mecanismo de presión, agravaría y extendería la disputa y, por sí mismo, perjudicaría los derechos que City Oriente buscaba proteger a través del arbitraje. El objeto de las medidas provisionales (párrafo 93) era que, en tanto la decisión sobre el fondo estuviera pendiente, las Demandadas deben abstenerse de agravar la disputa o unilateralmente modificar el *status quo ante*, que era el que resultaba de los términos y condiciones libremente acordados por las partes.

59. Las Demandadas criticaron algunos aspectos del razonamiento del tribunal en el caso *City Oriente*, pero este Tribunal considera que la decisión es legalmente correcta y congruente con la jurisprudencia. También la considera apropiada para los hechos del presente caso.

60. En el párrafo 53 anterior, el Tribunal ha planteado lo que se describe como “una pregunta más fundamental”. La pregunta debe ser respondida afirmativamente. Habiendo iniciado este arbitraje para impugnar el cobro de los pagos incrementales no previstos en los Contratos de Participación pero exigidos conforme a la Ley 42, Perenco no debería, en tanto la decisión final se encuentre pendiente, tener que escoger entre hacer los pagos en disputa y sufrir la incautación de su producción de petróleo u otros activos.

61. Como variante de lo que se describe anteriormente (párrafo 51), en su tercer y principal argumento, las Demandadas sostienen que Perenco podía resolver sus dificultades actuales haciendo los depósitos requeridos e impugnando las notificaciones de coactivas ante las cortes

ecuatorianas. Las razones por las que Perenco rechazó este recurso son, en gran medida, las que ya se han señalado. Pero [Perenco] sostiene además, que el hecho de acudir a las cortes ecuatorianas, ya sea ella o las Demandadas, sería inconsistente con el Artículo 26 del Convenio del CIADI. Este dispone:

“Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso...”

El objeto de esta disposición no está en duda. Su fin es asegurar que un tribunal del CIADI, debidamente constituido, tenga jurisdicción exclusiva sobre cualquier disputa sobre la que deba pronunciarse. Como lo determinó el Tribunal en la segunda decisión que se citó anteriormente en el caso *Tokios Tokelés*, en el párrafo 7:

“Entre los derechos que pueden ser protegidos por medidas provisionales está el derecho garantizado por el Artículo 26 para que el arbitraje del CIADI sea el recurso exclusivo de la controversia con exclusión de cualquier otro recurso, ya sea nacional o internacional, judicial o administrativo.”

(Traducción del Tribunal)

Las reclamaciones cuyo cumplimiento las Demandadas están invocando a través de procedimientos legales ante las cortes locales son las reclamaciones que Perenco ha impugnado en este procedimiento arbitral. Es, en opinión del Tribunal, inevitable que, de recurrir las Demandadas a ese procedimiento, se violaría el Artículo 26. También, en opinión del Tribunal, es inevitable que Perenco violaría dicho artículo si recurriera a las cortes ecuatorianas para formular argumentos sobre los cuales se apoyaría en este arbitraje para impugnar el cobro de los pagos demandados bajo la Ley 42. A menos y hasta que el Tribunal determine que no tiene jurisdicción para pronunciarse sobre la disputa, en caso de que su jurisdicción sea cuestionada más adelante, o el Tribunal emita un laudo sobre el fondo de la controversia, ninguna de las partes puede recurrir a las cortes locales del Ecuador para exigir el cumplimiento o resistir cualquier reclamo que sea parte del objeto de este procedimiento arbitral.

62. El Tribunal considera que las circunstancias le requieren recomendar, y así lo hace, medidas provisionales que impidan a las Demandadas:

- (1) demandar que Perenco pague cualquier monto presuntamente adeudado conforme a la Ley 42;
- (2) instituir o continuar cualquier acción, judicial o de otro tipo, incluyendo las acciones descritas en las notificaciones del 19 de febrero y de 3 marzo de 2009, para cobrarle a Perenco cualquier monto que las Demandadas reclaman que Perenco o el Consorcio les adeudan conforme a la Ley 42;
- (3) instituir o continuar cualquier acción, judicial o de otro tipo, en contra de Perenco o cualquiera de sus directivos o empleados que surja de o en conexión con los Contratos de Participación; y
- (4) unilateralmente modificar, rescindir, dar por terminado o repudiar los Contratos de Participación, o emprender cualquier otra conducta que pueda, directa o indirectamente, afectar o alterar la situación legal bajo los Contratos de Participación, tal y como fue acordado por las partes.

A partir de la fecha de esta Decisión, las comunicaciones del Tribunal del 24 de febrero y 5 de marzo (párrafos 28 y 35 anteriores) dejarán de tener efectos.

63. Dado que el Tribunal puede determinar, en una decisión subsecuente, que no tiene jurisdicción para pronunciarse sobre esta diferencia, o que las Demandadas tienen derecho a reclamar y forzar los pagos incrementales requeridos conforme a la Ley 42, el Tribunal considera que las Demandadas deben disfrutar de una medida de garantía en relación a las sumas que Perenco (no el Consorcio) les adeude bajo la Ley 42, y que se acumulen a partir de la fecha de emisión de esta Decisión hasta nuevo aviso. El Tribunal considera que la mejor manera de proveer dicha garantía es mediante el depósito de las sumas que se acumulen en una cuenta

controlada por un tercero, a partir de la cual dichas sumas puedan desembolsarse por acuerdo entre las partes o conforme a las instrucciones del Tribunal. El Tribunal invita a las partes a acordar los términos y condiciones para establecer dicha cuenta, y a establecerla en un plazo no mayor de 120 días, contados a partir de la fecha de emisión de esta Decisión. Si a finales de ese periodo las partes no actúan o no llegan a un acuerdo, cualquiera de las partes podrá dirigirse al Tribunal.

Las comunicaciones del Tribunal del 24 de febrero y 5 de marzo de 2009

64. Como se registró anteriormente en el párrafo 37, las Demandadas han impugnado la validez de la “solicitud” del Tribunal del 24 de febrero de 2009 y su indicación del 5 de marzo que dicha “solicitud” tenía la misma naturaleza legal que una “recomendación”. Se entiende que las Demandadas presentan tres objeciones de principio:

- (1) que el Tribunal no tiene la facultad para emitir una solicitud o recomendación sin antes dar a las Demandadas una oportunidad para presentar sus observaciones, lo cual no ha hecho;
- (2) que el Tribunal no tiene facultades para emitir una “solicitud” como lo pretendió hacer el 24 de febrero, ya que sus facultades conforme al Artículo 47 y la Regla 39 se limitan a emitir una “recomendación”;
- (3) que constituye una injusticia procesal para las Demandadas que el Tribunal “cambiara” retroactivamente la naturaleza de su “solicitud” por la de “recomendación”.

El Tribunal considera que debe abordar estas objeciones en esta etapa. Desea dar inicio a su discusión de las objeciones con cuatro puntos. Primero, se observa que la facultad de recomendar

medidas provisionales conforme al Artículo 47 del Convenio no está condicionada al requerimiento de escuchar primero a ambas partes. Es un poder amplio conferido al tribunal y que en sí mismo merece protección. En la opinión del Tribunal, una vez investido de manera putativa con jurisdicción para conocer de una controversia (sujeto a que se resuelva definitivamente cualquier excepción), un tribunal del CIADI tiene el deber de proteger su jurisdicción y resolver la disputa que se le ha presentado. Segundo, si, tras habersele presentado [al tribunal] una solicitud de medidas provisionales, una parte pudiera actuar, en el periodo que transcurre entre la presentación de la solicitud y la presentación de la contestación a dicha solicitud, para alterar el *status quo* que se busca salvaguardar, y pudiera justificar su acción argumentando que la Regla 39 le impide al Tribunal actuar conforme al Artículo 47 hasta que haya escuchado de ambas partes, dicha parte tendría el poder de impedir que el Tribunal ejerza plenamente su jurisdicción bajo el Convenio. No puede ser correcto que la jurisdicción de un tribunal para otorgar medidas provisionales esté sujeta a que una de las partes cambie su relación con la otra parte en la controversia durante la etapa de presentaciones escritas. El Tribunal rechaza dicho argumento por estar en contraposición al amplio poder conferido bajo el Artículo 47. Tercero, el Tribunal observa que, no obstante el vigor con que las Demandadas han presentado su objeción a la “solicitud” del Tribunal, su propia comunicación del 20 de febrero de 2009 implícitamente reconoce que el Tribunal tiene el poder de actuar antes de haber escuchado a ambas partes sobre todos los asuntos relevantes a la solicitud: en la carta del Ecuador, en la cual se asevera que el Tribunal no puede emitir una “solicitud” y se propone que se le otorgue a las Demandadas aproximadamente seis semanas para presentar sus observaciones sobre medidas provisionales, con réplica y dúplica, seguidas de una audiencia que se llevaría a cabo dos meses después, las Demandadas se comprometieron a “notificar al Tribunal con suficiente anticipación para que el Tribunal pueda actuar como lo estime necesario, antes de tomar cualquier medida para cobrar las deudas...” (Traducción del Tribunal). Correctamente, en opinión del Tribunal, no se hizo ningún intento por argumentar que, una vez notificada la medida para forzar el pago de las deudas que se

dice existen, el Tribunal sólo podía actuar tras haber escuchado a ambas partes. Finalmente, el contexto dentro del cual el Tribunal emitió su solicitud debe tenerse presente. En opinión del Tribunal, la rapidez con que las Demandadas parecían moverse para alterar el *status quo* mientras se decidía sobre el calendario para las presentaciones, exigía una respuesta.

65. Volviendo a las tres objeciones, el Tribunal no puede aceptar la validez de la primera objeción. Incluso si se aceptara que las facultades del Tribunal bajo la Regla 39(3) para recomendar medidas provisionales por su propia iniciativa está sujeta a lo dispuesto por la Regla 39(4), que sólo puede recomendar dichas medidas “después de dar a cada parte una oportunidad para que haga presente sus observaciones”, la historia procesal en este caso muestra que las Demandadas expresamente impugnaron la facultad del Tribunal para emitir la “solicitud” que posteriormente se emitió. Las Demandadas, por consiguiente, han tenido la oportunidad de presentar sus observaciones sobre la existencia de la facultad que estaba siendo ejercida, y así lo hicieron en su comunicación del 20 de febrero de 2009 que se resume en el párrafo 25 más arriba. En esa misma carta, las Demandadas también ofrecieron razones para argumentar que dicho remedio no era urgente ni necesario. Propusieron un calendario que posponía la decisión sobre medidas provisionales por más de dos meses, lo cual, con base en los hechos, el Tribunal consideró un retraso muy largo. Por consiguiente, el Tribunal emitió su solicitud, pero lo hizo tras recibir observaciones por escrito de ambas partes en la diferencia. El Tribunal está satisfecho que los requerimientos de la Regla 39(4) se cumplieron.

66. Por lo que concierne a la segunda objeción de las Demandadas, el Tribunal observa que el Artículo 47 del Convenio del CIADI y las Reglas 39(3) y (4) de las Reglas de Arbitraje deben ser interpretadas en su contexto y a la luz de su objeto y fin, todo ello como lo requiere el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Independientemente de la terminología precisa que se utilice, los esfuerzos del Tribunal para ejercer su mandato bajo un

tratado exhortando a las partes a mantener el *status quo* en el caso que se le presenta, son vinculantes para las partes de conformidad con sus obligaciones bajo dicho tratado. La jurisprudencia establecida por otros tribunales del CIADI, la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, y que puede asistir a tribunales arbitrales del CIADI (ver, *e.g.*, J.A. Rueda-García, “Provisional Measures in Investment Arbitration: Recent Experiences in Oil Arbitrations Against the Republic of Ecuador”, *Transnational-Dispute-Management.com*, al 25 de marzo de 2009) también apoya la conclusión de que el intento de las Demandadas de distinguir de manera significativa entre el uso por parte del Tribunal de la palabra “solicitud” y la palabra “recomendación” que se encuentra en el Artículo 47, es excesivamente limitado.

67. Al convertirse en parte de un tratado, como lo es el Convenio del CIADI (además, como en este caso, de un tratado bilateral para la promoción y protección de inversión que vincula a los Estados Partes al arbitraje del CIADI) un Estado confiere a un tribunal arbitral jurisdicción sobre ciertas reclamaciones y asume una obligación de tomar los pasos que sean necesarios para cumplir con las decisiones emitidas por el tribunal de conformidad con el tratado. Por el tiempo y en la medida en que el procedimiento arbitral se esté desarrollando, ambas partes tienen la obligación internacional de cumplir con cualquier medida provisional que el Tribunal emita con el propósito de proteger su jurisdicción y su capacidad, si así lo determina, de otorgar el remedio solicitado. Por lo tanto, los Estados Parte del Convenio del CIADI han contraído inherentemente una obligación internacional de cumplir con las medidas provisionales emitidas por un Tribunal del CIADI.

68. Este punto de vista sobre medidas provisionales no es nuevo. Fue articulado por primera vez hace más de 60 años por el Juez Manley O. Hudson de la Corte Permanente de Arbitraje Internacional, quien, al discutir el proceso de redacción del Estatuto de la Corte Permanente de

Justicia Internacional, observó que el cambio de “sugerir” por “indicar” en el Artículo 41 del Estatuto de la Corte “pudo haberse debido a cierta timidez de los redactores y no es menos definitivo de lo que el término ‘orden’ habría sido, y tendría, al parecer, el mismo efecto”: véase Manley O. Hudson, “The Permanent Court of International Justice: A Treatise” 415 (1943) citado en T. Elias, *The International Court of Justice and Some Contemporary Problems* 78-79 (1983). Asimismo, observó Hudson, el uso de la palabra “indicar” no atenúa la obligación de una parte de llevar a cabo medidas “que deben ser adoptadas”, señalando que “una indicación de la Corte bajo el Artículo 41 es equivalente a una declaración de una obligación contenida en una sentencia, y debe considerarse como teniendo la misma fuerza y efecto”: *idem*.

69. Si el carácter vinculante de la palabra “indicar” en el Artículo 41 del Estatuto de la CIJ, que la faculta para imponer medidas provisionales vinculantes para las partes, estuviera en duda, la CIJ explícitamente eliminó cualquier interpretación en contrario en el caso *LaGrand*, que se citó anteriormente:

“102. Se deduce del objeto y fin del Estatuto, así como de los términos del Artículo 41, cuando se leen en su contexto, que la facultad de indicar medidas provisionales entraña que esas medidas deben ser vinculantes, en la medida que el poder en cuestión se basa en la necesidad, cuando las circunstancias así lo exigen, salvaguardar y evitar perjuicio a los derechos de las partes según lo determinado en la sentencia definitiva de la Corte. El argumento de que las medidas provisionales indicadas bajo el Artículo 41 podrían ser no vinculantes sería contrario al objeto y fin de dicho artículo.

103. Una razón relacionada que apunta al carácter vinculante de las órdenes dictadas bajo el Artículo 41, y a la que la Corte da gran importancia, es la existencia de un principio que ha sido ya reconocido por la Corte Permanente de Justicia Internacional, cuando habló de ‘el principio universalmente aceptado por los tribunales internacionales y establecidos asimismo en muchas convenciones ... en el sentido de que las partes en un caso, deben abstenerse de toda medida capaz de ejercer un efecto perjudicial en lo que respecta a la ejecución de la decisión que ha de emitirse, y, en general, no permitir que se tome cualquier paso de cualquier tipo, que pueda agravar o extender la disputa’. Además, medidas destinadas a evitar agravar o extender los conflictos a menudo han sido indicadas por la Corte. Se les indicó con el fin de ser aplicadas [citas omitidas].”

En otras partes de la decisión, la Corte señala (párrafo 110) que su indicación previa sobre medidas provisionales en la Orden del 3 de marzo de 1999 “no era una mera exhortación”, sino que había sido adoptada de conformidad con el Artículo 41 de su Estatuto y era “consecuentemente de carácter vinculante y creó una obligación legal para los Estados Unidos”. La Corte sostuvo que, por no haber tomado todas las medidas a su disposición para asegurar que Walter LaGrand no fuera ejecutado en tanto la CIJ emitía su decisión final, los Estados Unidos habían violado la obligación que tenían bajo la Orden de medidas provisionales emitida por la Corte el 3 de marzo de 1999. Los paralelismos entre “recomendar” bajo el Convenio del CIADI e “indicar” bajo el Estatuto de la CIJ son bastante claros y sugieren que no se puede asumir que una “solicitud” es comparativamente más débil que una “recomendación,” o que ninguna de ellas es vinculante.

70. Poco después de la decisión en el caso *LaGrand*, la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) abordó el tema de las medidas provisionales bajo la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: ver *Mamatkulov y Askarov c. Turquía* [GC], Nos. 46827/99 y 46951/99, CEDH 2005-1 (sentencia del 4 de febrero de 2005). Al concluir que Turquía, al no cumplir con las medidas provisionales que le fueron “indicadas”, violó la Convención, la Corte observó que en el caso *LaGrand*, la “CIJ dio por terminado el debate sobre si una interpretación lingüística más estricta de las palabras ‘facultad para indicar’ en el primer párrafo del Artículo 41 e ‘indicadas’ en el segundo párrafo, al concluir, con referencia a la Convención de Viena, que las medidas provisionales eran vinculantes”: ver para. 117. La CEDH adoptó las conclusiones de la CIJ y las reforzó con los puntos de vista de otras cortes y tribunales internacionales, llamando la atención al acuerdo, casi universalmente aceptado, sobre la importancia de las medidas provisionales para asegurar el “ejercicio efectivo” del derecho individual de petición. La Corte señaló:

“123...a la luz de los principios generales de de derecho inter nacional, el derecho de los tratados y la jurisprudencia internacional, la interpretación del alcance de las medidas cautelares no puede disociarse de los procedimientos a los que se refieren o la decisión sobre el fondo de la cuestión que buscan a proteger. La Corte reitera a este respecto que el Artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que los tratados deben interpretarse de buena fe a la luz de su objeto y fin, y también de conformidad con el principio de eficacia.

124. La Corte observa que la Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, a pesar de que funcionan bajo disposiciones de tratados diferentes a los de la Corte, han confirmado en su razonamiento en recientes decisiones, que la salvaguardia de los derechos reclamados por las partes frente a un riesgo de daño irreparable representa un objetivo esencial de las medidas cautelares en el derecho internacional. De hecho se puede decir que, sea cual sea el sistema jurídico en cuestión, la correcta administración de justicia exige que no se adopten medidas irreparables, mientras procedimientos se encuentre pendientes [citas omitidas].”

Se desprende de lo anterior que las medidas provisionales han jugado un papel significativo en la administración del derecho internacional público.

71. El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos ha emitido consistentemente “solicitudes” imponiendo medidas provisionales que considera vinculantes. El Tribunal opera, para fines de las medidas provisionales, bajo el Artículo 26 de las Reglas de la CNUDMI, que dispone:

“1. A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes percederos.

2. Dichas medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional. El tribunal arbitral podrá exigir una garantía para asegurar el costo de esas medidas.

3. La solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia a ese acuerdo.”

72. Del caso *E-Systems* en adelante, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos ha utilizado la palabra “solicitud” al emitir medidas provisionales: *E-Systems c. The Islamic Republic of Iran and Bank Melli Iran*, Laudo No ITM 13-338-FT (Feb. 4, 1983) reimpreso en 2 *Iran-U.S. C.T.R.* 51. Véase también David. D. Caron “Interim Measures of Protection: Iran-U.S. Claims Tribunal”, 46 *Zeitschrift für ausländisches-öffentliches Recht und Völkerrecht*, 509-510 (1986) (observando que la naturaleza obligatoria de una “solicitud” en el laudo del tribunal era clara a partir del razonamiento de los laudos y es aún más clara como resultado de la manera en que el tribunal lidió con incumplimientos potenciales u observados respecto de las “solicitudes” del tribunal). En ese caso, el tribunal elaboró su solicitud en los siguientes términos: “El Tribunal solicita al Gobierno de Irán suspender los procedimientos ante la Corte Pública de Teherán hasta que el procedimiento en este caso se haya resuelto”: véase la nota en la p. 59. A partir de ese caso, la palabra “solicitud” ha sido utilizada por el tribunal de manera uniforme al ejercer sus facultades bajo el Artículo 26 de las Reglas de la CNUDMI para “tomar... medidas provisionales”, incluidos los casos en los que ha actuado completamente por iniciativa propia para restringir temporalmente a las partes en tanto se desarrolla la audiencia sobre la solicitud de medidas provisionales en disputa.

73. Con respecto a la distinción entre “solicitud” y “recomendación”, el Tribunal hace notar, de manera particular, la Opinión Concurrente de los Jueces H. Holtzmann y R. Mosk en el caso *E-Systems* (en las pp. 57, 64), en la que se señala:

“Uno podría haber preferido expresar el carácter obligatorio, del Laudo Provisional mediante el uso de la palabra “órdenes” en lugar de "solicitudes". Hay que recordar, sin embargo, que esta se dirige a uno de los gobiernos que se estableció el Tribunal mediante un acuerdo internacional. Es de presumir que tal Gobierno respetará la obligación expresada en el Laudo Provisional, declarando lo que “debería” hacer. En consecuencia, nos unimos con aquellos que consideran que el concepto de “solicitudes” es adecuado en este contexto. En estas circunstancias consideramos que una “solicitud” es equivalente a, y tiene el mismo efecto que una orden.” (Traducción del Tribunal”).

A esta decisión del Tribunal le siguieron otras, todas ellas confirmando el uso de “solicitudes” en su facultad de indicar medidas provisionales vinculantes para las partes: véase en general los casos compilados por Charles N. Brower & Jason D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal*, 223-226 (Martinus Nijhoff, The Hague, 1998).

74. Actualmente, es de aceptación general que las medidas provisionales son equivalentes a órdenes y son vinculantes para la parte a la que son dirigidas: véase Zannis Mavrogordato y Gabriel Sidere, “The Nature and Enforceability of ICSID Provisional Measures”, *75 Arbitration* 38, (2009), 41-42. El primer tribunal del CIADI en fallar de ese modo fue *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/06/21), Decisión sobre Medidas Provisionales, 28 de octubre de 1999, para 9, en donde el tribunal explicó que:

“Si bien existe una diferencia semántica entre la expresión ‘recomendar’ empleada en la Regla 39 y la expresión ‘dictar’ utilizada en otras partes de las Reglas para describir la facultad del Tribunal para exigir a una parte que realice una acción determinada, dicha diferencia es más aparente que real... El Tribunal no considera que las partes en el Convenio hayan querido establecer una diferencia substancial en el efecto de estas dos palabras. La autoridad del Tribunal para decidir sobre la adopción de medidas provisionales no es menos obligatoria que la de un laudo arbitral definitivo. Por consiguiente, para los efectos de la presente Resolución Procesal, el Tribunal estima que la palabra ‘recomendar’ tiene un valor equivalente al de la palabra ‘dictar.’”

Otros tribunales han seguido el razonamiento de *Maffezini*, el cual deriva su fuerza de lo que ese tribunal creyó era la intención de los Estados Contratantes del Convenio: véase por ejemplo, *Tokios Tokelés c. Ucrania*, citado anteriormente, para 4; *Occidental Petroleum Corp. y otra c. Ecuador*, citado anteriormente, para 58; *City Oriente c. Ecuador*, citado anteriormente, Decisión sobre Medidas Provisionales, para 52.

75. En el caso *Víctor Pey Casado c. Chile*, citado anteriormente, para 22, el tribunal tomó otro enfoque, uno que hizo explícita la relevancia de la jurisprudencia de la CIJ y del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos sobre este punto. La CIJ había aclarado en ese entonces en el caso *LaGrand* que su facultad para “indicar” medidas provisionales bajo el Artículo 41 del

Estatuto de la CIJ es vinculante para las partes. Más recientemente, el tribunal en el caso *Roussalis c. Rumanía* enfáticamente respaldó la posición de que las medidas provisionales son “sustantivamente vinculantes” (“substantively binding”): Caso CIADI No. ARB/06/01, para 21.

76. El Tribunal no puede aceptar que una solicitud, formalmente expresada, pueda propiamente ser considerada como menos vinculante que una recomendación. Si bien es cierto que diferentes idiomas usan diferentes expresiones, “recommend”, en el uso ordinario del inglés, es proveer un consejo que el destinatario es ordinariamente libre de seguir o no seguir. El uso de esta expresión deferente, cuando se está dirigiendo a un Estado soberano, es entendible y bien entendida. Sin embargo, una solicitud es más positiva, deferente aun, pero busca un resultado definitivo. El lenguaje utilizado por el Tribunal en su carta del 24 de febrero (“El Tribunal considera necesario, no obstante, solicitar a las partes abstenerse de iniciar o continuar cualquier acción o adoptar cualquier medida que pueda, directa o indirectamente, modificar el *status quo* entre las partes ...”) no podía razonablemente entenderse como una invitación desprovista de consecuencias legales. El Tribunal no puede, por consiguiente, mantener la objeción de las Demandadas.

77. Dado que el Tribunal no acepta que su comunicación del 5 de marzo retroactivamente convirtió lo que había sido una invitación de naturaleza no vinculante en una recomendación con fuerza legal, el Tribunal no acepta que las Demandadas hayan sufrido cualquier injusticia procesal o que su tercera objeción sea válida. El objetivo que su comunicación del 24 de febrero pretendía alcanzar era, o debió haber estado claro. El 27 de febrero, el Tribunal indicó que tendría que tomar con seriedad cualquier incumplimiento a su solicitud. El Tribunal estaba abierto para que las Demandadas, de tener alguna duda sobre los efectos de la solicitud del Tribunal, le solicitaran una aclaración, la cual habría sido rápidamente ofrecida.

Decisión sobre Medidas Provisionales

78. El Tribunal repite, a manera de conveniencia, sus decisiones contenidas en los párrafos 62 y 63 anteriores.

79. El Tribunal considera que las circunstancias le requieren recomendar, y así lo hace, medidas provisionales que impidan a las Demandadas:

- (1) demandar que Perenco pague cualquier monto presuntamente adeudado conforme a la Ley 42;
- (2) instituir o continuar cualquier acción, judicial o de otro tipo, incluyendo las acciones descritas en las notificaciones del 19 de febrero y de 3 marzo de 2009, para cobrarle a Perenco cualquier monto que las Demandadas reclaman que Perenco o el Consorcio les adeudan conforme a la Ley 42;
- (3) instituir o continuar cualquier acción, judicial o de otro tipo, en contra de Perenco o cualquiera de sus directivos o empleados que surja de o en conexión con los Contratos de Participación; y
- (4) unilateralmente modificar, rescindir, dar por terminado o repudiar los Contratos de Participación, o emprender cualquier otra conducta que pueda, directa o indirectamente, afectar o alterar la situación legal bajo los Contratos de Participación, tal y como fue acordado por las partes.

A partir de la fecha de esta Decisión, las comunicaciones del Tribunal del 24 de febrero y 5 de marzo (párrafos 28 y 35 anteriores) dejarán de tener efectos.

80. Dado que el Tribunal puede determinar, en una decisión subsecuente, que no tiene jurisdicción para pronunciarse sobre esta disputa, o que las Demandadas tienen derecho a

reclamar y forzar los pagos incrementales requeridos conforme a la Ley 42, el Tribunal considera que las Demandadas deben disfrutar de una medida de garantía en relación a las sumas que Perenco (no el Consorcio) les adeude bajo la Ley 42, y que se acumulen a partir de la fecha de emisión de esta Decisión hasta nuevo aviso. El Tribunal considera que la mejor manera de proveer dicha garantía es mediante el depósito de las sumas que se acumulen en una cuenta controlada por un tercero, a partir de la cual dichas sumas puedan desembolsarse por acuerdo entre las partes o conforme a las instrucciones del Tribunal. El Tribunal invita a las partes a acordar los términos y condiciones para establecer dicha cuenta, y a establecerla en un plazo no mayor de 120 días, contados a partir de la fecha de emisión de esta Decisión. Si a finales de ese periodo las partes no actúan o no llegan a un acuerdo, cualquiera de las partes podrá dirigirse al Tribunal.

[signed]

Lord Bingham of Cornhill
President of the Tribunal

[signed]

Judge Charles N. Brower
Arbitrator

[signed]

Mr. J. Christopher Thomas, QC
Arbitrator