

**INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT  
OF INVESTMENT DISPUTES**

**IN THE PROCEEDING BETWEEN**

**PERENCO ECUADOR LTD.**

Claimant

**- AND -**

**THE REPUBLIC OF ECUADOR  
AND**

**EMPRESA ESTATAL PETRÓLEOS DEL ECUADOR (PETROECUADOR)**

Respondents

(ICSID Case No. ARB/08/6)

---

**DECISION ON PROVISIONAL MEASURES**

---

*Members of the Tribunal*

The Right Honourable Lord Bingham of Cornhill, President of the Tribunal

The Honourable Judge Charles N. Brower, Arbitrator

Mr. J. Christopher Thomas, Q.C., Arbitrator

*Secretary of the Tribunal*

Mr. Marco Túlio Montañés-Rumayor

*Representing the Claimant*

Mr. Mark W. Friedman

Ms. Yulia Andreeva

Debevoise & Plimpton LLP

Mr. Gaëtan J. Verhoosel

Ms. Carmen Martínez López

*Representing the Respondents*

Republic of Ecuador

Dr. Diego García Carrión

Procurador General del Estado  
and

Dr. Álvaro Galindo C.

Diretor Nacional de Patrocinio Internacional

Procuraduría General del Estado

and

Messrs. Pierre Mayer and

Eduardo Silva Romero

Dechert LLP

Empresa Estatal Petróleos del Ecuador

(Petroecuador)

Contralmirante Luis Aurelio Jaramillo Arias

Presidente Ejecutivo

**Date of Decision: May 8, 2009**

***The Request for Arbitration***

1. On 30 April 2008 Perenco Ecuador Limited, the Claimant in these proceedings, filed a request for arbitration with ICSID against the Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador. The parties will be hereinafter referred to as “Perenco”, “Ecuador” and “Petroecuador”.

2. The dispute between the parties concerns two Participation Contracts to which Perenco became a party on 4 September 2002. One of these is a Participation Contract for Exploration and Exploitation of Hydrocarbons in Block 21 of the Amazon Region (“the Block 21 Participation Contract”) and the other is the Contract Modifying the Service Contract to a Participation for the Exploration and Exploitation of Hydrocarbons in Block 7 of the Amazon Region, including the Contract for the Coca-Payamino Unified Field (“the Block 7 Participation Contract”). These will be referred to as “the Participation Contracts”. Perenco also entered into Joint Operating Agreements with the other entities holding interests in Blocks 7 and 21. It is now the sole operator and majority holder of Participating Contract rights in both Blocks, holding a 53.7% interest in Block 21 and a 57.50% interest in Block 7. The remaining interest in both Blocks is now held by Burlington Resources Oriente Limited (“Burlington”), with which Perenco has formed a Consortium.

3. Under the Participation Contracts the Consortium has the right and duty to carry out oil exploration and production activities in the areas to which the contracts relate. Pursuant to the contracts Perenco contends that it has invested large sums in personnel, equipment, machinery, technology, infrastructure and goods and services. This contention has not at this stage been investigated, but it is not understood to be in dispute.

4. Under the Participation Contracts Perenco was to be entitled to a share of the oil produced in the two Blocks. A share was also allotted to Ecuador. The size of the parties’

respective shares was defined in section 8.1 of each of the Contracts according to a prescribed formula. The formula provided that as the volume of production rose, the percentage share of Ecuador would increase to a specified extent and that of Perenco decrease. The Contracts made no express reference to the sale price or value of the oil produced.

5. During the currency of the Participation Contracts the price of oil rose.

6. On 1 March 2006 the President of Ecuador submitted a bill to Congress proposing an amendment of the Hydrocarbon Law (“the HCL”). Congress enacted this bill, known as “Law 42”, on 19 April 2006. This added to the HCL an article which provided (in translation provided by the Claimant):

“Participation of the State in surplus prices from the sale of oil and gas not agreed upon or not foreseen.”

Contractor companies that maintain participation contracts for the exploration and exploitation of hydrocarbons in effect with the Ecuadorian state under this Law, without prejudice to the volume of crude oil subject to participation that corresponds to them, when the effective monthly medium price of FOB sale of Ecuadorian oil petroleum goes above the monthly average prices in effect at the time of the execution of the contract, expressed in constant prices for the month of liquidation, will recognize in favour of the Ecuadorian state a participation of at least 50% of the extraordinary income generated by the difference in price. For the purposes of this Article, extraordinary revenues shall be understood to mean the difference in the above-described price, multiplied by the number of barrels produced.

The price of crude oil as of the date of the contract used as a reference for calculation of the difference shall be adjusted, considering the Consumer Price Index of the United States of America, published by the Central Bank of Ecuador”.

The Participation Contracts made no reference to the monthly average FOB price of Ecuadorian oil at the time of the execution of the Contracts and did not allot Ecuador a participation of as much as 50% in the price or value of any of the oil produced.

7. Ecuador’s Ministry of Mines and Petroleum notified Perenco of the prices said to have been in effect at the time of execution of each of the Participation Contracts. These

prices, adjusted for inflation, were thereafter treated as “the reference prices”: Ecuador’s increased participation was, under Law 42, in revenues from all sales above the reference prices.

8. On 11 July 2006, the Government of Ecuador issued Decree No 1672 to implement Law 42. This set the percentage of the “extraordinary income” payable to the State at 50%. Payments were to be made monthly.

9. In a decision of the Constitutional Court of Ecuador published in the Official Register No 350 dated 6 September 2006, Law 42 was held to be constitutional.

10. On 4 October 2007 Ecuador issued Decree No 662. This amended Decree No 1672 by substituting 99% for 50% as the percentage of extraordinary income payable to the State. Thus on oil sales at prices above the reference prices Ecuador became entitled, according to quantity, to the agreed contractual percentage of the price up to the reference prices and to 99% of the sale price of oil sold above that price.

11. Until the end of April 2008 Perenco made the payments required under Law 42 without prejudice to its rights and under protest. Meanwhile, the parties attempted to negotiate a compromise solution, but on 12 April 2008 the President of Ecuador announced that he had stopped further negotiations. Following that announcement, Perenco on 30 April requested arbitration. Burlington had, on 21 April 2008, made a similar request. Since then it has withheld payment of sums required under Law 42. In a letter dated 19 June 2008 to the Minister of Mines and Petroleum and Petroecuador, Perenco expressed willingness to transfer the disputed Law 42 payments into an escrow account maintained by an independent escrow agent in a neutral location pending resolution of the dispute, but this offer was not accepted.

12. There were protracted negotiations in the closing months of 2008, but these did not lead to a settlement. On 21 January 2009 the Minister of Mines and Petroleum announced that negotiations to have Perenco continue operating in Ecuador had become “practically impossible” and that the Government would now seek early termination of the Participation Contracts. He said the Government was going towards termination of the contracts, and would see whether the wells should be permanently closed, or left on stand-by or taken over by Ecuador.

13. On 14 February 2009 the President of Ecuador announced that he had ordered “coercive measures” against Perenco and Burlington because they had “not paid their taxes on extraordinary gains (due to the high price of crude)”. He was reported as saying (in translation) that “these companies can go wherever they like. This country will not pay attention to extra-regional authorities that attempt to tell us what to do or not to do”. The Minister of Mines and Petroleum told Reuters that the companies would “either pay the debt or their stuff will be seized”.

14. On 19 February 2009 Ecuador issued two enforcement notices against Perenco (known as *coactivas*), one in the sum of US\$171,782,211.00 and the other in the sum of US\$155,685,236.00. In material part the notices read, in translation (provided by the Claimant),

“Given that the aforementioned debt is liquid, specific and past due, the debtor is ordered to pay within THREE DAYS or to supply within the same amount of time equivalent goods for attachment, being notified that the goods to be attached will be equivalent to the debt, interest and costs ...”

Under the law of Ecuador such notices may be challenged if the full sum claimed is deposited. By that law three such notices must be issued before enforcement action is taken. On 22 February 2009 two further notices were issued and served and on 25 February 2009 the third and final *coactiva* notices were issued and served on Perenco.

15. On Thursday 26 February 2009 the Minister of Mines and Petroleum was reported as saying that the deadline for Perenco to pay US \$327 million would end (in translation provided by the Claimant) “next Monday”, *i.e.* 2 March 2009. He indicated that legal action against Perenco would continue.

16. On 3 March 2009 the Court of Enforcement of Petroecuador ordered the seizure of the production and shipments of Napo Crude that were the property of Perenco, as stipulated in the Participation Contract for Block 21, until such time as the entire amount of Perenco’s debt had been settled.

### ***The arbitration***

17. Briefly summarised, Perenco’s central complaint in its Request for Arbitration is that, on becoming party to the Participation Contracts, it acquired certain enforceable and potentially valuable contractual rights; that in reliance on those rights it invested large sums in the exploration for and production of oil in Ecuador; that Ecuador, by enacting and giving effect to Law 42, radically and unilaterally altered, to the disadvantage of Perenco, the terms on which Perenco had agreed to operate and had operated in Ecuador; and that such alteration violated the terms of both the Participation Contracts and the Investment Treaty between the Governments of France and Ecuador (Agreement between the Government of the Republic of France and the Government of the Republic of Ecuador concerning the reciprocal encouragement and protection of investments), which had come into force on 10 June 1996.

18. The Respondents, as they are entitled to do, have expressly reserved the right to challenge the jurisdiction of the Tribunal to entertain this claim. They have made no admissions concerning, and do not accept the characterisation of, the facts asserted by Perenco. They have made plain their rejection of the validity of Perenco’s complaint.

19. The Tribunal has formed, and expresses, no opinion on its jurisdiction to entertain this claim, on the facts so far as these are in dispute, or on the merits of the claim. These issues are not before it for decision at this stage and have not been the subject of argument.

### **Perenco's application for provisional measures**

20. In its Request for Arbitration dated 30 April 2008 Perenco requested provisional measures in these terms:

“43 In order to preserve Perenco’s rights under the Treaty until the dispute has been adjudicated on the merits, Perenco requests the Tribunal to order provisional measures pursuant to Arbitration Rule 39. Pursuant to paragraph 1 of that Rule, Perenco hereby specifies: (a) the rights to be preserved; (b) the measures the recommendation of which is requested; and (c) the circumstances that require such measures:

- (a) The rights to be preserved. As shown above, Perenco holds acquired rights of substantial value under the Participation Contracts, including the right to receive in full its contractually agreed participation and to enjoy the economic benefit of the sale of that participation.
- (b) The measures the recommendation of which is requested. Perenco respectfully requests that, until it has rendered an award on the merits, the Tribunal enjoin Respondents from: (i) pursuing any action to collect any payments Respondents claim are owed by Perenco pursuant to the HCL Amendment [Law 42]; and (ii) unilaterally amending, rescinding, terminating or repudiating the Participation Contracts or any term(s) thereof.
- (c) The circumstances that require such measures. As described above, Respondents demand monthly payments from Perenco pursuant to the HCL Amendment [Law 42]. As the *City Oriente* tribunal held in another ICSID arbitration involving the HCL Amendment [Law 42], such payment demands may “deprive[e] claimant of its lawful right to have its interests effectively protected”. In addition, if Respondents were to act on their threat to repudiate the Participation Contracts, the resulting harm to Perenco would be irreparable. Unless Respondents are enjoined from taking the above measures, it will therefore become significantly more difficult for the Tribunal to grant effective relief to Perenco”.

21. During the first session of the Tribunal, held on 7 February 2009 at the seat of the Centre in Washington DC, in the presence of the parties’ counsel, Perenco did not then pursue its application for provisional measures but indicated that it would do so if settlement

negotiations proved fruitless and coercive action were taken against it. The Respondents expressed the hope that a settlement could be agreed.

22. By letter dated 18 February 2009 to the Tribunal, the Respondents' counsel confirmed that negotiations with Perenco had not reached a satisfactory conclusion and continued (in translation provided by counsel for the Respondents):

“Accordingly, the President and Minister of Mines and Petroleum of Ecuador have had no other alternative but to announce – in strict compliance with International Law, the Constitution, the laws and decrees of Ecuador – that a ‘coercive procedure’ will be promptly initiated – the result of which can be challenged before the Ecuadorian civil courts – against Perenco to demand that it pay the amounts it still owes pursuant to the obligations arising out of the application of Law 2006-42 and its regulatory decrees.”

The first *coactiva* notices were issued and served the following day (see paragraph 14 above), 19 February 2009.

23. On 19 February Perenco submitted its Application for Provisional Measures. It asked the Tribunal to enjoin the Respondents from forcibly collecting any of the Law 42 assessments in dispute in the arbitration and otherwise to preserve the *status quo* pending resolution of the claim. It contended that the request was urgent since the Respondents would begin seizing Perenco's assets in three days' time unless Perenco paid the Respondents US\$324 million [sic] in disputed Law 42 assessments. Reference was made to the President's announcement on 14 February (see paragraph 13 above), to the Respondents' letter of 18 February (paragraph 22 above) and to the first two *coactiva* notices served on 19 February (paragraph 14 above). Perenco asked the Tribunal to act swiftly to prevent aggravation of the dispute, impairment of the rights Perenco was seeking to enforce in the arbitration and interference with the Tribunal's ability to grant effective relief. Since forcible collection measures could take effect within three days, Perenco requested the Tribunal to issue immediately an order in the nature of a temporary restraint prohibiting Ecuador from undertaking any measures pending determination of the application for provisional measures.

Perenco contended, citing authority, that provisional measures were appropriate when necessary to prevent aggravation of the dispute or further injury to the party seeking the measures. Particular reliance was placed on the decisions of an ICSID Tribunal in *City Oriente Limited v Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)* (ICSID Case No ARB/06/21), Decision on Provisional Measures (19 November 2007), para 55, and Decision on Revocation of Provisional Measures (13 May, 2008), para 72. If provisional measures were not granted, the very contractual and international law rights that were the subject of the arbitration would be impaired, probably irreversibly, and the Tribunal's ability to grant full relief would be compromised. Perenco further contended that provisional measures were necessary to preserve the exclusive jurisdiction of the Tribunal in accordance with Article 26 of the ICSID Convention. If the Respondents seized Perenco's bank accounts, equipment, property and other assets Perenco could not operate and would be put out of business. The sum demanded from Perenco included not only Law 42 assessments which it had withheld but also those withheld by its Consortium partner, Burlington. If the Blocks were not continuously operated, permanent damage could be done to them, and the Tribunal could not then restore Perenco to its original position.

24. Perenco accordingly requested the Tribunal to enjoin the Respondents from:

- “(a) Demanding that [Perenco] pay any amounts allegedly due pursuant to Law 42;
- (b) Instituting or further pursuing any action, judicial or otherwise, including the actions described in the February 19, 2009 notices, to collect any payments Respondents claim are owed by [Perenco] pursuant to Law 42;
- (c) Instituting or pursuing any action, judicial or otherwise, against [Perenco] or any of its officers or employees, arising from or in connection with the Participation Contracts; and
- (d) Unilaterally amending, rescinding, terminating, repudiating or [engaging] in any other conduct that may directly or indirectly affect or alter the legal situation under the Participation Contracts, as agreed upon by the parties.”

25. In a letter to the Tribunal dated 20 February 2009, Ecuador addressed Perenco's request of the day before for provisional measures and its application for a temporary restraining order pending determination of its request. Ecuador pointed out that under Rule 39(4) of the ICSID Arbitration Rules, the Tribunal's power to recommend provisional measures was subject to its having first given each party "an opportunity of presenting its observations". Ecuador agreed that a procedural schedule be established for the provisional measures phase, and proposed a timetable culminating in a hearing on 13 May 2009. By applying for temporary relief, Ecuador said, Perenco was seeking to circumvent the restriction which Rule 39(4) imposed on exercise of the Article 47 power. Perenco was seeking on an interim basis the very same orders for which it had applied in its request for provisional measures, without offering the Respondents any substantive opportunity to present their observations in response, and asking for an order "immediately". The Tribunal had no power to make those orders under Article 47 and Rule 39 and Perenco had not identified any source of power for the orders which it sought other than those contained in those two provisions. Neither the ICSID Convention nor the ICSID Arbitration Rules contained a power analogous to that in the Rules of Court of the International Court of Justice, which expressly authorized the President of the Court to make interim orders pending the outcome of a request for provisional measures. In only one instance – the *City Oriente v Ecuador* case cited by Perenco – had an ICSID Tribunal purported to deal with a request for an interim or temporary restraining order without hearing from the respondent. In that case the Tribunal, without hearing from Ecuador and five days after a request for "immediate" relief by the claimant, declined to make the orders sought and instead issued a "request" for the parties to maintain the *status quo* pending a determination by the Tribunal of the request for provisional measures. The Tribunal added that

"If either party intends to take any measure that may violate the provisions set forth herein, prior notice must be served on the Tribunal, granting enough time so that the Tribunal may proceed as appropriate" (translation provided by counsel for the Respondents).

Ecuador did not accept that the Tribunal had the power to make any “request” for the maintenance of the *status quo* to the government of a sovereign state charged with the obligation to apply its validly enacted laws. Nor was there any urgency for it to do so. Under Ecuadorian law, a notice of debt was required to be served on Perenco three times, and it was only after the expiry of three days from the final notice that any action could be taken to seize assets in satisfaction of an extant debt. Perenco was likely to be served with a second notice that day (Friday, 20 February). Since Monday and Tuesday of the following week (23 and 24 February) were holidays, the earliest that a third notice would be served was Wednesday, 25 February, and the three days for satisfaction of the debt would expire on the evening of Monday, 2 March. Ecuador understood that during this time the parties would continue to engage in discussions aimed at settlement. Ecuador recalled that at the first session on 7 February it had undertaken to inform the Tribunal of any changes in the *status quo*, and had done so by letter dated 18 February (paragraph 22 above) as soon as possible following a decision to commence the *coactiva* procedure. It now undertook to serve prior notice on the Tribunal, granting enough time for the Tribunal to act as necessary, before it would take any measure seeking to enforce the debts claimed in the first two *coactiva* notices issued on 19 February. Ecuador accordingly submitted that the only action the Tribunal need take in the existing circumstances was to fix a schedule for the briefing of Perenco’s request for provisional measures.

26. In a letter to the Tribunal dated 21 February, Perenco responded to Ecuador’s letter of 20 February, contending that the Tribunal had power under the Convention and the Rules to grant a temporary restraint, contending that Ecuador had had an opportunity to present its observations (which it had begun to do in its 20 February letter) and that in some situations, such as those obtaining here, it was necessary for a tribunal to grant a temporary restraint in order to preserve its ability to grant effective provisional relief. The letter repeated that Perenco could not continue to operate if its oil, working capital, equipment and other assets

were seized. The Tribunal could not wait until May, by which time the application would have become moot.

27. Ecuador wrote to the Tribunal on 24 February drawing attention to a recent order in the Burlington arbitration. In its letter Ecuador stated:

“We can also confirm, as [Perenco] knows, that neither Ecuador nor Petroecuador have commenced proceedings towards termination of the Blocks 7 and 21 participation contracts.”

By a letter of 23 February, Petroecuador had given notice confirming its agreement with the State's position.

28. By letter to the parties dated 24 February 2009 the Tribunal referred to the parties' recent communications and said:

“The Tribunal has carefully considered the situation described in the parties' above-mentioned communications and has deliberated on this matter by telephone and email.

The Tribunal notes that in the last paragraph of its February 24 letter, Ecuador ‘confirm[s] ... that neither Ecuador nor PetroEcuador have commenced proceedings towards termination of the Blocks 7 and 21 participation contracts’. The Tribunal also observes that in its communication of February 23, PetroEcuador has aligned itself with Ecuador's position. The Tribunal notes with approval the Respondents' assurances.

The Tribunal believes it is necessary nonetheless, to request the parties to refrain from initiating or continuing any action or adopting any measure which may, directly or indirectly, modify the *status quo* between the parties *vis-à-vis* the participation contracts, including any attempt to seize any asset of [Perenco], until it has had an opportunity to further hear from the parties on the question of provisional measures.”

The Tribunal proposed to hold a hearing on provisional measures on 19 March 2009. On 26 February 2009 Ecuador noted the Tribunal's request, but advised that it could not guarantee that seizures would not commence by 3 March 2009.

29. Ecuador's Reply to Perenco's Application for Provisional Measures was dated 26 February. It reserved its position on jurisdiction and the facts. It accepted that *coactiva*

notices had been served on 19, 22 and 25 February (paragraph 14 above) and that accordingly the Consortium would be obliged within three working days (*i.e.*, by 2 March 2009) to pay the debt due or face the risk that the debt would be collected through, amongst other things, the seizure of assets in a value equivalent to the debt asserted, plus interest and costs. In a cogent and well-argued pleading Ecuador contended that the recognised test for the grant of provisional measures, well-attested by authority, was that they were urgent and necessary to prevent a party suffering irreparable loss, *i.e.* loss which could not be adequately remedied by an award of damages if it were successful at the merits stage. The burden was on Perenco to prove such urgent necessity, and it could not do so. It was the more important that the test was fully satisfied if a sovereign State were to be restrained from implementing its validly enacted laws.

30. In resisting Perenco's application, Ecuador placed particular reliance on two points. The first was a statement by Burlington in its separate ICSID arbitration that

"[t]he Consortium has ... been paying all amounts under Law No 2006-42 into two segregated US accounts (one for each of the members of the Consortium). To date the Consortium has deposited US \$327.4 million in its US segregated accounts (US \$171.7 million for Block 7 and US \$155.7 million for Block 21)".

The second point was Perenco's right under the law of Ecuador to challenge the *coactiva* notices on depositing the sum in dispute. These points made clear that Perenco's alleged predicament was of its own making since it could resolve its problem by paying the sum already held in a segregated US account either to Ecuador (to abide the event of the arbitration) or to the court. Ecuador pointed out that in its Request for Arbitration Perenco had complained that Ecuador had "expropriated" "Perenco's interests in the Participation Contracts without paying any compensation, and cited the decision of an ICSID tribunal in *Occidental Petroleum Corporation and another v Ecuador* (ICSID Case No ARB/06/11), Decision on Provisional Measures, 17 August 2007, for the proposition that provisional measures would not be granted where a harm suffered by a claimant was greater damages.

Perenco's reliance on Article 26 of the ICSID Convention was without merit, since that article did not preclude an investor from pursuing relief before local courts so long as the claims in question were distinct in nature from those to be asserted before the ICSID tribunal. No steps had been taken to terminate the Participation Contracts, and there was no suggestion that any proceedings, civil or criminal, had been or were threatened against Perenco or its officers and directors.

31. On 27 February Perenco again wrote to the Tribunal, noting its "request" and inviting it to make a "recommendation" under Article 47 of the ICSID Convention. The Tribunal on the same day told the parties that it regretted the stance adopted by Ecuador and that it would have to take a serious view of any failure to comply with its "request".

32. In its Reply on Provisional Measures dated 27 February 2009, Perenco complained that the service of the third and final *coactiva* notices appeared to violate both Ecuador's undertaking on 20 February to inform the Tribunal before taking any measure to enforce recovery of the disputed Law 42 payments (paragraph 25 above) and the Tribunals "request" of 24 February that the parties refrain from "initiating or continuing any action ... which may, directly or indirectly, modify the *status quo* between the parties *vis-à-vis* the participation contracts, including any attempt to seize any assets of [Perenco]". Perenco now faced the seizure of its assets on 2 March, which would put it out of business.

33. Perenco challenged the proposition that a prospect of irreparable harm had invariably to be shown before provisional measures would be granted, but contended that the test was in any event satisfied on the present facts. It contended that it should not have to choose between making the disputed payments and being shut down, but further challenged the factual basis of Ecuador's contention that it could resolve its problem by paying over the sum of \$327 million allegedly held in a US account, since that figure represented payments required (by Law 42) from both members of the Consortium (Burlington as well as Perenco)

and Perenco had no power or authority to make payments on behalf of Burlington. Since Perenco could only suspend the forcible collection process by posting a bond for the full amount said to be due from it and Burlington with the Ecuadorian court, which it could not do, it would in any event be infringing the exclusive jurisdiction of the Tribunal, in breach of Article 26 of the Convention, since it would be engaging in an adversarial process regarding the rights at issue in the arbitration.

34. On 3 March 2009 (paragraph 16 above) steps were taken to seize assets of Perenco.

35. In view of further letters received from the parties, the Tribunal emailed a letter to the parties dated 5 March 2009 in which it quoted from its letter of 24 February (paragraph 28 above) and said:

“The Tribunal wishes to make it clear, in view of the parties’ most recent exchange of correspondence, that its February 24, 2009 *request* had and continues to have the same authority as a *recommendation*, as envisaged in Article 47 of the ICSID Convention and Arbitration Rule 39”.

36. Ecuador’s Rejoinder to Perenco’s Application for Provisional Measures was dated 6 March 2009. It emphasised that provisional measures may be ordered only if they are necessary and urgent. The test is one of irreparable prejudice. Substantial prejudice is not enough. They should not be ordered where a party, if ultimately successful, would be adequately compensated by damages. Here, Perenco could be so compensated. By complaining of expropriation it had chosen a remedy inconsistent with a right to performance. The relief sought was a disproportionate interference with the sovereignty of Ecuador. Moreover, Perenco could not show that the threat to its rights was caused by Ecuador, which was entitled to look to Perenco as legal representative of the Consortium for payment of the debt owed by the Consortium and was not concerned in the relationship between Perenco and Burlington.

37. By a letter to the Tribunal dated 11 March 2009, Ecuador complained that the Tribunal's letter of 5 March (paragraph 35 above), "changing" its "request" of 24 February into a "recommendation", potentially exposed Ecuador *ex post facto* to the threat of punitive consequences for any violation of that request in the intervening period and was a serious violation of Ecuador's right to procedural fairness. The Tribunal had no power to make a recommendation without first deciding that application on the merits, which the Tribunal had not done. Ecuador reserved all its rights.

38. A full hearing of Perenco's application for provisional measures took place in Paris on 19 March, when the parties' counsel helpfully explained and elaborated the contentions advanced in the pleadings. At the conclusion of the hearing the President made clear that the request made on 24 February and the recommendation notified on 5 March were to be treated as in force unless or until they were expressly revoked.

## **Jurisdiction**

39. While the Tribunal need not satisfy itself that it has jurisdiction to determine the merits of this case for the purposes of ruling on the application for provisional measures, it will not order such measures unless there is at least a *prima facie* basis upon which such jurisdiction might be established: *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v Chile* (ICSID Case No ARB/98/2), Decision on the request for provisional measures, 25 September 2001, paragraphs 1-12. It is not enough for the Tribunal that the Secretary-General has found that the dispute is not manifestly outside the jurisdiction of the Centre and has therefore registered the Request for Arbitration under Article 36(3) of the ICSID Convention and Rule 6(1)(b) of the Institution Rules. The Tribunal must be satisfied there is a *prima facie* basis for jurisdiction. Under the terms of Article 9 of the Investment Treaty (see paragraph 17 above), Ecuador consented "to submit any legal dispute arising between this Contracting Party and a national or a company of the other Contracting Party relating to

an investment, to [ICSID], for conciliation or arbitral settlement in application of the [ICSID] Convention ...” In Article 1 “investment” was defined to include “assets, rights and interests of all kinds” and “companies” was defined to refer to “any legal entity which is controlled by the nationals of one of the Contracting Parties”. It is said that Perenco is and has at all material times been controlled by French nationals.

40. By letter dated 17 October 2007 Perenco expressly accepted and granted its consent for Ecuador’s offer to submit any dispute related to Law 42 or any other measure that might affect Perenco’s investments in Ecuador to ICSID for resolution by arbitration. For purposes of Rule 2(3) of the Institution Rules, 17 October 2007 was the date on which, it appears, the parties agreed to submit the dispute to ICSID. Petroecuador appears to have given its consent to the jurisdiction of ICSID in clause 20.3 of the Block 7 Participation Contract and clauses 20.2.19 and 2.20.20 (*sic*) of the Block 21 Participation Contract. The Participation Contracts were executed on 23 March 2000 and 20 March 1995 respectively, and Perenco became a party to them by an agreement notarised on 4 September 2002. The date of consent as between Perenco and Petroecuador was accordingly, for purposes of Rule 2(3) of the Institution Rules, 4 September 2002.

41. The Tribunal is of the opinion, at this stage, that Perenco has shown a *prima facie* basis upon which jurisdiction may be established, and this has not been contested.

### **Provisional Measures**

42. Article 47 of the ICSID Convention provides:

“Except as the parties otherwise agree, the Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, recommend any provisional measures which should be taken to preserve the respective rights of either party.”

This language largely reproduces that of Article 41 of the Statute of the International Court of Justice and has been interpreted in a similar sense. Rule 39 of the ICSID Arbitration Rules (2006) provides, in material part:

“(1) At any time after the institution of the proceeding, a party may request that provisional measures for the preservation of its rights be recommended by the Tribunal. The request shall specify the rights to be preserved, the measures the recommendation of which is requested, and the circumstances that require such measures.

(2) The Tribunal shall give priority to the consideration of a request made pursuant to paragraph (1).

(3) The Tribunal may also recommend provisional measures on its own initiative or recommend measures other than those specified in a request. It may at any time modify or revoke its recommendations.

(4) The Tribunal shall only recommend provisional measures, or modify or revoke its recommendations, after giving each party an opportunity of presenting its observations.

...

(6) Nothing in this Rule shall prevent the parties, provided that they have so stipulated in the agreement recording their consent, from requesting any judicial or other authority to order provisional measures, prior to or after the institution of the proceeding, for the preservation of their respective rights and interests”.

(This last paragraph corresponds to numeral (5) in the 1985 ICSID Arbitration Rules).

43. Article 47 and Rule 39 recognise that the rights which a party asserts and seeks to preserve and protect in an arbitral proceeding may be effectively destroyed or seriously prejudiced by the action of the other party taken before a Tribunal is able to reach a final decision on the merits of the dispute between them. Thus power is conferred on the Tribunal to restrain such action in order to preserve the effectiveness and integrity of the proceeding and avoid severe aggravation of the dispute. But the Article and the Rule also recognise that a Tribunal must be slow to grant to a party, before a full examination of the merits of the case, a remedy to which, on such examination, the party may be found to be not entitled. The Tribunal must be even slower where, as here, the jurisdiction of the tribunal to entertain the dispute has not been established. So the test laid down by the Article for the grant of

provisional measures is a stringent one: “if [the Tribunal] considers that the circumstances so require”. The question is one for the judgment of the Tribunal: “if it considers”. If the Tribunal does not consider that the circumstances require the grant of provisional measures, it may not grant them. If it considers that circumstances do so require it may grant provisional measures and is ordinarily likely to do so. But it will not judge that circumstances require the grant of provisional measures unless it judges such measures to be necessary and urgent. They must be necessary, because that is what “require” means, and measures will be not necessary where a party can be adequately compensated by an award of damages if it successfully vindicates its rights when the case is finally decided. Thus, as the Respondents correctly submit, many of the authorities express the test in terms of “irreparable loss”. Where action by one party may cause loss to the other which may not be capable of being made good by an eventual award of damages, the test in the Article is likely to be met. But the Article does not lay down a test of irreparable loss and the authorities do not warrant so narrow a construction (see paragraphs 55-58 below). Provisional measures may only be granted where they are urgent, because they cannot be necessary if, for the time being, there is no demonstrable need for them. Provisional measures will be granted if necessary, at the time of the decision, to preserve the effectiveness and integrity of the proceedings and avoid severe aggravation of the dispute.

### **The Tribunal’s Conclusions**

44. Perenco initiated this arbitration to protect its right to participate in oil exploration and production in Blocks 7 and 21 pursuant to the respective Participation Contracts for the financial reward specified in those contracts, irrespective of the price of oil in Ecuador or the world at any given time. Its complaint is that the enhanced payments demanded pursuant to Law 42 substantially reduce the financial reward to which, under the Participation Contracts, it is entitled, and it contends that Law 42 cannot validly supersede a contract binding on Ecuador in international law. The dispute at the heart of this arbitration concerns Perenco’s

rights under the Participation Contracts, as a matter of Ecuadorian Law and under the BIT, and the effect (if any) on those rights of Law 42.

45. Perenco's claim is not one which can, in the Tribunal's opinion, be peremptorily rejected. It was because, in a changed oil market, the Participation Contracts were felt to yield an inadequate and unfair return to Ecuador that Law 42 was enacted and the decrees made pursuant to it. The object was to re-allocate the proceeds of oil production in Blocks 7 and 21 to the advantage of Ecuador and the corresponding disadvantage of Perenco. Modification of the Participation Contracts was the means chosen to achieve this object.

46. On the material currently before the Tribunal, it seems clear that, as matters now stand, and in the absence of provisional measures, Perenco faces the imminent seizure of its assets in Ecuador (whether oil, plant, equipment or bank balances) to the extent of US\$327 million, plus interest and costs, unless it pays that sum within a very few days. It appears from a letter sent by Perenco's counsel to the Tribunal on 29 April 2009 (to which Ecuador has had no more than a brief opportunity of responding) that further steps may already have been taken. If Perenco's business in Ecuador were effectively brought to an end in this way, such injury could not, in the Tribunal's judgment, be adequately compensated by an award of damages should its claim be ultimately upheld. The Tribunal notes that Perenco amended its original Request for Arbitration to claim, as one of six heads of relief, orders that the Respondents reinstate fully Perenco's rights under the Participation Contracts according to their terms, and do not further derogate from those Contracts by, among other things, unilaterally amending, rescinding, terminating or repudiating the Contracts or any terms thereof. Thus Perenco specified restitution as a form of relief requested. In the Tribunal's judgment, the seizure of Perenco's assets, as described above, would seriously aggravate the dispute between the parties and jeopardise the ability of Perenco to explore for and produce oil in Blocks 7 and 21 pursuant to the Participation Contracts.

47. In a well-researched and well-argued submission the Respondents have advanced substantial reasons why the Tribunal should not consider that the present circumstances require the grant of provisional measures.

48. First it is said that, by pleading that its interests have been "expropriated" (as in para 36 of the Request for Arbitration), Perenco has chosen a remedy inconsistent with a claim to protect its rights under the Participation Contracts. Paragraph 36 was drafted with express reference to Article 6 of the Treaty, of which a breach was alleged. But Perenco's case is and has always been that the Participation Contracts remain in force according to their letter; that it has continued to perform them according to their letter; and that it wishes to continue to do so. The Respondents for their part do not contend that the Contracts have been terminated, and have confirmed (paragraph 27 above) that neither of them has commenced proceedings towards termination of the contracts. Had the contracts been terminated, it may be (this Tribunal need express no opinion) that the principle articulated by the Tribunal in the Decision on Provisional Measures in *Occidental v Ecuador*, would be applicable. The relevant contracts in that case had been terminated, and the Tribunal ruled (paragraph 79):

"It is well established that where a State has, in the exercise of its sovereign powers, put an end to a contract or license, or any other foreign investor's entitlement, specific performance must be deemed legally impossible".

It went on to rule (paragraph 86):

"In conclusion, it is the Tribunal's view that the Claimants have not established a strongly arguable case that there exists a right to specific performance where a natural resources concession agreement has been terminated or cancelled by a sovereign State".

Irrespective of whether the *Occidental* Tribunal was correct in this view, on which this Tribunal takes no position, on the materials currently before this Tribunal, there having been no such termination or cancellation, the principle invoked by the *Occidental* Tribunal is inapplicable.

49. The Respondents contend, secondly, that as an independent sovereign State Ecuador has the right to control its own natural resources, that Law 42 was lawfully enacted under the law of Ecuador, that Law 42 has been held to be constitutional by the highest legal authority in the State, and that any interference with the operation of Law 42 by the Tribunal would impermissibly infringe the sovereignty of Ecuador. The Tribunal would here repeat and adopt what was said by the Tribunal in the *City Oriente v Ecuador*, Decision on provisional measures, 19 November 2007, paragraph 43, where the effect of Law 42 was also in contention:

“... The Tribunal is very much aware that the Law was passed by the Legislative Branch of the State of Ecuador in exercise of its legitimate and undisputed national sovereignty and that, subsequently, the Constitutional Tribunal of that country, by Resolution of 22 August 2006, ruled that it does not violate the Constitution. It is for the Ecuadorian public authorities to enact the laws they deem appropriate for that nation’s common good, and the Tribunal neither can nor wishes to interfere in such legislative task. The Tribunal’s function in this case is limited to resolving any disputes arising in connection with the Contract” (Tribunal’s translation).

The same Tribunal, in its Decision on revocation of provisional measures (13 May 2008), paragraphs 56-57, repeated this passage and added:

“The Arbitral Tribunal ratifies this conclusion. An arbitrator lacks any jurisdiction to suspend Ecuador’s legislative powers or legislative acts emanating from the Ecuadorian Congress, and the Tribunal has never intended and much less ordered so. As clearly stated in paragraph 43 of its Decision [footnote omitted], ‘[t]he Tribunal’s function in this case is limited to resolving the disputes arising in connection with the Contract’. And this is what has happened: what the Arbitral Tribunal has suspended through the Provisional Measures are not Ecuador’s legislative acts, but rather any compulsory or coercive measure or act by Petroecuador or Ecuador resulting in interference with contractual rights including Claimant’s right to demand performance of the Contract” (Tribunal’s translation).

The Tribunal granted, and declined to revoke the grant of, provisional measures. In paragraph 90 of its revocation decision the Tribunal explained:

“First, the Tribunal reiterates once more its respect for the sovereign powers of the Republic of Ecuador and the right to dispose of its natural resources pursuant to any laws that the Ecuadorian public authorities deem appropriate. The Provisional Measures do not interfere with the exercise of those powers. They only establish that, on a provisional basis, while the impact of an enacted law is resolved, natural resources continue to be exploited pursuant to a Contract granted at the time by Ecuadorian public authorities, considering it then a valid and effective instrument to regulate its natural

resources. If Respondents consider that City Oriente owes them certain amounts, this arbitration is the perfect forum to make such claim” (Tribunal’s translation).

50. It is pertinent to recall that in any ICSID arbitration one of the parties will be a sovereign State, and where provisional measures are granted against it the effect is necessarily to restrict the freedom of the State to act as it would wish. Interim measures may thus restrain a State from enforcing a law pending final resolution of the dispute on the merits, as in *City Oriente and Sergei Paushok v Mongolia*, Order of interim measures (UNCITRAL, 2 September 2008), or from enforcing or seeking a local judgment, as in *Electricity Company of Sofia & Bulgaria (Belgium v Bulgaria)*, 1939 P.C.I.J. (ser A/B) No 79, 5 December 1939, and *Ceskoslovensko Obchodni Banka AS v The Republic of Slovakia* (ICSID Case No ARB/97/4), Procedural Order No 4, January 11, 1999. While the enactment of a law by a sovereign State, upheld as constitutional in that State, is a matter of importance, it cannot be conclusive or preclude the Tribunal from exercise of its power to grant provisional measures. In *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v Chile* (ICSID Case No ARB/98/2), Decision on the request for provisional measures, 25 September, 2001, the Tribunal observed, in paragraph 52:

“It is not necessary to stress again the principles and practice relating to the links between internal and international law, or the rule according to which a State should not invoke its domestic law to excuse or justify the breach of one of its international obligations” (English translation in 6 ICSID Reports, page 388, provided by the Claimant).

The effect (if any) of Law 42 on Perenco’s rights under the Participation Contracts, as a matter of Ecuadorian Law and under the BIT, is the issue at the heart of this arbitration. At this provisional stage, the Tribunal cannot approach the issue on the assumption that either party’s contention is correct. Its role, analogous to that of the *City Oriente* Tribunal, is to dispose of disputes arising between the parties in connection with the Participation Contracts.

51. The Respondents’ third and main answer to Perenco’s application for provisional measures hinges on their contention that Perenco can resolve its current problems by simply

making the enhanced payments required by Law 42 and withheld since April 2008. On this ground it is denied that such measures are necessary, since if Perenco is ultimately successful it will recover sums overpaid with interest and will suffer no irreparable loss. Since that solution is available to Perenco, the grant of relief is not urgent. Its alleged predicament is of its own making, and not caused by any action of the Respondents. The Respondents point out that in a letter of 19 May 2006 Perenco described the Law 42 payments as “mandatory” until the Law was declared to be unconstitutional; it had made the enhanced payments, under protest, until the end of April 2008; thereafter it and Burlington had, at least for a time, deposited the sums due under Law 42 into separate, segregated bank accounts. Perenco could resolve its difficulties by paying the full sum of US\$327 million due, which it was well able to do.

52. Perenco challenged the assertion that it was well able to pay this sum, which was due (if at all) from the Consortium and not it alone. It had no power or authority to advance payment on behalf of Burlington. This, the Respondents replied, was an internal matter between Perenco and Burlington and was no concern of theirs. Under the novated joint operating agreements pertaining to the two Blocks, Perenco was the sole operator and legal representative of the Consortium (the formation of which was required by the law of Ecuador), and was legally liable to perform the obligations of the Consortium.

53. It may very well be (the Tribunal is in no position to decide) that under the law of Ecuador the State is entitled to look to Perenco to satisfy the debts of the Consortium. But this, even if accepted, in the view of the Tribunal, begs a much more fundamental question. That question is whether, an arbitration having been initiated to determine whether Perenco’s rights under the Participation Contracts have been modified or superseded by the requirement in Law 42 that it make enhanced payments to Ecuador, not provided for in those contracts, circumstances should be considered by the Tribunal to require the grant of provisional measures to restrain Ecuador from taking imminent coercive action to enforce the making of

such payments. The Respondents accept that such measures would include the seizure of oil produced by Perenco in satisfaction of the sums allegedly due from the Consortium over such period as might be necessary to enable Ecuador to recoup its loss, a period which might extend to 18 months, during which Perenco would be likely to operate at a loss. Other assets could also be seized. It is realistic, in the Tribunal's judgment, to apprehend that Perenco's business in Ecuador would be crippled, if not destroyed.

54. In the judgment of the Tribunal, the grant of provisional measures in such circumstances is fully sanctioned by a long line of authority, laid down by the Permanent Court of International Justice, the International Court of Justice, ICSID Tribunals and at least one UNCITRAL Tribunal.

55. In its judgment of 5 December 1939 in the *Electricity Company of Sofia* case cited above, the Permanent Court of International Justice referred to

"the principle universally accepted by international tribunals and likewise laid down in many conventions to which Bulgaria has been a party to the effect that the parties to a case must abstain from any measure capable of exercising a prejudicial effect in regard to the execution of the decision to be given and, in general, not allow any step of any kind to be taken, which might aggravate or extend the dispute".

This principle was invoked by the International Court of Justice in the *LaGrand* case (*Germany v United States of America* (2001 ICJ 466, 27 June 2001)) at paragraph 103, when it added that

"... measures designed to avoid aggravating or extending disputes have frequently been indicated by the Court".

The principle was also invoked by an ICSID Tribunal in the *Pey Casado* case cited above (25 September 2001), paragraph 69. In that case the Tribunal also cited, at paragraphs 70-72, the *Anglo-Iranian Oil Company Case*, and *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda)*. In the first of these cases, at page 93, the parties were restrained from taking any action which might prejudice the rights of the other

party in respect of the carrying out of any decision on the merits which the Court might subsequently render and from taking any action which might aggravate or extend the dispute submitted to the Court. In the second case, the ICJ recalled, at paragraph 44, that its statute gave it “the power to indicate provisional measures with a view to preventing the aggravation or extension of the dispute whenever it considers that circumstances so require”. Listing the standards to be met before provisional measures would be granted, an UNCITRAL Tribunal in *Paushok v Government of Mongolia*, cited above, at paragraph 45, included “imminent danger of serious prejudice (necessity)”.

56. In *Tokios Tokelés v Ukraine* (ICSID Case No ARB/02/18), in its Order No 1 (1 July 2003), an ICSID Tribunal referred to Article 26 of the ICSID Convention, discussed below, and continued in paragraph 2:

”According to this basic principle, ICSID tribunals have repeatedly ruled:

- (a) that the parties to a dispute over which ICSID has jurisdiction must refrain from any measure capable of having a prejudicial effect on the rendering or implementation of an eventual ICSID award or decision, and in general refrain from any action of any kind which might aggravate or extend the dispute or render its resolution more difficult ...”

In the same case, in Order No 3 (18 January 2005), paragraph 7, a differently-constituted Tribunal observed:

“A provisional measure may also be granted to protect a party from actions of the other party that threaten to aggravate the dispute or prejudice the rendering or implementation of an eventual decision or award”.

In *Saipem S.p.A v The People’s Republic of Bangladesh* (ICSID Case No ARB/05/07), 21 March 2007, paragraph 175, an ICSID Tribunal held, after citing earlier authority, that under Article 47 of the ICSID Convention “a tribunal enjoys broad discretion when ruling on provisional measures, but should not recommend provisional measures lightly and should weigh the parties’ divergent interests in the light of all the circumstances of the case”. One of the members of the Tribunal in that case was Professor Christoph Schreuer, whose respected *Commentary on the ICSID Convention* (Cambridge University Press, 2001), in paragraph 15

(page 751), described several situations in which the conditions of necessity and urgency required for the grant of provisional measures might be present. These included: the necessity to take early measures to secure compliance with an eventual award; the necessity “to stop the parties from resorting to self-help or seeking relief through other remedies”; and the necessity “to prevent a general aggravation of the situation through international action”.

57. The Tribunal has paid close attention to the decisions of the ICSID Tribunal in *City Oriente v Ecuador*, cited above, in which the facts, although not identical with those here, were similar. At the heart of both cases lies a dispute concerning the recoverability of enhanced payments said to be required by Law 42. In its first decision on provisional measures (19 November 2007), the Tribunal said at paragraphs 55-59:

“55. Both Article 47 of the Convention and Rule 39(1) of the Arbitration Rules, require that the provisional measures be necessary to preserve the rights of the requesting party, without providing further explanations. However, the *travaux préparatoires* of the Convention stated that the purpose of the provisional measures should be to preserve the *status quo* as between the parties pending a final decision by the Tribunal. That is to say, in the Tribunal’s opinion, what Article 47 of the Convention authorizes is the issuance of provisional measures prohibiting any action that affects the disputed rights, aggravates the dispute, frustrates the effectiveness of a future award or involving a party taking justice into its own hands. Whenever an agreement exists between the parties that has so far defined the framework of their mutual obligations, then the rights to be preserved are, precisely, those that were thereby agreed upon.

56. City Oriente is requesting this Arbitral Tribunal to issue provisional measures, by virtue of which the *status quo* existing prior to the enactment of the new Law No 2006-42 is maintained, and which it describes as a situation of compliance with the rights and obligations arising from the Contract, pursuant to the terms thereof.

57. In the opinion of this Arbitral Tribunal, the provisional measures requested by Claimant are necessary to safeguard Claimant’s rights and the claims it has asserted in this arbitration. Indeed, City Oriente is seeking an order to have the Contract performed pursuant to its original terms and conditions. Ecuador and Petroecuador understand that the rights and obligations arising from the Contract have not been affected or modified as a result of the application of Law No 2006-42, which is to be enforced on its own terms. Respondents may or may not be right – an issue pertaining to the merits on which the Tribunal cannot and should not rule at this time. However, while the matter is being resolved, the principle that neither party may aggravate or extend the dispute or take justice into their own hands prevails. Consequently, Ecuador and Petroecuador shall continue to comply with the obligations that they voluntarily undertook in the Contract, pursuant

to the agreed upon terms, and they must refrain from declaring its termination or otherwise modifying its content.

58. Claimant has identified four acts by Ecuador and Petroecuador which, in its opinion, violate the *status quo* and need to be suspended.

The demand for payment

59. The first act is to order the payment of over USD 28 million, made by Petroecuador through the issuance of the invoice dated October 19, 2007, to which reference has been made above. In the Arbitral Tribunal's opinion, Respondents are required to refrain from demanding such payment or any other amount accrued not from the application of what was agreed upon in the Contract but, rather, of Law No 2006-42. Respondents, of course, may file a counterclaim and, should they succeed, the Tribunal will render an award ordering City Oriente to make payment of all such amounts, which award may be enforced by execution of any of City Oriente's rights and assets in Ecuador. However, in the meantime, the *status quo* must be maintained and the principles that the dispute is not to be aggravated and of *pacta sunt servanda* must prevail"

(Tribunal's translation)

In the Tribunal's opinion (paragraph 69), provisional measures were urgent, "precisely to keep the enforced collection or termination proceedings from being started, as this operates as a pressuring mechanism, aggravates and extends the dispute and, by itself, impairs the rights which Claimant seeks to protect through this arbitration".

58. In its second decision, on revocation of provisional measures (13 May 2008), the *City Oriente* Tribunal reiterated the same rulings. It held (paragraph 58):

"City Oriente has a right to have the *status quo ante* maintained while the arbitration proceedings are pending, to continue to have the Contract fulfilled pursuant to the same terms agreed upon by the parties ... and to have Petroecuador and Ecuador refrain from adopting any unilateral measures of a coercive or compulsory nature compromising the balance".

It pointed out (paragraph 62) that without the provisional measures the Respondents might coercively collect amounts that were not required under the Contract, or even declare the expiration of the Contract: it repeated (paragraph 71) that enforced collection would operate as a pressuring mechanism, aggravate and extend the dispute, and, by itself, impair the rights which City Oriente sought to protect through the arbitration. The object of the provisional measures (paragraph 93) was that, pending a decision on the merits, the Respondents (in an

English translation of the Spanish original supplied to the Tribunal reference was erroneously made to “Claimants” when the word used in Spanish was “Respondents”, “las Demandadas”) should not aggravate the dispute or unilaterally modify the *status quo ante*, which was the one resulting from the terms freely agreed by the parties.

59. The Respondents criticised some aspects of the reasoning of the *City Oriente* Tribunal, but this Tribunal considers the decision to be legally sound and consistent with authority. It also considers it to be apt on the facts of the present case.

60. In paragraph 53 above the Tribunal has framed what is described as “a much more fundamental question”. The question must be answered in the affirmative. Having initiated this arbitration to challenge the recoverability of enhanced payments not provided for in the Participation Contracts but demanded pursuant to Law 42, Perenco should not, pending a final decision, be required to choose between making the very payments they dispute and suffering extensive seizure of its oil production or other assets.

61. As a variant on what is described above (paragraph 51) as their third and main argument, the Respondents contend that Perenco could resolve its current difficulties by making the required deposit and challenging the *coactiva* notices in the Ecuadorian courts. Perenco’s reasons for rejecting this course are, in large part, those already rehearsed. But it contends, in addition, that resort to the Ecuadorian courts by the Respondents or itself is inconsistent with Article 26 of the ICSID Convention. This provides:

“Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy ...”

The object of this provision is not in doubt. It is to ensure that an ICSID Tribunal, duly constituted, has exclusive jurisdiction over any dispute of which it is seized. As the Tribunal observed in the second *Tokios Tokelés* decision cited above, in paragraph 7,

“Among the rights that may be protected by provisional measures is the right guaranteed by Article 26 to have the ICSID arbitration be the exclusive remedy for the dispute to the exclusion of any other remedy, whether domestic or international, judicial or administrative”.

The claims which the Respondents are invoking the legal process of the domestic courts to enforce are the claims which Perenco has brought this arbitration to challenge. It is, in the Tribunal’s opinion, inescapable that the Respondents’ resort to that process violates Article 26. It is also, in the Tribunal’s opinion, inescapable that Perenco would violate the Article if it were, in the domestic courts of Ecuador, to advance the arguments which it will rely on in this arbitration to challenge the recoverability of payments demanded under Law 42. Unless and until the Tribunal rules that it has no jurisdiction to entertain this dispute, if its jurisdiction is hereafter challenged, or the Tribunal delivers a final award on the merits, none of the parties may resort to the domestic courts of Ecuador to enforce or resist any claim or right which forms part of the subject matter of this arbitration.

62. The Tribunal considers that circumstances require it to recommend, and it does recommend, provisional measures restraining the Respondents from:

- (1) demanding that Perenco pay any amounts allegedly due pursuant to Law 42;
- (2) instituting or further pursuing any action, judicial or otherwise, including the actions described in the notices dated 19 February and 3 March 2009, to collect from Perenco any payments Respondents claim are owed by Perenco or the Consortium pursuant to Law 42;
- (3) instituting or pursuing any action, judicial or otherwise, against Perenco or any of its officers or employees, arising from or in connection with the Participation Contracts; and

- (4) unilaterally amending, rescinding, terminating, or repudiating the Participation Contracts or engaging in any other conduct which may directly or indirectly affect or alter the legal situation under the Participation Contracts, as agreed upon by the parties.

As from the date of this Decision, the Tribunal's communications of 24 February and 5 March (paragraphs 28 and 35 above) shall cease to have effect.

63. Since the Tribunal may, in a later decision, hold that it has no jurisdiction to entertain this dispute, or that the Respondents are entitled to claim and enforce the enhanced payments required by Law 42, the Tribunal considers that the Respondents should enjoy a measure of security in relation to sums accruing due to them from Perenco (not the Consortium) under Law 42 from the date of this Decision forward until such later decision. It considers that such security is best provided by payment of the sums so accruing into an escrow account, from which sums will be disbursed on the direction of the Tribunal or by agreement of the parties. The Tribunal invites the parties to agree the terms and conditions on which such account may be established, and to establish it, within 120 days of the date of issuance of this Decision. If, at the end of that period, the parties fail to agree or act, either party may revert to the Tribunal.

#### **The Tribunal's communications of 24 February and 5 March 2009**

64. As recorded above in paragraph 37, the Respondents have challenged the propriety of the Tribunal's "request" of 24 February 2009 and its indication on 5 March that such "request" had the same legal quality as a "recommendation". The Respondents are understood to raise three objections of principle:

- (1) that the Tribunal had no power to make a request or recommendation without giving the Respondents an opportunity of presenting their observations, which it had not done;
- (2) that the Tribunal had no power to make a “request”, as it had purported to do on 24 February, since its power under Article 47 and Rule 39 was only to make a “recommendation”;
- (3) that it was procedurally unfair to the Respondents for the Tribunal to “change” the quality of its “request”, retrospectively, to that of a “recommendation”.

The Tribunal considers that it should address these objections at this stage. It wishes to preface its discussion of the objections with four points. First, it is observed that the power to recommend provisional measures under Article 47 of the Convention is not qualified by a requirement to first hear from both parties. It is a broad power vested in the Tribunal and is itself deserving of protection. In the Tribunal’s view, once putatively vested with jurisdiction to hear a claim (subject to resolving any objections thereto definitively), an ICSID tribunal has the duty to protect its jurisdiction to resolve the dispute that has been put before it. Second, if, having been served with an application for interim measures, a party could act in the period intervening between the application’s filing and the filing of its response to upset the *status quo* which the application sought to maintain, and to justify its action on the ground that Rule 39 disempowered the Tribunal from acting under Article 47 until it heard from both parties, a disputing party would have the power to prevent the Tribunal from exercising fully its jurisdiction under the Convention. It cannot be right that a Tribunal’s jurisdiction to grant interim measures is subject to a disputing party’s changing its relationship *vis-à-vis* the other disputing party during the briefing schedule. The Tribunal would reject such argument as being at variance with the broad power vested in it by Article 47. Third, the Tribunal notes that notwithstanding the vigour with which the Respondents have advanced their objection to the Tribunal’s “request”, their own communication dated 20 February 2009, implicitly acknowledged that the Tribunal has the power to act before hearing both parties on all issues

relevant to the application: in Ecuador's letter, which asserted that the Tribunal could not issue a "request" and proposed that the Respondents be granted approximately six weeks to file their observations on provisional measures, with reply and rejoinder to follow and a hearing to be held some two months hence, the Respondent undertook "to serve notice on the Tribunal granting enough time for the Tribunal to act as necessary, before it takes any measure to enforce the debts ..." Correctly, in the Tribunal's view, no attempt was made to argue that, once given notice of a measure to enforce the debts said to be owing, the Tribunal could act only if it heard from both parties. Finally, the context within which the Tribunal issued its request must be borne in mind. The speed with which the Respondents appeared to be moving to change the *status quo* while the briefing schedule was being decided, in the Tribunal's view, demanded a response.

65. Turning to the three stated objections, the Tribunal cannot accept the validity of the first objection. Even if it be accepted that the Tribunal's power under Rule 39(3) to recommend provisional measures on its own initiative is subject to the provision in Rule 39(4) that it may only recommend such measures "after giving each party an opportunity of presenting its observations", the procedural history in this case shows that the Respondents expressly objected to the Tribunal's power to issue the "request" that thereafter issued. The Respondents thus had an opportunity of presenting their observations as to the existence of the power which was exercised and did so in their letter of 20 February 2009 summarised in paragraph 25 above. In the same letter the Respondents also gave reasons for contending that such relief was not urgent or necessary. They proposed a timetable deferring a decision on provisional measures for upwards of two months which, on the facts, the Tribunal considered much too long a delay. It accordingly made its request, but it did so after receiving submissions in writing from both parties to the dispute. It is satisfied that the requirements of Rule 39(4) were met.

66. As to the Respondents' second objection, the Tribunal observes that Article 47 of the ICSID Convention and Rule 39(3) and (4) of the Rules must be interpreted in their contexts and in the light of their objects and purposes, all as required by Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Irrespective of the precise terminology used, the Tribunal's efforts to effectuate its mandate under a treaty by prevailing on the parties to maintain the *status quo* in the case before it are binding on the parties pursuant to their obligations under said treaty. Case law from other ICSID tribunals, the International Court of Justice, and the Iran-United States Claims Tribunal, all of which can be of assistance to ICSID arbitral panels (see, e.g., J. A. Rueda-Garcia, "Provisional Measures in Investment Arbitration: Recent Experiences in Oil Arbitrations Against the Republic of Ecuador", *Transnational-Dispute-Management.com*, at 25 March 2009) also supports the conclusion that Respondents' attempt to distinguish meaningfully between the Tribunal's use of the word "request" and the word "recommendation" found in Article 47 is unduly narrow.

67. In becoming a Party to a treaty such as the ICSID Convention (plus, as in this case, a bilateral treaty for the promotion and protection of investment binding the State Parties to ICSID arbitration), a State confers upon an arbitral tribunal jurisdiction over certain claims and assumes an obligation to take whatever steps might be necessary to comply with decisions rendered by the tribunal pursuant to the treaty. So long as and to the extent that the arbitration is in progress, both parties are under an international obligation to comply with whatever the tribunal issues as provisional measures for the purpose of protecting its jurisdiction and its ability, should it so decide, to grant the relief requested. State Parties to the ICSID Convention thus inherently are under an international obligation to comply with provisional measures issued by an ICSID tribunal.

68. This view of provisional measures is not new. It was first articulated over 60 years ago by Judge Manley O. Hudson of the Permanent Court of International Arbitration, who, in discussing the drafting process of the Statute for the Permanent Court of International Justice,

noted that the change from “suggest” to “indicate” in Article 41 of that Court’s Statute “may have been due to a certain timidity of the draftsmen, and that it is no less definite than the term ‘order’ would have been, and it would seem to have as much effect”: see Manley O. Hudson, “The Permanent Court of International Justice: A Treatise” 415 (1943) quoted in T. Elias, *The International Court of Justice and Some Contemporary Problems* 78-79 (1983). Furthermore, noted Hudson, the use of the word “indicate” did not lessen the obligation of a party to carry out measures “which ought to be taken”, pointing out that “an indication by the Court under Article 41 is equivalent to a declaration of an obligation contained in a judgment, and it ought to be regarded as carrying the same force and effect”: *ibid.*

69. If the binding character of the word “indicate” in Article 41 of the ICJ’s Statute empowering it to impose binding provisional measures on parties was ever in doubt, the ICJ explicitly eliminated any lingering thoughts to the contrary in the *LaGrand* case, cited above:

“102. It follows from the object and purpose of the Statute, as well as from the terms of Article 41 when read in their context, that the power to indicate provisional measures entails that such measures should be binding, inasmuch as the power in question is based on the necessity, when the circumstances call for it, to safeguard, and to avoid prejudice to, the rights of the parties as determined by the final judgment of the Court. The contention that provisional measures indicated under Article 41 might not be binding would be contrary to the object and purpose of that Article.

103. A related reason which points to the binding character of orders made under Article 41 and to which the Court attaches importance is the existence of a principle which has already been recognized by the Permanent Court of International Justice when it spoke of ‘the principle universally accepted by international tribunals and likewise laid down in many conventions ... to the effect that the parties to a case must abstain from any measure capable of exercising a prejudicial effect in regard to the execution of the decision to be given, and, in general, not allow any step of any kind to be taken which might aggravate or extend the dispute’. Furthermore measures designed to avoid aggravating or extending disputes have frequently been indicated by the Court. They were indicated with the purpose of being implemented [citations omitted]”.

Elsewhere the Court states (paragraph 110) that its prior indication of provisional measures in an Order of 3 March 1999 “was not a mere exhortation”, but rather had been adopted pursuant to Article 41 of its Statute and was “consequently binding in character and created a legal

obligation for the United States". The Court held that, by failing to take all measures at its disposal to ensure that Walter LaGrand was not executed pending the final decision of the ICJ, the United States had breached the obligation incumbent upon it under the Order indicating provisional measures issued by the Court on 3 March 1999. The parallels between "recommend" in the ICSID Convention and "indicate" in the ICJ Statute are quite clear, suggesting that one cannot rightly assume that a "request" is comparatively weaker than a "recommendation", or that neither is binding.

70. Shortly after the decision in *LaGrand*, the European Court of Human Rights addressed the issue of interim measures under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: see *Mamatkulov and Askarov v Turkey* [GC], Nos 46827/99 and 46951/99, ECHR 2005-1 (Judgment of 4 February 2005). In concluding that Turkey, by not complying with interim measures "indicated" to it, had breached the Convention, the Court noted that in *LaGrand* the "ICJ brought to an end the debate over the strictly linguistic interpretation of the words 'power to indicate' in the first paragraph of Article 41 and 'suggested' in the second paragraph by concluding, with reference to the Vienna Convention, that provisional measures were legally binding": see para 117. The ECHR adopted the ICJ's conclusions and reinforced them with the views of several other international courts and adjudicative bodies, drawing attention to the near-universal agreement on the importance of interim measures in ensuring the "effective exercise" of the right of individual petition. The Court stated,

"123. ... in the light of the general principles of international law, the law of treaties and international case-law, the interpretation of the scope of interim measures cannot be dissociated from the proceedings to which they relate or the decision on the merits they seek to protect. The Court reiterates in that connection that Article 31 § 1 of the Vienna Convention on the Law of Treaties provides that treaties must be interpreted in good faith in the light of their object and purpose, and also in accordance with the principle of effectiveness.

124. The Court observes that the International Court of Justice, the Inter-American Court of Human Rights, the Human Rights Committee and the Committee against Torture of the United Nations, although operating under different treaty provisions to those of the Court, have confirmed in their

reasoning in recent decisions that the preservation of the asserted rights of the parties in the face of the risk of irreparable damage represents an essential objective of interim measures in international law. Indeed it can be said that, whatever the legal system in question, the proper administration of justice requires that no irreparable action be taken while proceedings are pending [citations omitted”]

It is clear from the above that provisional measures have a significant role in the administration of public international law.

71. The Iran-United States Claims Tribunal has consistently issued “requests” imposing provisional measures that it regards as binding. That Tribunal operates for provisional measures purposes under Article 26 of the UNCITRAL Rules, which provides:

- “1) At the request of either party, the arbitral tribunal may take any interim measures it deems necessary in respect of the subject-matter of the dispute, including measures for the conservation of the goods forming the subject-matter in dispute, such as ordering their deposit with a third person or the sale of perishable goods.
- 2) Such interim measures may be established in the form of an interim award. The arbitral tribunal shall be entitled to require security for the costs of such measures.
- 3) A request for interim measures addressed by any party to a judicial authority shall not be deemed incompatible with the agreement to arbitrate, or as a waiver of that agreement.”

72. From the *E-Systems* case onward, the Iran-United States Claims Tribunal has used the word “request” when issuing provisional measures: *E-Systems v The Islamic Republic of Iran and Bank Melli Iran*, Award No ITM 13-338-FT (Feb. 4, 1983) reprinted in 2 *Iran-U.S. C.T.R.*

51. See also David D. Caron “Interim Measures of Protection: Iran-U.S. Claims Tribunal”, 46 *Zeitschrift für ausländisches-öffentliches Recht und Völkerrecht* 466, 509-510 (1986) (observing that the mandatory nature of a “request” in the Tribunal’s award was clear from the reasoning of the awards and became even clearer as a result of the way the Tribunal dealt with potential or actual non-compliance with the Tribunal’s “requests”). In that case, the Tribunal phrased its request as follows: “The Tribunal requests the Government of Iran to move for a stay of the proceedings before the Public Court of Tehran until the proceedings in this case before the Tribunal have been completed”: see note at p. 59. Since that early case the word

“request” has been used by the Tribunal uniformly in exercising its power under Article 26 of the UNCITRAL Rules to “take … interim measures”, including cases in which it has acted entirely on its own initiative to restrain parties on a temporary basis pending its hearing a contested application for provisional measures.

73. With respect to the “request” *versus* “recommend” distinction, the Tribunal notes in particular the Concurring Opinion of Judges H. Holtzmann and R. Mosk in *E-Systems* (at pp 57, 64) which states that

“One might have preferred to express the obligatory nature, of the Interim Award by use of the word ‘orders’ instead of ‘requests’. It must be recalled, however, that this is addressed to one of the Governments which established the Tribunal by international agreement. It is to be presumed that such Government will respect the obligation expressed in the Interim Award stating what it ‘should’ do. Accordingly, we join with those who consider the term ‘requests’ is adequate in this context. In these circumstances we consider that a ‘request’ is tantamount to and has the same effect as an order.”

The Tribunal followed this decision with several others, all upholding the use of “requests” in its power to indicate binding provisional measures on the parties: see generally the cases collected at Charles N. Brower & Jason D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal*, 223-226 (Martinus Nijhoff, The Hague, 1998).

74. It is now generally accepted that provisional measures are tantamount to orders, and are binding on the party to which they are directed: see Zannis Mavrogordato and Gabriel Sidere, “The Nature and Enforceability of ICSID Provisional Measures”, *75 Arbitration* 38, (2009), 41-42. The first ICSID tribunal so to hold was in *Emilio Agustín Maffezini v Kingdom of Spain* (ICSID Case No ARB/06/21), Decision on Request for Provisional Measures, 28 October, 1999, at para 9, where the Tribunal explained that

“While there is a semantic difference between the word ‘recommend’ as used in Rule 39 and the word ‘order’ as used elsewhere in the Rules to describe the Tribunal’s ability to require a party to take a certain action, the difference is more apparent than real … The Tribunal does not believe the parties to the Convention meant to create a substantial difference in the effect of these two words. The Tribunal’s authority to rule on provisional measures is no less binding than that of a final award. Accordingly, for the purposes of this

Order, the Tribunal deems the word ‘recommend’ to be of equivalent value as the word ‘order’”.

Several other tribunals have followed the reasoning in *Maffezini*, which derives its force from that tribunal’s belief in what the Contracting States party to the Convention intended: see, for example, *Tokios Tokelés v Ukraine*, cited above, para 4; *Occidental Petroleum Corp. and other v Ecuador*, cited above, para 58; *City Oriente Ltd v Ecuador*, cited above, Decision on Provisional Measures, para 52.

75. In *Victor Pey Casado v Chile*, cited above, para 22, the tribunal took another approach, one that made explicit the relevance of ICJ and Iran-United States Claims Tribunal jurisprudence on this point. The ICJ had at that time recently clarified in the *LaGrand* case that its power to “indicate” provisional measures under Article 41 of the ICJ Statute is binding on the parties. Most recently, the tribunal in *Roussalis v Romania* emphatically endorsed the view that provisional measures are “substantively binding”: ICSID Case No ARB/06/01, para 21.

76. The Tribunal cannot accept that a request, formally expressed, may properly be regarded as of less binding force than a recommendation. While different languages use different expressions, to recommend in ordinary English usage is to give advice which the addressee is ordinarily free to follow or not. The use of this deferential expression when addressing a sovereign State is understandable and well-understood. But a request is more positive, still deferential, but seeking a definite outcome. The language used by the Tribunal in its letter of 24 February (“The Tribunal believes it is necessary nonetheless, to request the parties to refrain from initiating or continuing any action or adopting any measure which may, directly or indirectly, modify the *status quo* between the parties …”) could not reasonably be understood as extending an invitation devoid of legal consequences. The Tribunal cannot, accordingly, uphold the Respondents’ second objection.

77. Since the Tribunal does not accept that its communication of 5 March 2009 retrospectively converted what had been an invitation of a non-binding nature into a recommendation having legal force, the Tribunal cannot accept that the Respondents have suffered any procedural unfairness or that their third objection is valid. The object which its letter of 24 February sought to achieve was, or should have been, clear. On 27 February the Tribunal indicated that it would have to take a serious view of any failure to comply with its request. It was open to the Respondents, if in doubt about the effect of the Tribunal's request, to seek clarification from the Tribunal, which would have been readily forthcoming.

### **Decision on Provisional Measures**

78. The Tribunal repeats for convenience its rulings set out in paragraphs 62 and 63 above:

79. The Tribunal considers that circumstances require it to recommend, and it does recommend, provisional measures restraining the Respondents from:

- (1) demanding that Perenco pay any amounts allegedly due pursuant to Law 42;
- (2) instituting or further pursuing any action, judicial or otherwise, including the actions described in the notices dated 19 February and 3 March 2009, to collect from Perenco any payments Respondents claim are owed by Perenco or the Consortium pursuant to Law 42;
- (3) instituting or pursuing any action, judicial or otherwise, against Perenco or any of its officers or employees, arising from or in connection with the Participation Contracts; and

(4) unilaterally amending, rescinding, terminating, or repudiating the Participation Contracts or engaging in any other conduct which may directly or indirectly affect or alter the legal situation under the Participation Contracts, as agreed upon by the parties.

As from the date of this Decision, the Tribunal's communications of 24 February and 5 March (paragraphs 28 and 35 above) shall cease to have effect.

80. Since the Tribunal may, in a later decision, hold that it has no jurisdiction to entertain this dispute, or that the Respondents are entitled to claim and enforce the enhanced payments required by Law 42, the Tribunal considers that the Respondents should enjoy a measure of security in relation to sums accruing due to them from Perenco (not the Consortium) under Law 42 from the date of this decision forward until such later decision. It considers that such security is best provided by payment of the sums so accruing into an escrow account, from which sums will be disbursed on the direction of the Tribunal or by agreement of the parties. The Tribunal invites the parties to agree the terms and conditions on which such account may be established, and to establish it, within 120 days of the date of issuance of this Decision. If, at the end of that period, the parties fail to agree or act, either party may revert to the Tribunal.

[signed]

Lord Bingham of Cornhill  
President of the Tribunal

[signed]

Judge Charles N. Brower  
Arbitrator

[signed]

Mr. J. Chistopher Thomas, QC  
Arbitrator



**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 Túlio 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 embargarán 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 tercera 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 llevaren 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 remediararse 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 Duplica 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 circscribe 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] “[I]a función del Tribunal en este caso se circscribe 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 cominitorio 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 deseé. 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 sufriría 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 differentlymente 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 cominación para pagar

59. El primer acto es la cominación 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 facultad 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 la medidas provisionales para asegurar el “ejercicio efectivo” del derecho individual de petición. La Corte señaló:

“123...a la luz de los principios generales de derecho internacional, 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 perecederos.

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) reimpresso 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 diferente, cuando se está dirigiendo a un Estado soberano, es entendible y bien entendida. Sin embargo, una solicitud es más positiva, diferente 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. Chistopher Thomas, QC  
Arbitrator