

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

EN EL PROCEDIMIENTO ENTRE

CITY ORIENTE LIMITED

Demandante

c.

LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Y

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

Demandadas

(Caso CIADI No. ARB/06/21)

DECISIÓN SOBRE REVOCACIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES

Y

OTROS ASPECTOS PROCESALES

Miembros del Tribunal

Prof. Juan Fernández-Armesto, Presidente

Dr. Horacio A. Grigera Naón, Árbitro

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

Secretario del Tribunal

Sr. Gonzalo Flores

En representación de la Demandante:

Dr. Alejandro Ponce Martínez

Dra. Ana Belén Posso, Dra. Daniela Román y

Dr. Carlos Manosalvas

Quevedo & Ponce

Quito, Ecuador

y

Sres. R. Doak Bishop, Craig S. Miles y Roberto

Aguirre Luzi

y Sra. Isabel Fernández de la Cuesta González

King & Spalding LLP

Houston, TX

y

Sra. Margrete Stevens

King & Spalding LLP

Washington, D.C.

En representación de las Demandadas:

República del Ecuador

Empresa Estatal Petróleos del Ecuador

(Petroecuador)

Atn. Lic. Guillermo Aguilar-Álvarez y

Sr. Eric Ordway

Weil Gotshal & Manges LLP

New York, NY

y

Dr. Wladimir García Vinuesa,

Dr. Wilson Narváez Vicuña,

Dr. Gabriel Morales Villagómez y

Dra. María Angélica Martínez

Procuraduría de Petroecuador

Quito, Ecuador

Fecha de envío: 13 de mayo de 2008

I. Antecedentes Procesales

1. El Tribunal de Arbitraje, con fecha de 19 de noviembre de 2007, decidió, por unanimidad, adoptar las siguientes medidas provisionales al amparo del Artículo 47 del Convenio del CIADI [las “Medidas Provisionales”]¹:

“1. *La República del Ecuador y la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador [Petroecuador] se abstendrá de*

- *Iniciar o continuar, si ya hubiera iniciado, todo procedimiento o acción judicial, de cualquier naturaleza, dirigida contra o que involucre a City Oriente Limited y/o sus directivos o empleados, y que tenga su origen o guarde relación con el Contrato de 29 de marzo de 1995, y/o con el efecto de la aplicación a dicho Contrato de la Ley No. 2006-42 Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos;*
- *Conminar o exigir a City Oriente Limited el pago de cualesquiera cantidades, derivadas de la aplicación al Contrato de 29 de marzo de 1995 de la Ley No. 2006-42 Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos;*
- *Iniciar, adoptar o continuar cualquier otra conducta que directa o indirectamente afecte o modifique la situación jurídica convenida en el Contrato de 29 de marzo de 1995, en los términos en que fue pactado y firmado por las partes.*

2. *Las presentes medidas provisionales continuarán en vigor, en tanto el Tribunal no las modifique o revoque o dicte su laudo definitivo.*

3. *Queda sin efecto la comunicación del Tribunal de arbitraje de 24 de Octubre de 2007.*

4. *El Tribunal se reserva su decisión en cuanto a las costas causadas en este incidente”.*

2. Las Medidas Provisionales preveían la celebración de una audiencia de carácter procesal [la “Primera Sesión”] en cuyo Orden del Día se podría incluir, a petición de alguna de las partes, la modificación o revocación de las propias Medidas Provisionales.
3. Posteriormente, por carta de 27 de noviembre de 2007, la Demandante puso en conocimiento del Tribunal ciertos hechos, acaecidos tras la adopción de las Medidas Provisionales, que en su opinión, implicaban su incumplimiento.
4. Por ello, la Demandante solicitaba al Tribunal que instara al Procurador General del Estado a comunicar las Medidas Provisionales a las distintas autoridades del Estado.

¹ En lo que respecta a los antecedentes procesales previos a las Medidas Provisionales, están descritos en la Decisión de 19 de noviembre de 2007.

5. El Tribunal dio traslado de tal solicitud a las Demandadas, concediéndoles plazo hasta el 30 de noviembre de 2007 para que alegaran. Éstas impugnaron, por comunicado del 30 de noviembre de 2007, la totalidad de la carta de la Demandante, y arguyeron insuficiencia de plazo para realizar más alegaciones, reservándose el derecho a realizarlas posteriormente. Atendiendo a esta solicitud, el Tribunal les concedió una prórroga hasta el 5 de diciembre.
6. Dentro del nuevo plazo, las Demandadas, por carta de 4 de diciembre de 2007, afirmaron haber dado traslado de las Medidas Provisionales tanto al Presidente de la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia como al Ministro Fiscal General e impugnaron de nuevo la totalidad del contenido de la carta de la Demandante.
7. Por comunicado enviado a las partes el 20 de diciembre de 2007, el Tribunal las convocó a la celebración de la Primera Sesión, regulada en la regla 13(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, para el día 11 de enero de 2008 en la sede del Centro en Washington D.C., tal como ya había adelantado en las Medidas Provisionales. Asimismo, puso en su conocimiento la agenda provisional para tal sesión, invitándolas a que colaboraran para adoptar acuerdos en materia procedimental.
8. En respuesta a la invitación formulada en las Medidas Provisionales, las Demandadas solicitaron la inclusión en la Agenda Provisional de la modificación o revocación de las Medidas Provisionales.
9. Por su parte, la Demandante, con fecha 27 de diciembre de 2007, comunicó al Tribunal los acuerdos alcanzados en materia procedimental sobre el calendario, la no bifurcación de la decisión sobre la jurisdicción y el fondo, y la forma de presentación de escritos; dichos acuerdos fueron confirmados por las Demandadas. Adicionalmente, las partes solicitaron diferir la fecha de la Primera Sesión.
10. El Tribunal, por comunicado de 7 de enero de 2008, tomó nota de los acuerdos alcanzados por las partes y convocó la sesión para el 6 de marzo de 2008.
11. Las Demandadas, mediante carta de 11 de enero de 2008, informaron que las partes habían acordado un calendario específico para la presentación de escritos en relación a la posible revocación de las Medidas Provisionales. Asimismo, solicitaron que el Tribunal se pronunciase respecto del mantenimiento o, en su caso, revocación de las Medidas Provisionales, a la vista únicamente de los escritos de las partes sobre esta materia y sin necesidad de convocar una audiencia, e invitaron a la Demandante a que expresara su opinión al respecto. Ésta, por carta de 22 de enero de 2008, declaró no oponerse a tales propuestas.
12. En atención a la invitación que el Tribunal les hizo mediante carta de 7 de enero de 2008, las partes le comunicaron los acuerdos alcanzados sobre todos los puntos de la agenda provisional transmitida a las partes el 20 de diciembre de 2007, excepto dos aspectos concretos:
 - Honorarios y gastos de los miembros del Tribunal (punto 2 de la Agenda Provisional);

- Lugar del Procedimiento (punto 13 de la Agenda Provisional).
13. En consecuencia, mediante comunicado de 21 de febrero de 2008, el Tribunal de Arbitraje decidió:
- Cancelar la audiencia convocada para el 6 de marzo de 2008; y
 - Conceder un trámite simultáneo, hasta el 3 de marzo de 2008, para que las partes presentaran por escrito sus argumentos respecto a los dos asuntos procesales en desacuerdo.
14. De conformidad con el calendario acordado, el 1 de febrero de 2008 las Demandadas presentaron sus escritos de Solicitud de Revocación de las Medidas Provisionales [la “Solicitud de Revocación”]. De forma análoga, el 22 de febrero de 2008, la Demandante presentó su escrito de Réplica a la Solicitud de Revocación de las Medidas Provisionales [la “Réplica a la Solicitud”].
15. Finalmente, las partes presentaron en plazo los escritos relativos a los dos aspectos procedimentales en los que persistía el desacuerdo.
16. En consecuencia, la finalidad de esta decisión es triple:
- por un lado, resolver la Solicitud de Revocación de las Medidas Provisionales, planteadas por las Demandadas (II);
 - por otro, determinar el régimen de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal (III);
 - y finalmente, fijar el lugar del procedimiento (IV).

II. Solicitud de revocación de las medidas provisionales

1. Introducción

17. Antes de entrar en un análisis detallado de la solicitud de revocación de las Medidas Provisionales, es conveniente centrar el debate, recordando las características más sobresalientes de los hechos que subyacen a la litis:
- City Oriente, el Ecuador y Petroecuador suscribieron el 29 de marzo de 1995 un Contrato, que se rige por derecho ecuatoriano y en el que las partes convinieron que las divergencias que de él surgieran se resolverían a través de un arbitraje administrado por el CIADI;
 - El 10 de octubre de 2006 City Oriente presentó una solicitud de arbitraje ante el CIADI, en la que solicitaba que se condenara a Ecuador y Petroecuador al cumplimiento del Contrato, tal como en su opinión permite el art. 1.505 del Código Civil ecuatoriano [el “C.c.”], reservándose el derecho a exigir indemnización de perjuicios, si fuera necesario;
 - La alegación principal de City Oriente radica en que el Contrato se vino cumpliendo de forma regular, en los términos pactados, desde su otorgamiento en 1995 hasta la promulgación de la Ley No. 2006-42, el día 25 de abril de 2006. En cumplimiento de esta Ley, cuyo Reglamento fue aprobado por Decreto Ejecutivo 1672, de 11 de julio de 2006, Petroecuador viene pretendiendo que City Oriente efectúe un pago adicional, no previsto originalmente en el Contrato, por importe de más de US\$ 37 millones²; la Demandante se ha negado a realizar este pago;
 - Posteriormente, Petroecuador inició un procedimiento administrativo para que se declarara la caducidad del Contrato, basada en la permanente negativa de City Oriente a pagar las cantidades adeudadas por aplicación de la Ley No. 2006-42;
 - El 17 de octubre de 2007 el Ministro Fiscal General del Estado puso en marcha una indagación penal contra los Sres. Ford, Yépez y Páez, directivos de City Oriente, por un presunto delito de peculado, cometido precisamente por impago de las cantidades adicionales devengadas a cargo de la Demandante por aplicación de la nueva Ley;
 - El 18 de octubre de 2007 la Procuraduría General del Estado interpuso ante el Ministro Fiscal Distrital de Pichincha una denuncia, según la cual el impago por City Oriente de las cantidades debidas por aplicación de la Ley 2006-42 constituiría un ilícito penal.
18. Con fundamento en estos hechos, el 19 de noviembre de 2007 el Tribunal de Arbitraje adoptó, al amparo del Artículo 47 del Convenio del CIADI, las Medidas Provisionales. Las Demandadas han pedido el 1 de febrero de 2008 que estas medidas se revoquen, a lo que se ha opuesto la Demandante mediante su réplica el 22 de febrero.
19. En su escrito, las Demandadas argumentan su petición en base a tres grandes líneas argumentales: las Medidas Provisionales pretenden tutelar un derecho inexistente, no son necesarias para evitar un daño irreparable y la decisión acoge

² Según carta de Petroecuador de 15 de enero de 2008, la cifra adeudada ascendía a US\$ 37.730.481; cfr. Anexo 1 a la Réplica de Solicitud presentada por City Oriente.

íntegramente la solicitud de arbitraje por vía precautoria. Cada uno de estos argumentos se analizará a continuación.

20. Antes de adentrarse en el análisis de los argumentos de la Demandada, es importante recordar que nos hallamos ante la discusión de unas Medidas Provisionales, no ante una decisión sobre el fondo del asunto. En consecuencia, el estándar que se debe exigir al solicitante de la medida, consiste en probar que su pretensión tiene apariencia de buen derecho, *fumus boni iuris*, o, para decirlo en otras palabras, que los derechos que invoca son verosímiles. En contrapartida, la decisión del Tribunal de Arbitraje es meramente provisional, puede ser revocada en cualquier momento y su otorgamiento no prejuzga en absoluto la decisión en cuanto al fondo que en su día se adoptará, una vez que el proceso se haya desarrollado en su totalidad.

2. Las Medidas Provisionales pretenden tutelar un derecho inexistente

21. (i) Ecuador y Petroecuador parten del argumento que no existe en Derecho ecuatoriano un reclamo de cumplimiento forzado del Contrato, ni es permisible que el Tribunal de Arbitraje interfiera en la aplicación de la Ley No. 2006-42. El art. 1.505 C.c. alegado por la Demandante relativo al cumplimiento forzado no resulta aplicable en este caso, pues en los contratos administrativos no cabe la condición resolutoria tácita, ni los derechos que ella concede en el Derecho privado. El presunto incumplimiento del Estado únicamente podría dar lugar a una indemnización por daños y no generaría nunca obligaciones de no hacer a cargo del Ecuador.
22. (ii) Continúan las Demandadas alegando que City Oriente no tiene derecho a un laudo que declare improcedente la declaratoria de caducidad prevista por la Ley. La caducidad es una potestad pública del Estado ecuatoriano, reconocida no sólo en la Ley de Hidrocarburos, sino también en la cláusula 21 del Contrato. Se trata de una potestad extraordinaria de auto-tutela, que conlleva que los contratos celebrados por las instituciones del Estado queden sometidos a un régimen distinto del que rige para los contratos entre particulares. El Estado puede tutelar por sí mismo sus propias situaciones jurídicas, eximiéndose de la necesidad de recabar la tutela judicial. En consecuencia, la caducidad queda sustraída del ámbito del arbitraje, y el Tribunal de Arbitraje no puede ordenar su paralización.
23. (iii) Adicionalmente, las Demandadas argumentan que la Ley No. 2006-42 establece una nueva obligación monetaria, cuya fuente no es el Contrato, sino la Ley – tal como permite el art. 1.453 C.c. Y ningún Tribunal Judicial, ni menos Arbitral, puede suspender los efectos de un acto legislativo emanado del Congreso ecuatoriano.
24. (iv) La argumentación de Ecuador y Petroecuador termina resaltando que no existe un principio general, autónomo, abstracto al no agravamiento de la disputa, que justifique *ipso iure* el otorgamiento de medidas provisionales. Cuando es inexistente el derecho de fondo a tutelar, el principio de no agravamiento no justifica la promulgación de medidas provisionales. En todo caso, dado que la Demandante solo tendría derecho al pago de daños, el agravamiento de esos daños nunca podría justificar el otorgamiento de las Medidas Provisionales.

25. Hasta aquí una exposición resumida de la postura de las Demandadas. El Tribunal analizará a continuación cada una de las cuatro líneas argumentativas.

(i) No cabe cumplimiento forzado en Derecho ecuatoriano

26. Las Demandadas alegan, en primer lugar, que City Oriente está solicitando el “cumplimiento forzado” del Contrato, y que tal pretensión no cabe en Derecho ecuatoriano.
27. En realidad, City Oriente no está solicitando el “cumplimiento *forzado*” del Contrato, sino simplemente su “cumplimiento”³. La distinción semántica no es baladí. La Demandante no está pidiendo que el Tribunal de Arbitraje *fuere* a las Demandadas al cumplimiento, algo para lo que un árbitro carece manifiestamente de competencia. En este arbitraje City Oriente simplemente ejerce la acción de cumplimiento de contrato: lo que pide, y un árbitro sí puede decretar, es que se condene a las Demandadas a cumplir lo convenido. Posteriormente, si la parte condenada al cumplimiento se niega a acatar la sentencia, se generará la cuestión del reconocimiento y ejecución de la decisión arbitral – una cuestión que escapa de las pretensiones articuladas por las partes en este arbitraje y de la competencia de este Tribunal de Arbitraje⁴.
28. City Oriente, por lo tanto, está solicitando la condena de Ecuador y Petroecuador al cumplimiento de lo pactado, y pretende fundamentar su pretensión en dos Artículos del C.c., el 1.561 y el 1.505, que rezan así:

Art. 1.561:

“Todo contrato celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Art. 1.505:

“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”.

29. Según alega la Demandante, de una recta interpretación de los artículos citados se desprende que en una situación de incumplimiento de un contrato bilateral, la parte *in bonis* (“*el otro contratante*” del art. 1.505 C.c.) puede optar (“*pedir, a su arbitrio*”) entre dos acciones diferentes: la de cumplimiento del contrato o la de su resolución, además de pedir la indemnización de perjuicios. City Oriente explica que el Estado ecuatoriano está intentado modificar unilateralmente el Contrato, en violación de lo que ordena el art. 1.561 C.c., y ante este incumplimiento ha optado por la primera alternativa que le brinda el art. 1.505 C.c. – la acción de cumplimiento contractual.

³ cfr. Solicitud de Arbitraje p. 17.

⁴ cfr. art. 54 de la Convención y el Comentario de Schreuer: “*The ICSID Convention*”, Cambridge 2001, pág. 1110 y ss.

30. Frente a esta pretensión de la Demandante, las Demandadas se han defendido esgrimiendo, en esencia, dos argumentos:
- el art. 1.505 C.c. no resulta aplicable, pues en los contratos administrativos no cabe la condición resolutoria tácita; y
 - el presunto incumplimiento del Estado únicamente podría dar lugar a una indemnización por daños.
31. En cuanto al primer argumento, no puede ser acogido, pues descansa en una falsa interpretación del *petitum* de la Demandante: City Oriente no se ha decantado por la acción resolutoria que le brinda el art. 1.505 C.c., acción también conocida, en la tradición civilista, como condición resolutoria tácita, sino por la acción de cumplimiento. Por lo tanto, el que en los contratos administrativos sometidos a Derecho ecuatoriano el contratista, ante un incumplimiento del Estado, pueda o no ejercitar la acción resolutoria, es una cuestión totalmente irrelevante a los efectos de este arbitraje.
32. La segunda línea de defensa de las Demandadas consiste en argumentar que en los contratos administrativos de participación petrolera no rige el Derecho civil ecuatoriano, salvo de forma supletoria, y que por lo tanto, ante el incumplimiento del Estado, el contratista no puede exigir al ente público el cumplimiento de lo pactado, la ejecución específica, sino únicamente daños y perjuicios.

Dictamen del Dr. Andrade Ubidia

33. En apoyo a su argumentación, las Demandadas no aportan legislación, doctrina o jurisprudencia ecuatoriana, sino únicamente la opinión de un abogado, el Dr. Andrade Ubidia⁵. En esta opinión, que, por cierto, no está fechada, el Dr. Andrade Ubidia parte de la asunción de que el contrato administrativo al que se refiere su dictamen ya ha caducado por aplicación de una sanción administrativa. Y partiendo de esta asunción, concluye que el contrato está “fatalmente concluido, sin que tenga sentido pretender demandar cumplimiento o resolución”.
34. El experto se está refiriendo a un supuesto fáctico que nada tiene que ver con el que subyace al presente arbitraje, en el que lo que ocurre es precisamente lo contrario: el presente Contrato no ha caducado, sino que está en vigor (aunque el Estado haya iniciado el procedimiento de caducidad), y en esta situación el contratista lo que pretende es que se condene al Estado a cumplir lo pactado. De la opinión del Dr. Andrade Ubidia no se desprende lo que las partes demandadas pretenden probar: que en Derecho contractual administrativo ecuatoriano, si el Estado incumple, el contratista únicamente puede exigir daños y perjuicios, pero no el cumplimiento de lo pactado.
35. En contra del dictamen del Dr. Andrade Ubidia, la Demandante ha aportado una serie de sentencias judiciales, que en su opinión demostraría que los principios contenidos en el Código Civil son aplicables a los contratos que celebra el

⁵

Documento RA 7.

Estado⁶, con la consecuencia de que la acción de cumplimiento contractual que define el art. 1505 C.c. también sería ejercitable en este tipo de negocio.

36. De las Sentencias transcritas, existe una cuyo sustrato fáctico se asemeja al que se enjuicia en este arbitraje: *Tecco c. IEOS*, Corte Suprema de Justicia, Cuarta Sala, 25 de julio de 1983⁷.

Tecco c. IEOS

37. Tecco Cía. Ltda. [“Tecco”] era una empresa constructora que había firmado un contrato administrativo con el Instituto Ecuatoriano de Obras Sanitarias [“IEOS”] para la construcción de una represa en el río Paján. Iniciada la construcción, el IEOS se negó a pagar el anticipo inicial convenido en el contrato. Ante este incumplimiento, Tecco inició un procedimiento judicial, pidiendo que se conminara al IEOS al cumplimiento del contrato, con el consiguiente desembolso del anticipo inicial convenido, que se declarara que el plazo de 18 meses empezaría a correr desde dicho desembolso y que se expidiera orden para comenzar los trabajos. En primera instancia, el Juez tras rechazar las excepciones planteadas por el IEOS, aceptó en su integridad la demanda y condenó al Instituto Público al cumplimiento del contrato. En segunda instancia, la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia, y en su razonamiento incluyó el siguiente considerando:

“Quinto: los art. 1.582 [hoy 1.561] y 1.532 [hoy 1.505] del Código Civil, estatuyen, en su orden, que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales; y que, en los contratos bilaterales, va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado; pero en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o cumplimiento del contrato, con la indemnización de daños y perjuicios. En la especie, hasta la fecha, el contrato no ha sido invalidado y la parte actora se ha pronunciado por la segunda de las opciones. Tiene, por tanto, pleno derecho para que se le pague el anticipo, con interés del 14% a partir de la citación con la demanda; debiendo iniciarse el plazo para la construcción de la obra desde que se cubra estos valores y se expida la orden de iniciación de los trabajos.”

38. Existe, por lo tanto, al menos una sentencia de un Alto Tribunal ecuatoriano, en la que éste aplicó los arts. 1.561 y 1.505 C.c. a un contrato celebrado entre un particular y una entidad pública y aceptó la pretensión de que se condenara al ente público al cumplimiento de lo convenido. Ahora bien: el Tribunal de Arbitraje no prejuzga si esta Sentencia ha causado jurisprudencia, si refleja una postura clara y unívoca del Derecho ecuatoriano, ni si es aplicable a nuestro caso.

⁶ Réplica a la Solicitud de Revocación, para. 71.

⁷ C 38.

Occidental Petroleum c. Ecuador

39. Las Demandadas también se han referido a una decisión arbitral en otro procedimiento administrado por el CIADI, para fundamentar su línea argumental de que un Tribunal CIADI no puede condenar a la parte pública al cumplimiento de un contrato administrativo: se trata de la decisión sobre medidas provisionales en el arbitraje entre *Occidental Petroleum* y la República del Ecuador ⁸. En esta decisión, el Tribunal de Arbitraje sentó la conclusión que

*“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.”*⁹

40. El arbitraje en el caso *Occidental Petroleum* presenta diferencias sustanciales con el presente procedimiento:
41. (a) En *Occidental Petroleum* el Ministro de Energía y Minas dictó el 15 de mayo de 2006 un Decreto de Caducidad, declarando la terminación del contrato de participación que las partes habían suscrito el 21 de mayo de 1999. Como reacción a dicha medida, Occidental Petroleum ha iniciado un arbitraje ante el CIADI, en el que pretende (*inter alia*) que se decrete la anulación del Decreto de Caducidad. En el presente arbitraje, por el contrario, la situación es la inversa: el 10 de octubre de 2006, City Oriente puso en marcha este procedimiento, alegando que la contraparte estaba incurriendo en incumplimiento, al exigir el pago de cantidades adicionales al amparo de la Ley No. 2006-42, y solicitando el cumplimiento de lo convenido. Fue posteriormente cuando Petroecuador solicitó la incoación del procedimiento de caducidad, en base al mismo sustrato fáctico que había servido a City Oriente para iniciar el presente arbitraje: el impago de las cantidades adicionales exigibles al amparo de la Ley No. 2006-42.
42. (b) Existe una segunda diferencia, de carácter jurídico: el arbitraje de *Occidental Petroleum* se rige por el APRI entre los EEUU y la República del Ecuador¹⁰; mientras que en el estadio actual del presente procedimiento, el Tribunal de Arbitraje está llamado a examinar un pedido de medidas precautorias, en el seno de un procedimiento donde el Demandante solicita que se condene a las Demandadas al cumplimiento de un Contrato sujeto a Derecho ecuatoriano.
43. Las diferencias existentes entre ambos arbitrajes son trascendentes. El Tribunal en el caso *Occidental Petroleum* ha llegado a la conclusión que en un arbitraje sujeto a derecho internacional el demandante no pueda exigir el cumplimiento específico del contrato previamente terminado por el Estado en ejercicio de sus poderes soberanos. Pero esta conclusión no se puede extender sin más a un arbitraje de naturaleza contractual como el presente, que, además, ha sido iniciado antes de la declaración de caducidad.

⁸ *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/06/01); Decisión sobre Medidas Provisionales de fecha 17 de agosto de 2007; RA 4

⁹ Párrafo 79 de la Decisión sobre Medidas Provisionales citada en nota 8

¹⁰ Párrafo 2 de la Decisión sobre Medidas Provisionales citada en nota 8

44. A este respecto, la propia República del Ecuador ha argüido en un escrito presentado para defender su posición en *Occidental Petroleum* que la Demandante no podía pedir el cumplimiento específico del contrato extinguido por caducidad, pues este resultado únicamente podría haberse alcanzado a través de un recurso de plena jurisdicción ante los Tribunales ecuatorianos¹¹. El reconocimiento de la existencia de esta acción por la propia República, más la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el caso *Tecco*, a la que ya se ha hecho referencia¹² parecen indicar – al menos *prima facie* - que, en determinadas circunstancias, el Derecho ecuatoriano sí permite que los Tribunales decreten, a instancias de los administrados, el cumplimiento específico de contratos administrativos.
45. En resumen: en esta instancia, el Tribunal de Arbitraje lo único que tiene que comprobar es si la peticionaria de las medidas provisionales, City Oriente, es capaz de presentar un *fumus boni iuris*, una apariencia de buen derecho. Valorando y sopesando las pruebas aportadas por las partes hasta este momento, y sin prejuzgar su decisión final, el Tribunal de Arbitraje no descarta la conclusión de que en Derecho ecuatoriano un contratista pueda exigir a la entidad pública con la que contrató el cumplimiento de lo convenido.
46. Y existiendo en apariencia este derecho, el Artículo 47 del Convenio faculta al Tribunal de Arbitraje a dictar las Medidas Provisionales que considere necesarias para salvaguardarlo. Se desestima, por lo tanto, la solicitud de las Demandadas de que, en base a este motivo, se revoquen las Medidas Provisionales.

(ii) No cabe paralización del procedimiento de caducidad

47. Las Demandadas argumentan, en segundo lugar, que City Oriente no tiene derecho a un laudo que declare improcedente la declaratoria de caducidad prevista por la Ley ecuatoriana y confirmada en la cláusula 21 del Contrato. La caducidad quedaría sustraída del ámbito del arbitraje, y el Tribunal de Arbitraje no podría ordenar su paralización.
48. Es un hecho que la cláusula 21 del Contrato prevé expresamente que la declaratoria de caducidad, emitida por el Ministerio de Energía y Minas [actual Ministerio de Minas y Petróleo] por los motivos y bajo el procedimiento establecido en la Ley de Hidrocarburos, provocará la terminación del Contrato.
49. El procedimiento de caducidad previsto en la Ley de Hidrocarburos y aceptado en la cláusula 21 del Contrato forma parte – como muy bien han señalado las Demandadas – de los mecanismos de auto-tutela que el ordenamiento jurídico puede otorgar a la Administración Pública. En Derecho ecuatoriano, la Ley y la Jurisprudencia han aceptado que los entes públicos tienen el derecho a declarar la terminación unilateral de los contratos administrativos – bien utilizando la condición resolutoria tácita del C.c.¹³, bien prevaliéndose de procedimientos

¹¹ en el que se solicite la declaración de nulidad del acto administrativo que provocó la terminación del contrato; cfr. Párrafo 46 de la Decisión sobre Medidas Provisionales citada en nota 8.

¹² Cfr. Párrafo 36 supra

¹³ Como hace la Sentencia Narváez Camacho c INECEL, Juicio 3168, s.f., Boletín Oficial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, No. 10, 1991, p. 129 y ss RA 18.

especiales previstos en Leyes específicas. El procedimiento de caducidad regulado en la Ley de Hidrocarburos, sin duda, corresponde a esta última categoría.

50. Ahora bien: el Contrato también contiene la cláusula 20.3, en virtud de la cual “*las Partes se obligan a someter las controversias o divergencias que tengan relación o surjan de la ejecución de este Contrato, a la jurisdicción y competencia del ... CIADP*”, añadiendo la cláusula 20.3.5 que la iniciación del arbitraje no causará suspensión del objeto contratado, sino que la ejecución del Contrato continuará normalmente. La cláusula 21.4, finalmente, prevé que el arbitraje también será el método adecuado para decretar la terminación del Contrato, excepto si procede la declaración de caducidad por el propio Estado (al amparo de la Ley de Hidrocarburos).
51. Las cláusulas 20.3. y 21 del Contrato plantean la difícil cuestión de la relación entre el presente arbitraje y el procedimiento administrativo de caducidad, sobre el que las alegaciones de las partes han sido escasas. En este momento procesal el Tribunal de Arbitraje no debe decidir si se puede iniciar un procedimiento de caducidad, pretendiendo la terminación del Contrato, cuando la contraparte ya ha iniciado un arbitraje en el cual pide el cumplimiento de lo convenido, siendo el sustrato fáctico del proceso de caducidad y del arbitral exactamente el mismo. La cuestión a dilucidar ahora es diferente: consiste en determinar si el Tribunal debe ordenar la paralización del procedimiento de caducidad, para salvaguardar los derechos que, en apariencia, City Oriente ostenta¹⁴.
52. El Tribunal ya ha sentado la conclusión *prima facie* de que en Derecho ecuatoriano un contratista tiene derecho a exigir a la entidad pública con la que contrató el cumplimiento de lo convenido - en el caso concreto de City Oriente a través de este arbitraje. Este derecho quedaría enervado, si durante la tramitación del arbitraje, las Demandadas pudieran poner en marcha el proceso de caducidad y provocar unilateralmente la extinción del Contrato. De permitir el Tribunal este proceder, un hipotético fallo final a favor de la Demandante, ordenando el cumplimiento de lo convenido, devendría de ejecución imposible: en ese momento el Contrato ya no existiría, City Oriente se habría visto obligado a entregar todos sus activos al Estado y ya no estaría realizando la explotación de los hidrocarburos¹⁵.
53. Imaginemos la situación inversa: si el fallo final favoreciera a las Demandadas y desestimara la pretensión de City Oriente, no se plantearían problemas para ejecutar la decisión; las Demandadas tendrían el camino franco para retomar de inmediato el procedimiento de caducidad, cancelar el Contrato y tomar posesión de los activos de City Oriente.
54. Sopesando los intereses en juego, el Tribunal de Arbitraje debe decantarse por proteger la ejecutabilidad de un hipotético laudo favorable a la Demandante, aun a costa de paralizar el ejercicio por las Demandadas de su derecho contractual a la auto-tutela. Por ello, iniciado un procedimiento arbitral en el que el Demandante pide el cumplimiento del Contrato, éste tiene derecho a que las Demandadas se abstengan de realizar actuaciones que puedan desembocar en la

¹⁴ Cfr. Art. 47 del Convenio

¹⁵ Cláusula 21.2. del Contrato y art. 75 de la Ley de Hidrocarburos

extinción anticipada del Contrato. Y existiendo en apariencia este derecho, el Artículo 47 del Convenio faculta al Tribunal de Arbitraje a dictar las Medidas Provisionales necesarias para salvaguardarlo. Se desestima, por lo tanto, la solicitud de las Demandadas de que, en base a este motivo, se revoquen las Medidas Provisionales.

(iii) No cabe suspensión de los efectos de un acto legislativo emanado del Congreso ecuatoriano

55. En tercer lugar, las Demandadas argumentan que la Ley No. 2006-42 establece una nueva obligación monetaria para el Demandante, cuya fuente no es el Contrato, sino la Ley – tal como permite el art. 1.480 C.c.¹⁶. Y ningún Tribunal Judicial, ni menos Arbitral, puede suspender los efectos de un acto legislativo emanado del Congreso ecuatoriano.
56. En su Solicitud de Revocación, las Demandadas citaron¹⁷ el párrafo 43 de la Decisión sobre Medidas Provisionales, en el que el Tribunal se expresó en los siguientes términos:

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

57. 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 Decisión¹⁸, “[l]a función del Tribunal en este caso se circunscribe a resolver las disputas que surgen en relación al Contrato”. Y así ha ocurrido: lo que ha suspendido el Tribunal de Arbitraje en sus Medidas Provisionales no son los actos legislativos del Ecuador, sino cualquier medida o acto conminatorio o de naturaleza coactiva de Petroecuador o de Ecuador, que tenga por resultado interferir en los derechos contractuales, incluido el derecho de la Demandante a demandar el cumplimiento del Contrato.

¹⁶ Art. 1480 C.c.: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.

¹⁷ En su párrafo 36.

¹⁸ Frase que sigue directamente a continuación del texto citado por las Demandadas.

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 (como expresamente prevé la cláusula 20.3.5 del Contrato), y a que Petroecuador y el Ecuador se abstengan de adoptar medidas unilaterales de naturaleza coactiva o conminatoria que rompan el equilibrio. El Tribunal de Arbitraje reitera que su decisión de preservar el *status quo* no prejuzga en absoluto cuál de las dos partes prevalecerá en su día cuando se juzgue el fondo – y si fueran las tesis de las Demandadas las que triunfaran, y la Ley efectivamente hubiera válidamente creado obligaciones a cargo de City Oriente, el laudo podrá ordenar el pago de las cantidades devengadas durante la tramitación del procedimiento.
59. En el ínterin, existiendo un derecho al mantenimiento del *status quo ante*, el Artículo 47 del Convenio faculta al Tribunal de Arbitraje a dictar las Medidas Provisionales necesarias para salvaguardarlo. Se desestima, por lo tanto, la solicitud de las Demandadas de que, en base a este motivo, se revoquen las Medidas Provisionales.
- (iv) *El agravamiento de la disputa no justifica ipso iure el otorgamiento de medidas provisionales*
60. Ecuador y Petroecuador terminan resaltando que no existe un principio general, autónomo, abstracto al no agravamiento de la disputa que justifique, *ipso iure*, el otorgamiento de medidas provisionales. Cuando no existe un derecho de fondo que exija ser tutelado, el principio de no agravamiento no justifica la promulgación de medidas provisionales. Además, dado que la Demandante solo tendría derecho al pago de daños, el agravamiento de esos daños nunca podría justificar el otorgamiento de las medidas provisionales.
61. El Tribunal de Arbitraje no comparte, dicho sea con todo respeto, la argumentación de las Demandadas.
62. (a) En primer lugar, no la comparte, porque ha llegado a la conclusión de que, al menos *prima facie*, el Derecho ecuatoriano otorga al contratista, para el caso de incumplimiento por la Administración, el derecho a pedir el cumplimiento de lo convenido; y es precisamente esta acción de cumplimiento la que City Oriente viene ejercitando en el arbitraje. Sin las Medidas Provisionales, las Demandadas podrían cobrar coactivamente cantidades no previstas contractualmente, o incluso declarar extinto el Contrato por caducidad. En tal caso, no es que la disputa se agravase, sino que se pondría fin al derecho de la Demandante a reclamar el cumplimiento del Contrato, y todo hipotético laudo en su favor se tornaría de ejecución imposible o ilusoria.
63. (b) En segundo lugar, el Tribunal de Arbitraje coincide con las Demandadas en su conclusión de que el incremento en la cuantía de unos hipotéticos daños, en general no justifica el otorgamiento de medidas provisionales¹⁹. Ahora bien, el

¹⁹ La Decisión sobre Medidas Provisionales en el caso Occidental Petroleum, citada en la nota 8 supra, recoge el principio en su párrafo 97: “*Provisional measures are not designed to merely mitigate the final amount of damages. Indeed, if they were so intended, provisional measures would be available to claimant in almost every case.*”

Tribunal discrepa con las Demandadas en que City Oriente solo tenga derecho al pago de daños.

64. Ante el alegado incumplimiento de la contraparte, City Oriente bien podría haber ejercitado la condición resolutoria tácita prevista en el art. 1.505 C.c., pretendiendo en este arbitraje una confirmación de su declaración resolutoria más la indemnización que le correspondiera. En tal caso, las Demandadas hubieran tenido razón: la Demandante, en el mejor de los casos, únicamente tendría derecho a restitución de su prestación más daños, y el principio de que el agravamiento de obligaciones pecuniarias en general no justifica medidas provisionales hubiera encontrado aplicación.
65. Pero en la realidad de los hechos, City Oriente no se decantó por la opción resolutoria, sino por la otra alternativa ofrecida por el C.c.: una acción de cumplimiento, que resultare en una condena de las contrapartes a cumplir lo prometido. Es en el ámbito de una acción de este tipo donde las medidas provisionales alcanzan su pleno sentido, para evitar que mediante actos unilaterales una de las partes altere el *status quo ante* en su beneficio o haga ilusorio o imposible el cumplimiento de una hipotética condena futura.
66. En consecuencia, existiendo una apariencia de derecho, cuya tutela se busca en este arbitraje, el Artículo 47 del Convenio faculta al Tribunal de Arbitraje a dictar las Medidas Provisionales necesarias para salvaguardarlo. Se desestima, por lo tanto, la solicitud de las Demandadas de que, en base a este motivo, se revoquen las Medidas Provisionales.

3. Las Medidas Provisionales no son necesarias para evitar un daño irreparable

67. La primera línea argumental esgrimida por las Demandadas y que el Tribunal de Arbitraje analizó en el capítulo anterior, se basaba en la pretendida inexistencia de un derecho del Demandante que ameritara protección. La segunda línea argumental se fundamenta en que las Medidas Provisionales únicamente pueden ser decretadas para evitar un daño irreparable y, según alegan Ecuador y Petroecuador, esto no ocurriría en nuestro caso.

(i) Argumentación de las partes

68. La argumentación de las Demandadas puede resumirse así: las Medidas Provisionales adoptadas de conformidad con el Artículo 47 del Convenio y la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje únicamente deben ser emitidas en circunstancias de urgencia, y para evitar un daño irreparable. *A sensu contrario* las medidas deben ser rechazadas cuando sea posible reparar el supuesto incumplimiento con el pago de daños. Y – según alegan las Demandadas – City Oriente no tiene un derecho al cumplimiento forzado, sino solo a una eventual indemnización de daños. La Ley No. 2006-42 impone una obligación de pagar dinero. El presunto incumplimiento del Contrato que pudiera resultar por el cobro de ese dinero, generaría también una obligación monetaria.
69. Frente a estas alegaciones de las Demandadas, City Oriente ha defendido que ni Artículo 47 del Convenio, ni la Regla 39 de las Reglas incluyen referencia

alguna a que las medidas provisionales deban servir para evitar un daño irreparable. En consecuencia, este requisito no debería exigirse. Pero aun si fuera necesario, continúa la argumentación de City Oriente, en nuestro caso se cumpliría, pues si los pagos adicionales hubieran de satisfacerse, City Oriente se vería abocada a cesar en sus operaciones, con unas pérdidas de casi US\$ 23 por cada barril de petróleo producido.

(ii) Análisis del Tribunal de Arbitraje

70. El Tribunal constata, en primer lugar, que ni el Artículo 47 del Convenio ni la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje mencionan expresamente, como un requisito autónomo para la promulgación de medidas provisionales, que éstas eviten un daño irreparable. De la literalidad de la Regla 39 únicamente se puede inducir la necesidad de urgencia, el tradicional *periculum in mora*, y este requisito ya fue analizado por el Tribunal de Arbitraje en los paras. 67 y ss. de su Decisión de 19 de noviembre de 2007, llegando a la conclusión de que efectivamente se cumplía.
71. En la Decisión el Tribunal estimó el cumplimiento del “*periculum in mora*” por entender que “la dictación de las medidas cautelares es urgente, 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”²⁰, de modo que, con más razón se cumple ahora el requisito, debido a que el procedimiento de caducidad se encuentra en curso y no han cesado las solicitudes de pago por parte de Petroecuador.
72. ¿Debe exigirse adicionalmente un segundo requisito, consistente en que las medidas provisionales sean necesarias para evitar un daño irreparable? La Regla 39 únicamente se refiere a “las circunstancias que hacen necesario el dictado de tales medidas”. En opinión del Tribunal, esta frase lo que exige es que las medidas provisionales no se dicten a la ligera, sino únicamente como una *última ratio*, después de una serena valoración de los intereses en juego, sopesando los perjuicios que se evitan al solicitante y los daños que se provocan a la contraparte. Lo importante no es tanto que las medidas provisionales sean necesarias para evitar un daño irreparable, sino que el daño evitado al solicitante con su promulgación sea grave y desborde ampliamente el daño causado al perjudicado²¹.

²⁰ Cfr. Decisión sobre Medidas Provisionales de 19 de noviembre de 2007, para. 69.

²¹ Cfr. Art. 17 A 1 c) Ley Modelo UNCITRAL: “*De no otorgarse la medida cautelar, es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada.*”

La misma idea subyace en la decisión del Tribunal de Arbitraje en *Occidental Petroleum* (nota 8 supra), párrafo 93: “...el Tribunal deja constancia de que no pueden disponerse medidas provisionales para la protección de los derechos de una parte si ellas han de causar perjuicios irreparables para los derechos de la otra parte”.

73. El Tribunal, al dictar en su día las medidas provisionales, y al reafirmarlas en la presente decisión, ha intentado realizar esta valoración de los intereses en juego²².
74. Recuérdese el punto de partida: el *petitum* principal de la Demandante radica en el cumplimiento del Contrato y, tras un análisis de las alegaciones hasta ahora presentadas por las partes, el Tribunal de Arbitraje *prima facie* estima que tal pretensión es compatible con el Derecho ecuatoriano. Frente a esta petición, los actos realizados por las Demandadas fueron los siguientes:
- Petroecuador viene pretendiendo que City Oriente efectúe un pago adicional, no previsto originalmente en el Contrato, por importe de más de US\$37 millones; en comparación, las utilidades de City Oriente para el año 2007 ascendieron a US\$16.971.089²³;
 - Petroecuador y Ecuador han iniciado un procedimiento administrativo, que podría finalizar con la declaración de caducidad y consecuente extinción del Contrato;
 - El Ministro Fiscal General del Estado y la Procuraduría General del Estado pusieron en marcha sendos procedimientos penales contra los Sres. Ford, Yépez y Páez, directivos de City Oriente, por un presunto delito de peculado, cometido precisamente por impago de las cantidades adicionales devengadas a cargo de la Demandante por aplicación de la nueva Ley.
75. En base a estos hechos, el Tribunal, para valorar adecuadamente los intereses en juego, debe sopesar dos situaciones hipotéticas, en las que los intereses de las partes están cruzados: (a) la primera consiste en que decida revocar las Medidas Provisionales, y que al final del proceso City Oriente triunfe en cuanto al fondo, (b) mientras que la segunda implica que decida mantener las Medidas Provisionales y que resulten ser las Demandadas quienes prevalezcan en el laudo final.
76. (a) En el primer caso, revocadas las Medidas Provisionales, el proceso de caducidad continuaría con un elevado riesgo de que el Contrato quedara definitivamente extinguido por una declaración administrativa unilateral del Estado; además, Petroecuador podría exigir de inmediato a City Oriente el pago de una suma de dinero, no prevista originalmente en el Contrato, que ascendería a más del doble de las utilidades generadas en el ejercicio 2007. En esta hipótesis, si eventualmente se dictara un laudo final que atendiera las pretensiones de la Demandante, en realidad la decisión sería de cumplimiento imposible, pues el Contrato ya habría caducado; además, las cantidades reclamadas por las Demandadas son de importe tan elevado, que existe un riesgo de que su pago anticipado comprometa la viabilidad económica de la compañía.
77. (b) En el segundo caso, mantenidas las Medidas Provisionales y dictado un laudo definitivo que favoreciera a las Demandadas, Petroecuador tendría derecho a exigir el pago de las cantidades adicionales devengadas al amparo de la Ley 2006-42, en su caso con los intereses que sean aplicables, y el Estado podría en ese momento reanudar el procedimiento de caducidad cuya paralización había

²² Cfr. también párrafo 54 *supra*

²³ Cuadro preparado por el Sr. Esteban Polit, Gerente Administrativo Financiero de City Oriente, presentados en la Audiencia y actualizados en los párrafos 159 y ss. de la Réplica a la Solicitud.

ordenado este Tribunal. El perjuicio por el pago tardío se vería compensado por los intereses de mora, la solvencia de City Oriente no se habría reducido, pues sus inversiones, concesiones y activos, situados en territorio ecuatoriano, continuarían existiendo, para garantizar el pago de la condena, y el proceso de caducidad se podría desarrollar normalmente (únicamente pospuesto en el tiempo).

78. Así las cosas, el Tribunal de Arbitraje no puede sino reafirmarse en las Medidas Provisionales que en su día dictó, pues sopesando los intereses en juego, su promulgación evita perjuicios graves e incluso irreparables para el solicitante, a cambio de causar perjuicios de carácter menor y reparables a las Demandadas.

(iii) Referencia a precedentes

79. Sentada esta conclusión, el Tribunal debe hacer mención a ciertos laudos y decisiones dictadas en otros procedimientos, que juzgaron situaciones similares y a los que las Demandadas han hecho referencia en su escrito de alegaciones.
80. La primera decisión mencionada es la OP. Núm. 3 en el arbitraje CIADI *Tokios Tokelés contra Ucrania*²⁴. Se trata de un arbitraje de inversión, en el que la Demandante solicitaba una indemnización por violación del APRI entre Lituania y Ucrania. Tras una primera solicitud de medidas provisionales, que fue atendida por el tribunal, la demandante pidió una nueva orden del tribunal, que paralizara un procedimiento penal contra un directivo iniciado antes de comenzar el arbitraje, que levantara el embargo de ciertos activos y que suspendiera una investigación fiscal. El tribunal rechazó la solicitud, argumentando que una medida provisional para ser otorgada al amparo del Artículo 47 del Convenio, debe ser necesaria y urgente. Y es necesaria “*si es capaz de causar o amenazar daños irreparables a los derechos invocados*”²⁵. Analizando los hechos, aquel tribunal de arbitraje llegó a la conclusión que las segundas medidas solicitadas no reunían estos requisitos.
81. La decisión no tiene relevancia para el presente arbitraje.
82. En primer lugar, parece una decisión aislada, no habiéndose alegado que otros Tribunales en arbitrajes CIADI hayan acogido la interpretación del Artículo 47 del Convenio defendida en la OP. Núm. 3 de *Tokios Tokelés*.
83. En segundo lugar, el propio Tribunal de *Tokios Tokelés*, que había admitido previamente en su OP. Núm. 1²⁶ una primera solicitud de medidas provisionales de la demandante, no hizo en esta OP. Núm 1 referencia alguna a un hipotético requisito de causación de daños irreparables, y ordenó la paralización de todo tipo de procedimientos judiciales que pudieran afectar al cumplimiento del laudo definitivo o agravar la disputa existente.

²⁴ Caso CIADI No. ARB/02/18, OP No. 3 de 18 de enero de 2005.

²⁵ Párrafo 8, citando como precedente la Opinión Disidente de Jiménez de Aréchaga en el caso *Aegean Sea Continental Shelf* del TIJ en el año 1976.

²⁶ No citada por las Demandadas, de fecha 1 de julio de 2003; entre la OP Núm. 1 y la OP. Núm. 3 se produjo un cambio de Presidente.

84. Además, en su decisión, el Tribunal de *Tokios Tokelés* invocó el caso *Aegean Sea Continental Shelf* del TIJ de 1976, cuya aplicación a este arbitraje resulta, por sus fundamentos fácticos, jurídicos, órgano decisor y fecha, muy remota.
85. Sea cual sea la opinión que, en un plano estrictamente jurídico, merezca la decisión adoptada en la OP. Núm. 3 del caso *Tokios Tokelés*, en nuestro arbitraje la cuestión es, por razones estrictamente fácticas, irrelevante: si las Medidas Provisionales no se mantuvieran, los perjuicios que la Demandante sufriría amenazan con ser irreparables y el cumplimiento del laudo devendría ilusorio. Dado que en la realidad de los hechos el requisito exigido por *Tokios Tokelés* se cumple, no es necesario que este Tribunal se pronuncie sobre su exigibilidad en Derecho.
86. Las Demandadas también han citado sendas decisiones en los arbitrajes CIADI *Occidental Petroleum*²⁷ y *Plama*²⁸, para reforzar su argumento de que el simple daño monetario no constituye un perjuicio irreparable. El Tribunal de Arbitraje nuevamente no tiene que pronunciarse sobre estas decisiones, porque ambos casos presentan una diferencia fundamental con nuestro supuesto: se trata de arbitrajes de inversión, en los que los Demandantes simplemente están reclamando el pago de unos daños y perjuicios. La situación en nuestro procedimiento es totalmente diferente, pues en él City Oriente ejerce la acción de cumplimiento contractual. Las conclusiones de *Occidental Petroleum* y *Plama* son irrelevantes a efectos de esta decisión.
87. En conclusión, los precedentes citados por las Demandadas no desvirtúan las conclusiones sentadas por este Tribunal.

4. La decisión acoge íntegramente la solicitud de arbitraje por vía precautoria

88. La tercera y última línea argumental esgrimida por las Demandadas para oponerse a las Medidas Provisionales se fundamenta en que no se puede acoger una demanda a título cautelar. Una solicitud de medidas provisionales cuyo objetivo sea obtener anticipadamente el reconocimiento y la declaración de los mismos derechos que constituyen la pretensión de fondo, debe necesariamente denegarse. Desde que se promulgaron las Medidas Provisionales, la Demandante estaría litigando, en opinión de Ecuador y Petroecuador, con el beneficio de una victoria anticipada. Las Medidas interferirían sin justificación en el ejercicio de las potestades de un Estado soberano sobre sus recursos naturales y causarían al Ecuador un daño irreparable, violándose el Artículo 47 del Convenio, que obliga al Tribunal de Arbitraje a velar por los “respectivos derechos de las partes”.
89. El Tribunal de Arbitraje discrepa, dicho sea con todo respeto, de las argumentaciones de las Demandadas.
90. En primer lugar, el Tribunal reitera una vez más²⁹ 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

²⁷ Cfr. Nota 8 supra.

²⁸ *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión de 6 de septiembre de 2005.

²⁹ como ya hizo en el párrafo 43 de su Decisión de 19 de noviembre de 2007.

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.

91. En segundo lugar, el Tribunal vuelve a recordar a las partes que las Medidas Provisionales no prejuzgan la decisión final en cuanto al fondo – y no constituyen en forma alguna una “victoria anticipada” de la Demandante, como dicen las Demandadas.
92. En tercer lugar, el Tribunal resalta que las Medidas Provisionales no acogen íntegramente la solicitud de arbitraje por vía precautoria. City Oriente, Ecuador y Petroecuador otorgaron un Contrato y lo fueron cumpliendo en los términos originalmente pactados. Tras la promulgación de la Ley 2006-42, Petroecuador pretendió cobrar determinadas cantidades adicionales, no previstas en el Contrato original. Ante esta actitud, City Oriente inició este arbitraje, ejercitando la acción de cumplimiento del Contrato más, en su caso, daños y perjuicios. Las Medidas Provisionales lo único que pretenden es mantener el *status quo ante* mientras se desarrolla el arbitraje y se decide cuál de las partes tiene razón de acuerdo con el Derecho aplicable, que, por expreso pacto de las partes, es el ecuatoriano.
93. Las Medidas Provisionales en forma alguna acogen anticipadamente la acción de cumplimiento del Contrato que City Oriente ejercita en el arbitraje. En efecto: el hipotético acogimiento de esta acción se traduciría en un laudo que ordenara que, a pesar de la promulgación de la Ley 2006-42, el Contrato se debe continuar cumpliendo en los términos originalmente pactados. Las Medidas Provisionales no tienen ese alcance; no entran a analizar los efectos de la Ley 2006-42 sobre las obligaciones de las partes; se limitan a establecer que, provisionalmente durante el desarrollo del procedimiento, las Demandadas no deben ni agravar la controversia ni modificar unilateralmente el *status quo ante*, que – recuérdese – es el que surge de los términos libremente pactados entre las partes.
94. Finalmente, el Tribunal de Arbitraje estima, por las razones explicadas en el capítulo precedente, que el mantenimiento de las Medidas Provisionales no causa a las Demandadas un perjuicio irreparable – mientras que su levantamiento podría tener ese efecto con respecto a City Oriente.
95. En consecuencia, el Tribunal desestima la solicitud de las Demandadas de que, en base a este motivo, se revoquen las Medidas Provisionales.
96. En resumen: analizados los diferentes motivos alegados por las Demandadas, en sustento de su solicitud de revocación de las Medidas Provisionales, el Tribunal de Arbitraje ha llegado a la conclusión que al día de hoy, y en base a los hechos y fundamentos jurídicos argumentados por las partes, debe desestimarla. Las decisiones sobre Medidas Provisionales no tienen fuerza de cosa juzgada, y en consecuencia, a petición de parte, las Medidas Provisionales ahora confirmadas

podrán ser modificadas, ampliadas o revocadas, en cualquier momento ulterior del procedimiento.

III. Régimen de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal

97. El Tribunal de Arbitraje invitó a las partes, en la comunicación de 21 de febrero de 2008, a que expresaran mediante escritos simultáneos sus argumentos en relación al régimen de honorarios y gastos del Tribunal de Arbitraje, a más tardar el día 3 de marzo de 2008 – plazo que ambas partes observaron.
98. El régimen de honorarios y gastos del Tribunal de Arbitraje se encuentra regulado en la cláusula 20.3.7 del Contrato, cuyo tenor es el siguiente:

“Los gastos incurridos en el arbitraje serán de cargo de la Parte que así resuelva la comisión de arbitraje en su fallo; sin embargo, cada Parte deberá pagar los honorarios del árbitro designado por ella, o del que hubiera designado a nombre de ella, cualquiera que sea el resultado del arbitraje. Los honorarios del presidente de la comisión de arbitraje serán divididos en partes iguales y pagados por las Partes. Los gastos anticipados que demande el proceso de arbitraje serán pagados de forma provisional por la Parte que solicitó tal arbitraje.”³⁰

99. La regla 14(3)(d) del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, por su parte, contiene la siguiente regulación sobre los pagos adelantados que las partes deben realizar durante el procedimiento:

“... (3) A fin de que el Centro pueda realizar los pagos previstos en el párrafo (2), y para que pueda incurrir en otros gastos directos en relación con un procedimiento (fuera de los gastos a que se refiere la Regla 15):

...

(d) respecto de cada procedimiento de conciliación y respecto de cada procedimiento de arbitraje, salvo que las Reglas de Arbitraje dispongan una división distinta o que así lo hayan decidido las partes o el Tribunal, cada parte abonará la mitad de cada pago adelantado o suplementario, sin perjuicio de la decisión final sobre el pago de costas de un procedimiento de arbitraje que el Tribunal tome de conformidad con el Artículo 61(2) del Convenio...”

100. La Demandante parte de una interpretación restrictiva de la cláusula 20.3.7 del Contrato. Ésta se refiere a los “gastos anticipados que demande el proceso de arbitraje”, y establece que deberán ser anticipados íntegramente por la parte demandante. Esta categoría de gastos, regulados en la cláusula arbitral, únicamente incluiría, en opinión de City Oriente, los gastos que efectivamente exija el procedimiento, pero no los derechos que se pagan al CIADI, ni los

³⁰ cfr. Contrato cláusula 20.3.7.

gastos incurridos por los árbitros. Todos estos conceptos deben ser anticipados al 50% por cada parte.

101. Continúa la Demandante argumentando que las reglas 14(3)(a), (c) y (d) del Reglamento distinguen entre dos categorías de gastos anticipados: los iniciales, que son los exigidos por el Secretario General al comenzar el procedimiento, y los pagos anticipados complementarios, que se reclaman cuando los primeros ya han sido consumidos. En opinión de la Demandante, los “gastos anticipados que demande el proceso de arbitraje”, mencionados en la cláusula 20.3.7 del Contrato, se referirían únicamente a los iniciales. Éstos deberían ser aportados íntegramente por la Demandante; los complementarios, por el contrario, deberían ser satisfechos de acuerdo con el principio general previsto en la regla 14(3)(d), es decir, a mitad por ambas partes.
102. Las Demandadas, por su parte, no coinciden con City Oriente en el alcance del concepto de “gastos anticipados que demande el proceso de arbitraje” mencionados en la cláusula 20.3.7 del Contrato. En opinión de las Demandadas, este concepto comprendería la totalidad de gastos que se deriven del procedimiento, sin excepción (gastos y honorarios del Tribunal de Arbitraje, derechos del CIADI, pagos a peritos y testigos, gastos de audiencia), y sin entrar a distinguir, si son iniciales o posteriores. Todos estos gastos deben ser anticipados íntegramente por la Demandante.
103. Las Demandadas continúan alegando que ya han realizado un anticipo de US\$100.000. Con respecto a esta suma, solicitan que se aplique a los honorarios y gastos del árbitro Sr. J. Christopher Thomas, Q.C., designado por las Demandadas, y al 50% de los honorarios del Presidente, pero no a otros conceptos de gastos. Esta imputación sería apropiada, porque de conformidad con la cláusula 20.3.7 del Contrato, cada parte sería responsable del pago de los honorarios y gastos del árbitro designado por ella, así como de la mitad de los honorarios del Presidente del Tribunal.
104. En opinión del Tribunal de Arbitraje, el punto inicial del análisis debe ser el Reglamento Administrativo y Financiero del Centro, al que las partes, en virtud de la cláusula arbitral contenida en el Contrato, se han sometido. La regla 14(3)(d) del Reglamento prevé que tanto los pagos adelantados iniciales como los suplementarios, como regla general, se realicen a mitad por cada parte. Ahora bien: la propia regla autoriza que las partes modifiquen el régimen legal de reparto. Y eso es lo que cabalmente ocurrió en nuestro caso: las partes acordaron en la cláusula 20.3.7 del Contrato que “los gastos anticipados que demande el proceso de arbitraje serán pagados en forma provisional por la Parte que solicitó tal arbitraje”. La intención de las partes consistió pues en excluir la solución normativa, contenida en la regla 14(3)(d) del Reglamento, y en sustituirla por una regulación pactada en la cláusula 20.3.7 del Contrato.
105. No hay razón alguna para realizar una interpretación restrictiva de la cláusula contractual, que mengüe su ámbito de aplicación. La intención de las partes fue convenir un régimen de reparto de los gastos anticipados diferente del previsto en el Reglamento. Y existiendo esa intención, no hay indicio alguno que indique que las partes únicamente quisieron aplicar ese régimen especial a ciertos tipos de anticipos, pero no a otros. Como dice el art. 1.603 C.c., “*conocida claramente*

la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras". Por lo tanto, cuando la cláusula 20.3.7 del Contrato se refiere a "*gastos anticipados*", debe entenderse que incluye todos los contemplados en el art. 14(3) del Reglamento Administrativo y Financiero, bajo las denominaciones de pagos por anticipado, pagos suplementarios o pagos anticipados adicionales.

106. Siendo ello así, el Tribunal concluye que, por expreso pacto de las partes, incumbe a la Demandante abonar la totalidad de los gastos anticipados, iniciales o suplementarios, que demande el proceso de arbitraje.
107. El régimen que en esta decisión se establece afecta únicamente a los pagos anticipados. El régimen definitivo de las costas y gastos del arbitraje será determinado en el laudo definitivo, de acuerdo con lo convenido en la cláusula 20.3.7 del Contrato, en el Convenio, en las Reglas de Arbitraje y en el Reglamento. En ese momento, el Tribunal de Arbitraje también decidirá el destino de los pagos anticipados ya realizados por las Demandadas. En el ínterin, dichos pagos deberán ser aplicados, tal como las propias Demandadas han aceptado³¹, al pago de los honorarios y gastos del árbitro designado por las Demandadas y al de la mitad de los honorarios del Presidente.

³¹ Escrito de 3 de marzo de 2008, p. 2.

IV. Lugar del procedimiento

108. El Tribunal de Arbitraje, de forma análoga a como actuó respecto al régimen de honorarios y gastos, invitó a las partes, en la comunicación de 21 de febrero de 2008, a que expresaran por escritos simultáneos sus argumentos en relación al lugar del procedimiento del arbitraje a más tardar el día 3 de marzo de 2008 – plazo que ambas partes observaron.
109. El lugar del procedimiento del arbitraje se encuentra regulado tanto en la cláusula 20.3.3 del Contrato, como en la regla 26 del Reglamento Administrativo y Financiero, en la regla 13(3) de las Reglas de Arbitraje y en el Artículo 63(b) del Convenio.

El tenor literal de la cláusula 20.3.3 dispone:

“El arbitraje será instalado y realizado en la ciudad de Quito, sin perjuicio de que la comisión de arbitraje pueda desplazarse a cualquier lugar donde sea necesario realizar las diligencias.”

La regla 26 del Reglamento establece lo siguiente:

“Lugar de las tramitaciones

(1) El Secretario General hará los arreglos necesarios para que los procedimientos de conciliación y arbitraje se tramiten en la sede del Centro o, a solicitud de las partes y de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 63 del Convenio, hará y supervisará los arreglos correspondientes cuando el procedimiento deba tramitarse en otro lugar.

(2) El Secretario General, a pedido de una Comisión o Tribunal, le prestará su asistencia cuando haya de visitarse un lugar relacionado con una diferencia o en el que deban conducirse indagaciones.”

La regla 13(3) de las Reglas de Arbitraje dispone:

“Sesiones del Tribunal

El Tribunal se reunirá en la sede del Centro o en otro lugar que las partes hubieren acordado de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 63 del Convenio. Si las partes convinieren en que el procedimiento se tramite en un lugar que no sea el Centro o en una institución con la que el Centro hubiere hecho los arreglos necesarios, las partes consultarán al Secretario General y solicitarán la aprobación del Tribunal. A falta de dicha aprobación, el Tribunal se reunirá en la sede del Centro.”

Y finalmente, el Artículo 63 del Convenio, establece:

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

(a) en la sede de la Corte Permanente de Arbitraje o en la de cualquier otra institución apropiada, pública o privada, con la que el Centro hubiere llegado a un acuerdo a tal efecto; o

(b) en cualquier otro lugar que la Comisión o Tribunal apruebe, previa consulta con el Secretario General.”

110. La Demandante alega que en la cláusula 20.3.3 del Contrato, las partes únicamente establecieron Quito como *“lugar de preferencia para la tramitación del procedimiento”*, dejando al arbitrio del Tribunal de Arbitraje la decisión definitiva sobre el lugar del procedimiento. En esta línea, la Demandante considera que por ello se incluyó en la cláusula la expresión *“sin perjuicio de que la comisión de arbitraje pueda desplazarse a cualquier lugar donde sea necesario realizar las diligencias”*.
111. La Demandante no se opone a la designación de Quito como lugar del procedimiento, si bien resalta que Quito pudiera no reunir las condiciones de seguridad mínimas para los participantes en una audiencia y que su normal desarrollo pudiera verse afectado por el posible seguimiento mediático y social y por el alto contenido político del arbitraje.
112. Las Demandadas, por su parte, entienden que al haberse incluido en el Contrato una cláusula que expresamente establece como lugar del procedimiento Quito, esto implica que las partes hicieron uso de la facultad dispositiva que prevén la regla 26 del Reglamento, la regla 13 de las Reglas de Arbitraje y el art. 63 del Convenio. Las Demandadas continúan alegando que nada impide que las partes, haciendo uso de aquella facultad, establezcan como lugar del procedimiento el del Estado demandado – argumento que reafirman con una cita del Prof. Schreuer: *“But there are also clauses in contracts providing that ICSID arbitration proceedings are to be held in the host state. This was the case in Mobil Oil v. New Zealand. In that case the majority of the Tribunal’s sessions were held in Auckland, New Zealand.”*³²
113. En línea con esta argumentación, las Demandadas solicitan al Tribunal de Arbitraje que consulte al Secretario General del CIADI la posibilidad de designar Quito como lugar del procedimiento, de conformidad con el Artículo 63 del Convenio, para garantizar la aplicación en Quito del régimen de inmunidades a que están sujetos los arbitrajes CIADI – solicitud ésta que ya plantearon las Demandadas al Tribunal de Arbitraje por escrito de 19 de febrero de 2008. Adicionalmente, alegan que no debería haber ningún problema en la designación de Quito como lugar del procedimiento, puesto que ya se han celebrado, previamente, procedimientos arbitrales CIADI con sede el Ecuador³³.

³² Cfr. Carta de las Demandadas de 19 de febrero de 2008, pág.2.

³³ Como ejemplo citan *Repsol YPF Ecuador S.A. v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/01/10) entre otros, cfr. Carta de las Demandadas de 3 de marzo de 2008.

114. En atención a los argumentos de las partes, el Tribunal de Arbitraje considera que su decisión sobre este aspecto procedimental debe consistir en determinar el alcance de la cláusula 20.3.3 y en clarificar su encaje dentro de la normativa general del CIADI.
115. La normativa del CIADI establece que el lugar del procedimiento de los arbitrajes debe determinarse conforme al siguiente orden de prelación:
- El lugar del procedimiento del arbitraje preferentemente será la sede del Centro (Artículo 62 del Convenio);
 - Sin perjuicio de esta regla general, se concede autonomía a las partes para pactar otro lugar del procedimiento, siempre que coincida con el de la Corte Permanente de Arbitraje en La Haya o el de una institución apropiada, pública o privada, con la que el Centro hubiere llegado a un acuerdo a tal efecto³⁴ (Artículo 63.a) del Convenio); y
 - Adicionalmente, se contempla la posibilidad de que las partes pudieran establecer como lugar del procedimiento uno distinto de los anteriores, condicionando su efectividad a que tal lugar sea aprobado por el Tribunal de Arbitraje, previa consulta al Secretario General (Artículo 63(b) del Convenio).
116. El Tribunal de Arbitraje entiende que, cuando las partes, haciendo uso de la autonomía de la voluntad que les concede la Normativa CIADI, pactaron en la cláusula que “*el arbitraje será instalado y realizado en la ciudad de Quito*”, quisieron establecer Quito como lugar del procedimiento, en la terminología de la normativa CIADI. Se cumple así con el requisito del Artículo 63 del Convenio, primer párrafo que, para permitir que el lugar del procedimiento sea fuera de la sede del Centro, exige el acuerdo de las partes (“*si las partes se pusieran de acuerdo*”). No hay inconveniente en que este consentimiento se haya dado por anticipado, en una cláusula del Contrato³⁵.
117. Queda por cumplir el segundo requisito impuesto por el Artículo 63 del Convenio. No habiendo sede del CIADI en Quito, ni habiendo celebrado el Centro un acuerdo con ninguna institución pública o privada ecuatoriana, no es posible aplicar en estas circunstancias el párrafo (a). El párrafo (b) permite que el procedimiento pueda tramitarse en cualquier otro lugar, siempre que medien dos requisitos: (i) que se realice una consulta al Secretario General y (ii) que el Tribunal de Arbitraje lo apruebe.
118. La consulta al Secretario General y la aprobación del Tribunal deben producirse caso a caso, cada vez que haya de celebrarse una audiencia con presencia de las partes, pues es posible que un mismo arbitraje se desarrolle en varios lugares del procedimiento distintos³⁶. En la actualidad, el calendario procesal está incompleto: las partes únicamente han convenido el intercambio de Memoriales de Demanda, Contestación, Réplica y Dúplica – proceso que se demorará hasta el 11 de noviembre de 2008. No existe previsión específica sobre la celebración y contenido de la siguiente audiencia.

³⁴ El Centro tiene tales acuerdos con Cairo, Kuala Lumpur, Melbourne, Singapur y Sidney, pero no con Quito.

³⁵ En el mismo sentido, Schreuer, op. cit. nota 4, p. 1252.

³⁶ Cfr. Schreuer, op. cit. nota 4, p. 1247.

119. Por ello, el Tribunal de Arbitraje solicita a ambas partes que en sus Memoriales de Réplica y Dúplica, respectivamente, indiquen (i) si estiman necesaria la celebración de una audiencia; (ii) de ser así, que señalen la estructura general de su desarrollo y las personas que previsiblemente han de participar en ella; (iii) que indiquen el lugar en el que, en su opinión, debe celebrarse la reunión.
120. Si el Demandante en la Réplica o las Demandadas en la Dúplica solicitaran que la audiencia se celebrara en Quito, el Tribunal de Arbitraje pondría de inmediato en marcha el procedimiento de consulta al Secretario General para, posteriormente, adoptar la decisión prevista en la regla 13 (3) de las Reglas de Arbitraje.

En nombre del Tribunal



Dr. Juan Fernández-Armesto
Presidente del Tribunal