

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

EN EL PROCEDIMIENTO ENTRE

**OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION
y
OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY**

Demandantes

- Y -

LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Demandada

(Caso CIADI No. ARB/06/11)

DECISIÓN SOBRE MEDIDAS PROVISIONALES

Miembros del Tribunal

Sr. L. Yves Fortier, C.C., Q.C., Presidente
Profesora Brigitte Stern, Árbitro
Sr. David A.R. Williams, Q.C., Árbitro

Secretaria del Tribunal
Gabriela Álvarez-Ávila

Ayudante del Tribunal
Renée Thériault

Representando a las Demandantes

David W. Rivkin
Mark W. Friedman
Suzanne A. Spears
Claudio D. Salas
Gaetan J. Verhoosel
Debevoise & Plimpton LLP

Laura C. Abrahamson
Occidental Petroleum Corporation

Representado a la Demandada

Paul Reichler
Janis Brennan
Clara Brillembourg
Foley Hoag LLP

Dr. José Xavier Garaicoa Ortiz
Procurador General

Dr. Claudia Salgado
Procuraduría General

Martha Escobar
Subdirectora de Contencioso
Procuraduría General

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	ANTECEDENTES DE HECHO EXPUESTOS POR LAS DEMANDANTES	4
III.	CONTENIDO DE LA SOLICITUD	9
IV.	POSICIONES DE LAS PARTES.....	16
	A. Posición de las Demandantes.....	16
	B. Posición de la Demandada.....	21
V.	ANÁLISIS DEL TRIBUNAL	29
	A. Potestad para otorgar medidas provisionales y alcance de las mismas	29
	B. Aclaración sobre los “derechos” que pueden protegerse mediante medidas provisionales.....	33
	C. El supuesto derecho al cumplimiento específico	35
	1. Aclaración terminológica.....	37
	2. Las Demandantes no han demostrado, en esta etapa, un derecho claramente verosímil al cumplimiento específico.....	40
	3. De todos modos, no existe necesidad ni urgencia de conceder la medida solicitada para evitar un daño inminente e irreparable	46
	D. El supuesto derecho a que no se agrave la diferencia.....	50
	1. La existencia, en el derecho internacional, de un derecho a que no se agrave la diferencia.....	51
	2. La medida provisional solicitada no garantiza que la diferencia no se agrave.....	52
VI.	DECISIÓN.....	53

I. INTRODUCCIÓN

1. En la presente decisión el Tribunal considera y se pronuncia sobre la Solicitud de Medidas Provisionales formulada por las Demandantes con fecha 18 de octubre de 2006 (“la Solicitud”).

2. A modo de introducción se recuerda que el 17 de mayo de 2006 las Demandantes, Occidental Petroleum Corporation (“OPC”) y Occidental Exploration and Production Company (“OEPC”), presentaron su Solicitud de Arbitraje contra la Demandada, la República del Ecuador (“Ecuador”)¹. El arbitraje se refiere a diversos supuestos incumplimientos cometidos por Ecuador conforme a la legislación interna y al derecho internacional y al Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (el “Tratado” o “TBI”). Además, las Demandantes se basan en un acuerdo referido como el “Contrato de Participación”, de fecha 21 de mayo de 1999, celebrado entre OEPC, Ecuador y Petroecuador en relación con la exploración y explotación de hidrocarburos en lo que se ha denominado “Bloque 15” de la Amazonia ecuatoriana. El 15 de mayo de 2006 el Ministro de Energía y Minas del Ecuador dictó el Decreto de Caducidad del Contrato de Participación, que dio lugar a la terminación del Contrato de Participación.

3. Es útil también recordar que la reparación que pretenden las Demandantes está descrita en su Solicitud de Arbitraje en los siguiente términos (véase el párrafo 75 de la Solicitud de Arbitraje de las Demandantes):

¹ La solicitud se formuló inicialmente contra Ecuador y contra la entidad ecuatoriana conocida como “Petroecuador”, pero posteriormente las Demandantes desistieron de su reclamación contra esta última.

“75. Las Demandantes solicitan respetuosamente que se dicte un laudo en su favor, por el cual:

- (a) Se declare que las Demandadas han incurrido en incumplimiento de las obligaciones que les imponen el Contrato de Participación y los Acuerdos Operativos, el Tratado y el derecho ecuatoriano e internacional;
- (b) Se ordene a las Demandadas que declaren nulo y carente de valor el Decreto de Caducidad y restablezcan plenamente los derechos de OEPC conforme al Contrato de Participación y a los Acuerdos Operativos;
- (c) Se ordene a las Demandadas que indemnicen a las Demandantes por todos los daños y perjuicios causados por sus incumplimientos, incluidos los costos y gastos de este procedimiento, por montos que se determinarán en la audiencia, y que a juicio de las Demandantes superarán los US\$1.000 millones;
- (d) Se ordene a las Demandadas que paguen a las Demandantes intereses por todas las sumas que sean condenadas a pagarles, cuyo monto se determinará en la audiencia, y que disponga toda otra reparación admisible y apropiada en las circunstancias del caso”. (traducción del Tribunal)

4. En su Solicitud de Arbitraje las Demandantes reiteran el petitorio inicial de medidas provisionales iniciales, ahora en el contexto de la presente Solicitud (véanse los párrafos 76 y 77 de la Solicitud de Arbitraje de las Demandantes):

“SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES

76. Inmediatamente después de la emisión del Decreto de Caducidad las Demandadas incautaron todos los activos de OEPC y en la práctica se hicieron cargo de todas las operaciones de OEPC en el Bloque 15. Además dieron a conocer su intención de celebrar un contrato con otra compañía para asegurar la continua producción del Bloque 15. A menos que se ordene inmediatamente a las Demandadas cesar o abstenerse de ese tipo de actos y restablecer el derecho de OEPC a efectuar la operación y explotación que le corresponden en el Bloque 15, se harán irreversibles las consecuencias de los incumplimientos de las Demandadas y resultará imposible conceder a las Demandantes el remedio de la *restitutio in integrum* que solicitan en el presente arbitraje.

77. Por lo tanto, para preservar los derechos que les confieren el Tratado y los derechos de OEPC previstos en el Contrato de Participación, las Demandantes solicitan que hasta que haya recaído una decisión sobre el fondo del asunto en la presente diferencia, el Tribunal disponga medidas provisionales

según lo prevé la Regla de Arbitraje 39. En observancia de lo previsto en el párrafo 1 de esa Regla, las Demandantes especifican en el presente escrito (i) los derechos que se salvaguardarán; (ii) las medidas cuya recomendación se pide, y (iii) las circunstancias que hacen necesaria la dictación de tales medidas:

(a) *Los derechos que han de salvaguardarse.* Como ya se señaló, las Demandantes solicitarán un remedio definitivo, consistente en una orden por la que el Tribunal imponga a las Demandadas la obligación de declarar nulo y carente de valor el Decreto de Caducidad y restablecer plenamente los derechos de OEPC conforme al Contrato de Participación, que confiere a OEPC el derecho exclusivo de realizar actividades de exploración y explotación en el Bloque 15.

(b) *Las medidas cuya recomendación se pide.* Las Demandantes respetuosamente solicitan que hasta que se haya dictado un laudo sobre el fondo del asunto, el Tribunal: (i) ordene a las Demandadas que cesen de ocupar el Bloque 15 y las instalaciones de OEPC; (ii) ordene a las Demandadas la adopción inmediata de todas las medidas necesarias para que OEPC pueda reanudar sus operaciones en el Bloque 15; (iii) intime a las Demandadas a abstenerse de apoderarse de la proporción que corresponde a OEPC en la producción del Bloque 15, y (iv) intime a las Demandadas a abstenerse de celebrar con otra entidad un contrato de realización de actividades de exploración y explotación en el Bloque 15.

(c) *Las circunstancias que hacen necesaria la dictación de tales medidas.* Las Demandantes sufrirán perjuicios irreparables si las Demandadas no acatan cualquiera de las órdenes e intimaciones solicitadas en el punto (b), *supra*. Es un hecho ampliamente reconocido que Petroecuador carece de los recursos o de la capacidad técnica necesarios para operar el Bloque 15, y todo intento que realice para hacerlo indudablemente reducirá la productividad del bloque y causará perjuicios irreparables a los pozos del mismo. Al Tribunal le sería más difícil restablecer los derechos contractuales de OEPC una vez que se haya otorgado a otra compañía petrolera un contrato de realización de actividades de exploración y explotación en el Bloque 15. Es también un hecho ampliamente reconocido que Ecuador, que no ha pagado la suma prevista en el Laudo sobre el IVA, carecería de los recursos necesarios para pagar el importe al que fuera condenado en el arbitraje de autos por un laudo de pago de sumas de dinero para restablecer la integridad de las Demandantes, ya que el monto de los daños y perjuicios superará los US\$1.000 millones. Como el Tribunal no estaría en condiciones de restablecer *el status quo ante* una vez que éste se haya visto alterado, debe preservarlo a través de medidas provisionales hasta que culmine el presente arbitraje”. (traducción del Tribunal)

5. Las Demandantes detallaron en mayor medida su pedido de medidas provisionales en su Solicitud de fecha 18 de octubre de 2006. La Demandada presentó su

Memorial de Contestación a la misma el 1 de diciembre de 2006. El 15 de diciembre de 2006 las Demandantes presentaron su escrito de Réplica, al que siguió el escrito de Dúplica de la Demandada el 30 de diciembre de 2006. Posteriormente se celebró en Washington una audiencia, de dos días de duración (2 y 3 de mayo de 2007), sobre la solicitud de las Demandantes; en la audiencia las medidas provisionales promovidas en definitiva por las Demandantes sufrieron considerables modificaciones, como se expresa en mayor detalle más abajo.

II. ANTECEDENTES DE HECHO EXPUESTOS POR LAS DEMANDANTES

6. A los efectos de la presente Decisión, el Tribunal resume brevemente a continuación los hechos tal como se exponen en la Solicitud de Arbitraje de las Demandantes. Aunque sea obvio, el Tribunal desea señalar que este resumen no debe considerarse como pre-juzgamiento de las cuestiones de hecho o de derecho que han de resolverse en la fase jurisdiccional o de consideración del fondo de la diferencia que ha dado lugar a este arbitraje.

7. Como ya se señaló, OEPC, Ecuador y Petroecuador celebraron un “Contrato de Participación”, fechado el 21 de mayo de 1999. En virtud del Contrato de Participación y de los “Acuerdos Operativos” conexos referentes a los yacimientos unificados de Edén-Yuturi y Limoncocha, se otorgó a OEPC el derecho exclusivo de realizar actividades de exploración y explotación en el territorio que se le asignó: el “Bloque 15” de la Amazonia ecuatoriana. Desde la fecha de celebración del Contrato de Participación y los Acuerdos Operativos, en mayo de 1999, hasta su terminación, el 15 de mayo de 2006,

OEPC cumplió sus obligaciones contractuales, incluida la de ejecutar los planes de inversión y de obras previstos en esos acuerdos.

8. En octubre de 2000, OEPC celebró dos acuerdos (“el Acuerdo de Farmout de AEC” y el “Acuerdo Operativo de AEC”, en conjunto “los Acuerdos de AEC”) con City Investing Company Ltd. (ahora conocida como AEC Ecuador Ltd., “AEC”), filial de Bermudas de EnCana Corporation, que es una compañía canadiense de petróleo y gas. En virtud de los Acuerdos de AEC, OEPC y AEC realizaron una transacción en dos fases.

9. En una primera fase, OEPC otorgó a AEC un interés económico del 40% en la proporción de la producción del Bloque 15 que obtenía OEPC en virtud del Contrato de Participación y los Acuerdos Operativos. Como contrapartida, AEC se obligó a pagar a OEPC (i) una serie de sumas anuales determinadas a lo largo de un período cuatrienal, como aporte al financiamiento de inversiones de capital en el Bloque 15, y (ii) el 40% de los costos operativos incurridos por OEPC. El párrafo 2.01 del Artículo II del “Acuerdo de Farmout” de AEC establece:

“OEPC se obliga a [...] dar en arriendo y transferir a AEC [...] un interés económico del 40% (‘el interés de Farmout’) en la Propiedad sujeta a Farmout [...]. El interés de Farmout que ha de transferirse a AEC [...] no incluye título jurídico nominal a un interés en el Bloque 15 ni a un interés como parte en los Acuerdos [del Bloque 15]. OEPC seguirá siendo la propietaria del 100% del título jurídico a los Acuerdos [del Bloque 15] y al interés en el Bloque 15 conferido o proporcionado en los Acuerdos [del Bloque 15]”. (traducción del Tribunal)

10. Se preveía asimismo que en una segunda fase, una vez que AEC hubiera realizado todos los pagos preceptivos al final del período cuatrienal, y sujeto a de que OEPC hubiera obtenido las aprobaciones gubernamentales necesarias, OEPC transfería a AEC

título jurídico. La segunda etapa se describe en el párrafo 4.01 del Artículo IV del “Acuerdo de Farmout”:

“[D]espués que AEC haya efectuado todos los pagos [...] OEPC y AEC otorgarán y entregarán los documentos que se requieran para transferir el título jurídico a AEC en y a un interés económico del 40% en los Acuerdos [del Bloque 15] y en el Bloque 15 y hacer de AEC parte de los Acuerdos [del Bloque 15] como propietaria de ese interés económico del 40% (sujeto a la obtención de las aprobaciones gubernamentales requeridas)”. (traducción del Tribunal)

11. El 1 de noviembre de 2000 OEPC emitió un comunicado de prensa en que anunciaba los Acuerdos de AEC. En él se confirmaba que OEPC seguiría siendo la operadora del Bloque 15 y que AEC recibiría un interés económico del 40% en las operaciones.

12. Posteriormente, el 15 de febrero de 2001, el Gobierno de Ecuador y Oleoducto de Crudos Pesados Ecuador (OCP) S.A. (“OCP S.A.”), filial de propiedad plena de OCP Ltd. en que OPC posee indirectamente un interés de 14,15%, celebraron el “Contrato de construcción y operación de un oleoducto de petróleo crudo y suministro de servicios públicos de transporte de hidrocarburos” (“el Contrato de OCP”). Durante la implementación de ese contrato, OCP S.A. asumió diversos compromisos de realización de obras de construcción, incluido un contrato de construcción por un monto de (aproximadamente) US\$700 millones celebrado con Techint International Construction Corporation el 3 de julio de 2001.

13. El proyecto de OCP requería financiamiento para el proyecto mismo, destinado al oleoducto de OCP, por un monto de US\$900 millones, suma que debía obtenerse a través de compromisos de despacho o pago asumidos por las compañías petrolíferas extranjeras que participaban en el proyecto. Por lo tanto, el 30 de enero de 2001 OEPC celebró con

OCP S.A un Acuerdo Inicial de Transporte. El compromiso de despacho o pago relativo al Bloque 15 obligaba a OEPC a incrementar su producción, llevándola a 70.000 barriles diarios, duplicando así con creces su producción de entonces, o a pagar la tarifa por capacidad no utilizada.

14. Para alcanzar los niveles de producción requeridos, OEPC inició un amplio plan de trabajo encaminado a desarrollar el yacimiento de Edén-Yuturi en los dos primeros trimestres de 2001. Tan sólo en el 2001, OEPC se comprometió, individualmente, a ejecutar contratos de perforación y construcción por un monto de casi US\$250 millones para construir un segundo oleoducto de conexión de Edén-Yuturi con el de OCP e incrementar la producción de ese yacimiento. En total, desde 1999 OEPC ha invertido en la explotación del Bloque 15 más de US\$900 millones.

15. Entre tanto, OEPC había iniciado otro arbitraje en virtud del Tratado, procurando obtener determinados reembolsos del IVA. El 1 de julio de 2004 se dictó el laudo definitivo y obligatorio (“el Laudo sobre el IVA”), por el que se mandó pagar a OEPC la suma de US\$75 millones por indemnización de daños y perjuicios y se admitió la validez de la posición de OEPC en cuanto a su derecho legal a los reembolsos del IVA².

16. Poco después, el 15 de julio de 2004, como AEC había realizado todos los pagos que debía efectuar conforme al Acuerdo de Farmout de AEC, OEPC solicitó la aprobación del Gobierno ecuatoriano para llevar a cabo la transferencia de los títulos jurídicos. El Gobierno no otorgó esa aprobación, sino que el 24 de agosto de 2004,

² Posteriormente, Ecuador impugnó ante los tribunales ingleses el Laudo sobre el IVA. El 2 de marzo de 2006 la Alta Corte rechazó esa impugnación y confirmó el Laudo. Ecuador apeló esa decisión y la apelación fue rechazada el 4 de julio de 2007.

invocando los Acuerdos de AEC, así como diversos supuestos incumplimientos del Contrato de Participación alegados por el Departamento Nacional de Hidrocarburos (“DNH”), el Procurador General del Ecuador ordenó al Ministerio de Energía y Minas que diera por terminado el Contrato de Participación y los Acuerdos Operativos a través de una declaración de caducidad.

17. El 8 de septiembre de 2004, el Ministro de Energía y Minas dio cumplimiento a lo dispuesto por el Procurador General e instruyó al Presidente Ejecutivo de Petroecuador que iniciara los procedimientos de caducidad, lo que el Presidente Ejecutivo hizo el 15 de septiembre de 2004, notificando a OEPC supuestos incumplimientos del Contrato de Participación. En esa notificación se citaban las alegaciones que había efectuado el Procurador General en su carta del 24 de agosto de 2004, incluida la manifestación de que debía declararse la caducidad porque OEPC (i) había transferido a AEC, sin aprobación ministerial, derechos y obligaciones previstos en el Contrato de Participación; (ii) había celebrado, sin aprobación ministerial, un acuerdo de consorcio o de asociación para realizar operaciones de exploración o explotación; (iii) no había invertido las sumas mínimas requeridas conforme al Contrato de Participación, y (iv) había violado repetidamente la Ley de Hidrocarburos y sus reglamentos.

18. En el período de aproximadamente 18 meses que siguió, OEPC efectuó una serie de manifestaciones en que intentó refutar, aunque infructuosamente, las alegaciones del Procurador General.

19. El 15 de mayo de 2006 el Ministro de Energía y Minas dio a conocer a OEPC su decisión de dar por terminado el Contrato de Participación declarando su caducidad, con

lo cual rechazó las defensas de OEPC. Las Demandantes presentaron su Solicitud de Arbitraje cuatro días después, el 19 de mayo de 2006.

III. CONTENIDO DE LA SOLICITUD

20. En su Solicitud, las Demandantes sostienen que se vieron obligadas a solicitar urgentemente medidas provisionales debido a la “agravación inminente de la diferencia y al daño irreversible que [ello] causaría” (véase el párrafo 5 de la Solicitud de las Demandantes). Como ya se señaló, la Solicitud de las Demandantes ha sufrido considerables modificaciones desde su formulación inicial, en su escrito del 18 de octubre de 2006. No obstante, como tema que aparece a lo largo de su Solicitud, las Demandantes siempre han manifestado que las circunstancias del caso “requieren medidas provisionales que preserven [sus] derechos de que su situación no se deteriore aún más” (véase el párrafo 7 de la Solicitud de las Demandantes). (traducción de las citas es del Tribunal)

21. Al definir las circunstancias que requerían las medidas provisionales solicitadas, las Demandantes invocaron en los siguientes términos una “situación que existía y que debía restablecerse” (véanse los párrafos 10-12 de la Solicitud de las Demandantes):

“10. [...] En trazos amplios, antes de la confiscación las Demandantes tenían en el Bloque 15 una operación sumamente conveniente, eficiente y responsable desde el punto de vista ambiental. OEPC operaba allí un sólido complejo de yacimientos petrolíferos, que debido a sus esfuerzos producían en forma sostenida un promedio de aproximadamente 100.000 barriles de petróleo diarios; OEPC estaba facultada para disponer de su participación en ese petróleo, que era del 75% y que generaba considerables entradas para ella y para la Demandada; ese nivel de producción se mantuvo a través de la utilización de diversas técnicas modernas de perforación y un plan complejo y exigente que requería varios cientos de millones de dólares de reinversiones anuales en los yacimientos; y OEPC podía transportar su proporción del petróleo a través de un oleoducto construido con financiamiento obtenido en virtud de la obligación plurianual de

‘despacho o pago’ de OEPC y otros productores de petróleo extranjeros para pagar una considerable ‘capacidad reservada’. En resumen, las Demandantes tenían una operación de exploración y producción de petróleo considerable y rentable, equipos y plantas modernos y adecuadamente mantenidos y una infraestructura confiable.

11. Recientemente, la Demandada señaló que es probable que adopte medidas que afectarán a la capacidad del Tribunal de restablecer esa situación preexistente. La Demandada ha enviado mensajes contradictorios sobre la manera en que administrará el Bloque 15. No obstante, es evidente que las alternativas que está considerando consisten en hacer operar el Bloque 15 por Petroecuador o por una compañía estatal independiente, u ofrecerlo a un tercero en calidad de operador. Cualquiera de esas alternativas agravaría la diferencia. Si Petroecuador u otra compañía ecuatoriana de propiedad del Estado opera el Bloque, éste sufrirá daños irreparables, porque Petroecuador carece de las aptitudes gerenciales, los recursos, la libertad o la voluntad de mantener adecuados niveles de reinversión en el Bloque. [...]

12. Al mismo tiempo, como OEPC asumió significativas obligaciones de despacho o pago en relación con el Bloque 15, y como Petroecuador está transportando el crudo del Bloque 15 que ha expropiado a OEPC sin acreditar esos despachos y los pagos de tarifas conexos a los compromisos de despacho o pago de OEPC, las Demandantes deberán seguir pagando una capacidad de oleoducto que ahora no están en condiciones de utilizar, y que asciende a aproximadamente US\$100.000 por día. [...]”. (traducción del Tribunal)

22. Las Demandantes resumieron su Solicitud inicial señalando que la habían efectuado “para preservar su derecho a obtener una restitución efectiva de sus derechos adquiridos referentes al Bloque 15”, incluido el “restablecimiento de la calidad de operadora de OEPC con respecto al Bloque 15 y los beneficios que esa calidad proporciona” (véase el párrafo 14 de la Solicitud de las Demandantes). Alegaron que a falta de las medidas provisionales que pretendían, “la Demandada [podría] adoptar medidas, que estaba considerando, que (1) en definitiva compromet[erían] el derecho de las Demandantes a volver a operar el Bloque 15, (2) degrada[rían] la integridad del propio Bloque, y (3) en visión prospectiva, oblig[arían] innecesariamente a las Demandantes a incurrir en daños adicionales, pero evitables” (véase el párrafo 32 de la Solicitud de las Demandantes). Por lo tanto, en esencia, a través de su Solicitud las

Demandantes pretenden salvaguardar el derecho que alegan, a una ejecución específica del Contrato de Participación. (traducción de las citas es del Tribunal)

23. Más concretamente, con respecto al peligro que, según alegan, afecta a su expresado derecho de reanudar en definitiva las operaciones en el Bloque 15, las Demandantes mencionan la posibilidad de “que Ecuador no opte por Petroecuador u otro organismo del Estado para operar el Bloque 15, sino que lo entregue a un tercero operador” (véase el párrafo 50 de la Solicitud de las Demandantes). Las Demandantes señalan (ídem, párrafo 54):

“54. En la actualidad, las Demandantes ignoran qué camino se propone seguir Ecuador con respecto al futuro operador del Bloque 15. No obstante, es evidente que la enajenación del bloque —si Ecuador sigue esa senda— sería sumamente perjudicial para los derechos de las Demandantes y tornaría ineficaz un laudo de restitución que dictara este Tribunal. Las Demandantes habrían obtenido un laudo de condena contra la Demandada, pero tendrían que desalojar a todo tercero operador que estuviera ocupando el Bloque en ese entonces. Las perspectivas de esta última situación serían inciertas, y los respectivos litigios podrían llevar años. Evidentemente, una situación de ese tipo debería evitarse en la mayor medida posible”. (traducción del Tribunal)

24. Con respecto a la supuesta degradación del Bloque 15, las Demandantes rechazan la actual participación de Petroecuador en el Bloque 15. Citan, *inter alia*, diversos informes periodísticos que respaldan su aseveración de que “diversos problemas han creado una larga trayectoria de disminución de la producción en yacimientos operados por Petroecuador” (véase el párrafo 37 de la Solicitud de las Demandantes). Las Demandantes sostienen que “[u]na vez que se reduzca esa capacidad de producción resultará prácticamente imposible restablecer los niveles de producción que existían a la fecha en que Ecuador expropió los yacimientos. Por lo tanto los intereses de OEPC en el Bloque 15 se verían afectados irreparablemente” (ídem, párrafo 33).) (traducción de las citas es del Tribunal).

25. Finalmente, con respecto a los supuestos daños y perjuicios adicionales pero evitables, las Demandantes sostienen que se han visto afectados contratos relacionados con el Bloque 15; a saber, los celebrados en relación con el oleoducto de OCP. Manifiestan (véase el párrafo 57 de la Solicitud de las Demandantes) que “[...] las obligaciones de despacho o pago de OCP se mantendrán hasta 2018. OEPC sigue estando obligada, conforme al [Acuerdo Inicial de Transporte], a despachar 42.000 barriles diarios. A las tarifas actuales, OEPC debe por lo tanto a OCP S.A aproximadamente US\$100.000 diarios por concepto de capacidad reservada del Bloque 15, aunque como consecuencia de la expropiación no está despachando petróleo por el oleoducto” (se omiten las citas). (traducción de las citas es del Tribunal)

26. Las medidas provisionales específicas inicialmente promovidas por las Demandantes en su Solicitud se identifican en los términos siguientes (véase el párrafo 53 del Escrito de Réplica de las Demandantes; véanse también los párrafos 66-93 de la Solicitud de las Demandantes):

- (1) Que se ordene a Ecuador que garantice y haga garantizar por Petroecuador o cualquier otra compañía de propiedad estatal que opere en el Bloque 15 un monto mínimo de financiamiento para dicho bloque no inferior a US\$350 millones en capital y gastos operativos que en él se realicen, para mantener y explotar los yacimientos existentes. Según las Demandantes, esa medida provisional se requería para impedir daños irreversibles a los yacimientos y una reducción permanente de la capacidad de producción del Bloque 15.
- (2) Que se ordene a Ecuador que establezca y haga establecer por Petroecuador o cualquier otra compañía de propiedad estatal que opere en el Bloque 15 un Consejo de Supervisión Conjunto con las Demandantes. Según las Demandantes, esa medida provisional se requería para garantizar una supervisión y administración efectivas del Bloque 15 e impedir así una pérdida permanente de capacidad de producción.

- (3) Que se ordene a Ecuador que proporcione y haga proporcionar a las Demandantes por Petroecuador o cualquier otra compañía de propiedad estatal que opere en el Bloque 15, informes mensuales referentes a la operación de dicho bloque. Esta medida provisional se promueve sólo para el caso de que el Tribunal se niegue a ordenar el establecimiento de un Consejo de Supervisión Conjunto.
- (4) Que se ordene a Ecuador que se abstenga de celebrar o aprobar acuerdos con terceros para la operación del Bloque 15 hasta que se conozca el resultado de este arbitraje. Según las Demandantes, esa medida provisional se requería para impedir que la diferencia se exacerbe, pues según sostienen, esos acuerdos con terceros irían en detrimento de la capacidad del Tribunal de brindar un remedio jurídico definitivo eficaz.
- (5) Que se ordene a Ecuador que adopte y haga adoptar por Petroecuador o cualquier otra compañía pública de propiedad estatal que opere en el Bloque 15, todas las medidas necesarias para garantizar que el petróleo producido en el Bloque 15 despachado a través del oleoducto de OCP se acredite a las obligaciones de despacho o pago de OEPC. Según las Demandantes, esa medida provisional se requería para reducir un tipo de daños y perjuicios en continuo crecimiento que las Demandantes pretenden que se les indemnice en virtud de este arbitraje, e impedir así que la diferencia se agrave aún más. (traducción del Tribunal)

27. El Tribunal toma nota de que el primer día de la audiencia, es decir el 2 de mayo de 2007, tras la presentación de extensas exposiciones orales por parte de los abogados y tras discusiones entre las partes y sus representantes, las Demandantes modificaron considerablemente su Solicitud, y en definitiva le dieron el texto siguiente:

“Las Demandantes solicitan al Tribunal que ordene a la Demandada:

1. Que invierta y haga invertir a Petroecuador, conforme al plan presentado como anexo 15 de la declaración testimonial de Wilson Pastor, aproximadamente US\$497,5 millones en desarrollo y operación del Bloque 15 y los Yacimientos Unificados en 2007, suma formada por aproximadamente US\$292,3 millones en CAPEX y aproximadamente US\$205,2 millones en OPEX; e invertir y hacer invertir a Petroecuador una suma similar en virtud de un plan similar por cada año que transcurra hasta que se dicte el laudo definitivo; [en lo sucesivo esta solicitud se identifica aquí como solicitud sobre “inversión mínima”]

2. Que notifique y haga notificar por Petroecuador al Tribunal y a las Demandantes, con no menos de sesenta días de anticipación, la eventual celebración de un acuerdo contractual con un tercero para la operación del Bloque 15 y los Yacimientos Unificados; [en lo sucesivo esta solicitud se identifica aquí como solicitud sobre “notificación de transferencia a un tercero”]

3. Que presente y haga presentar por Petroecuador al Tribunal y a las Demandantes, informes mensuales referentes a la operación del Bloque 15 y de los Yacimientos Unificados, inclusive en cuanto a (i) producción, por yacimiento y por embalse, y (ii) gastos de capital y operativos, detallados por categorías de gastos, hasta que se dicte un laudo definitivo; [en lo sucesivo esta solicitud se identifica aquí como solicitud sobre “informes mensuales”]

4. Que haga celebrar por Petroecuador un acuerdo contractual con OEPC para el despacho de 42.000 barriles diarios de crudo de la capacidad reservada no utilizada de OEPC en el OCP, a una tarifa de US\$1,46 por barril. [en lo sucesivo esta solicitud se identifica aquí como solicitud sobre el “oleoducto de OCP”]

Las Demandantes solicitan al Tribunal que si decide no hacer lugar al amparo solicitado por las Demandantes conforme a los petitorios (1), (2) y (3), que anteceden, ordene a la Demandada establecer y hacer establecer por Petroecuador un Consejo de Supervisión Conjunto con las Demandantes, con la composición, el mandato y las potestades que se mencionan en la Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes, del 18 de octubre de 2006”. (traducción del Tribunal)

28. Posteriormente, en la audiencia del 3 de mayo de 2007, las Demandantes desistieron de su solicitud alternativa de establecimiento de un Consejo de Supervisión Conjunto.

29. Tras la declaración efectuada por el Procurador General del Ecuador ante el Tribunal, también se desistió de la solicitud sobre “inversión mínima”, es decir de una orden que impusiera a Ecuador la obligación de realizar, o hacer realizar por Petroecuador, inversiones en el Bloque 15, tal como más arriba se definen. La declaración que llevó a las Demandantes a desistir de esa solicitud fue las siguiente:

“En mi calidad de Procurador General del Estado, tengo la facultad de poder emitir criterios con carácter vinculante y de asesorar al sector público acerca de la correcta inteligencia y del alcance de las disposiciones normativas vigentes.

En este contexto puedo afirmar que:

a) en el plan operativo y el presupuesto para el desarrollo y operación del Bloque 15 y los campos unificados, aprobado por el directorio de Petroecuador mediante resolución 17-DIR-2007, se ha previsto destinar aproximadamente 497.5 millones de dólares en el desarrollo y operación del Bloque 15 y los campos unificados durante el año 2007, comprendiéndose en esa suma aproximadamente 292.3 millones de dólares en CAPEX y aproximadamente 205.2 millones de dólares en OPEX;

b) estas previsiones son de cumplimiento obligatorio y, conforme a la ley orgánica 2006-57, conllevan una exigencia legal de destinar las sumas presupuestadas a las actividades en ellos consideradas. Repito la ley orgánica es 2006-57;

c) todas las instituciones del Estado, inclusive los organismos de control y también las empresas del Estado como Petroecuador, están consiguientemente obligadas por ley a adoptar las medidas que dentro del ámbito de sus facultades sean idóneas para asegurar el cumplimiento de las disposiciones y previsiones arriba señaladas, tanto más cuanto que el cumplirlas es del más alto interés nacional. La Procuraduría General del Estado como organismo de control cumplirá con sus obligaciones legales”.

30. Por lo tanto, a esta altura sólo restaba que el Tribunal se pronunciara sobre las tres solicitudes de medidas provisionales pendientes:

- (1) La solicitud sobre “notificación de transferencia a un tercero” (formulada en el párrafo 2 de la Solicitud revisada);
- (2) La solicitud sobre “informes mensuales” (formulada en el párrafo 3 de la Solicitud revisada); y
- (3) La solicitud sobre el “oleoducto de OCP” (formulada en el párrafo 4 de la Solicitud revisada).

31. Posteriormente, el 25 de mayo de 2007, las Demandantes escribieron al Tribunal, dándole a conocer “un acuerdo sobre una más de las solicitudes de medidas provisionales”:

“Ecuador ha hecho saber a las Demandantes que los documentos cuya agregación se pretende en el párrafo 3 de la solicitud revisada de medidas provisionales que han formulado, presentada por su abogado el 2 de mayo de 2007 —a saber, informes financieros mensuales e informes trimestrales de producción referentes al Bloque 15— son de acceso público, en virtud de lo dispuesto por la Ley de Transparencia de Ecuador. Ecuador ha dado seguridades de que si las Demandantes presentan una solicitud conforme a esta Ley al Sr. Wilson Pastor, Gerente General del Bloque 15, dicha persona proporcionará prontamente los documentos, como manda la ley. Basándose en esas seguridades, las Demandantes creen innecesaria una medida provisional que disponga la presentación de esos documentos, por lo cual desisten de lo pedido en el párrafo 3 de su solicitud revisada”. (traducción del Tribunal)

32. En la sección siguiente de la presente decisión, el Tribunal examinará, por lo tanto, las posiciones y los argumentos respectivos de las partes en la medida en que sean pertinentes para pronunciarse sobre las dos pretensiones pendientes contenidas en la Solicitud Revisada de las Demandantes, formuladas a través de las solicitudes sobre “notificación de transferencia a un tercero” y sobre el “oleoducto de OCP”, respectivamente. Naturalmente, el Tribunal no se propone llevar a cabo un examen exhaustivo de los escritos de las partes relacionados con la Solicitud de que se trata, sino resumir argumentos pertinentes para el análisis que debe realizar y las conclusiones a las que debe llegar sobre los puntos de los mismos sobre los que aún no ha recaído pronunciamiento.

IV. POSICIONES DE LAS PARTES

A. Posición de las Demandantes

33. Tal como se señaló brevemente más arriba, las Demandantes sostienen que las medidas provisionales que promueven --las promovidas inicialmente o enmendadas posteriormente-- “han sido enunciadas cuidadosamente en forma de mantener el *status quo ante* sin que el Tribunal prejuzgue sobre el fondo del asunto ni conceda a las

Demandantes la reparación completa que solicitarán en relación con el fondo del asunto” (véase el párrafo 4 del escrito de Réplica de las Demandantes) (traducción del Tribunal).

34. Particularmente, para respaldar su Solicitud las Demandantes se basan en “la primacía del remedio de la restitución” (véase, por ejemplo, el párrafo 10 del Escrito de Réplica de las Demandantes). Citando pasajes de diversos tribunales internacionales, las Demandantes alegan que la jurisprudencia internacional admite que a menos que la restitución sea imposible, ella constituye “el remedio más adecuado frente a actos ilegales cometidos por un Estado en la esfera internacional” (véanse los párrafos 29 y 30 del escrito de Réplica de las Demandantes). (traducción de las citas es del Tribunal)

35. Según las Demandantes, “Ecuador no ha demostrado, ni tampoco siquiera ha intentado seriamente demostrar, que la restitución sea imposible en el sentido que se da a ese término en el derecho internacional” (véase el párrafo 30 del escrito de Réplica de las Demandantes). Caracterizando la posición de la Demandada como basada en la proposición errónea de que conforme al derecho internacional la parte perjudicada no tiene derecho a obtener una restitución en especie, las Demandantes sostienen (véase el párrafo 3 de su escrito de Réplica):

“3. La jurisprudencia acompañada por la Demandada no presenta respaldo alguno para su afirmación. En los casos por ella citados, la Demandante [*sic*] optó por no pedir la restitución en especie, o ésta era imposible. Por lo tanto, esa jurisprudencia refuerza la urgente necesidad de medidas provisionales que impidan que la restitución en especie se vuelva imposible. A falta de esas medidas se vaciará de contenido al derecho a la restitución”. (traducción del Tribunal)

36. De ello se infiere que la preocupación de las Demandantes de que el Bloque 15 pueda transferirse a un tercero es un aspecto medular de su afirmación de que a menos

que se adopten las medidas provisionales que se pretenden, como la de notificación en caso de transferencia a un tercero, la restitución resultará imposible. Según expresan las Demandantes (véase el párrafo 63 de su escrito de Réplica):

“63. [...] Las Demandantes no solicitan los beneficios del Contrato de Participación, ni ninguna parte del petróleo producido proveniente del Bloque 15, ni los considerables ingresos que generará. Sólo solicitan la adopción de las medidas que preserven la posibilidad de obtener esa reparación en un laudo definitivo”. (traducción del Tribunal)

37. Con respecto a la solicitud sobre “notificación de transferencia a un tercero”, en la audiencia se destacó que ella se basa en la premisa del supuesto derecho de restitución que poseen las Demandantes (véanse transcripciones del día 1 de la audiencia, página 108, y día 2 de la audiencia, página 305):

“No es necesario que ustedes decidan hoy que no se les permita ceder o transferir el Bloque a otra parte sino que les pedimos directamente que dicten que si el Ecuador modifica su intención que le proporcione al Tribunal y a nosotros con una notificación con sesenta de antelación a cualquier de ceder o transferir el Bloque 15 a otra parte. Y esto nos permitirá volver a ustedes en un momento apropiado y pedirles la orden que hemos solicitado.

Evidentemente si ceden o traspasan el bloque a otra parte, la restitución va a ser prácticamente imposible”.

“No habría nada más perjudicial a nuestro derecho de restitución que dicha cesión, porque sería muy difícil entonces modificar la situación”.

38. En cuanto a su solicitud sobre el “oleoducto de OCP”, las Demandantes formulan las siguientes observaciones adicionales (véanse los párrafos 64 y 65 del escrito de Réplica de las Demandantes):

“64. Finalmente, es difícil comprender el argumento de la Demandada de que las medidas provisionales solicitadas irían en detrimento de su derecho como propietario y operador de decidir la manera de transportar el petróleo crudo extraído del Bloque 15. Las medidas provisionales solicitadas por las Demandantes no ‘decidirán’ nada para la Demandada. Ésta ya ha decidido por sí misma que transportará petróleo a través del oleoducto de OCP. De hecho, Petroecuador no tiene otra alternativa: dicho oleoducto es actualmente la única

vía de transporte del crudo pesado del Bloque 15 de las profundidades de la Amazonia a la costa de Esmeraldas. Así lo demuestra la declaración de Gerald Ellis, en el párrafo 34. A esos efectos, Petroecuador ha suscrito contratos con otras compañías privadas que tienen capacidad en el OCP de despachar su petróleo extraído del Bloque 15 a través de ese oleoducto. La única cuestión que queda por resolver es establecer a la capacidad de cuál de las compañías privadas se acreditará ese petróleo. La orden que promueven las Demandantes, que imponga a la Demandada la obligación de hacer que el porcentaje de petróleo que corresponde a la participación de las Demandantes se acredite a la capacidad de OEPC, reducirá sustancialmente un perjuicio, en incesante crecimiento, que las Demandantes tratarán de que se les indemnice, *sin costo* para Petroecuador. Petroecuador ya está pagando a otras compañías privadas para despachar petróleo a través de OCP. Además, la orden que promueven las Demandantes no obligará a la Demandada a incurrir en incumplimiento ni a abrogar de otro modo esos contratos, porque éstos no preceptúan un nivel mínimo de despacho por parte de Petroecuador, sino que simplemente permiten a ésta utilizar la capacidad de OCP de esas compañías privadas, y pagar por ella.

65. Aunque la Demandada manifiesta lo contrario, la medida que se solicita en las presentes circunstancias efectivamente está respaldada por la jurisprudencia internacional. Aunque el laudo del caso *Distributor A c. Manufacturer B*, citado por las Demandantes, naturalmente comprendió hechos diferentes de los del presente caso, el principio en que se basa la medida provisional dispuesta en ese caso no depende de los hechos específicos. Vale la pena repetir este principio: ‘no es razonable esperar que una parte aguarde al laudo definitivo’ cuando sus pérdidas aumentan por el mero transcurso del tiempo y ‘corresponde evitar, en lugar de remediar’ un perjuicio económico adicional’. Cl. Auth. 6, *Distributor A c. Manufacturer B*, Caso No. 10596, Laudo Interlocutorio de 2000, *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XXX 66, 72-73 (2005)”. (énfasis en el original) (traducción del Tribunal)

39. En la audiencia, las Demandantes formularon en los siguientes términos su posición definitiva con respecto a la solicitud sobre el “oleoducto de OCP” (véanse transcripciones del día 2 de la audiencia, páginas 382-383):

“le diríamos al panel que proporcionaremos lo antes posible y dentro de una semana, esperemos, a Petroecuador un contrato que reflejará los términos que hemos solicitado aquí: que envíen 42 mil barriles al precio actual y con un ofrecimiento de mejor precio. O sea que tendríamos la oportunidad de aceptarlo o liberar esos volúmenes. Vamos a ofrecer eso a Ecuador. Y dentro de un período de 30 días le informaremos al Tribunal si hemos llegado a un trato o no. Y si el señor Reichler piensa seriamente y si quiere hacernos creer que están dispuestos a llegar a un trato con la persona que ofrezca el mejor precio, entonces ya lo veremos. Si no es así, tendremos que hablar de si son sólo asuntos comerciales los que están en juego o no”.

40. El Tribunal constata que las Demandantes buscaron la aceptación voluntaria, por parte de Ecuador, del acuerdo sobre el oleoducto de OCP con Petroecuador preparando y presentando a Ecuador el borrador de un acuerdo a esos efectos. El 19 de julio de 2007 Ecuador informó al Tribunal que consideraba “inadmisible,” por razones jurídicas, económicas y comerciales, el borrador del acuerdo presentado por las Demandantes. En consecuencia, mediante carta fechada el 26 de julio de 2007, las Demandantes renovaron su solicitud sobre el “oleoducto de OCP”, además de su solicitud sobre “notificación de transferencia a un tercero”.

41. Finalmente, en lo que atañe a Petroecuador y a su relación con Ecuador, las Demandantes sostienen que las medidas provisionales que promueven están dirigidas, como corresponde, contra Ecuador, dado que Petroecuador es una de las dependencias de ese Estado. Al respecto sostienen (véase el párrafo 68 del escrito de Réplica de las Demandantes):

“68. En resumen, resulta evidente que Petroecuador es un agente de Ecuador. Petroecuador ejecuta la política de hidrocarburos de Ecuador (Cl. Auth. 49, Ley de Hidrocarburos, Art. 6) y cumple funciones —como la de celebrar contratos sobre hidrocarburos en nombre del Estado— que son necesarias para la administración de recursos naturales; esas funciones y recursos son propios del Estado y a él pertenecen. RA ¶¶ 32-33. Petroecuador, por haber sido creada por la ley para ejercer los derechos del Estado, es una ‘institución del Estado’ conforme a la Constitución ecuatoriana. Cl. Auth. 50, Constitución ecuatoriana, Art. 118(5). En su dictamen, presentado con la respuesta de la Demandada (‘Álvarez WS’), el Asesor Jurídico General de Petroecuador, Dr. Raúl Moscoso Álvarez, admite que la Ley de Hidrocarburos establece ‘que el Estado debe explorar y explotar yacimientos en forma directa a través de Petroecuador’ y que ésta ‘es una Empresa del Estado creada por la ley para ejercer una potestad pública.’ Álvarez WS, 1. El hecho de que se haya constituido como sociedad dotada de ‘personalidad jurídica propia’, no altera en ninguna medida el carácter de dependencia de la Demandada que tiene Petroecuador, Álvarez WS, 1”. (se omiten las notas al pie de página) (traducción del Tribunal)

B. Posición de la Demandada

42. La Demandada rechaza el argumento de las Demandantes con respecto a la supuesta disponibilidad del mecanismo de la restitución en las circunstancias del presente caso, y sostiene (véanse los párrafos 3-5 del Memorial de Contestación de la Demandada):

“3. El vicio insalvable de este argumento es que el ‘derecho’ que las Demandantes tratan de preservar con las medidas provisionales que solicitan, no existe. En efecto, no hay derecho alguno a la ejecución forzosa de un contrato administrativo para la explotación de recursos naturales, una vez que ha caducado o ha terminado por decisión de un Estado soberano. Jurídicamente, el único remedio ante cualquier acción ilegal o ilícita por parte de un Estado soberano en semejante caso, es el pago de una compensación de carácter financiero. Siendo así, las Demandantes no tienen derecho a obtener una ‘restitución’ por medio de una orden que restablezca el Contrato de Participación devolviéndoles la explotación petrolera en el Bloque 15, puesto que su única expectativa jurídicamente realista, en caso de que tuvieran éxito en la fase de fondo del proceso, sería una compensación monetaria. Dado que el ‘derecho’ sobre el cual las Demandantes basan su solicitud de medidas provisionales no existe, tal solicitud debe entonces ser denegada.

4. En su solicitud de arbitraje, las Demandantes solicitan como forma de compensación ya sea el cumplimiento forzoso del Contrato de Participación o, alternativamente, una compensación monetaria para resarcirles por el daño económico que aducen haber sufrido como resultado de lo que califican, impropriamente, como una ‘expropiación’ de sus derechos contractuales. La Solicitud de Arbitraje es por lo tanto una admisión de que en efecto, los perjuicios que dicen haber sufrido pueden ser íntegramente resarcidos mediante una compensación monetaria. Esto constituye de por sí motivo suficiente para negarles su pretensión a obtener el cumplimiento forzoso del Contrato que promueven bajo la forma de una solicitud de medidas provisionales, ya que es axiomático el principio según el cual no hay derecho a la ejecución forzosa, si la compensación monetaria sirve como pleno resarcimiento a la parte perjudicada.

5. También tiene carácter axiomático el principio según el cual cuando la compensación monetaria es suficiente para compensar los perjuicios, no hay daño irreparable. Este es un motivo adicional para negar la solicitud de medidas provisionales de las Demandantes. No puede recomendarse la adopción de medidas provisionales si quien las solicita no demuestra que tales medidas son necesarias para preservar un derecho en disputa que está siendo amenazado con un daño inminente e irreparable. En este caso, no solamente que no existe el derecho a la ejecución forzosa del Contrato de Participación, sino que tampoco existe daño irreparable o amenaza inminente de causarlo, ya que cualquier daño que las Demandantes puedan haber sufrido como resultado de la terminación del contrato, es íntegramente resarcible por medio de una indemnización monetaria”.

43. La Demandada hace hincapié asimismo en que recae sobre las Demandantes la carga de la prueba de que “existe un derecho que ha de preservarse y que se requieren con urgencia medidas provisionales para impedir una lesión irreparable de ese derecho” y que no ha asumido esa carga (véase el párrafo 4 del Memorial de Contestación de la Demandada) (traducción del Tribunal). En la medida en que las Demandantes efectivamente pretenden hacer efectivo un derecho de obtener el cumplimiento específico del Contrato de Participación, la Demandada reitera que ese derecho no existe. Tal como lo expresa la Demandada (véase el párrafo 11 del Memorial de Contestación de la Demandada):

“11. [...] La solicitud de medidas provisionales está íntegramente basada en la premisa de la existencia del supuesto derecho de las Demandantes al restablecimiento del Contrato de Participación y a la recuperación del Bloque 15. Las medidas específicas que las Demandantes persiguen tienen como objetivo salvaguardar ese ‘derecho’ y ningún otro. Se concluye entonces que si este ‘derecho a la restitución’ es inexistente —o sea que si las Demandantes no tienen derecho a exigir el cumplimiento forzoso del Contrato de Participación— entonces la solicitud para la aplicación de medidas provisionales debe ser rechazada. En tal caso, habrán fracasado en su intento de demostrar que los derechos ‘que son materia del fondo de la controversia’ estén amenazados de daño irreparable y necesiten urgentemente de protección. De hecho, las Demandantes no tienen derecho a exigir la ejecución o el cumplimiento forzoso del Contrato o a la devolución del Bloque 15. No han conseguido presentar ninguna base sólida que demuestre la existencia de tal derecho, por la sencilla razón de que derecho es inexistente”. (se omite la nota al pie de página)

44. La Demandada pasa revista a la jurisprudencia internacional sobre ese punto y destaca que las Demandantes, en su solicitud, confunden por error el derecho de restitución y el de cumplimiento específico (véase, por ejemplo, el párrafo 16 del escrito de Dúplica de la Demandada). La Demandada sostiene que “[e]l cumplimiento específico no es más que una forma de restitución” (ídem.), y la indemnización monetaria es otra (véase el párrafo 6 del escrito de Dúplica de la Demandada):

“6. La eventual restitución a la que pueden tener derecho en definitiva las Demandantes consiste en una indemnización monetaria por una suma suficiente para ‘restituirle su integridad’. De por sí, la disponibilidad de una indemnización monetaria como forma de restitución priva de eficacia a su solicitud de medidas provisionales”. (traducción del Tribunal)

45. La Demandada manifiesta enfáticamente que “ningún tribunal arbitral ha ordenado jamás a un Estado soberano que desmantele una expropiación o que cumpla en especie un acuerdo de inversión” (véase el párrafo 31 del escrito de Dúplica de la Demandada). A juicio de la Demandada, la razón por la que no existe una decisión de ese género es sencilla (véase el párrafo 27 del escrito de Dúplica de la Demandada):

“[A] un Estado soberano no puede ordenársele, contra su voluntad, restituir a un inversionista una inversión o concesión que se haya rescindido o expropiado. En esas circunstancias sólo puede exigírsele que pague una indemnización monetaria”. (traducción del Tribunal)

46. Adicionalmente, la Demandada alega que las Demandantes, en su Solicitud, tratan de recuperar la posición que tenían antes de la terminación del Contrato de Participación, para lo cual deben lograr que se les reconozcan derechos a través de procesos judiciales seguidos en Ecuador, lo que las Demandantes no habían hecho (véanse los párrafos 44 y 45 del Memorial de Contestación de la Demandada):

“44. En el caso, la declaración de caducidad del Contrato de Participación se emitió por el Ministro de Energía y Minas el 15 de mayo de 2006, y fue notificada en la misma fecha, de manera que la posibilidad de que pueda intentarse un recurso de plena jurisdicción para reclamar, en el mismo juicio, que se declare ilegal el acto y se repare el derecho violado, ha caducado ya. Solamente quedaría abierta la posibilidad de intentar un recurso de nulidad o por exceso de poder ante un tribunal de lo contencioso administrativo, para, en caso de que tal acción culmine con éxito, intentar, en juicio distinto y posterior, que el tribunal competente admita las acciones inherentes al Contrato.

45. En consecuencia, las Demandantes no pueden conforme a la legislación ecuatoriana atribuirse la titularidad actual de un derecho a que se les restablezca en la posición que tenían antes de la declaratoria de caducidad, ni siquiera mediante una sentencia judicial. Para atribuirse tal derecho tendrían que previamente, haber iniciado y concluido con éxito dos procesos judiciales y,

como advirtió el Tribunal del CIADI en el caso *Maffezini c. el Reino de España*, las expectativas sobre el éxito o el fracaso de un caso judicial, son simplemente conjeturas y no constituyen base suficiente para afirmar que sobre ellas se sustenta un derecho actualmente existente”. (se omite la nota al pie de página)

47. Este argumento referente al requisito previo de la ilegalidad para obtener el amparo provisional que pretenden las Demandantes se detalla en mayor medida en los términos siguientes (véase el párrafo 13 del Escrito de Dúplica de la Demandada):

“13. El supuesto ‘derecho de restitución’ de las Demandantes, que éstas interpretan como derecho a un cumplimiento específico, es, en el mejor de los casos, sumamente discutible. Pero si este derecho existe (lo que Ecuador niega, como más abajo se demuestra), previamente debe demostrarse que Ecuador ha incurrido en una ilegalidad. Si ello no ha sucedido no existe derecho de restitución, y mucho menos derecho a imponer el cumplimiento específico. Como no se ha demostrado ni puede demostrarse o presumirse una ilegalidad en esta etapa de las actuaciones, las Demandantes no pueden probar que poseen algún ‘derecho’ que requiera protección urgente frente a perjuicios irreparables, ni menos el tipo de ‘protección’ que han solicitado”. (traducción del Tribunal)

48. De ello se infiere, según la Demandada, que la restitución no puede considerarse como un “derecho” que posean las Demandantes en las circunstancias del caso, por lo cual no existe un perjuicio irreparable ni la necesidad urgente de salvaguardar ese “derecho”, tal como lo requiere el Artículo 47 del Convenio del CIADI y la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje (véase el párrafo 47 del Memorial de Contestación de la Demandada). A este respecto la Demandada agrega que las Demandantes han reconocido implícitamente que los derechos de que se trata en el presente arbitraje son puramente económicos (ídem). La Demandada agrega que esa “admisión” de parte de las Demandantes es determinante, dado el “principio bien establecido del derecho internacional [de] que las pérdidas susceptibles de ser compensadas mediante indemnización en el laudo final, no ameritan salvaguarda por medio de medidas provisionales” (véase el párrafo 48 del Memorial de Contestación de la Demandada).

Interpretando el Artículo 47 del Convenio del CIADI y la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje, la Demandada manifiesta (véase el párrafo 53 del Memorial de Contestación de la Demandada):

“53. [...] A pesar de que ni el artículo 47 del Convenio, ni la Regla de Arbitraje No. 39 usan las palabras ‘urgencia’ o ‘peligro inminente’, los casos del CIADI de manera uniforme utilizan esos estándares —como también lo hacen los casos decididos por la Corte Internacional de Justicia, bajo el artículo 41 de sus estatutos, en el cual está basado el artículo 47 del Convenio— y adjudican medidas provisionales solamente en circunstancias en las cuales existe la necesidad urgente de salvaguardar derechos que se encuentran ante peligro inminente de daño irreparable, de manera que la parte afectada no puede esperar la decisión final sobre el fondo de la causa”. (se omite la nota al pie de página)

49. La Demandada amplió este argumento durante la audiencia e hizo referencia a los “siete principios” referentes a la pertinencia de las medidas provisionales en el derecho internacional:

- (i) Debe existir una urgente necesidad de prevenir un perjuicio irreparable a los derechos que son objeto de la diferencia;
- (ii) El daño que se corre el riesgo de sufrir debe ser inminente, y algo más que una mera posibilidad;
- (iii) El perjuicio irreparable no debe ser susceptible de reparación a través del pago de una indemnización monetaria;
- (iv) Las medidas provisionales deben ser prospectivas;
- (v) Las medidas provisionales deben estar encaminadas a preservar los derechos de que se trata; no a dar a la parte que las solicita el beneficio de gozar de esos derechos antes del laudo final;

- (vi) Las medidas provisionales no pueden concederse para proteger derechos de la parte que las solicita que sean objeto de controversia, si esas mismas medidas hubieran de afectar irreparablemente a los derechos de la otra parte que sean objeto de esa controversia; y
- (vii) La carga de la prueba recae sobre la parte que solicita las medidas.

50. El Tribunal destaca que esa lista no incluye el principio de “agravación de la diferencia”. La Demandada cuestiona las alegaciones de las Demandantes de una “agravación de la diferencia” en relación con las solicitudes sobre “notificación de transferencia a un tercero” y “oleoducto de OCP”. La Demandada alega lo siguiente (véanse los párrafos 91 y 95 del Memorial de Contestación de la Demandada):

“91. Adicionalmente, no hay caso del CIADI o de cualquier otro tribunal en el cual el principio de agravamiento de la disputa haya sido aplicado para conceder nada remotamente parecido al tipo de medidas extraordinarias que buscan las Demandantes, las cuales equivalen a la ejecución forzosa del Contrato. El principio de evitar el agravamiento de una disputa fue desarrollado —y aplicado de manera uniforme— en la jurisprudencia del CIADI y de la Corte Internacional de Justicia (inclusive en todos los casos en que se basan las demandantes) *solamente* para referirse a la conducta de cada una o de ambas partes después del comienzo del proceso arbitral, que amenace la paz entre las partes mientras el caso está en curso o para evitar de que una de las partes recurra a sus tribunales nacionales, perjudicando de esta forma la posibilidad de que la otra parte pueda ver la disputa resuelta por el foro internacional, conforme lo dispuesto en el contrato o tratado pertinente. Es, fundamentalmente, un principio de conducta disciplinada dentro de un arbitraje internacional, destinado a evitar que el comportamiento de las partes obstaculice el propio proceso de arbitraje.

[...]

95. La Demandada no está abocada a ningún tipo de conducta que pudiera ser tratada por medio de medidas provisionales para prevenir el agravamiento de la diferencia. No está haciendo nada para provocar a las Demandantes o para dificultar la tarea del Tribunal en la resolución de la disputa, ni tampoco ha hecho ninguna tentativa de llevar el diferendo a sus propios tribunales en vez de a este Tribunal. No existe por lo tanto fundamento para la adopción de medidas provisionales para evitar que la Demandada ‘agrave la disputa’, pues no existe ningún acto cometido o contemplado por la Demandada, que constituya un agravamiento de la diferencia”. (énfasis en el original)

51. En la audiencia, refiriéndose a los “siete principios” arriba mencionados, la Demandada resumió en los términos siguientes su objeción a la solicitud sobre “notificación de transferencia a un tercero” (véanse transcripciones del día 2 de la audiencia, páginas 344 y 345):

“[...]los derechos en disputa deben ser protegidos para ambas partes. Pero todos están de acuerdo en que no ha habido un esfuerzo, no existe un plan, no existe la intención. No existe ningún indicio de la posibilidad de que se cambie la opinión de no traspasar el Bloque 15. No hay prueba de que vaya a haber un daño inminente, aun suponiendo que el traspaso representaría un daño. Nosotros decimos que no tienen ese derecho de todas maneras, el que ellos alegan de restitución en especie. Pero incluso si tuvieran ese derecho, ¿cuál es el fundamento probatorio aquí? No ha habido esfuerzo ni plan ni indicio de que vaya a modificarse la intención del Ecuador en este momento o en cualquier otro.

El señor Rivkin utilizó las palabras ‘imaginen ustedes’. Imaginen ustedes si el Presidente Chávez... Claro viviendo en Washington sabemos por qué se menciona ese nombre de vez en cuando. Imagínense ustedes si aparece el Presidente Chávez y se pone de acuerdo con el Presidente Correa. Bueno, utilicemos ese ejemplo. Imaginen ustedes; eso es justamente lo que no puede hacer el Tribunal para tratar una solicitud de medidas provisionales. El Tribunal no puede sólo imaginar el daño que podría resultar. El Tribunal tiene que contar con cierto fundamento probatorio para concluir que existe una posibilidad y no una certidumbre, una posibilidad inminente de daño. No una mera posibilidad.

Los casos que mencioné son muy claros y están en las actas, y ustedes podrán referirse a ellos. Pero esta no es facultad del Tribunal. ¿Cuáles son los requerimientos de medidas provisionales? Y la mera posibilidad no autoriza al Tribunal, a este Tribunal o a cualquier otro, a que dicte una medida provisional”.

52. En cuanto a la solicitud sobre el “oleoducto de OCP”, la Demandada declaró lo siguiente (véase el párrafo 107 de su Memorial de Contestación):

“107. En cuanto a las dificultades por las que dicen atravesar las Demandantes como consecuencia de su imposibilidad para cubrir la cuota diaria de transporte de crudo por un oleoducto privado, de cuya propietaria las mismas Demandantes dicen ser accionistas, nada tienen que ver con el Contrato de Participación, ni con los derechos en disputa, ni generarían perjuicios que no puedan ser compensados monetariamente. No pueden, por consiguiente, servir de base para la adopción de medidas provisionales, como ya se ha demostrado. Con todo, vale recordar que la compañía Occidental del Ecuador Inc. recibió, al igual que las otras empresas accionistas del OCP, la invitación de Petroecuador para negociar en términos favorables para ambas partes el transporte del crudo proveniente del Bloque 15 por el oleoducto, utilizando los sobrantes de la cuota de cada una de ellas. Esa posibilidad, según lo declara expresamente el Presidente Ejecutivo de

Petroecuador, está abierta, siempre que las dos partes puedan acordar términos mutuamente convenientes”. (se omite la nota al pie de página)

53. En la audiencia, la Demandada mantuvo su objeción, en principio, a la solicitud sobre el “oleoducto de OCP”. Su abogado manifestó (véanse transcripciones del día 1 de la audiencia, páginas 218-2221):

“Bueno, ¿dónde hemos llegado? Si el Tribunal le ordena a Ecuador que conceda que su petróleo tiene que acreditarse a la capacidad de OEPC, Petroecuador quedaría desprovista de su derecho de designar y negociar un precio inferior por el envío de su petróleo y sufriría pérdidas económicas en la forma de tarifas más elevadas por barril que podrían llegar a muchos millones de dólares..

La medida provisional solicitada no sólo sería un perjuicio económico para Petroecuador sino que también sería un perjuicio y provocaría pérdidas económicas a los otros cuatro accionistas que no son parte de estos procedimientos, que no están aquí para defenderse, cuyas asignaciones actuales desaparecerían o podrían reducirse para acomodar la necesidad planteada de OEPC de enviar 40 mil barriles diarios..

[...]

Ahora, la indicación de esta medida provisional solicitada, aunque no fuese intencional por parte del Tribunal, sería un perjuicio, un prejuzgamiento del fondo. Es claro que OEPC sólo podría recibir compensación monetaria del Ecuador al oleoducto si prevaleciera. Pero la medida provisional les otorgaría esta compensación ahora y aun peor, castigaría a Ecuador obligando a Petroecuador a que pague una tarifa más elevada por el petróleo que envía por el oleoducto.

Ausente una expropiación o un incumplimiento de contrato, no habría ninguna justificación en cuanto a castigar así a Ecuador. Y si se impone este tipo de sanción, ahora el Tribunal estaría indicando su culpabilidad totalmente inapropiada en cuanto a medidas provisionales.

Ahora, Ecuador no está en contra de designar el petróleo del Bloque 15 como crédito en cuanto a la capacidad del oleoducto bajo las circunstancias correctas. Si se ofrece la capacidad del oleoducto por OEPC con los mejores términos, incluyendo la tarifa más baja, sería bien recibido por Petroecuador.

[...]

Sigue siendo una situación, como admiten los demandantes, en la que el único daño es económico y por lo tanto se les puede resarcir con compensación económica y por lo tanto el daño no es irreparable. No hay nada en este caso que justifique el dejar a un lado que cuando el daño no es irreparable no debe haber medidas provisionales”.

54. Finalmente, en relación con el dominio de Petroecuador ejercido por la Demandada, ésta concluye lo siguiente (véase el párrafo 111 del Memorial de Contestación de la Demandada):

“111. Como fuere, la Demandada no está en posibilidad de ordenarle a Petroecuador que ponga en práctica medidas como las solicitadas por las Demandantes, sin quebrantar su derecho interno. Las disposiciones del Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que las Demandantes invocan en el párrafo 61 de la solicitud de medidas provisionales, no les permiten llegar a la conclusión a la que arriban, porque dichas normas aluden exclusivamente a la determinación de políticas y a la orientación de los planes y programas de Petroecuador, no a decisiones sobre situaciones concretas y, aunque los miembros del Directorio de Petroecuador sean funcionarios del Ejecutivo o hayan sido designados por el Presidente de la República, son personalmente responsables de sus actuaciones y, en esa condición, deben dar cuenta de sus actos”.

V. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

A. Potestad de conceder medidas provisionales y alcance de las mismas

55. Si bien no es necesario que el Tribunal concluya que posee competencia para entender en el fondo del asunto a fin de pronunciarse sobre las medidas provisionales que se solicitan, se abstendrá de disponer tales medidas a menos que exista, *prima facie*, una base que permita establecer su jurisdicción. En su Solicitud de Arbitraje, las Demandantes invocan dos de esas bases: en primer lugar declaran que “las partes consintieron en que la diferencia fuera sometida a la jurisdicción del Centro el 17 de mayo de 2006, conforme al Artículo VI(3) del Tratado” (véase la página 5 de la Solicitud de Arbitraje de las Demandantes); alternativamente, manifiestan que ellas y la Demandada “consintieron en que la diferencia se sometiera a la jurisdicción del Centro el 21 de mayo de 1999, conforme a lo dispuesto en el Contrato de Participación”. Invocan las cláusulas 20.2.1 y 20.3 de dicho contrato (véase la página 6 de la Solicitud de

Arbitraje de las Demandantes)³. Por lo tanto, en el presente caso existen, *prima facie*, bases para establecer la jurisdicción. (traducción de las citas es del Tribunal)

56. La potestad del Tribunal de recomendar medidas provisionales se rige por el Artículo 47 del Convenio del CIADI, que establece:

“Artículo 47

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”.

57. La Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI también se refiere a las medidas provisionales:

**“Regla 39
Medidas Provisionales**

(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.

³ Se hace notar, no obstante, que las Demandantes modificaron posteriormente su posición, ya que en su escrito de Réplica declaran que “[l]a jurisdicción del Tribunal no se basa en la cláusula 20.3 del Contrato de Participación. Como ya se explicó, la jurisdicción del Tribunal emana exclusivamente del Artículo VI del Tratado” (véase el párrafo 36 del escrito de Réplica de las Demandantes) (traducción del Tribunal).

(5) Si una parte presenta una Solicitud en virtud del párrafo (1) antes de la constitución del Tribunal, el Secretario General deberá, a petición de cualquiera de las partes, fijar plazos para que las partes presenten observaciones sobre la Solicitud, de tal forma que la Solicitud y las observaciones puedan ser consideradas prontamente por el Tribunal una vez constituido.

(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”.

58. El Tribunal desea dejar en claro, para evitar dudas, que si bien en el Artículo 47 del Convenio del CIADI se utiliza el vocablo “recomendar”, el Tribunal en realidad tiene la potestad de ordenar medidas provisionales. Así lo han reconocido numerosos tribunales internacionales, entre los cuales el tribunal del CIADI que entendió en el caso *Tokios Tokelés* y declaró:

“Corresponde recordar que conforme a un principio firmemente establecido por la jurisprudencia de los tribunales del CIADI, las medidas provisionales ‘recomendadas’ por un tribunal del CIADI son jurídicamente obligatorias; en efecto, han sido ‘ordenadas’ por el tribunal y las partes tienen la obligación jurídica de cumplirlas”⁴. (traducción del Tribunal)

59. Otro principio firmemente establecido es que sólo pueden concederse medidas provisionales en situaciones de necesidad y urgencia, para proteger derechos que a falta de esas medidas se perderían definitivamente. Es un hecho no controvertido que las medidas provisionales son medidas extraordinarias, que no pueden recomendarse a la ligera. En otros términos, se requieren, conforme al Artículo 47 del Convenio del CIADI, cuando son necesarias para salvaguardar los derechos de una parte y cuando esa necesidad es urgente, para evitar un daño irreparable. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en la materia es firme: una medida provisional es necesaria

⁴ *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Resolución Procesal No. 1, fechada el 1 de julio de 2003, párrafo 4.

cuando los actos de una parte “pueden causar o amenazan causar un perjuicio irreparable a los derechos que se invocan”⁵, y es urgente cuando “es probable que se realicen actos perjudiciales para los derechos de cualquiera de las dos partes antes de que se adopte esa decisión definitiva”⁶. (traducción del Tribunal)

60. El Tribunal destaca también que las medidas provisionales tienen como finalidad garantizar la protección de derechos cuya existencia podría verse comprometida en ausencia de tales medidas. En el caso *Maffezini* el tribunal del CIADI se exployó sobre el significado de la expresión “derecho existente”:

“12. La Regla 39 (1) establece que cualquiera de las partes puede solicitar

‘... la adopción de medidas provisionales para la salvaguardia de sus derechos...’

13. El empleo del tiempo presente implica que tales derechos deben existir al momento de la Solicitud, no deben ser hipotéticos, ni se han de crear en el futuro.

14. Un derecho existente sería, por ejemplo, un interés sobre bienes cuya propiedad estuviera en disputa. Se podría ordenar una medida provisional que exigiera que esos bienes no [puedan] ser vendidos o enajenados antes de que el Tribunal de Arbitraje [dictara] el laudo definitivo. Tal orden preservaría el *status quo* de los bienes y, en consecuencia, preservaría los derechos de la parte sobre los mismos”⁷.

61. En otros términos, para que un tribunal internacional pueda conceder medidas provisionales debe existir un derecho que haya de preservarse y circunstancias de necesidad y urgencia que hagan necesario evitar daños irreparables. Por lo tanto el Tribunal examinará, primero, la supuesta existencia de derechos de las Demandantes que

⁵ *Aegean Sea Continental Shelf Case (Grecia c. Turquía)*, Solicitud de Dictado de Medidas Provisionales, Orden fechada el 11 de septiembre de 1976, Opinión independiente del Presidente Jiménez de Aréchaga, 1976 *I.C.J. Rep.* 3, página 11.

⁶ *Case Concerning Passage Through the Great Belt (Finlandia c. Dinamarca)*, Solicitud de Dictado de Medidas Provisionales, Orden fechada el 29 de julio de 1991, 1991 *I.C.J. Rep.* 12, página 17.

⁷ *Maffezini c. España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Resolución Procesal No. 2, fechada el 28 de octubre de 1999, párrafos 12-14.

merezcan protección y, segundo, la supuesta existencia de una situación de necesidad y urgencia con respecto a esos derechos.

62. Según las Demandantes, los derechos que deben preservarse en el presente caso son dos: en primer lugar su derecho a un cumplimiento específico; en otras palabras, su “derecho exclusivo de realizar actividades de exploración y explotación en el Bloque 15” (véase el párrafo 77 de la Solicitud de Arbitraje de las Demandantes), derecho que pretenden proteger a través de su solicitud sobre “notificación de transferencia a un tercero”; en segundo lugar, su derecho a “impedir una agravación aún mayor de la diferencia” (véase el párrafo 84 de la Solicitud de las Demandantes), derecho que pretenden proteger a través de su solicitud sobre el “oleoducto de OPC”. (traducción del Tribunal)

B. Aclaración sobre los “derechos” que pueden protegerse mediante medidas provisionales

63. Como observación preliminar adicional, el Tribunal desea aclarar que si bien el Tribunal quizá no haya reconocido aún la existencia de un derecho, ese derecho de todos modos puede merecer protección a través de medidas provisionales. Por lo tanto el Tribunal no coincide con la manifestación de la Demandada de que “las expectativas sobre el éxito o el fracaso de un caso judicial, son simplemente conjeturas y no constituyen base suficiente para afirmar que sobre ellas se sustenta un derecho actualmente existente” (véase el párrafo 45 del Memorial de Contestación de la

Demandada)⁸. En lugar de ello, las Demandantes, en esta etapa, “sólo tienen que probar que alegan el tipo de reclamaciones que —si en definitiva se probaran— [les] darían derecho a una reparación sustancial” (véase el párrafo 15 de la Solicitud de las Demandantes) (traducción del Tribunal). La posición de la Demandada tendría, por lo tanto, consecuencias sumamente amplias. Significaría, por ejemplo, que un tribunal jamás podría disponer medidas provisionales en relación con un derecho cuya existencia y supuesta violación constituyan, precisamente, el objeto del arbitraje.

64. En esta etapa, el Tribunal reitera que el derecho que ha de preservarse sólo ha de ser enunciado como derecho teóricamente existente, y no como derecho que se haya probado desde el punto de vista fáctico. El Tribunal, en esta etapa de pronunciamiento sobre las medidas provisionales, sólo se ocupará de la naturaleza jurídica del derecho reivindicado, y no de su existencia ni del fundamento de las alegaciones sobre violación de ese derecho. Este enfoque fue adoptado por el tribunal del CIADI en el caso *Víctor Pey Casado c. Chile*, y en su larga y meditada decisión sobre una solicitud de medidas provisionales declaró:

“Por su parte, el Tribunal de Arbitraje no puede, ni desea prejuzgar nada, ni siquiera [...] ‘*suponer nada por anticipado*’. [...] Durante esta etapa preliminar del arbitraje, el Tribunal no puede proceder sobre la base de “presunciones”, sino más bien de hipótesis, y en especial aquella mediante la cual llegara a reconocer su competencia sobre el fondo y, en tal caso, la hipótesis en la cual los derechos que el laudo arbitral podría reconocer a una u otra de las partes involucradas en el caso estarían en riesgo de ponerse en peligro o comprometidos por la ausencia de medidas provisionales”⁹. (énfasis en el original)

⁸ La Demandada cita, a este respecto, el caso *Maffezini c. España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Resolución Procesal No. 2, fechada el 28 de octubre de 1999: “Las expectativas sobre el éxito o el fracaso en un caso judicial o de arbitraje son más bien conjeturas” (párrafo 20).

⁹ Caso CIADI No. ARB/98/2, Decisión fechada el 25 de septiembre de 2001, párrafo 46.

65. ¿Qué se entiende por derecho teóricamente existente? Evidentemente, los hechos deben presentar un derecho real o un interés jurídicamente protegido, en contraposición con un interés simple, que no requiera protección jurídica. Ese derecho o interés jurídicamente protegido debe además poder integrar los derechos y obligaciones individuales de las Demandantes. Por lo tanto, el Tribunal debe en primer lugar establecer si las Demandantes pueden o no, teóricamente, invocar los derechos cuya protección ahora pretenden. Como ya se vio, esos derechos consisten, primero, en su supuesto derecho a un cumplimiento específico de sus contratos referentes al Bloque 15, y segundo, su supuesto derecho a que la diferencia no se agrave.

C. El supuesto derecho al cumplimiento específico

66. El Tribunal considerará en primer lugar la cuestión de si “el derecho exclusivo de realizar actividades de exploración y explotación en el Bloque 15” (traducción del Tribunal), que invocan las Demandantes, teóricamente existe. El Tribunal recuerda que las Demandantes se consideran con derecho a una restitución consistente en el restablecimiento de sus derechos adquiridos, derivados del Contrato de Participación y de los Acuerdos Operativos. En otros términos, las Demandantes pretenden que se les restituya su concesión petrolífera.

67. Todas las medidas provisionales inicialmente solicitadas por las Demandantes se basaban en el supuesto de que las Demandantes tienen derecho al cumplimiento específico de sus contratos referentes al Bloque 15, dado que todas las medidas provisionales solicitadas estaban encaminadas a proteger ese derecho. Es asimismo sobre la base de ese supuesto derecho a un cumplimiento específico que las Demandantes

formulan su solicitud sobre “notificación de transferencia a un tercero”, que es una de sus dos solicitudes restantes.

68. En esta coyuntura, el Tribunal constata asimismo que si bien las Demandantes han expresado repetidamente su temor de que el Gobierno ecuatoriano celebre con otra compañía un contrato de exploración y explotación del Bloque 15, la descripción del amparo provisional que pretenden a este respecto ha variado a lo largo del tiempo. Al principio las Demandantes solicitaron al Tribunal que “prohibiera a las Demandadas celebrar un contrato con otra parte” (véase el párrafo 77 de la Solicitud de Arbitraje de las Demandantes). En su Solicitud, las Demandantes pidieron al Tribunal que prohibiera a la Demandada “celebrar o aprobar acuerdos con terceros para la operación del Bloque 15 hasta que se conociera el resultado de este arbitraje” (véase el párrafo 92 de la Solicitud de las Demandantes). En su escrito de Réplica seguían solicitando que se dictara “una orden que prohibiera a la Demandada celebrar o aprobar acuerdos con terceros para la operación del Bloque 15” (véase el párrafo 53 del escrito de Réplica de las Demandantes). Fue recién durante la audiencia que modificaron el contenido de esa medida solicitada, que se convirtió en el pedido de que el Tribunal impusiera a la Demandada la obligación de notificar al Tribunal y a las Demandantes con no menos de sesenta días de anticipación a su celebración, cualquier acuerdo contractual con un tercero para la operación del Bloque 15¹⁰. Pero, independientemente de las modificaciones que haya sufrido, la Solicitud de las Demandantes se basa en la existencia de un derecho al cumplimiento específico. Por lo tanto el Tribunal debe establecer si a este respecto la Solicitud es fundada. Se trata, en otros términos, de saber si las

¹⁰ Esta solicitud fue reiterada por las Demandantes en la carta que dirigieron al Tribunal con fecha 26 de julio de 2007.

Demandantes han probado ser titulares de un derecho claramente verosímil al cumplimiento específico que pretenden. (traducción del Tribunal)

1. Aclaración terminológica

69. El Tribunal se siente obligado a formular, desde el comienzo, una precisión terminológica. Hasta la fecha, en sus argumentos y durante la audiencia, las partes jugaron, individualmente y en sus alegaciones contrapuestas, con las palabras y frases “restitución”, “*restitutio in integrum*”, “restitución en especie y “cumplimiento específico”, que en algunos casos confundieron.

70. La Demandada alegó que las “Demandantes confunden ‘derecho a la restitución’ con derecho a cumplimiento específico. No son cosas idénticas. El cumplimiento específico no es más que una forma de restitución” (véase el párrafo 16 del escrito de Dúplica de la Demandada). Algunos párrafos después, en su escrito de Dúplica, la Demandada comentó que “[e]n *LIAMCO*, la principal reclamación del inversionista consistía en que se le efectuara una restitución en especie (‘*restitutio in integrum*’) [...]”. El árbitro rechazó el supuesto derecho de *LIAMCO* a un cumplimiento específico del acuerdo de concesión [...]” (véase el párrafo 19 del escrito de Dúplica de la Demandada). Según el texto de esos dos pasajes de los escritos presentados por la Demandada, ésta parece alegar que la restitución es el amparo que ha de obtenerse, a través, por una parte, de un acto denominado indistintamente, por un lado como “restitución en especie”, “*restitutio in integrum*” o cumplimiento específico, y, por otro lado, como indemnización. (traducción de las citas es del Tribunal)

71. No obstante, en otras partes de sus manifestaciones, la Demandada asimila el remedio consistente en la restitución con la “*restitutio in integrum*” y, de hecho, el que la

Demandada se base en la definición de “*restitutio in integrum*”, dada por Lauterpacht implica esa asimilación. La definición de Lauterpacht es la siguiente: “Este principio significa que la persona perjudicada sea colocada en la posición que ocupaba antes de que se produjera el acto o la omisión lesiva; significa que [...] se tiene en cuenta no sólo el *damnum emergens*, sino también el *lucrum cessans*”¹¹ (véase el párrafo 24 del Escrito de Dúplica de la Demandada) (traducción del Tribunal). Aquí, la reparación solicitada es la *restitutio in integrum*, y puede obtenerse mediante una indemnización que abarque el *damnum emergens* y el *lucrum cessans*. Al parecer, *restitutio in integrum* se asimila aquí a lo que primero se denominó “restitución”.

72. A juicio del Tribunal, no es muy útil utilizar la expresión específica “restitución”, sea que se distinga de *restitutio in integrum*, sea que se asimile a ésta, dada la confusión que ello crea. No obstante, el razonamiento del Tribunal no concluye ahí, ya que la expresión “*restitutio in integrum*” no se utiliza en forma inequívoca en la esfera internacional; de hecho, las dos acepciones diferentes utilizadas por la Demandada, tal como más arriba se destaca, no son más que un ejemplo del uso doble de esta expresión en la doctrina y la jurisprudencia internacionales. De hecho, la expresión *restitutio in integrum* se utiliza en algunos casos en el sentido de reparación plena, y en otros como restitución en especie.

73. En consecuencia, el Tribunal prefiere basarse en el principio de que la parte lesionada por un acto ilegal debe recuperar su integridad, y que el remedio consiste en una plena reparación, y no en la “restitución”, ni en la “*restitutio in integrum*”, aunque la

¹¹ *Private Law Sources and Analogies of International Law* (1927), página 147.

reparación plena en algunos casos se denomina *restitutio in integrum*. La reparación plena puede lograrse a través de la restitución en especie, que es sinónimo de cumplimiento específico, pero si éste no es posible, puede lograrse a través de una indemnización monetaria cuyo monto corresponda al valor que tendría la especie restituida. Aunque a juicio del Tribunal la expresión “*restitutio in integrum*”, en sentido estricto, debería reservarse al restablecimiento de la integridad de la parte lesionada, y las expresiones “restitución en especie” y “cumplimiento específico” deberían utilizarse exclusivamente para designar una de las modalidades de reparación (siendo la otra la indemnización), esa no es la manera en que esas expresiones se utilizan de manera uniforme, lo que causa dificultades. Como más adelante se verá, la posición de las Demandantes se basa precisamente en una confusión entre *restitutio in integrum*, que es una obligación de resultado —a la que efectivamente podrían tener derecho, y restitución en especie, que es una obligación de medios— a la que no tienen derecho.

74. En conclusión, como la expresión *restitutio in integrum* en algunos casos se utiliza como sinónimo de reparación plena y en otros casos —y, de hecho, con mayor frecuencia— como sinónimo de restitución en especie¹², el Tribunal, en las circunstancias del caso, utilizará la expresión “cumplimiento específico” en relación con la solicitud de las Demandantes de que se les restituyan sus derechos adquiridos en el Bloque 15, a menos, naturalmente, que se haga referencia a los argumentos expuestos por las partes o a

¹² Este es, en realidad, el enfoque más común. Por ejemplo, en el Caso del CIADI *Víctor Pey Casado c. Chile*, *supra*, el tribunal se refirió a la consecuencia de la comprobación de que Chile había cometido un acto ilegal y declaró que “no podría ser más que, ya sea la obligación de restituir a sus legítimos propietarios las acciones reivindicadas (o sea una restitución en especie), o bien, en caso de imposibilidad de una ‘*restitutio in integrum*’, la obligación de indemnizar” (párrafo 63). En otros términos, en esta oración se toman como sinónimos las expresiones restitución (de las acciones), *restitutio in integrum* y restitución en especie (*restitution en nature*).

decisiones internacionales en que se utiliza la expresión “*restitutio in integrum*” en alguna de las dos acepciones posibles.

2. *Las Demandantes no han demostrado, en esta etapa, un derecho claramente verosímil al cumplimiento específico*

75. Las Demandantes no han sostenido que el cumplimiento específico sea el remedio único, absoluto y obligatorio en derecho internacional frente a un acto ilegal que causa perjuicios. De hecho, admiten que el cumplimiento específico es meramente el “remedio preferido” (véanse, por ejemplo, los párrafos 10, 12, 29 y 30 del Escrito de Réplica de las Demandantes), el “remedio primario” (véase, por ejemplo, el párrafo 14 del escrito de Réplica de las Demandantes), o el “remedio normal” (véase, por ejemplo, el párrafo 13 del escrito de Réplica de las Demandantes) y que el mismo sólo puede concederse cuando ello es posible. Naturalmente, el cumplimiento específico es un derecho condicional, ya que está condicionado precisamente a la posibilidad de cumplimiento, y en consecuencia no cabe cuando ello es imposible. Nunca se garantiza la restitución en especie a un demandante que ha sufrido un perjuicio. Cuando un tribunal se ocupa del asunto debe necesaria y lógicamente establecerse si la restitución en especie es posible o imposible. A esta altura no es objeto de controversia que a los efectos de restablecer la integridad de un reclamante perjudicado debe accederse a su pedido de cumplimiento específico, a menos que ello sea imposible o desmesurado en comparación con la indemnización. En otros términos, en caso de perjuicios sufridos como consecuencia de un acto ilegal, el reclamante perjudicado tiene derecho al cumplimiento específico, a menos que éste sea imposible. Ello no significa que el reclamante lesionado tenga derecho a obtener del tribunal una orden de cumplimiento específico. No obstante, eso es precisamente lo que

las Demandantes pretenden, como surge, por ejemplo, de su Solicitud de Arbitraje (véase el párrafo 76 de la misma):

“A menos que se ordene inmediatamente a las Demandadas cesar o abstenerse de ese tipo de actos y restablecer el derecho de OEPC a efectuar la operación y explotación que le corresponden del Bloque 15, ello hará irreversibles las consecuencias de los incumplimientos de las Demandadas y resultará imposible conceder a las Demandantes el remedio de la *restitutio in integrum* que solicitan en el presente arbitraje”. (énfasis agregado) (traducción del Tribunal)

76. Por lo tanto, lo que el Tribunal debe establecer es si el cumplimiento específico solicitado por las Demandantes es posible o imposible en las circunstancias del presente caso.

77. Si, por ejemplo, se han destruido bienes, resulta sumamente claro que la restitución en especie es imposible. La cuestión se vuelve más complicada cuando el supuesto acto ilegal ha puesto fin a una situación legal, como una licencia o un contrato. ¿Cuándo puede decirse que es imposible la restitución en especie, es decir el cumplimiento específico de derechos emanados de una situación legal existente antes de que se cometiera el supuesto acto ilegal?

78. Las Demandantes consideran que el cumplimiento específico no es imposible en casos como el aquí considerado, en que la reclamación se basa en la terminación, por parte de un Estado, de una concesión de recursos naturales. Sostienen que “la restitución en especie es un remedio válido del derecho internacional” (traducción del Tribunal) para recuperar una concesión, licencia u otro bien ilícitamente expropiado por el Estado (véase el párrafo 24 del escrito de Réplica de las Demandantes). No obstante, el Tribunal no conoce ningún caso en que un tribunal del CIADI haya hecho lugar a un pedido de cumplimiento específico contra un Estado, como el que las Demandantes pretenden en el

presente arbitraje. Sin embargo, esa no es, naturalmente, una razón suficiente para denegar ese remedio. Tal como lo declaró el tribunal del CIADI en el caso *Maffezini*, “la ausencia de precedentes no es un factor necesariamente determinante de nuestra competencia para ordenar medidas provisionales en un caso en el que tales medidas sean de aquellas comprendidas en el marco de las Reglas de Arbitraje, y su adopción sea necesaria a la luz a las circunstancias”¹³. En su escrito de Dúplica, la Demandada expresa que “las Demandantes solicitan al Tribunal que sienta jurisprudencia internacional” (véase el párrafo 1 del Escrito de Dúplica de la Demandada) (traducción del Tribunal). Naturalmente, este Tribunal no vacilará en sentar jurisprudencia si llega a la conclusión de que ésta tiene firmes fundamentos jurídicos. No obstante, a juicio del Tribunal, las conclusiones a las que llegaron las Demandantes en el presente caso, carecen de un fundamento jurídico sólido.

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 reconoce el hecho de que un tribunal internacional, en el caso *Texaco c. Libia*, hizo lugar a un pedido de cumplimiento específico de ese tipo —con el nombre de *restitutio in integrum*— en el contexto de una nacionalización, pero ese caso es la vez singular y específico en los hechos. En realidad, el árbitro, en ese caso, insistió en el hecho de que el cumplimiento específico no podía considerarse imposible

¹³ *Maffezini c. España*, *supra*, párrafo 5. Véase también *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/08, Resolución Procesal No. 3, fechada el 18 de enero de 2005, en que el tribunal CIADI declaró que “el Demandado se [...] equivoca al alegar que una solicitud de medidas provisionales debe estar respaldada por un precedente jurisprudencial del CIADI” (párrafo 11) (traducción del Tribunal).

porque el Estado demandado no había comparecido ante el tribunal para proporcionar información referente a la imposibilidad de dicho cumplimiento:

“[E]l Tribunal no pierde de vista la consideración de que la solución de principio, consistente en la *restitutio in integrum*, no debe considerarse cuando el cumplimiento específico es absolutamente inconcebible o cuando se ha creado una situación irreversible. Esto al parecer no puede afirmarse en el presente caso, por lo menos hasta que se obtenga información adicional [...]. [...] El Tribunal debe tener presente que sólo el demandado podría haber estado en condiciones de aportar información tendiente a establecer una absoluta imposibilidad, que escape a su control, que haya eliminado la posibilidad de reponer las cosas a su estado anterior, y el Tribunal no puede más que lamentar, nuevamente, que el demandado parezca haber considerado necesario acogerse al argumento del incumplimiento”¹⁴. (traducción del Tribunal)

80. En otros dos casos de Libia, la expresión *restitutio in integrum* se utilizó también en la acepción de cumplimiento específico o restitución en especie. En ninguno de esos dos casos se hizo lugar a esa solicitud de amparo. Los tribunales consideraron que ese remedio —el cumplimiento específico— era imposible en el contexto de una nacionalización. En el caso de *LIAMCO c. Libia*, el árbitro mencionó el tratado de V.S. Friedman de 1953 titulado *Expropriation in International Law*, en que se afirma: “[E]s imposible obligar a un Estado a efectuar una restitución, lo que constituiría, de hecho, una interferencia intolerable en la soberanía interna de los Estados”¹⁵. El árbitro concluyó que las demandas de LIAMCO con respecto al remedio de la *restitutio in integrum* “no

¹⁴ *Texaco Overseas Petroleum Co. y California Asiatic Oil Co. c. República Árabe Libia*, 17 I.L.M. 1 (1978), párrafo 112.

¹⁵ *Libya American Oil Company (LIAMCO) c. República Árabe Libia*, 20 I.L.M. 1 (1981), página 63. La misma cita fue hecha por la Demandada (véase el párrafo 23 del Memorial de Contestación de la Demandada).

eran jurídicamente fundadas, por lo cual correspondía rechazarlas”¹⁶. En el caso *BP c. Libia*, el análisis y las conclusiones del árbitro fueron idénticos:

“Una regla de razonabilidad conduce por lo tanto a una conclusión que es congruente con el derecho internacional, tal como surge de la práctica de los Estados, y al derecho de los tratados, y al principio rector del derecho inglés y estadounidense de los contratos, consistente en que si un Estado, en ejercicio de sus potestades soberanas, ha incurrido en una violación fundamental de un acuerdo de concesión, repudiando este último a través de la nacionalización de la empresa y de sus activos en forma tal que implique intención, el concesionario no tiene derecho a exigir el cumplimiento específico del acuerdo por parte del Gobierno ni el restablecimiento de sus derechos contractuales, sino que su único remedio es una acción de daños y perjuicios”¹⁷.

(Traducción del Tribunal)

81. En el caso del CIADI *CMS Gas Transmission c. Argentina*, que es más reciente, el Tribunal, si bien admitió que “[l]a restitución es, sin lugar a dudas, la alternativa más adecuada para resarcir a la parte perjudicada, por cuanto tiene la finalidad de restablecer la situación que existía antes del acto ilícito”, llegó a la conclusión de que “[habría sido] enteramente ajeno a la realidad que el Tribunal ordenara al Demandado que regres[ara] a la aplicación del marco regulatorio existente antes de la adopción de las medidas de emergencia”¹⁸.

82. No obstante, no basta que el cumplimiento específico sea posible para que pueda reconocerse ese derecho a un reclamante: aunque sea posible, de todos modos debe rechazarse si impone una carga excesivamente pesada a la parte contra la que se dirige.

¹⁶ Ídem, página 65.

¹⁷ *BP Exploration Company (Libya) Limited c. República Árabe Libia*, 52 I.L.R. 297 (1974), página 354.

¹⁸ *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo fechado el 12 de mayo de 2005, párrafo 406.

Vale la pena mencionar, a este respecto, el Artículo 35 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la CDI:

*“Artículo 35
Restitución*

El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución:

- a) No sea materialmente imposible;
- b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización”.

83. La cuestión fue expuesta claramente en el caso *CMS*, en que el tribunal declaró lo siguiente:

“La restitución es el estándar utilizado para restablecer la situación imperante antes de cometerse el acto ilícito, siempre que ello no sea materialmente imposible y que no dé por resultado una carga desproporcionada en comparación con la indemnización”¹⁹. (se omiten las citas)

84. El segundo requisito puede resumirse en los términos siguientes. Para establecer si es posible el cumplimiento específico, el Tribunal debe considerar los derechos de las Demandantes y de la Demandada. Imponer a un Estado soberano la obligación de restituir a un inversionista extranjero la calidad de concesionario, tras una nacionalización o la terminación, por parte del Estado, de una licencia o contrato de concesión, constituiría una reparación desproporcionadamente mayor, en cuanto a interferencia con la soberanía del Estado, que la indemnización monetaria.

85. Los comentaristas jurídicos han expresado también la conclusión de que es imposible obligar a un Estado a restituir a un inversionista extranjero la calidad de

¹⁹ Ídem, párrafo 400.

concesionario de una concesión dada por terminada por el Estado. Oscar Schachter, por ejemplo, ha comentado que “[s]i bien en principio corresponde cumplir la obligación de restablecer la situación que existía antes de la transgresión, puede haber razones materiales y sociales que hagan ‘imposible’ o ‘impracticable’ para el Estado ofensor el restablecimiento de la situación en su estado anterior” (traducción del Tribunal)²⁰. El remedio adecuado, cuando se ha cometido un acto internacionalmente ilegal, es la indemnización, considerada como el equivalente de la restitución en especie. Una solución de este tipo establece el equilibrio requerido entre la necesidad de proteger los derechos del inversionista extranjero y el derecho del Estado receptor de la inversión de hacer efectivo el control de sus recursos naturales.

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. La opinión del Tribunal, en esta etapa del procedimiento, es que no existe un derecho de ese género. En consecuencia, las Demandantes no han demostrado que sea conveniente que el Tribunal conceda una medida provisional como la que pretenden las Demandantes a través de su solicitud sobre “notificación de transferencia a un tercero”.

3. De todos modos, no existe necesidad ni urgencia de conceder la medida solicitada para evitar un daño inminente e irreparable

87. Sólo puede dictarse una orden de medidas provisionales cuando se llega a la conclusión de que éstas son necesarias y urgentes para evitar perjuicios inminentes e

²⁰ Oscar Schachter, *International Law in Theory and in Practice*, 178 *Collected Courses (Academia de Derecho Internacional)* 188 (1982), pág. 190.

irreparables. A la luz de la prueba reunida, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que aunque haya existido derecho al cumplimiento específico, no existe, de parte del Gobierno ecuatoriano, un plan de transferencia inminente del Bloque 15, ni por lo tanto riesgo de perjuicios irreparables.

(a) No existe necesidad ni urgencia

88. En su Solicitud, las Demandantes se basaron en el supuesto de que Ecuador “amenaza con conceder el Bloque 15 a otras compañías” (véanse el párrafo 4, así como los párrafos 50 y siguientes de la Solicitud de las Demandantes). No obstante, como lo reconocieron las propias Demandantes, “[e]n la actualidad las Demandantes ignoran qué camino se propone seguir Ecuador con respecto al futuro operador del Bloque 15” (véase el párrafo 54 de la Solicitud de las Demandantes). En su Solicitud, las Demandantes hacen referencia a un vago compromiso asumido por el Gobierno de Ecuador a ese respecto. Las Demandantes manifestaron (véase el párrafo 53 de su Solicitud):

“No obstante, el 15 de agosto, tras anunciar que una compañía de propiedad estatal independiente operaría el Bloque 15, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Embajada de Indonesia en Ecuador anunciaron que el 2 de agosto habían suscrito un acuerdo para que la compañía petrolera de propiedad estatal indonesia, PT Pertamina, desarrollara operaciones en una zona petrolífera no identificada de Ecuador, en cooperación con Petroecuador”. (énfasis agregado)

(Traducción del Tribunal)

89. En otros términos, las Demandantes promueven la adopción de una medida provisional encaminada a impedir un acto que ni siquiera tienen certeza de que se esté programando. Ese no es el objeto de una medida provisional. Las medidas provisionales no están destinadas a brindar protección frente a los perjuicios potenciales o hipotéticos a

que puedan dar lugar actos de los que no existe certeza, sino a brindar protección a la parte solicitante frente a perjuicios inminentes.

90. A juicio del Tribunal, el perjuicio cuya protección pretenden las Demandantes es hoy aún más hipotético, dadas las repetidas aseveraciones formuladas en la audiencia por el Gobierno ecuatoriano, según las cuales no existe un proyecto inminente de transferir el Bloque 15 a una tercera compañía. Además, si bien durante la audiencia Ecuador manifestó repetidamente al Tribunal que no tenía intención de ceder el Bloque 15 a otra compañía, al Tribunal, a los efectos de la presente decisión, le basta citar la manifestación, sumamente clara y enfática, del abogado del Gobierno ecuatoriano: “[n]o existe un plan, no existe la intención. No existe ningún indicio de la posibilidad de que se cambie la opinión de no traspasar el Bloque 15. [...]No ha habido esfuerzo ni plan ni indicio de que vaya a modificarse la intención del Ecuador en este momento o en cualquier otro” (véanse transcripciones del día 2 de la audiencia, páginas 344 y 345)²¹. La carga de probar la necesidad urgente que alegaban recaía sobre las Demandantes, quienes no la asumieron.

91. Por lo tanto, el Tribunal concluye que no existe peligro inminente de daño; tampoco siquiera una inminente probabilidad de daño, que justifique la solicitud de la compañía de que se le notifique por anticipado en caso de que el Gobierno ecuatoriano decida celebrar un contrato con un tercero para la exploración y explotación del Bloque 15.

²¹ Véase también, por ejemplo, la declaración testimonial del Sr. Wilson Pástor Morris (Gerente General del Bloque 15) de fecha 18 de abril de 2007, que establece lo siguiente (párrafo 34): “No existen planes de ceder o transferir a cualquier otra parte. En ningún momento se ha dado consideración alguna a tal cesión o transferencia por parte de Petroecuador, Petroproducción o la Unidad del Bloque 15”.

(b) No existe riesgo de daño irreparable

92. Además, el Tribunal no percibe peligro alguno de detrimento irreparable de los derechos de las Demandantes aunque la Demandada efectivamente celebrara un contrato de ese tipo. Todo perjuicio que se produzca como consecuencia de la terminación de los contratos del Bloque 15, si posteriormente el Tribunal la declarara ilegal, podría fácilmente indemnizarse a través de una condena monetaria.

93. Finalmente, 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; en este caso para los derechos de un Estado soberano. Aunque existiera un derecho de restitución de la calidad de concesionario del Bloque 15, ese derecho estaría condicionado a que se concluyera que la terminación del contrato de concesión ha sido ilegal. Si no se llega a esa conclusión la Demandada tiene derecho a controlar y operar el Bloque 15 como lo considere conveniente, y una medida provisional que obligue a Ecuador a notificar con antelación una eventual decisión de celebrar un nuevo contrato iría en detrimento de los derechos soberanos de ese país sobre aquellos de sus bienes que tenga en su poder en forma lícita. Esa medida provisional contravendría la norma, firmemente establecida, de que las medidas provisionales deben “salvaguardar los respectivos derechos de las partes” (Artículo 47 del Convenio del CIADI). Esta norma es reconocida por las Demandantes en su Solicitud cuando manifiestan que “[e]s un principio jurídico firme que las medidas provisionales son apropiadas cuando ‘es probable que se adopten medidas que vayan en detrimento de los derechos de cualquiera de las dos partes antes de que se adopte [una]

decisión definitiva” (véase el párrafo 31 de la Solicitud de las Demandantes, destaque agregado) (traducción del Tribunal)²².

94. Por todas estas razones, el Tribunal rechaza la solicitud de las Demandantes sobre “notificación de transferencia a un tercero”, y sus enmiendas, en que se pide al Tribunal que ordene al Estado ecuatoriano “[q]ue notifique y haga notificar por Petroecuador al Tribunal y a las Demandantes, con no menos de sesenta días de anticipación, la eventual celebración de un acuerdo contractual con un tercero para la operación del Bloque 15 y los Yacimientos Unificados” (traducción del Tribunal).

D. El supuesto derecho a que no se agrave la diferencia

95. Las Demandantes formulan su solicitud sobre el “oleoducto de OCP” para prevenir la agravación de la diferencia. A este respecto el Tribunal recuerda que el financiamiento del oleoducto de OCP debía lograrse a través de la firma de compromisos de despacho o pago por parte de las compañías petroleras extranjeras que participaron en el proyecto de OCP. El 30 de enero de 2001, OEPC celebró un Acuerdo Inicial de Transporte y asumió compromisos de despacho o pago referentes al Bloque 15. En virtud de esos compromisos la OEPC debía remitir 70.000 barriles diarios o pagar las tarifas correspondientes a capacidad no utilizada. Por lo tanto OEPC adeuda a OCP S.A. aproximadamente US\$100.000 diarios por concepto de pago de tarifas por capacidad reservada del Bloque 15, pese a que debido a la expropiación no está despachando petróleo por el oleoducto. Como las Demandantes ya no están en condiciones de

²² En que se cita *Case Concerning Passage Through the Great Belt, supra*, párrafo 23; *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Resolución Procesal No. 3, fechada el 18 de enero de 2005, párrafo 8 (en que se cita el caso *Great Belt, supra*), así como *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Resolución Procesal No. 1, fechada el 31 de marzo de 2006, párrafo 76.

despachar petróleo del Bloque 15, deben cumplir su obligación de pagar por capacidad no utilizada. Por esta razón solicitan al Tribunal que imponga a la Demandada la obligación de acreditar a la capacidad de OEPC el porcentaje de petróleo despachado del Bloque 15 y que corresponda a la participación de las Demandantes.

1. *La existencia, en el derecho internacional, de un derecho a que no se agrave la diferencia*

96. No es objeto de controversia que pueden disponerse medidas provisionales para evitar la agravación de una diferencia, y los tribunales internacionales en muchos casos las han dispuesto. Este principio general fue invocado por el Tribunal en los siguientes términos en el caso del CIADI de *Víctor Pey Casado c. Chile*:

“Se trata del principio general, frecuentemente afirmado en la jurisprudencia internacional, judicial o arbitral, en virtud del cual *‘cualquiera de las partes en un litigio tiene la obligación de abstenerse de todo acto u omisión susceptibles de agravar el litigio o de hacer más difícil la ejecución del laudo a intervenir’*”²³.

97. No obstante, las medidas provisionales, cuando se disponen como medidas necesarias para prevenir la agravación de la diferencia, siempre han estado encaminadas a regular el comportamiento de las partes de la diferencia, sea que consistieran en medidas necesarias para mantener —o restablecer— la paz entre ellas, sea a impedir que una de las partes iniciara o llevara adelante litigios paralelos, por ejemplo ante los tribunales nacionales, afectando directamente en consecuencia los procedimientos internacionales. Las medidas provisionales no están destinadas meramente a atenuar la gravedad final de los daños y perjuicios. De hecho, si ese fuera su propósito, un demandante podría valerse de ellas en casi todos los casos. En toda situación resultante de un acto ilegal, el mero

²³ *Supra*, página 593.

transcurso de tiempo agrava los perjuicios cuya indemnización en definitiva puede ordenarse, y es notorio que ésta no es una base suficiente para ordenar medidas provisionales.

2. *La medida provisional solicitada no garantiza que la diferencia no se agrave*

98. Aunque existe un derecho general a que la diferencia no se agrave, a juicio del Tribunal en el presente caso, la finalidad de la solicitud sobre el “oleoducto de OCP” no consiste *per se* en evitar la agravación de la diferencia, sino más bien la agravación de los daños y perjuicios resultantes de una diferencia ya existente. En su Solicitud, las Demandantes admiten que “[p]érdidas puramente económicas fácilmente indemnizables mediante una condena en daños y perjuicios monetarios no justifican la adopción de medidas provisionales” (véase el párrafo 89 de la Solicitud de las Demandantes). La Demandada formula ese mismo argumento, al destacar que “[e]s axiomático que el perjuicio no es irreparable si es posible restablecer la integridad de la parte perjudicada mediante una indemnización monetaria” (véase el párrafo 6 del escrito de Dúplica de la Demandada; véase también el párrafo 5 del Memorial de Contestación de la Demandada). Resulta sumamente claro que las Demandantes, en esta etapa del procedimiento, están meramente tratando de reducir la suma de dinero que reclamarán una vez finalizados estos procedimientos, como lo ponen de manifiesto sus propios escritos. En su Solicitud, explican que solicitan esta medida porque la situación existente “en visión prospectiva, [las obliga] innecesariamente... a incurrir en daños adicionales, pero evitables” (véase el párrafo 32 de la Solicitud); y en su escrito de Réplica insisten en que esta medida “se requiere para reducir un tipo de daños y perjuicios en continuo crecimiento” (véase el párrafo 84 de dicho escrito). Como la solicitud sobre el “oleoducto de OCP” no está

encaminada a evitar que la diferencia se agrave, sino simplemente a que no se incrementen los daños y perjuicios alegados, no se trata de una medida provisional que el Tribunal esté facultado para disponer.

99. Los daños, en el presente caso, son exclusivamente “adicionales”, y los daños de ese tipo pueden indemnizarse en términos monetarios, por lo cual no existe necesidad ni urgencia de disponer una medida provisional que los impida. De todos modos, al Tribunal le resulta difícil ver de qué manera no disponer la medida sobre el “oleoducto de OCP” haría más difícil resolver la diferencia existente.

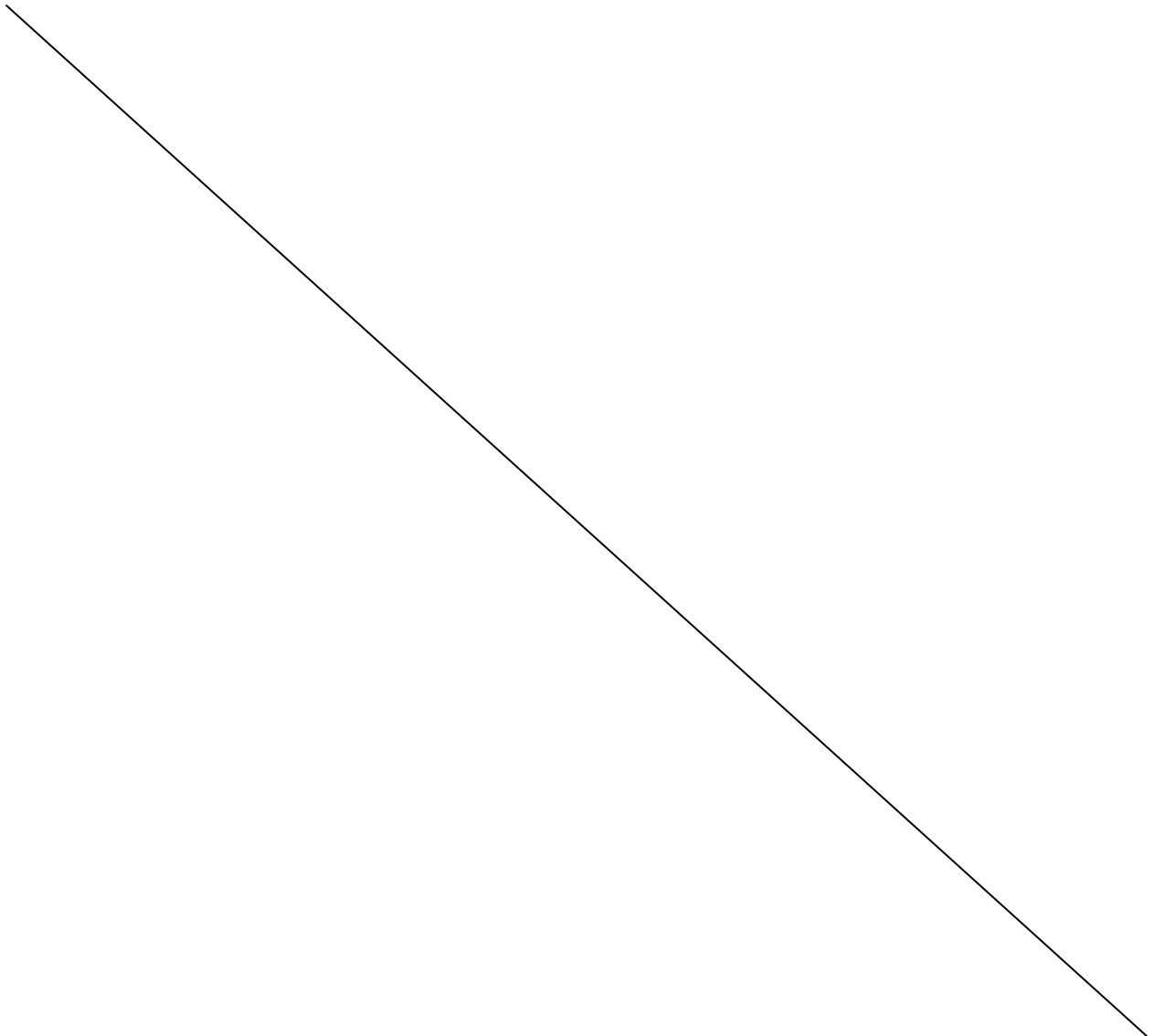
100. Por todas esas razones, el Tribunal rechaza lo que representa una reclamación de mitigación de daños y perjuicios, y en forma más precisa rechaza la solicitud de las Demandantes sobre el “oleoducto de OCP”, encaminada a hacer que Petroecuador celebre “un acuerdo contractual con OEPC para el despacho de 42.000 barriles diarios de crudo de la capacidad reservada no utilizada de OEPC en el OCP, a una tarifa de US\$1,46 por barril”. (traducción del Tribunal)

VI. DECISIÓN

101. Por las razones aquí expresadas, el Tribunal, tras haber examinado los respectivos argumentos escritos y orales de las partes, concluye por unanimidad que a esta altura del procedimiento, las razones invocadas por las Demandantes no justifican el que se haga lugar a las medidas que pretenden. En resumen, las Demandantes no han demostrado que en las circunstancias del caso se justifique la adopción de medidas provisionales. En consecuencia, por la presente el Tribunal rechaza la Solicitud enmendada de las Demandantes.

102. La presente Decisión se dicta sin perjuicio de todas las cuestiones sustanciales objeto de la diferencia, y no debe considerarse como prejuzgamiento sobre ninguna cuestión fáctica o jurídica referente a la jurisdicción ni sobre los aspectos de fondo del presente caso.

103. Nada se dispondrá sobre las costas en esta etapa del procedimiento.



Hecho en Washington, D.C.

[firma]

Profesora Brigitte Stern

[firma]

David A.R. Williams, Q.C.

[firma]

L. Yves Fortier, C.C., Q.C.

Presidente

Fecha: 17 de agosto de 2007