

IMPUESTOS SOBRE GANANCIAS
EXTRAORDINARIAS (WINDFALL
TAXES) Y MEDIDAS PROVISIONALES:
CUATRO CASOS RECIENTES*

*WINDFALL TAXES AND PROVISIONAL
MEASURES: FOUR RECENT DECISIONS*

XIMENA HERRERA-BERNAL**

Fecha de recepción: 27 de septiembre de 2009

Fecha de aceptación: 5 de octubre de 2009

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO CITE THIS ARTICLE

Ximena Herrera-Bernal, *Impuestos sobre ganancias extraordinarias (Windfall taxes) y medidas provisionales: cuatro casos recientes*, 15 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 125-154 (2009).

* Artículo de revisión producto de la agenda académica de la autora. Las apreciaciones hechas en este artículo son resultado de la visión particular de la autora y en ninguna medida expresan la visión de la firma donde trabaja.

** Abogada del Grupo de Arbitraje Internacional de Shearman & Sterling LLP (París). Abogada graduada de la Universidad de los Andes (Bogotá). LLM Harvard Law School. Contacto: ximena.herrera@shearman.com.

RESUMEN

Este artículo revisa cuatro decisiones recientes, que otorgan medidas provisionales requeridas por los demandantes en cuatro arbitrajes de inversiones, a saber: las decisiones de tribunales CIADI en los casos *City Oriente v. Ecuador and Petroecuador*, *Perenco v. Ecuador and Petroecuador*, *Burlington v. Ecuador and Petroecuador* y las decisiones en el caso SCC de *Sergei Paushok v. Mongolia*. En la descripción de estas decisiones, el artículo analiza la tensión entre el derecho del Estado a implementar su política monetaria y los poderes de un tribunal arbitral para imponer restricciones a su ejecución vía medidas provisionales, pendiente la resolución de fondo de la controversia.

Palabras clave autor: Ganancias extraordinarias, medidas provisionales, Burlington, City Oriente, Paushok.

Palabras clave descriptor: Impuestos, derecho internacional, estudio de casos, impuestos sobre beneficios extraordinarios.

ABSTRACT

The article looks at four recent decisions granting provisional measures requested by the Claimants in four investment arbitrations, namely the decisions of the ICSID tribunals in the City Oriente v. Ecuador and Petroecuador case, the Perenco vs. Ecuador and Petroecuador, Burlington v. Ecuador and Petroecuador case and the decisions in the SCC case of Sergei Paushok v. Mongolia. In describing these decisions the article looks at the tension between the State's right to implement its monetary policy and the powers of an arbitral tribunal to impose restrictions to its enforcement via provisional measures pending the resolution of the dispute on its merits.

Key words author: *Windfall Taxes, provisional measures, Burlington, City Oriente, Paushok.*

Key words plus: *Taxation, International Law, Case studies, Excess Profits Tax.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. FACULTADES REGULATORIAS DE LOS ESTADOS EN MATERIA TRIBUTARIA Y MEDIDAS PROVISIONALES.- II. CUATRO DECISIONES RECIENTES.- A. *Antecedentes de los casos City Oriente vs. Ecuador, Perenco vs. Ecuador y Burlington vs. Ecuador.- B. Caso City Oriente vs. Ecuador.- C. Caso Perenco vs. Ecuador.- D. Sergei Paushok y otros vs. el Gobierno de Mongolia.- E. Caso Burlington vs. Ecuador.- III. CONCLUSIONES.- BIBLIOGRAFÍA.*

INTRODUCCIÓN

El presente artículo busca introducir y contextualizar la reflexión sobre el otorgamiento de medidas provisionales por parte de tribunales arbitrales para evitar cobros coactivos, por parte de los Estados a inversionistas extranjeros, de impuestos sobre ganancias extraordinarias (I), para luego enfocarse en cuatro decisiones recientes sobre el tema (II) y, por último, ofrecer algunas observaciones y conclusiones al respecto (III).

I. FACULTADES REGULATORIAS DE LOS ESTADOS EN MATERIA TRIBUTARIA Y MEDIDAS PROVISIONALES

La facultad de los Estados de regular su política tributaria constituye una de las expresiones cardinales de su soberanía. La prerrogativa de imponer tributos, como herramienta de manejo económico, ha sido por tanto una de las más celosamente protegidas por los Estados.¹ La progresiva liberalización económica y, en particular, la necesidad de los países importadores de capital de atraer inversión han impulsado a esos países a utilizar su política fiscal a fin de obtener capital foráneo. No obstante, los cambios políticos en los Estados –usualmente ligados a cambios de partidos en el poder y a visiones socioeconómicas– se expresan muy a menudo en cambios en la política fiscal y en el tratamiento de la inversión extranjera. Por tanto, no es sorprendente que, hoy, un gran número de las disputas relativas a inversión se refiera a materias tributarias.

En este contexto, la tensión entre los poderes regulatorios del Estado en materia fiscal y los intereses de los inversionistas se pone de manifiesto. La exclusión o limitación de algunas cuestiones fiscales o tributarias del ámbito de aplicación de

1 Thomas Wälde & Abba Kolo, *Coverage of Taxation under Modern Investment Treaties*, en *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 308, 114 (Oxford University Press, Oxford, New York, 2008).
Jinyan Li, *Tax Sovereignty and International Tax Reform: The Author's Response*, 52 *Canadian Tax Journal*, 1, 141-148, 141 (2004).

ciertos tratados bilaterales o multilaterales de inversión es una expresión del celo de los Estados por mantener el control de su política fiscal.² No obstante lo anterior, las disputas relativas a los efectos expropiatorios de medidas fiscales o la disminución de la rentabilidad esperada de la inversión como consecuencia de medidas fiscales o cambios en el régimen impositivo se encuentran en el centro de un gran número de arbitrajes de inversión.

Un tema que ha cobrado especial relevancia en este ámbito es el de los *Windfall Taxes* o Impuestos a las Ganancias Extraordinarias. A pesar de la popularidad de este tipo de medida como instrumento de redistribución de la riqueza, su aplicación e implementación no sólo es controversial, desde un punto de vista económico, en cuanto puede llegar a desincentivar la inversión, sino también desde un punto de vista jurídico, puesto que su aplicación puede ir en contra de lo acordado con los inversionistas. En efecto, como lo señalan con gran claridad ciertos autores, mientras que para un individuo resultaría difícil aumentar el precio de venta de unos activos, una vez celebrada la compraventa en razón de que, con posterioridad a la transacción, los mismos subieron de precio, un Estado posee mecanismos para obtener un mayor beneficio, mediante cambios en la política fiscal cuando una actividad económica resulta más rentable de lo esperado.³ Que un Estado se prevalga de su potestad regulatoria para obtener una mayor proporción de las utilidades repugna a los inversionistas acostumbrados a calcular su actividad comercial como entidades privadas.

En este marco conceptual, las siguientes decisiones sobre medidas provisionales resultan de interés: la decisión del Tribunal Arbitral del 8 de mayo de 2009, en el caso *Perenco Ecuador Ltda.*

2 A modo de ilustración sobre estas limitaciones, el Artículo 21 del Tratado sobre la Carta de la Energía estipula: “*Tributación: 1) A no ser que se disponga lo contrario en el presente artículo, no existe disposición alguna en el presente Tratado que establezca derechos o imponga obligaciones con respecto a las medidas impositivas de las Partes*” y el Artículo 13 del Tratado entre el Gobierno de Estados Unidos de América y el Gobierno de la República de Bolivia relativo al Fomento y la Protección Recíproca de la Inversión, suscrito el 17 de abril de 1998, que dispone que salvo las excepciones estipuladas en el mismo, “*Ninguna disposición del presente Tratado impondrá obligaciones con respecto a asuntos fiscales*”.

3 Thomas Wälde & Abba Kolo, *Renegotiating Previous Governments' Privatization Deals: The 1997 UK Windfall Taxes on Utilities and International Law*, 19 *Northwestern Journal International Law & Business*, 405 (1998-1999).

vs. la República de Ecuador y la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador; la decisión del 19 de noviembre de 2007 en el caso *City Oriente Limited vs. la República de Ecuador y la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador*; la decisión del 2 de septiembre de 2008, en el arbitraje bajo el reglamento CNUDMI en el caso de *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company, CJSC Vostokneftegaz Company vs. el Gobierno de Mongolia*; y la dictada el 29 de junio de 2009, en el caso *Burlington Resources y otros vs. la República de Ecuador y la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador*.

Si bien es cierto que en estos casos aún no hay decisiones de fondo (las partes llegaron a un acuerdo en el caso *City Oriente*⁴) y habrá entonces que esperar el laudo final para poder formarse una idea de la manera como los tribunales arbitrales valoran los efectos de estas medidas tributarias sobre la inversión y bajo el marco de los tratados bilaterales de inversión (TBI) aplicables, los análisis de los tribunales arbitrales respecto al otorgamiento de medidas provisionales en estos casos son interesantes.

En efecto, si bien al conceder o denegar una medida provisional un tribunal no prejuzga el fondo de la controversia, la medida entraña un cálculo y una visión sobre los posibles efectos que las medidas adoptadas para dar aplicación a una ley que establece un impuesto sobre ganancias extraordinarias pueden tener para el inversionista. Igualmente, debe tenerse en cuenta que el no prejuzgar el fondo no significa que un tribunal no valore la seriedad de un reclamo para considerar el otorgamiento de medidas cautelares y, por tanto, efectúe un balance de los intereses en juego.⁵

Por otra parte, debe recordarse –como lo ha expuesto un reconocido árbitro y autor– que, al menos en lo que respecta a arbitrajes ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversión (CIADI o el Centro), la amplitud de

4 El Tribunal emitió una orden el 12 de septiembre de 2008, en la que toma nota de la decisión de las partes de discontinuar el procedimiento.

5 Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 1989 (Kluwer Law International, Alphen, 2009).

los poderes de los árbitros para dictar medidas provisionales y, en particular, la posibilidad de hacerlo antes de decidir sobre su competencia ha generado cierto recelo entre los Estados. Como lo señala dicho autor, el tema de la soberanía estatal y la diferenciación entre los términos “recomendar” u “ordenar” fue central en las discusiones de los redactores de la Convención sobre la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje.⁶ Ello, debido a la preocupación de que un tribunal privado pudiera limitar los poderes de un Estado a título precautorio y provisional. Si bien hoy la jurisprudencia arbitral reconoce ampliamente esta facultad de los tribunales, el tema no deja de ser un punto álgido que algunos Estados resienten.

En este contexto se unen por tanto dos puntos sensibles para los Estados, el que un tribunal privado “*interfiera*” con su facultad de efectuar el cobro derivado de sus impuestos y que lo haga mediante una medida provisional.

Ello tiene particular relevancia para aquellos Estados que han revaluado su posición ante el arbitraje internacional. Cabe recordar a este respecto que Ecuador no sólo notificó al CIADI su decisión de restringir el tipo de disputas que acepta someter a su jurisdicción,⁷ sino que el 6 de julio de 2009, Ecuador notificó su decisión de denunciar la Convención, la cual será efectiva desde el 7 de enero de 2010.⁸ De hecho, en apoyo a su decisión, el presidente Rafael Correa manifestó que los mecanismos del arbitraje CIADI son injustos porque “...*incluso se puede acusar a un país soberano de tener leyes muy fuertes y, con base en ello, ordenar el pago de millonarias indemnizaciones que benefician a*

6 Yves Fortier, *Interim Measures: An Arbitrator's Provisional Views*, en *Fordham Law School Conference on International Arbitration Mediation, Investor-State Arbitration* (Martinus Nijhoff Publishers, New York, 2008).

Christoph Schreuer, *The ICSID Convention – A Commentary*, paras. 2-6, 746-747, para. 27, 757 (Cambridge University Press, Cambridge, 2009).

Historia de la Convención CIADI, Vol. III, 641-643.

7 *Notificación de Ecuador conforme al Artículo 25.4 de la Convención de Washington* (comunicada a la Secretaría General del CIADI el 4 de diciembre, 2007), excluyendo del tipo de disputas que acepta someter a la jurisdicción del Centro aquellas relativas a recursos naturales.

8 *Comunicación del CIADI confirmando recepción de la notificación del Ecuador el día 6 de julio de 2009* (9 de julio, 2009). CIADI: <http://icsid.worldbank.org>.

*empresas extranjeras que no cumplieron con sus obligaciones y que perjudicaron los intereses nacionales...”*⁹

Estudiaremos a continuación el análisis y las conclusiones de los cuatro tribunales citados respecto a las medidas cautelares. Se debe aclarar que este artículo se centra en el otorgamiento de medidas cautelares, tendientes a evitar el cobro coactivo de las sumas derivas de los *windfall taxes*, sin detenerse a examinar otras medidas solicitadas como son el no adelantar procesos penales contra empleados de la compañía o la terminación del contrato.

II. CUATRO DECISIONES RECIENTES

A. Antecedentes de los casos City Oriente vs. Ecuador, Perenco vs. Ecuador y Burlington vs. Ecuador

En estos tres casos contra el Estado de Ecuador, las reclamaciones de los inversionistas se relacionan con los efectos sobre su inversión de la promulgación y posterior aplicación de la Ley 42 del 19 de abril de 2006, y los decretos reglamentarios 1672 del 11 de julio de 2006 y 662 del 4 de octubre de 2007.

La Ley 42 del 19 abril de 2006 fue el fruto de una iniciativa presidencial que buscaba obtener una mayor participación del Estado en las utilidades derivadas de la extracción petrolera, en razón del alza en el precio del petróleo. Mediante ella se estableció que las compañías bajo Contratos de Participación debían reconocer al Estado una participación de no menos del 50% de los ingresos extraordinarios generados por diferencias en el precio de mercado del crudo ecuatoriano. Esta participación se generaría cuando el precio promedio mensual de venta FOB del crudo ecuatoriano superase el precio promedio mensual de venta vigente a la fecha de suscripción del contrato, expresado a valores constantes del mes de liquidación. Esa participación

9 *Ecuador impulsará iniciativa para denunciar al CIADI* (30 de mayo, 2009). Sitio web oficial de la República del Ecuador: www.elciudadano.gov.ec.

fue posteriormente elevada de un 50% a un 99%, mediante el Decreto 662 del 4 de octubre de 2007.

B. Caso City Oriente vs. Ecuador

El 29 de marzo de 1995, City Oriente suscribió un Contrato de Participación con Petroecuador. El 10 de octubre de 2006, City Oriente presentó una demanda de arbitraje ante el CIADI, a raíz de la aplicación de la Ley 42 de 2006 y de la amenaza de resolución del contrato. En octubre de 2007, City Oriente solicitó al Tribunal que ordenara a Ecuador y a Petroecuador abstenerse de ejecutar los cobros por concepto de las sumas derivadas de la aplicación de la Ley 42 de 2006 y de adelantar cualquier procedimiento administrativo tendiente a resolver el contrato. El monto que supuestamente City Oriente adeudaba a Petroecuador y al Estado de Ecuador, al momento de la solicitud de las medidas cautelares, superaba los US\$28 millones. A la primera solicitud de medidas provisionales siguieron dos solicitudes adicionales, cuyo objetivo era que las demandadas se abstuvieran de iniciar acciones penales contra directivos de la empresa.

Mientras City Oriente argumentaba que la Ley 42 operaba una modificación de lo acordado en el contrato, Ecuador y Petroecuador sostenían que el contrato de participación no regulaba la participación del Estado respecto de ingresos extraordinarios que sobrepasaran el límite establecido en el contrato. Por tanto, Ecuador, en ejercicio de su discreción soberana, podía regular este aspecto.¹⁰

Al iniciar su análisis respecto de la solicitud de medidas provisionales, el Tribunal enfatiza la dificultad que el hecho de conceder una medida cautelar o provisional entraña cuando aún no se ha realizado un análisis de fondo y recalca que su decisión no entraña un juicio sobre los posibles efectos de la Ley 42 de

10 *City Oriente Limited vs. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador*. Caso CIADI No. ARB/06/21, Decisión sobre medidas provisionales, para. 22 (19 de noviembre, 2007).

2006 sobre el contrato. Así mismo, señala respecto del papel del Tribunal:

*...The Tribunal is very much aware that the new Law was passed by the Legislative Branch of the State of Ecuador in exercise of its legitimate and undisputed national sovereignty and that, later on, the Ecuadorian Constitutional Tribunal issued the Resolution of August 22, 2006, declaring that such enactment does not entail violation of the Constitution. It is the duty and right of the branches of the Ecuadorian Government to enact such laws as they may deem appropriate in furtherance of common good for Ecuador, and the Tribunal cannot and does not wish to interference with such law-making task. The Tribunal's role in this case is limited to disposing of any disputes arising in connection with the Contract...*¹¹

El Tribunal, tras establecer su competencia para dictar medidas provisionales bajo los artículos 47 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversión entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convención CIADI o la Convención) y la Regla 39.1 de las Reglas procesales aplicables a los procedimientos de Arbitraje CIADI (Reglas de Arbitraje), recalca el carácter vinculante de sus recomendaciones al estimar que la expresión “*recomendar*” es equivalente a “*ordenar*”. En efecto, señala que de no ser las decisiones sobre medidas provisionales vinculantes no se cumpliría su objetivo de preservar los derechos y proveer una efectiva protección judicial.¹²

A continuación, el Tribunal analiza si se cumplen los requisitos para otorgar la medida: la necesidad de las mismas para preservar de los derechos del peticionario, su urgencia y la oportunidad de las partes para ser oídas.

Respecto a la necesidad de preservar los derechos del peticionario, el Tribunal señala que City Oriente busca mantener el *statu quo* anterior a la promulgación de la Ley 42 de 2006, para

11 *City Oriente Limited vs. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador*. Caso CIADI No. ARB/06/21, Decisión sobre medidas provisionales, para 43 (19 de noviembre, 2007).

12 Respecto a la naturaleza vinculante de las decisiones sobre medidas provisionales, Christoph Schreuer, *The ICSID Convention – A Commentary*, paras. 27-29, 757-758 (Cambridge University Press, Cambridge, 2009).

amparar sus derechos bajo el contrato.¹³ De otra parte, encuentra que la condición de urgencia de la medida se cumple ya que, contrario a lo expresado en las facturas de cobro anteriores, el último recibo de cobro enviado por las demandadas establece que City Oriente debe cancelar la suma independientemente de la existencia de procedimientos en curso, lo cual constituye un intento de modificar el *statu quo*. Igualmente, sostiene que el cobro constituye un mecanismo de presión que agrava la disputa e impide el ejercicio de los derechos que City Oriente reclama.

El Tribunal concluye que su decisión de conceder las medidas solicitadas, encuentra apoyo en las decisiones sobre medidas provisionales¹⁴ en los casos *Electricity Company of Sofia-Belgium v. Bulgaria*,¹⁵ *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs. República de Chile*¹⁶ y *Ceskoslovenska Obchodni Bank, A.S. vs. República Eslovaca*.¹⁷

En lo que respecta al cobro de las sumas derivadas de la aplicación de la Ley 42 de 2006, ordena a los demandados, en aplicación de los principios de no agravación de la disputa y de *pacta sunt servanda*,¹⁸ abstenerse de su cobro a fin de mantener el *statu quo*.

C. Caso Perenco c. Ecuador

Perenco inició un arbitraje contra Petroecuador y el Estado ecuatoriano el 30 de abril de 2008. Perenco sostiene que la em-

13 *City Oriente Limited vs. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador*. Caso CIADI No. ARB/06/21, Decisión sobre medidas provisionales, para. 55 (19 de noviembre, 2007).

14 Para un análisis de la decisión, Julien Cazala, 351 *Gazette du Palais*, 23 (2008). José Ángel Rueda-García, *Provisional Measures in Investment Arbitration: Recent Experiences in Oil Arbitrations against the Republic of Ecuador*, 6 *Transnational Dispute Management*, TDM, 6, 1, 1 (March, 2009).

15 *Electricity Company of Sofia-Belgium v. Bulgaria*. Permanent Court of International Justice, PCIJ, Serie A/B, No. 79.

16 *Victor Pey Casado and President Allende Foundation vs. República de Chile*. Caso CIADI No. ARB/98/2, Decisión sobre adopción de medidas provisionales (25 de septiembre, 2001).

17 *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S., CSOB v. Slovak Republic*. Caso CIADI No. ARB/97/4, Orden Procesal No. 4 (11 de enero, 1999).

18 *City Oriente Limited vs. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador*. Caso CIADI No. ARB/06/21, Decisión sobre medidas provisionales, para. 59 (19 de noviembre, 2007).

presa estatal y el Estado han vulnerado sus derechos bajo los contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos relativos a dos bloques en la región amazónica. Así mismo, alega que el Estado ecuatoriano ha desconocido sus obligaciones bajo el Tratado Bilateral de Inversión, suscrito entre Francia y Ecuador, vigente a partir del 10 de junio de 1996.

Perenco efectuó, bajo reserva los pagos establecidos por la Ley 42 de 2006, hasta finales de abril de 2008, mientras continuaba en negociaciones con Petroecuador y el Estado. Tras la ruptura de las negociaciones, Perenco presentó su demanda de arbitraje ante el CIADI. Igualmente, dejó de efectuar los pagos pero ofreció al Ministerio de Minas y Petróleos y a Petroecuador transferir los pagos a una cuenta a nombre de un agente independiente mientras se resolvía la controversia. Tras nuevas negociaciones infructuosas, Ecuador emitió dos notificaciones para obtener el cobro coactivo de los pagos supuestamente debidos, por montos de US\$171.788.211 y US\$155.685.236, respectivamente.¹⁹

En razón de las medidas adoptadas por Ecuador para obtener el cobro coactivo de esas sumas, el 19 de febrero de 2009, Perenco presentó una solicitud de medidas provisionales ante el Tribunal Arbitral. En la misma, Perenco sostuvo la necesidad de mantener el *statu quo* y solicitó que el Tribunal dictara una orden interina mientras decidía sobre la petición de medidas provisionales.

De manera similar a lo ocurrido en el caso de *City Oriente*, en su comunicación al Tribunal del 20 de febrero de 2009, Ecuador objetó la facultad de éste de emitir órdenes interinas mientras resolvía la solicitud de medidas provisionales y señaló que ni el Convenio CIADI ni las Reglas de Arbitraje del CIADI contienen disposiciones análogas a las de las Reglas de la Corte Internacional de Justicia que facultan al Presidente de la Corte para emitir órdenes provisionales interinas mientras se resuelve una solicitud de medidas provisionales. Perenco sostuvo que el Tribunal

19 *Perenco Ecuador Limited vs. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador*. Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre medidas provisionales, 2-14 (8 de mayo, 2009).

poseía tal facultad.²⁰ Por su parte, Ecuador se opuso al negar que “...*el tribunal tuviera la facultad de dictar cualquier ‘solicitud’ para mantener el statu quo al gobierno de un Estado soberano obligado a aplicar leyes que fueran promulgadas válidamente...*”.²¹ El Tribunal emitió el 24 de febrero de 2009 una comunicación en la que solicitaba a las partes abstenerse de cualquier acción que pudiese modificar el *statu quo* hasta tanto hubiese oído a las partes respecto a la petición de medidas provisionales.²²

Tras una comunicación de Perenco, del 27 de febrero de 2009, en la que ponía en conocimiento del Tribunal la recepción de una tercera orden de cobro por parte de Ecuador, Perenco petitionó al Tribunal que dictara una “*recomendación*” conforme al artículo 47 del Convenio. Ecuador procedió, el 3 de marzo de 2009, a la incautación de los activos de Perenco. Posteriormente, el 5 de marzo, el Tribunal, en una comunicación dirigida a las partes, expresó que su solicitud de abstenerse de alterar el *statu quo*, “...*tuvo y continúa teniendo la misma autoridad de una recomendación como se prevé en el artículo 47 del Convenio CIADI y la Regla de Arbitraje 39...*”.²³ Ecuador objetó esta comunicación, alegando que el cambio de una “*solicitud*” a una “*recomendación*” exponía a Ecuador *ex post facto* a medidas punitivas, en violación de la justicia procesal. Tras la audiencia celebrada en París el 19 de marzo de 2009, el Tribunal puso de presente que su “*solicitud*” del 24 de febrero de 2009 y su recomendación del 5 de marzo de 2009 continuarían vigentes hasta tanto no fueran expresamente revocadas.

20 *Perenco Ecuador Limited vs. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador*. Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre medidas provisionales, paras. 25-26 (8 de mayo, 2009).

21 *Perenco Ecuador Limited vs. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador*. Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre medidas provisionales, para. 25 (8 de mayo, 2009).

22 *Perenco Ecuador Limited vs. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador*. Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre medidas provisionales, para. 28 (8 de mayo, 2009).

23 *Perenco Ecuador Limited vs. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador*. Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre medidas provisionales, para. 35 (8 de mayo, 2009).

En su decisión, el Tribunal señala que, para conceder las medidas cautelares, debe primero establecer que existe *prima facie* una base para su jurisdicción, condición que encuentra satisfecha tras analizar someramente los términos del Tratado Bilateral de Inversión aplicable, la nacionalidad de Perenco y el consentimiento de las partes. Así mismo, el Tribunal estima que debe actuar con especial cautela cuando su jurisdicción para conocer la diferencia no ha sido aún establecida de manera definitiva y, por tanto, su estándar de análisis debe ser estricto. Señala que para otorgar las medidas, éstas deben ser necesarias y urgentes. Estima también que el requisito de necesidad no puede ser interpretado, desde una óptica estrecha que contemple únicamente la posibilidad de un perjuicio irreparable. En cuanto a la urgencia, la misma debe evaluarse al momento de otorgar las medidas, con el fin de salvaguardar la integridad y efectividad del procedimiento y evitar la agravación de la situación.

El Tribunal expone que no puede desechar perentoriamente la reclamación de Perenco y recalca que el objeto de la Ley 42 era, en el contexto de un incremento del precio en el mercado, redistribuir las ganancias de la producción petrolera para dar ventaja a Ecuador y la correspondiente desventaja a Perenco.²⁴ Considera que la incautación de los activos de Perenco agravaría seriamente la controversia y pondría en riesgo la capacidad de Perenco de explotar los bloques.

Respecto al argumento de Ecuador, conforme al cual Ecuador como Estado independiente y soberano tiene derecho a controlar sus recursos naturales, y que la interferencia de un tribunal con la operación de la Ley 42 infringiría indebidamente su soberanía, el Tribunal hace suyas las consideraciones del Tribunal en el caso *City Oriente* (expuestas en su decisión sobre medidas provisionales y en su decisión de negar la revocatoria de las medidas cautelares²⁵). Reitera así que la labor del Tribunal Arbitral

24 *Perenco Ecuador Limited vs. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador*. Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre medidas provisionales, para. 45 (8 de mayo, 2009).

25 *City Oriente Limited vs. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador*. Caso CIADI No. ARB/06/21, Decisión sobre medidas provisionales (19

se circunscribe a resolver las disputas surgidas del contrato y no interfiere con la labor legislativa del Estado, ni desconoce, al dictar las medidas provisionales, las potestades soberanas de Ecuador y su derecho a disponer de sus recursos naturales. Al dictar medidas provisionales el Tribunal simplemente dispone que, mientras se toma una decisión de fondo, los recursos naturales se sigan explotando en los términos del Contrato.

El Tribunal recalca que:

...En cualquier arbitraje CIADI, una de las partes será un Estado soberano y cuando se otorgan medidas provisionales en su contra, sus efectos necesariamente serán los de restringir la libertad del Estado para actuar como lo desee. Las medidas provisionales pueden, por consiguiente, impedir que un Estado aplique una ley en tanto se expide una resolución final de fondo de la diferencia... Si bien es cierto que la promulgación de una ley por un Estado soberano, que ha sido declarada constitucional en ese Estado, es un asunto de importancia, no puede ser concluyente o impedir al Tribunal ejercer sus facultades para el otorgamiento de medidas provisionales...²⁶

Así mismo, señala basándose en la decisión sobre medidas provisionales en el caso *Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs. Chile*,²⁷ que un Estado no puede invocar su derecho interno para desconocer sus obligaciones internacionales.

En opinión del Tribunal, el cobro coactivo de las sumas que, según las demandadas, Perenco les adeuda y la confiscación de activos por un monto de US\$327 millones con intereses y costas, puede ocasionar que Perenco tenga que operar a pérdida, lo cual agrava la controversia. Establece que las reclamaciones cuyo cumplimiento las demandadas persiguen ante las Cortes locales son las mismas que Perenco ha impugnado en el presente arbitraje y, por tanto, de recurrir Perenco a las Cortes locales

de noviembre, 2007). *City Oriente Limited vs. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador Petroecuador*. Caso CIADI No. ARB/06/21, Decisión sobre revocatoria de medidas provisionales, para. 55-57 (13 de mayo, 2008).

26 *Perenco Ecuador Limited vs. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador*. Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre medidas provisionales, para. 50 (8 de mayo, 2009).

27 *Victor Pey Casado and President Allende Foundation vs. República de Chile*. Caso CIADI No. ARB/98/2, Decisión sobre adopción de medidas provisionales, para. 52 (25 de septiembre, 2001).

se violaría el artículo 26 de la Convención, que prescribe que, si las partes no disponen en contrario, el procedimiento arbitral ante el CIADI excluye cualquier otro recurso.²⁸

El Tribunal rechaza las objeciones de las demandadas, conforme a las cuales éste convirtió retroactivamente la solicitud, del 24 de febrero de 2009, en una recomendación vinculante, con lo cual desconoció los derechos de las demandadas. En opinión del Tribunal, la facultad de recomendar medidas provisionales bajo el artículo 47 de la Convención no está sujeta a la condición de oír a las partes previamente. De otra parte, añade que si en el período intermedio entre la solicitud de una parte de medidas provisionales y la contestación de la otra parte a las mismas, una parte pudiese alterar el *statu quo* bajo el argumento de que la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje exige que ambas partes hayan sido oídas, se impediría al Tribunal ejercer su jurisdicción. Igualmente, considera que, aun bajo la hipótesis de que las facultades del Tribunal bajo el numeral 3 de la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje para recomendar medidas provisionales por iniciativa propia estuvieran sujetas al requerimiento, bajo el numeral 4 del mismo artículo, de que las partes sean oídas previamente,²⁹ el Tribunal considera que Ecuador presentó sus observaciones antes de que el Tribunal emitiera su solicitud. Adicionalmente, señala que la palabra “*solicitud*” es utilizada frecuentemente por los tribunales CIADI al ejercer sus facultades para tomar medidas provisionales por iniciativa propia bajo el artículo 26 del Convenio CIADI.³⁰

28 *Perenco Ecuador Limited vs. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador*. Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre medidas provisionales, para. 61-62 (8 de mayo, 2009).

29 “*Regla 39 Medidas Provisionales... (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...*”. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, CIADI, *Convenio CIADI, Reglamento y reglas [Reglas de arbitraje]*, art. 39. CIADI: http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_spa-archive/ICSID_Spanish.pdf.

30 *Perenco Ecuador Limited vs. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador*. Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre medidas provisionales, para. 64-73 (8 de mayo, 2009).

De igual manera, el Tribunal reitera que es de general aceptación en la jurisprudencia CIADI el carácter vinculante de las medidas provisionales y que no existe diferencia sustancial entre la expresión “*recomendar*” contenida en la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje y la palabra “*dictar*”. Así, concluye que la solicitud emitida el 24 de febrero de 2009 no podía entenderse como una mera invitación desprovista de consecuencias legales.³¹

Por último, el Tribunal ordena la constitución de una cuenta manejada por un agente independiente en la cual Perenco deberá depositar las sumas que supuestamente adeuda, de tal forma que de prevalecer en la disputa las demandadas no resulte nugatorio su derecho a las mismas.

D. Sergei Paushok y otros vs. el Gobierno de Mongolia

A diferencia de los dos casos anteriores, este arbitraje se desarrolla bajo el Reglamento CNUDMI. El Tratado Bilateral de Inversión (TBI) suscrito entre la Federación Rusa y la República de Mongolia es aplicable. Los demandantes poseen directa o indirectamente el 100% de las acciones en dos compañías, una compañía minera (GEM) y otra de gas y petróleo, ambas constituidas en Mongolia.

Los demandantes iniciaron un arbitraje el 30 de noviembre de 2007, a raíz de la promulgación y aplicación de una Ley de Impuestos sobre Ganancias Extraordinarias y de la Ley de Minerales de 2006. Conforme a la Ley sobre Impuestos a las Ganancias Extraordinarias, toda venta de oro a precios superiores a los US\$500 por onza troy está sujeta a una tasa impositiva del 68% sobre el monto que supere los US\$500. Bajo la Ley de Minerales, una compañía cuyo personal extranjero supere el 10% del total de empleados debe pagar una multa equivalente a diez veces el salario mínimo por cada empleado extranjero contratado.

31 *Perenco Ecuador Limited vs. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador*. Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre medidas provisionales, para. 74-76 (8 de mayo, 2009).

El 14 de marzo de 2008, las demandantes solicitaron al Tribunal ordenar la suspensión de los cobros y penalidades por supuestos retrasos en el pago de los impuestos de la compañía minera (GEM) y suspender las acciones penales contra los directivos de la empresa y abstenerse de toda medida que agravase la controversia, incluida negar a la empresa continuar la explotación minera en las condiciones acordadas y a los niveles sostenidos durante los años 2006 y 2007.³²

El 23 de marzo de 2008, el Tribunal emitió una orden de restricción temporal (*Temporary Restriction Order*, TRO), conforme a la cual la demandada debía abstenerse de embargar, secuestrar o gravar los activos de los demandantes y éstos debían abstenerse de alterar la participación accionaria o intereses financieros en GEM, así como de transferir activos fuera de Mongolia sin ponerlo previamente en conocimiento del Tribunal. Hasta cuando se decidiese respecto de la solicitud sobre medidas cautelares las partes, debían abstenerse de cualquier acto que agravase la controversia.³³

Tras explicar que, bajo el artículo 26 del Convenio CNUDMI, un tribunal posee mayor discreción para otorgar medidas provisionales que bajo el artículo 47 del Reglamento CIADI, el Tribunal Arbitral señala que las mismas no pueden adoptarse, a menos que sean urgentes y necesarias para evitar un daño irreparable.

En opinión del Tribunal, cinco criterios deben ser satisfechos a fin de conceder las medidas cautelares. El Tribunal procede así a analizar los cinco criterios y encuentra que se cumple el primero pues posee competencia *prima facie* conforme al TBI aplicable. Respecto al segundo elemento, la existencia *prima facie* de un caso señala que la reclamación de los demandantes es razonable, no es frívola o temeraria y que de probarse los hechos alegados por éstos podría dictarse un laudo a su favor.

32 *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company, CJSC Vostokneftegaz Company vs. el Gobierno de Mongolia*. Uncitral, Orden sobre medidas interinas, para. 12 (2 de septiembre, 2008).

33 *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company, CJSC Vostokneftegaz Company vs. el Gobierno de Mongolia*. Uncitral, Orden sobre medidas interinas, para. 16 (2 de septiembre, 2008).

En relación con la urgencia de la medida, expone que la adopción de la Ley que establece los impuestos sobre ganancias extraordinarias ha tenido un impacto negativo en la industria minera, al ocasionar que más del 50% de las compañías del sector haya cesado en la actividad y que la mayoría de ellas se haya declarado en quiebra. Así mismo, recalca que el mismo Gobierno ha reconocido la necesidad de reducir sustancialmente el porcentaje del impuesto. Estima que GEM no está en condiciones de cancelar los US\$41 millones que la República de Mongolia le reclama, sin recurrir a créditos externos o a inyección de capital, opciones poco viables, dada la situación de la industria. En consecuencia, considera que la posibilidad de quiebra de GEM es real.

En cuanto a la necesidad de las medidas, sostiene que la posibilidad de compensación monetaria por daños no elimina la necesidad de medidas cautelares y que el concepto de daño irreparable no equivale necesariamente a que el daño sólo pueda ser reparado, mediante el pago de dinero. En su opinión, el concepto de daño irreparable es flexible y, bajo el artículo 47 del Reglamento CNUDMI, la parte que solicita las medidas no tiene que probar un daño irreparable, sino que debe probar que de no adoptarse las medidas solicitadas es poco probable que el daño infligido pueda ser reparado, mediante un laudo de condena en daños. Igualmente, debe establecerse que el beneficio de la medida tenga más peso que el posible daño que se inflija a la parte contra la cual las medidas sean dictadas.

Respecto a la proporcionalidad de la medida y el balance de intereses de las partes, el Tribunal sostiene:

...In its consideration of this criterion with regard to Respondent, the Tribunal does not question in any way the sovereign right of a State to enact whatever tax measures it deems appropriate at any particular time. Every year, governments around the world propose the adoption of tax measures which constitute either new initiatives or amendments to existing fiscal legislation. There is a presumption of validity in favor of legislative measures adopted by the State and the burden of proof is upon those who challenge such measures to demonstrate their invalidity. Moreover, a government

*is generally entitled to demand immediate payment of taxes owing, even if there is a dispute with a taxpayer about them. Finally, the fact that a particular level of taxation would appear excessive to some payers does not make it illegal, per se, even though it may open the door to contestation, including by foreign investors under a relevant BIT...*³⁴

El Tribunal concluye que en las circunstancias, y habida cuenta de que el Gobierno de Mongolia ha reconocido que la medida impositiva no ha logrado los objetivos deseados y ha acordado no gravar los activos de GEM hasta cuando haya una decisión de fondo, resulta de interés para ambas partes permitir que la empresa continúe sus actividades. De esta forma, Mongolia podrá reclamar, si prevalece, las cantidades supuestamente adeudadas. Por el contrario, de proseguir Mongolia con el cobro, GEM se vería abocada a la quiebra y se afectaría aún más el sector minero.

En consecuencia, el Tribunal ordena la suspensión de los pagos por concepto de impuestos sobre ganancias extraordinarias. Igualmente, ordena a la demandada abstenerse de gravar activos de GEM. Respecto a las demandantes, impone obligaciones de mantener los activos de GEM en Mongolia y proveer garantías de pago para la demandada en un monto de 50% del valor de los impuestos causados, mediante el establecimiento de una cuenta manejada por un agente independiente.

E. Caso Burlington vs. Ecuador

Burlington Resources Oriente Limited (Burlington) inició el 28 de abril de 2008 un procedimiento de arbitraje CIADI contra Ecuador y Petroecuador, sobre la base de que el Estado y la empresa estatal habían vulnerado sus derechos bajo los contratos de participación para la explotación y exploración petrolera (contratos cuyo operador es Perenco) y el Estado había desconocido sus obligaciones bajo el Tratado Bilateral de Inversión,

34 *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company, CJSC Vostokneftegaz Company vs. el Gobierno de Mongolia*. Uncitral, Orden sobre medidas interinas, para. 81 (2 de septiembre, 2008).

TBI, suscrito entre Ecuador y Estados Unidos, en vigor desde el 11 de mayo de 1997.

De manera similar a su socio en el consorcio Perenco-Burlington, Burlington efectuó los pagos establecidos en razón de la Ley 42 de 2006 y el Decreto 662, durante varios meses. En junio de 2008, suspendió su pago y depositó las sumas supuestamente adeudadas (US\$327,4 millones y US\$115,7 millones, correspondientes a cada contrato) en una cuenta separada. Tras la decisión de Petroecuador de iniciar el cobro coactivo de las sumas supuestamente adeudadas por el consorcio y la decisión del juzgado administrativo de ejecución coactiva de incautar de manera inmediata la totalidad de la producción de crudo, Burlington presentó al Tribunal Arbitral, el 20 de febrero de 2009, una solicitud de medidas provisionales y una orden de restricción temporal (TRO). Si bien en un principio el Tribunal se abstuvo de dictar la orden solicitada, basándose en que Ecuador había acordado no adoptar medidas coactivas antes de notificar al Tribunal, el 6 de marzo, tras haberle comunicado Burlington la inminencia de las medidas coactivas, el Tribunal recomendó a las demandadas abstenerse de agravar la controversia o alterar el *statu quo*, hasta tanto decidiera sobre las medidas provisionales.³⁵

El 29 de junio de 2009, el Tribunal se pronunció sobre esta solicitud. El Tribunal efectúa un análisis conciso de los elementos que deben estar presentes para conceder las medidas cautelares. En primer lugar, determina los derechos que se busca proteger; en este caso, el derecho a la jurisdicción exclusiva del CIADI, el mantenimiento del *statu quo*, la no agravación de la controversia y el derecho al cumplimiento específico del contrato (“*specific performance*”). Estima que asiste razón a la demandante para solicitar la protección de dichos derechos.³⁶ Respecto a la agra-

35 *Burlington Resources Inc., Burlington Oriente, Burlington Resources Andean Ltd. y Burlington Resources Ecuador Ltd. vs. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador*. Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre medidas provisionales, para. 2-27 (29 de junio, 2009).

36 *Burlington Resources Inc., Burlington Oriente, Burlington Resources Andean Ltd. y Burlington Resources Ecuador Ltd. vs. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador*. Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre medidas provisionales, para. 52-71 (29 de junio, 2009).

vación de la controversia que se produciría como resultado de las incautaciones de crudo en el juicio coactivo anota:

*...El Tribunal comprende los argumentos de Ecuador acerca de su obligación de exigir la aplicación de su legislación municipal, y en particular de la Ley 42. Sin embargo, el Convenio CIADI le permite al tribunal del CIADI dictar medidas provisionales en las condiciones previstas en el artículo 47. Por consiguiente, al ratificar el Convenio CIADI, Ecuador ha aceptado que un tribunal del CIADI ordene medidas de carácter provisional, incluso en una situación que puede implicar cierto grado de interferencia con potestades soberanas y con la obligación de hacer cumplir las normas...*³⁷

Esta afirmación es interesante, ya que el Tribunal claramente indica la existencia de un límite a la potestad soberana del Estado.

En lo que respecta a la urgencia de la medida, el Tribunal concluye que el requerimiento se cumple cuando la adopción de la medida no da espera al resultado del laudo y se apoya para ello en la decisión de *Biwater Gauff v. Tanzania*.³⁸ En opinión del Tribunal, la urgencia en este caso se refiere a la agravación de la controversia.

En lo relativo al requisito de necesidad, concluye, tras constatar la existencia de criterios divergentes en las decisiones CIADI respecto del concepto de daño irreparable, que el criterio adecuado en el caso *sub examine* es que el daño irreparable es aquel que no puede ser resarcido adecuadamente, mediante indemnización.

Así mismo, estima que el daño a evaluar no sólo se refiere al daño del solicitante, sino que es necesario evaluar los derechos de ambas partes y el efecto que las medidas provisionales puedan tener para las dos partes. Coincide, entonces, con la decisión del Tribunal en *City Oriente*³⁹ en considerar que el perjuicio

37 *Burlington Resources Inc., Burlington Oriente, Burlington Resources Andean Ltd. y Burlington Resources Ecuador Ltd. vs. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador*. Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre medidas provisionales, para 66 (29 de junio, 2009).

38 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*. Caso CIADI No. ARB/05/22, Procedural Order No. 1, para. 76 (31 de marzo, 2006).

39 *City Oriente Limited vs. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*,

que se busca evitar debe superar ampliamente el daño que el otorgamiento de las medidas puede causar a la otra parte. En este caso, estima que el daño consiste en la posible destrucción de la inversión, habida cuenta de que el inversionista tenga que operar a pérdida. Reconoce que si bien es cierto que efectuada la incautación de petróleo la demandante podría retirar esa suma de la cuenta en la que ha depositado las sumas resultantes de la aplicación de la Ley 42 de 2006, dicha solución no es aceptable, pues existe el riesgo de que la relación entre las partes se deteriore aún más y de que el inversionista ponga fin a su inversión, situación que perjudicaría a ambas partes.⁴⁰

El Tribunal concede las medidas solicitadas y ordena a las demandadas poner término a los procedimientos de cobro coactivo y a las partes depositar las sumas en disputa en una cuenta manejada por un agente independiente.

Petroecuador. Caso CIADI No. ARB/06/21, Decisión sobre revocatoria de medidas provisionales, para. 72 (13 de mayo, 2008).

40 *Burlington Resources Inc., Burlington Oriente, Burlington Resources Andean Ltd. y Burlington Resources Ecuador Ltd. vs. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador*. Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre medidas provisionales, para. 75-85 (29 de junio, 2009).

CONCLUSIONES

En lo que respecta al análisis de los elementos necesarios para conceder las medidas provisionales, el criterio de necesidad estrictamente ligado al daño irreparable no es de acogida por la mayoría de estos tribunales que consideran que el mismo se enmarca en una concepción estrecha que creen superada. No obstante, el Tribunal en el caso *Burlington* reconoce que la visión de los diversos tribunales CIADI/ICSID sobre el concepto de daño irreparable no es uniforme y que si bien algunos propugnan por un criterio flexible, otros estiman que el daño irreparable debe entenderse como el daño que no puede ser resarcido, mediante indemnización. El Tribunal *Burlington* acoge este último criterio de daño, pero especifica que el mismo parece adecuado para el caso concreto, lo que indicaría que no obligatoriamente rechaza para todos los casos un criterio más amplio. En los cuatro casos estudiados, se observa no obstante el énfasis en la agravación de la controversia como parámetro preponderante para el otorgamiento de las medidas.

En cuanto a la urgencia de la medida, se recalca que la misma debe ser evaluada al momento de la solicitud y que la conminación al pago y consecuente posibilidad de imposición de embargos o gravámenes, posee entidad suficiente para que se dicten medidas tendientes a evitar su efectiva materialización.

De los cuatro casos reseñados, el análisis fáctico expresado en la decisión *Paushok vs. Mongolia* parece el más sólido. Esta decisión expone de manera clara los efectos que el cobro coactivo del impuesto generaría en la industria y para la empresa minera involucrada. En los otros casos, los tribunales ponen de presente que el embargo de activos puede paralizar la producción; no obstante, parece que es la medida de embargo como tal, más que el pago de las cantidades en controversia, lo que pondría en entredicho la posibilidad de los inversionistas de continuar con su actividad.

No es claro hasta qué punto el tema de la riqueza de los Estados involucrados y, por tanto, la posibilidad de que un inver-

sionista pueda recuperar sus pérdidas (o las sumas que de otra forma tendría que cancelar al Estado) juegan un papel en las consideraciones de los tribunales al evaluar el otorgamiento de las medidas. Sólo en el caso de *Sergei Paushok vs. el Gobierno de Mongolia*, el Tribunal hace una referencia a la precaria situación económica de la demandada. Valdría la pena preguntarse si la solución sería la misma de ser los Estados involucrados Estados con una mayor capacidad económica.

Como lo señala un autor, por lo general los tribunales efectúan consideraciones más complejas que la seriedad del daño, al evaluar la solicitud de medidas cautelares. Entre ellas, la posibilidad de daño considerable para una parte durante el procedimiento arbitral, la posibilidad de que el daño sea compensado en el laudo final y la onerosidad de las mismas para cada una de las partes.⁴¹ En la decisión *Sergei Paushok vs. el Gobierno de Mongolia*, el balance de estos intereses es expreso.

Es interesante observar cómo los estándares para determinar la procedencia de las medidas cautelares en los distintos casos varían en su formulación y énfasis. Así, por ejemplo, y con el *caveat* de que la terminología y el ámbito de las medidas cautelares bajo el Reglamento CIADI y el CNUDMI difieren,⁴² el Tribunal en el caso de *Sergei Paushok vs. el Gobierno de Mongolia* se refiere a cinco parámetros referidos en la práctica del arbitraje internacional. Por su parte, los tribunales bajo la

41 Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 1983-1984 (Kluwer Law International, Alphen, 2009).

42 Artículo 47 del Reglamento CIADI: "...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...". Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, CIADI, *Convenio CIADI, Reglamento y reglas [Reglas de arbitraje]*, art. 47. http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_spa-archive/ICSID_Spanish.pdf.

Artículo 26 del Reglamento CNUDMI: "A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes perecederos...". Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, *Reglamento de Arbitraje*, art. 26 (1976). <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-s.pdf>.

égida del CIADI se centran principalmente en los criterios de urgencia y necesidad.

De otra parte, cabe señalar la reiteración por parte de los Tribunales en los casos *City Oriente* y *Perenco* del carácter vinculante de las órdenes relativas a medidas cautelares.⁴³

En el contexto de la tensión entre poderes regulatorios del Estado y protección del inversionista, vale la pena destacar los argumentos de los Estados respecto a las limitaciones, a raíz de las medidas provisionales, de su poder para implementar leyes relativas al manejo de los recursos naturales y sobre materia impositiva, además de la referencia a conculcación de su soberanía. En los cuatro casos, se plasma el rechazo que produce en los Estados la posibilidad de que un tribunal limite sus potestades a este respecto. Estos argumentos se hacen, obviamente, más fuertes en la medida en que el gobierno de turno posea una orientación más nacionalista.

De otra parte, es evidente que los Tribunales en los casos *City Oriente*, *Perenco* y *Paushok* se esfuerzan al máximo para deslindar su labor respecto de la controversia de cualquier interferencia con la labor legislativa y decisiones fiscales internas de los Estados. Es interesante señalar que, en el caso *Burlington*, el Tribunal adopta un lenguaje más fuerte y señala que efectivamente la adherencia al Convenio CIADI supone que los Estados se sometan a posibles limitaciones al ejercicio de su soberanía y a la aplicación de normas internas.

No obstante, el mensaje en los cuatro casos evaluados es similar, los tribunales arbitrales estiman que los Estados no

43 Para una discusión sobre el carácter vinculante de las decisiones sobre medidas provisionales, Stephen R. Bond, *La nature des mesures conservatoires et provisoires*, 519 *International Chamber of Commerce Bulletin, ICC Bull. Special Supplement*, 8 (1993). Francisco Orrego-Vicuña, *Le caractère obligatoire des décisions de procédures dans l'arbitrage international*, 10 *International Chamber of Commerce Bulletin, ICC Bull*, 1, 40 (1999). Robert Volterra, *Provisional Measures (interim measures) and Investment Treaty Arbitration under ICSID and UNCITRAL: Developments and Trends*, en *Investment Treaty Law: current issues III: Remedies in International Investment Law, Emerging Jurisprudence in International Investment Law*, 17 (Andrea K. Björklund, Ian A. Laird & Sergey Ripinsky, British Institute of International and Comparative Law, London, 2009). Christopher F. Dugan, Don Wallace Jr., Noah Rubins & Borzu Sabahi, *Investor-State Arbitration*, 139-143 (Oxford University Press, Oxford, 2008).

pueden, en aras de implementar su regulación económica, hacer nugatorio un posible fallo arbitral.

Aún está por verse cómo inciden estas decisiones en la percepción de los Estados respecto del arbitraje internacional. En particular, no es claro aún si éstas son recibidas como cortapisas inaceptables a los poderes de los Estados y, en particular, a su manejo tributario. En el caso específico de Ecuador, es claro que el cúmulo de demandas de inversionistas y decisiones adversas al Estado, incluidas aquellas referentes a las medidas provisionales, ocasionó su decisión de denunciar la Convención CIADI. En cuanto al caso *Perenco*, cabe resaltar que al momento de escribir estas líneas, Petroecuador ha solicitado la declaratoria de caducidad de los contratos.⁴⁴

44 Este hecho se produce tras las infructuosas tentativas del Gobierno de rematar barriles de petróleo pertenecientes a la compañía, la cual amenazó con emprender acciones legales contra cualquier tercero que participase en el remate. Las tensiones entre las partes aumentaron sin cesar, hasta que el 16 de julio de 2009, Perenco suspendió la actividad y el Gobierno de Ecuador decidió tomar el control de los campos de petróleo de Perenco, que consideró esta actitud como una expropiación. *Gobierno planteó a Perenco que reanude sus operaciones en el país* (18 de septiembre, 2009). El Comercio: ww1.elcomercio.com.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Born, Gary, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, Alphen, 2009).
- Dugan, Christopher F. Wallace, Don Jr., Rubins, Noah & B. Sabahi, Borzu, *Investor-State Arbitration* (Oxford University Press, Oxford, 2008).
- Fortier, Yves, *Interim Measures: An Arbitrator's Provisional Views*, en *Fordham Law School Conference on International Arbitration Mediation, Investor-State Arbitration* (Martinus Nijhoff Publishers, New York, 2008).
- Historia de la Convención CIADI*, Vol. III.
- Schreuer, Christoph, *The ICSID Convention – A Commentary* (Cambridge University Press, Cambridge, 2009).
- Wälde, Thomas & Kolo, Abba, *Coverage of Taxation under Modern Investment Treaties*, en *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford University Press, Oxford, New York, 2008).

CONTRIBUCIONES EN OBRAS COLECTIVAS

- Volterra, Robert, *Provisional Measures (interim measures) and Investment Treaty Arbitration under ICSID and UNCITRAL: Developments and Trends*, en *Investment Treaty Law: current issues III: Remedies in International Investment Law, Emerging Jurisprudence in International Investment Law* (Andrea K. Björklund, Ian A. Laird & Sergey Ripinsky, British Institute of International and Comparative Law, London, 2009).

REVISTAS

- Bond, Stephen R., *La nature des mesures conservatoires et provisoires*, 519 *International Chamber of Commerce Bulletin, ICC Bull. Special Supplement* (1993).
- Cazala, Julien, 351 *Gazette du Palais* (2008).
- Li, Jinyan, *Tax Sovereignty and International Tax Reform: The Author's Response*, 52 *Canadian Tax Journal*, 1, 141-148 (2004).
- Orrego-Vicuña, Francisco, *Le caractère obligatoire des décisions de procédures dans l'arbitrage international*, 10 *International Chamber of Commerce Bulletin, ICC Bull.*, 1 (1999).
- Rueda-García, José Ángel, *Provisional Measures in Investment Arbitration: Recent Experiences in Oil Arbitrations against the Republic of Ecuador*, 6 *Transnational Dispute Management, TDM*, 6, 1 (March, 2009).
- Wälde, Thomas & Kolo, Abba, *Renegotiating Previous Governments' Privatization Deals: The 1997 UK Windfall Taxes on Utilities and International Law*, 19 *Northwestern Journal International Law & Business*, 405 (1998-1999).

TRATADOS INTERNACIONALES

- Tratado sobre la Carta de la Energía, suscrito en Lisboa el 17 de diciembre de 1994.
- Tratado Bilateral de Inversión entre Ecuador y Estados Unidos, en vigor desde el 11 de mayo de 1997
- Tratado Bilateral de Inversión entre Francia y Ecuador, vigente a partir del 10 de junio de 1996.
- Tratado Bilateral de Inversión entre Estados Unidos de América y la República de Bolivia, suscrito el 17 de abril de 1998.

NORMATIVIDAD INTERNACIONAL

- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, CIADI, *Convenio CIADI, Reglamento y reglas [Reglas de arbitraje]*. CIADI: http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_spa-archive/ICSID_Spanish.pdf.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, *Reglamento de Arbitraje* (1976). CNUDMI: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-s.pdf>.

CASOS

- Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*. Caso CIADI No. ARB/05/22, Procedural Order No. 1 (31 de marzo, 2006).
- Burlington Resources Inc., Burlington Oriente, Burlington Resources Andean Ltd. y Burlington Resources Ecuador Ltd. vs. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador*. Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre medidas provisionales (29 de junio, 2009).
- Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S., CSOB v. Slovak Republic*. Caso CIADI No. ARB/97/4, Orden Procesal No. 4 (11 de enero, 1999).
- City Oriente Limited vs. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador*. Caso CIADI No. ARB/06/21, Decisión sobre medidas provisionales (19 de noviembre, 2007).
- City Oriente Limited vs. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador Petroecuador*. Caso CIADI No. ARB/06/21, Decisión sobre revocatoria de medidas provisionales (13 de mayo, 2008).
- Electricity Company of Sofia-Belgium v. Bulgaria*. Permanent Court of International Justice, PCIJ, Serie A/B, No. 79.
- Perenco Ecuador Limited vs. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre medidas provisionales (8 de mayo, 2009).
- Sergei Paushok, CJSC Golden East Company, CJSC Vostokneftegaz Company v. el Gobierno de Mongolia*. Uncitral, Orden sobre medidas interinas (2 de septiembre, 2008).
- Víctor Pey Casado and President Allende Foundation vs. República de Chile*. Caso CIADI No. ARB/98/2, Decisión sobre adopción de medidas provisionales (25 de septiembre, 2001).

COMUNICADOS DE PRENSA, DIARIOS

Comunicación del CIADI confirmando recepción de la notificación del Ecuador el día 6 de julio de 2009 (9 de julio, 2009). CIADI: <http://icsid.worldbank.org>.

Ecuador impulsará iniciativa para denunciar al CIADI (30 de mayo, 2009). Sitio web oficial de la República del Ecuador: www.elciudadano.gov.ec.

Gobierno planteó a Perenco que reanude sus operaciones en el país (18 de septiembre, 2009). El Comercio: ww1.elcomercio.com.

Notificación de Ecuador conforme al artículo 25.4 de la Convención de Washington (comunicada a la Secretaría General del CIADI el 4 de diciembre, 2007).

SITIOS WEB

<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-s.pdf>

<http://icsid.worldbank.org>

http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_spa-archive/ICSID_Spanish.pdf

www.elciudadano.gov.ec