

La interposición de Medidas Provisionales en arbitrajes CIADI



JAVIER FERRERO DÍAZ

Abogado por la Universidad de Lima.
Máster en Derecho por la American University Washington College of Law.



SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Medidas provisionales en Arbitrajes CIADI.
- III. Decisiones sobre medidas provisionales.
 1. Decisiones confirmando solicitudes de medidas provisionales.
 - 1.1 Perenco Ecuador Ltd c. República del Ecuador y Empresa.
 - 1.2 Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kalpún c. Bolivia.
 2. Decisiones denegando solicitudes de medidas provisionales.
 - 2.1 Conviaf Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú.
 - 2.2 Cemex Caracas Investments B.V. y Cemex Caracas II Investments B.V. c. Venezuela.
- IV. Conclusiones.

AUTORES NACIONALES

ARBITRAJE

ADVOCATUS 132

RESUMEN:

En el presente artículo, el autor nos comparte algunas reflexiones en torno a la expedición de algunas medidas provisionales por parte de algunos Tribunales Arbitrales en el marco de arbitrajes internacionales. Para ello, evalúa algunos de los presupuestos necesarios para que pueda concederse dicha medida, como son la urgencia y la posibilidad de que el potencial daño que se genere al derecho del solicitante se tome en irreparable. Para ello, analiza algunos casos en los que los Tribunales concedieron y denegaron las señaladas medidas.

Palabras clave: Arbitraje Internacional, CIADI, medida provisional, daño irreparable.

ABSTRACT

In this article, the author shares some thoughts around the issue of some interim measures by some Arbitration Courts in the context of international arbitrations. To that end, the author evaluates some of the presets necessary for such a measure can be granted, such as the urgency and the possibility that the potential damage caused to the applicant's rights becomes irreparable. It analyzes some cases in which the courts granted and denied the aforementioned measures.

Keywords: International Arbitration, CIADI, interim measures and irreparable damage.

I. INTRODUCCIÓN

La interposición de medidas provisionales en el arbitraje internacional es una figura común regulada por diversos instrumentos, tales como el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional¹, el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)², el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI)³ y sus Reglas de Arbitraje⁴, entre otros.

El presente artículo busca dar una explicación general sobre el mecanismo de medidas provisionales en arbitrajes CIADI, teniendo en cuenta que varias de sus decisiones sobre este tema son públicas, procediendo a explicar los estrictos requerimientos para poder interponer estas solicitudes, habiendo sido aceptadas por tribunales internacionales en algunos casos y denegadas en otros.

II. MEDIDAS PROVISIONALES EN ARBITRAJES CIADI

Tal como menciona el distinguido autor sobre el Convenio CIADI, el Dr. Christoph H. Schreuer:

"The purpose of provisional measures is to induce behavior by the parties that is conducive to a successful outcome of the proceedings such as securing discovery of evidence, preserving the parties' rights, preventing self-help, safeguarding the awards' eventual implementation and generally keeping the peace. They have to be taken at a time when the outcome of a dispute is still uncertain. Therefore, the Tribunal has to strike a careful balance between the urgency of a request for provisional measures and the need not to prejudge the merits of the case."

De esta manera, el mecanismo de medidas provisionales en arbitrajes CIADI es aquel que se utiliza con la finalidad de proteger el adecuado desenvolvimiento del procedimiento arbitral y salvaguardar los derechos de las partes que se pueden ver severamente afectados en circunstancias excepcionales.

1. Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional del 1 de enero de 2012, Artículo 28.
2. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI del 15 de diciembre de 1976, revisado en el 2010, Artículo 26.
3. Convenio CIADI, celebrado en Washington, D.C. el 18 de marzo de 1965.
4. Reglas de Arbitraje CIADI enmendadas el 10 de abril de 2006, Artículo 39.

Por ello, el Tribunal Arbitral tiene que buscar un balance entre la urgencia y necesidad de interponer dicha medida y el requerimiento de no prejuzgar el fondo del caso por interponer dicha medida. Esto último debido a que aún el Tribunal no ha tomado una decisión sobre el fondo o incluso en algunos casos sobre su jurisdicción en el propio arbitraje, cuando esta ha sido objetada por alguna de las partes.

El mecanismo de medidas provisionales se encuentra regulado en el artículo 47 del Convenio CIADI, el cual establece lo siguiente:

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

Este artículo tiene como antecedentes el artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual establece lo siguiente:

1. *La Corte tendrá facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes.*
2. *Mientras se pronuncia el fallo, se notificará inmediatamente a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas⁵.*

El Artículo 47 del Convenio CIADI se complementa por el Artículo 39 de las Reglas de Arbitraje CIADI, según el cual, "[e]n 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 medidas⁶.

Asimismo, se establece que el Tribunal debe dar oportunidad a cada parte para que presente su posición sobre las medidas provisionales solicitadas, con lo que el Tribunal inicia una fase en el procedimiento arbitral sobre medidas provisionales, lo cual incluye una Audiencia sobre el tema⁷.

El Tribunal también puede recomendar de oficio la adopción de medidas provisionales, o recomendar medidas distintas a las identificadas en la solicitud respectiva, pudiendo modificar o revocar sus recomendaciones en cualquier momento⁸. Por otro lado, si una parte presenta una solicitud de medidas Provisionales antes que se constituya el Tribunal Arbitral, la Secretaría General del CIADI, debe fijar a petición de cualquiera de las partes, los plazos respectivos para que cada una de ellas presenten sus posiciones, para luego ser consideradas apenas se constituya el Tribunal Arbitral⁹.

Tal como ha sido desarrollado por diversos casos, Tribunales Arbitrales solo otorgarán medidas provisionales en circunstancias de necesidad, urgencia y cuando la parte solicitante se encuentra ante un daño irreparable si es que no se ordena dicha medida.

Al respecto, en el arbitraje Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and

5. Corte Internacional de Justicia, Estatuto, Artículo. 41.

6. Reglas de Arbitraje CIADI, Artículo 39, párrafo 1.

7. El Artículo 39(4) de las Reglas de Arbitraje CIADI establece lo siguiente: "El Tribunal Solo recomendará medidas provisionales, o modificará o revocará sus recomendaciones, después de dar a cada parte una oportunidad para que haga presente sus observaciones."

8. Reglas de Arbitraje del CIADI, Artículo 39(3).

9. *Ibíd.* Artículo 39(5).

Production Company c. República del Ecuador, el Tribunal señaló lo siguiente:

"59. Otro principio firmemente establecido es que solo 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 CIADI cuando son necesarias para salvaguardar los derechos de una parte y cuando esa necesidad es urgente para evitar un daño irreparable."

(...)

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 irreparables¹⁰.

Al no tener un efecto *res judicata*, la medida provisional interpuesta terminará una vez que el Tribunal Arbitral haya emitido un laudo final en el arbitraje o si se ha descontinuado el proceso. Asimismo, en cualquier momento una parte puede solicitar su modificación o revocación.

Por otro lado, si una parte no cumpliera con las medidas provisionales dictadas por el Tribunal Arbitral dicha conducta será tomada en cuenta por el Tribunal Arbitral al momento de emitir el laudo.

III. DECISIONES SOBRE MEDIDAS PROVISIONALES

Existen una gran variedad de casos CIADI que han lidiado con solicitudes de medidas provisionales, los cuales nos pueden ilustrar de una

manera más clara cómo diversos Tribunales Arbitrales han tratado y decidido este asunto.

1. Decisiones Confirmando Solicitudes de Medidas Provisionales.

1.1. *Perenco Ecuador Ltd c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*.

En abril de 2008 Perenco Ecuador Limited inició un arbitraje CIADI en contra del Ecuador y de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador bajo el Tratado Bilateral de Inversiones (en adelante "TBI") celebrado entre el Ecuador y Francia. Perenco era parte de dos Contratos de Participación para la explotación de hidrocarburos en los Bloques 21 y 7 de la Región Amazónica Ecuatoriana, mediante los cuales tenía el derecho de una participación del petróleo producido en los dos bloques a través de una fórmula establecida en dichos contratos.

Durante la vigencia de los Contratos de Participación el precio del petróleo comenzó a subir, lo cual generó que el Presidente Rafael Correa presentara una iniciativa de ley para modificar la Ley Orgánica de Hidrocarburos del Ecuador, conocida como la Ley 42. Esta iniciativa legislativa fue promulgada por el Congreso Ecuatoriano en abril de 2006, estableciendo que cuando el precio promedio mensual efectivo de venta FOB de petróleo crudo ecuatoriano supere el precio promedio mensual de venta vigente a la fecha de suscripción del contrato, se reconocería a favor del Ecuador una participación de al menos el 50% de los ingresos extraordinarios que se generen por la diferencia de precios. Sin embargo, los Contratos de Participación no hacían ninguna referencia al precio FOB promedio mensual del petróleo ecuatoriano en la fecha en que suscribieron.

Posteriormente en octubre de 2007 Ecuador promulgó el Decreto 662 por medio del cual se

10. Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador, (Caso CIADI N° ARB/06/11), Decisión sobre Medidas Provisionales, párrafo 59 - 61, de fecha 17 de agosto de 2007, traducción al español no oficial.

pasó del 50% al 99% como el porcentaje de ingresos extraordinarios que debían ser pagados al Estado Ecuatoriano. En consecuencia, por las ventas de petróleo que estuvieran por encima del precio de referencia, Ecuador se hacía acreedor del 99% del precio de venta del petróleo vendido por encima del precio de referencia.

Si bien las partes intentaron negociar y llegar a un acuerdo, eso no fue posible, luego de lo cual, Perenco inició el arbitraje CIADI alegando la violación de estándares conforme al TBI entre Ecuador y Francia, tales como trato justo y equitativo y no discriminación. El Gobierno Ecuatoriano tomó la decisión entonces de proceder con la terminación anticipada de los Contratos de Participación. Asimismo, ordeno la interposición de medidas correctivas en contra de Perenco por un monto de US\$ 327 millones de dólares al no haber pagado los impuestos sobre ganancias extraordinarias establecidos por ley.¹¹ Seguidamente, el Juzgado de Coactivas de Petroecuador ordeno incautar la producción y embarques de Crudo Napo que eran de propiedad de Perenco hasta que la deuda total de Perenco sea liquidada.

En febrero de 2009 Perenco solicitó medidas provisionales al Tribunal Arbitral pidiendo al Tribunal ordenar a las Demandadas que se abstengan del cobro forzoso de los adeudos en disputa, así como de terminar los Contratos de Participación y preservar el status quo mientras se resolviera el fondo de la controversia. Perenco añadió que su solicitud de medidas provisionales era urgente debido a que las Demandadas comenzarían a incautar los activos de Perenco en un plazo de 3 días a no ser que Perenco pague al Ecuador el monto supuestamente adeudado.

Al respecto el Tribunal reconoció que en el estado en que se encontraban las cosas Perenco enfrentaba la inminente confiscación de sus activos en el Ecuador, ya sea petróleo, la planta, equipos o cuentas bancarias, por un monto ascendente a US\$ 327 millones de dólares, a menos que la empresa pague dicha suma de dinero dentro de muy pocos días. En consecuencia, el Tribunal señaló lo siguiente:

"Si el negocio de Perenco en Ecuador fuera efectivamente terminado de esta manera, dicho daño no podría, a juicio del Tribunal compensarse adecuadamente a través de un laudo de daños pecuniarios en caso que la demanda se sostenga. (...) A juicio del Tribunal, la incautación de los activos de Perenco (...) agravaría seriamente la controversia entre las partes y pondría en riesgo la capacidad de Perenco de explorar y producir petróleo en los Bloques 7 y 21 de conformidad con los Contratos de Participación"¹².

En consecuencia, el Tribunal estableció que las circunstancias le requerían ordenar medidas provisionales para que se impida a las Demandadas lo siguiente:

- Demandar que Perenco pague cualquier monto presuntamente adeudo conforme a la Ley 42;
- Iniciar o continuar cualquier acción judicial o de otro tipo para cobrarle a Perenco cualquier monto que las Demandadas reclamaban que Perenco o el Consorcio les adeudaba conforme a la Ley 42;
- Iniciar o continuar cualquier acción judicial o de otro tipo en contra de Perenco o algunos de sus directivos o empleados en relación con los Contratos de Participación; y

11. Tal como se relata en la Decisión de Medidas Provisionales Ecuador emitió dos notificaciones coactivas en contra de Perenco por la suma total de US\$ 327 millones de dólares americanos en donde se mencionaba lo siguiente: "Como la mencionada deuda es líquida, determinada y de plazo vencida, se ordena que el deudor pague dentro de TRES DÍAS o, dentro de igual término, dimita bienes equivalentes para el embargo, bajo prevención de que se embargarán bienes equivalentes a la deuda, intereses y costas."

12. Perenco Ecuador Ltd. c. República del Ecuador y Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (Caso CIADI No. ARB/08/6), Decisión sobre Medidas Provisionales, 8 de mayo de 2009, párrafo 46.

- Unilateralmente modificar, rescindir o dar por terminados los Contratos de Participación, así como emprender alguna otra conducta que pudiera directa o indirectamente alterar la situación legal bajo los Contratos de Participación.¹³

1.2 Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kalpún c. Bolivia.

En febrero de 2008 Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kalpún (en adelante, "Demandantes") iniciaron un arbitraje CIADI en contra de Bolivia bajo el TBI celebrado entre Bolivia y Chile, como consecuencia de la revocación por Decreto Supremo Presidencial de once concesiones mineras. Non Metallic Minerals S.A. (NMM), era el vehículo de inversión y titular de las concesiones mineras, mientras que Quiborax S.A. y Allan Fosk Kalpún ambos de nacionalidad chilena, eran titulares del 51% de NMM y contaban con una participación del 100% en dichas concesiones. Los Demandantes solicitaron al Tribunal que declare que su inversión había sido expropiada ilegítimamente, que se había violado el estándar de trato justo y equitativo, así como que habían sido sujetos a medidas injustificadas y discriminatorias, junto con la correspondiente compensación por daños.

Luego de la conformación del Tribunal Arbitral en diciembre de 2007, durante la Audiencia Procesal de marzo de 2008, las Partes comunicaron al Tribunal que habían llegado a un acuerdo de conciliación, por lo que ambas solicitaron la suspensión del arbitraje. Sin embargo, 9 meses

más tarde Bolivia inició acciones penales contra varias personas relacionadas directa o indirectamente con el arbitraje, incluyendo a uno de los Demandantes, el Sr. Allan Fosk. En consecuencia, en enero de 2009 los Demandantes solicitaron al Tribunal que se levante la suspensión y se reanude el arbitraje.

Ante esta situación, los Demandantes presentaron una Solicitud de Medidas Provisionales solicitando al Tribunal Arbitral que ordene a Bolivia y/o a las agencias o entidades bolivianas de abstenerse de realizar cualquier acto que agrave la controversia entre las partes y/o altere el *status quo*, lo cual incluía cualquier resolución o decisión relacionada con procesos penales iniciados en Bolivia contra personas directa o indirectamente involucradas en el arbitraje. Los Demandantes añadieron que con las medidas provisionales se buscaba preservar tres derechos: (i) el derecho a que se preserve el *status quo* y que por tanto no se agrave la controversia; (ii) el derecho a la integridad procesal del arbitraje; y (iii) el derecho a la exclusividad del proceso arbitral ante el CIADI de acuerdo con el Artículo 26 del Convenio CIADI¹⁴.

El Tribunal Arbitral inició su análisis señalando lo siguiente:

"No existe desacuerdo entre las Partes, y corresponde que así sea, en que sólo pueden otorgarse medidas provisionales en el marco de las normas y estándares pertinentes, si efectivamente existen derechos que proteger (...), y las medidas son urgentes (...) y necesarias. Este último requisito implica una

13. El Tribunal añadió que debido a que subsecuentemente podría determinar en una decisión que no tenía jurisdicción para pronunciarse sobre la controversia o que las Demandadas tendrían derecho a reclamar los pagos adeudados por Perenco por los impuestos por ganancias extraordinarias, las Demandadas deberían tener una garantía a su favor en relación a las sumas que Perenco les adeudaba. El Tribunal estableció que la manera como llevar a cabo dicha garantía era mediante el depósito de las sumas que se acumulen en una cuenta controlada por un tercero. Dichas sumas podrían desembolsarse por acuerdo entre las partes o conforme a las instrucciones del Tribunal. Asimismo, el Tribunal invitó a las partes acordar los términos y condiciones para establecer dicha cuenta en un plazo no mayor de 120 días, contados a partir de la fecha de emisión de la Decisión de Medidas Provisionales.
14. El Artículo 26 del Convenio CIADI establece lo siguiente: *"Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. (...)."*

*evaluación del riesgo de daño que se pretende evitar a través de las medidas*¹⁵.

De acuerdo al Tribunal era evidente que el proceso penal estaba relacionado con el arbitraje CIADI y que incluso pudo haber estado motivado por dicho arbitraje, teniendo en cuenta que la mayoría de los documentos del proceso penal hacían referencia de manera expresa al arbitraje. Asimismo, la acusación principal en el proceso penal versaba sobre una supuesta falsificación de documentos para que los Demandantes Quiborax S.A. y Allan Fosc Kalpún pudieran probar que eran accionistas de NMM al momento en que se originó la controversia, lo cual les habría permitido acceder al arbitraje CIADI bajo el TBI entre Chile y Bolivia.

Sobre este punto el Tribunal señaló lo siguiente:

*"Se ha reconocido expresamente que dicho acceso al arbitraje ante el CIADI constituye el perjuicio causado a Bolivia que se requiere como uno de los elementos constitutivos del tipo penal de los delitos imputados. Por lo tanto, el proceso penal está relacionado con este arbitraje debido a que tanto el presunto ilícito como el presunto perjuicio se encuentran estrechamente vinculados con la calidad de inversionistas de los Demandantes en el arbitraje ante el CIADI"*¹⁶.

Si bien el Tribunal dejó en claro el absoluto respeto que tenía por el derecho soberano de Bolivia de iniciar acciones penales por delitos ocurridos dentro de su territorio, indicó que las pruebas presentadas sugerían que el proceso penal se inició como consecuencia de una inspección que fue dirigida a los Demandantes luego de haber iniciado el arbitraje CIADI.

Con relación al requisito de "urgencia", el Tribunal indicó que dicho requisito se cumplía cuando un asunto no podía esperar al resultado del

Laudo de fondo, lo cual iba en consonancia con la práctica de la Corte Internacional de Justicia. En consecuencia, el Tribunal estableció que, si las medidas tenían por objeto proteger la integridad procesal del arbitraje, especialmente en cuanto al acceso a las pruebas las mismas eran urgentes.

Con respecto al requisito de necesidad, el Tribunal señaló que las medidas provisionales deben ser requeridas para evitar que el solicitante sufra un daño irreparable, el cual venía a ser aquel daño que no es resarcible mediante una indemnización. Este era el caso por ejemplo de los problemas que tenían los Demandantes para acceder a los documentos del proceso penal, así como de la participación de sus testigos en el arbitraje, teniendo en cuenta que las personas involucradas en el proceso penal tenían una prohibición legal de hacer declaraciones que contradigan su testimonio anterior en el proceso penal o porque temían que su participación en el arbitraje empeoraría su situación en el proceso penal. Por tanto, todo ello llevó al Tribunal a concluir que se cumplía con el requisito de necesidad.

En consecuencia, el Tribunal ordenó que Bolivia suspendiera el proceso penal, así como cualquier otro proceso penal directamente relacionado con el arbitraje hasta que se haya concluido con el mismo.

2. Decisiones Denegando Solicitudes de Medidas Provisionales.

2.1 Convia! Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú.

En enero de 2010 Convia! Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. (en adelante "Convia!" o "Demandantes") iniciaron un arbitraje CIADI en contra del Perú

15. Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosc Kalpún c. Estado Plurinacional de Bolivia (Caso CIADI N°. ARB/06/2), Decisión sobre Medidas Provisionales, 26 de febrero de 2010, párrafo 113.

16. *Ibid.*, párrafo 120, notas de pie omitidas.

bajo el TBI celebrado entre el Perú y Argentina, alegando una serie de violaciones al TBI como resultado de la decisión de la Municipalidad del Callao de declarar la caducidad del Contrato de Concesión por razones de interés público en aplicación de una cláusula sobre resolución unilateral del Contrato. Asimismo, en su Solicitud de Arbitraje, los Demandantes solicitaron medidas provisionales, pidiendo al Tribunal que ordene al Perú que se abstenga de iniciar o continuar todo procedimiento o acción judicial o administrativa que involucre a Convial, sus directivos o empleados, y que tenga relación con el Contrato de Concesión. El 22 de octubre de 2010, los Demandantes presentaron una Solicitud de Medidas Provisionales.

La Solicitud de los Demandantes estaba relacionada con una instrucción penal iniciada antes de iniciado el arbitraje CIADI contra dos funcionarios de Convial Callao S.A. junto con algunos funcionarios de la Municipalidad del Callao, por presuntas irregularidades en el Contrato de Concesión. Según, los Demandantes, el Perú supuestamente estaba haciendo uso de sus órganos judiciales para justificar, a través del proceso penal, la caducidad del Contrato de Concesión y escapar de sus obligaciones. Asimismo, según los Demandantes a través del proceso penal se buscaba intimidar a testigos claves para su caso.

El Estado Peruano alegó que el proceso penal iniciado por recomendación de la Contraloría General de la República, en su calidad de órgano independiente encargado de investigar los órganos públicos y los contratos públicos, era conforme a las leyes peruanas. Asimismo, que la investigación iniciada fue producto del grave retraso en el proyecto por parte de Convial Callao, todo lo cual sirvió de base para la denuncia penal ante las cortes peruanas y no una supuesta manipulación para afectar a los Demandantes en el arbitraje en curso. Asimismo, el proceso penal iniciado estaba dirigido contra varias

personas además de los dos funcionarios de la empresa Convial Callao.

Entre otras cosas el Tribunal señaló lo siguiente:

"100. El Tribunal toma nota de la alegación de la Demandada; no obstante, considera que la fecha relevante para determinar el inicio del proceso penal respecto de los señores Lowry y Guasco es la fecha del Auto por medio del cual se produce la Apertura de la Instrucción, es decir, el 30 de diciembre de 2009. Las Demandantes presentaron su Solicitud el 19 de enero de 2010, esto es, semanas después de dictado dicho Auto.

101. Sin embargo, se trate de dos años de o algunas semanas, es un hecho que el inicio del proceso penal es anterior a la presentación de la Solicitud y, por tanto, que el status quo que el Tribunal tiene que tomar en consideración es precisamente éste, el existente al momento de la presentación de la Solicitud."

(...)

103. De todos modos, el Tribunal estima que no se ha modificado el status quo de la controversia por el simple hecho de que se ha dado impulso al proceso penal. Además, la República del Perú tiene la facultad soberana de iniciar acciones penales por conductas delictivas cometidas en su territorio - mientras existan argumentos legítimos para hacerlo con lo estime conveniente¹⁷.

Asimismo, el Tribunal, teniendo en cuenta "que el propósito de una medida provisional es el de prevenir un hecho inminente que agrava la disputa y modifica el status quo", señaló que al momento de tomar su Decisión no había una certidumbre de que dichas acciones futuras fueran a suceder ya que el proceso penal se encontraba en su fase de instrucción cuando comenzó el arbitraje y continuaba en dicha fase. Asimismo, aún en el supuesto que la Corte dictará medidas adicionales, no había

17. Convial Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú, (Caso CIADI No. ARB/10/2), Decisión sobre Medidas Provisionales, 22 de febrero de 2011. El subrayado es añadido.

una certidumbre de que éstas tengan el efecto de agravar la controversia o alterar el status quo, teniendo en cuenta que la inversión de las Demandantes no se encontraba activa y que sus actividades en el Perú ya habían sido descontinuadas.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral decidió rechazar la Solicitud de Medidas Provisionales presentada por las Demandantes. Asimismo, ordenó al Perú de abstenerse y si era aplicable, suspender y descontinuar, con respecto a los dos funcionarios de Conviaf Callao, cualquier acción que pudiera restringir su libre circulación durante el transcurso del procedimiento arbitral y su posibilidad de participar libremente en el arbitraje, hasta que se dicte el Laudo Final.

Es interesante tener en cuenta la diferencia entre esta decisión y la del arbitraje Quiborax, en donde en ambos casos nos encontrábamos ante procesos penales, pero con la diferencia que en el caso Quiborax dicho proceso penal se inició luego de iniciado el proceso CIADI y el mismo estaba muy vinculado y fue iniciado claramente como consecuencia del arbitraje CIADI. Asimismo, cabe añadir que uno de los árbitros en el caso Quiborax, la Dra. Brigitte Stern, fue también árbitro en el presente caso.

2.2 *Cemex Caracas Investments B.V. y Cemex Caracas II Investments B.V. c. Venezuela.*

En octubre de 2008 Cemex Caracas Investments B.V. y Cemex Caracas II Investments B.V. (en adelante "Cemex"), empresas constituidas en los Países Bajos iniciaron un arbitraje CIADI contra Venezuela, bajo el TBI celebrado entre los Países Bajos y Venezuela. Cemex alegaba una expropiación ilegítima de su inversión en violación al Tratado, producto de la decisión del Estado Venezolano de nacionalizar Cemex Venezuela, como parte de su política de nacionalizar toda la industria cementera en dicho país.

En setiembre de 2009, Cemex presentó una Solicitud de Medidas Provisionales¹⁸ alegando que entre el 2004 y el 2008 Cemex Venezuela era propietaria y usaba tres embarcaciones de cargamento de cemento registradas en Venezuela. Estas embarcaciones luego fueron transferidas a la empresa Sunbulk Shipping N.V. (en adelante, "Sunbulk") las cuales fueron registradas en Panamá. Sin embargo, en setiembre de 2008 el Procurador General de Venezuela solicitó a la Corte Marítima de Primera Instancia de Venezuela un embargo preventivo sobre dichas embarcaciones. Asimismo, Venezuela solicitó a la Corte Suprema de Panamá que ejecutó la decisión de la Corte de Venezuela y emita una orden embargando las embarcaciones en favor de Venezuela, lo cual fue confirmado en setiembre de 2009 por la Corte Suprema de Panamá. En consecuencia, una de las tres embarcaciones que se encontraba en Panamá fue detenida, para luego ser liberada en junio de 2009 luego de una garantía interpuesta por Sunbulk.

Cemex señaló que el Tribunal Arbitral debería prohibir a Venezuela estas acciones que incrementarían los daños causados a la empresa y agravaría la controversia existente con Venezuela. Asimismo, resaltó los amplios poderes que tenía un Tribunal CIADI para ordenar medidas provisionales en cualquier etapa del proceso arbitral, incluso antes de una decisión sobre jurisdicción.

En consecuencia, Cemex solicitó al Tribunal emitiera una orden de medidas provisionales ordenando a Venezuela que terminará cualquier esfuerzo de embargar los activos de Cemex Venezuela, incluyendo las embarcaciones. Asimismo, que Venezuela terminará cualquier litigio, ya sea en Panamá, Venezuela o en cualquier otro lado, con la finalidad de embargar las embarcaciones o monto de dinero equivalente.

El Tribunal inició su análisis señalando que los Tribunales CIADI han tomado la misma posición

18. *Cemex Caracas Investments B.V. y Cemex Caracas II Investments B.V. c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/08/15, Decisión sobre Medidas Provisionales, 3 de marzo de 2010).

al interpretar y aplicar el artículo 47 del Convenio CIADI, habiendo establecido en varios casos que las medidas provisionales son medidas extraordinarias que no deben ser recomendadas de manera ligera. El Tribunal resaltó que dichas medidas solo pueden ser ordenadas para proteger derechos de cualquiera de las partes por razones de urgencia y necesidad. Asimismo, que la existencia de un perjuicio irreparable como ha sido establecido por la Corte Internacional de Justicia es un elemento necesario para ordenar medidas provisionales.

El Tribunal señaló que, de una revisión de la Solicitud de Medidas Provisionales de Cemex, la misma se basaba que si los esfuerzos de Venezuela de embargar las embarcaciones u otros activos de Cemex prosperaban, ello generaría un aumento en el monto de daños a ser otorgados en favor del Demandante. Por tanto, la única consecuencia del embargo de las embarcaciones sería una pérdida financiera, que podría ser compensada por un Laudo ordenando daños. En consecuencia, el Tribunal rechazó la Solicitud de Medidas Provisionales de Cemex estableciendo que el daño alegado no era "irreparable" y no había una necesidad y urgencia para otorgar las medidas provisionales solicitadas.

IV. CONCLUSIONES

Una solicitud de medida provisional en un recurso que solo se puede interponer en situaciones excepcionales, cuando una de las partes se en-

cuentra en una situación de necesidad, urgencia y ante un potencial daño irreparable que luego no va poder ser resarcido mediante un laudo.

Una situación de necesidad surge cuando el Tribunal considera necesario ordenar medidas provisionales para evitar que la parte solicitante sufra un daño irreparable, que viene a ser aquel daño que no puede ser resarcible mediante una indemnización. Una situación de urgencia surge cuando un asunto no puede esperar al resultado del laudo de fondo, teniendo como objeto proteger la integridad procesal del arbitraje.

Asimismo, el Tribunal Arbitral tiene que buscar un balance entre la urgencia y necesidad de interponer dicha medida y el requerimiento de no prejuzgar el fondo del caso por interponer dicha medida. Esto se debe a que aún el Tribunal no ha tomado una decisión sobre el fondo o incluso en algunos casos sobre su jurisdicción en el propio arbitraje, cuando esta ha sido objetada por alguna de las partes.

Por ello, el análisis de una solicitud de medidas provisionales dependerá de caso por caso, teniendo el Tribunal Arbitral siempre en cuenta un adecuado entendimiento de los hechos, pero además considerando el derecho de los Estados de tomar decisiones dentro de su territorio como parte de su actuar soberano, siempre y cuando dichas decisiones no agraven o perjudiquen severamente a una de las partes y a la integridad del proceso arbitral en general.