

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Jurisprudencia

Las medidas cautelares en el Arbitraje Internacional

¿Son las medidas cautelares dictadas por un tribunal de arbitraje internacional de cumplimiento obligatorio para los Estados?

CARLOS FERNANDO DASSUM BARRERA

Tesina presentada como requisito para la obtención del Título de Abogado

Director: Dr. Juan Manuel Marchan

Quito, Diciembre de 2010

© DERECHOS DE AUTOR

CARLOS FERNANDO DASSUM BARRERA
2010

Dedicatoria

*Al Dr. Rafael Barrera Valverde y Margaret Catherine Sweeney
por enseñarme que con trabajo todo es posible.*

*A mis padres, por todo lo que me han dado,
y haber puesto siempre el mundo a mi alcance.*

Agradecimiento

*Agradezco a dios, por todas las bendiciones
que día a día me llegan.*

*A mi director de tesis Dr. Juan Manuel
Marchan por su dedicación y apoyo en la
elaboración de este trabajo,*

*Al Dr. Patrick Barrera Sweeney
por haber creído en mi desde el primer día
que inicie mi carrera como abogado,
por su apoyo incondicional y todo lo que me
enseño a lo largo de todo este tiempo*

Resumen:

La presente tesis busca analizar, si las medidas cautelares dictadas por un Tribunal de Arbitraje Internacional son de obligatorias para los estados. Para ello analizaremos lo establecido en los distintos Reglamentos de los Centro de Arbitraje Internacional, y principalmente analizaremos casos en los cuales los tribunales han ordenado medidas cautelares para determinar si los estados han cumplido o no con lo dispuesto por los Tribunales.

Hay que manifestar que en el presente trabajo hemos analizado principalmente los casos en los que se encuentra involucrado el Ecuador, en donde no solamente hay varias decisiones de Tribunales Arbitrales a favor de las medidas provisionales, sino que también una sentencia de parte de la Corte Suprema de Justicia que se pronuncia a favor del cumplimiento obligatoria de estas medidas cuando son ordenadas por los tribunales Internacionales.

Sin embargo, la conclusión a general es que pese a todo lo mencionado por Tribunales Arbitrales y Sentencias de Corte Suprema, en la práctica las medidas provisionales no son obligatorias para los estados, quienes deciden si las cumplen o no, dependiendo siempre del *pacta sunt servanda*, por el cual al no ejecutar una decisión de un Tribunal de Arbitraje Internacional, la única sanción posible en contra de quien incumpla dicha orden es una sanción en costas por la mala fe dentro del proceso.

Abstract:

This dissertation seeks to examine if the provisional measures ordered by an International Arbitration Tribunal are binding on states. In order to get there, I will analyze the different conventions and the various regulations of each of the major International Arbitration Centers, and primarily analyze cases in which Tribunals have ordered provisional measures, and therefore determine whether the state has complied with the provisions of the Tribunal.

In this dissertation we mainly analyze cases in which Ecuador is involved, where not only we can find several decisions of arbitral tribunals for provisional measures, but also a ruling from the Supreme Court of Justice of Ecuador, which advocates for enforcement of these measures when ordered by international courts. However, the general conclusion is that despite everything mentioned by Arbitration Courts and Judgments of the Supreme Court, in practice the provisional measures are not binding on states, which decide whether or not to comply, always depending on the *pacta sunt servanda*, by which a decision to not comply with a International Arbitration Tribunal will only lead to the only possible sanction against those who violate this order which by the way is a sanction in costs for bad faith in the process and absolutely no power of enforcement of whatever might have been said by the Tribunal.

Índice

Introducción	1
1 Teoría General del Proceso Cautelar	3
1.1 Concepto y Objeto de la Medidas Cautelares	4
1.2 Características del Proceso Cautelar	5
1.3 Clases de Medidas Cautelares	8
1.4 Requisitos Mínimos para Solicitar Medidas Cautelares.....	10
2 Medidas cautelares en el arbitraje internacional.....	13
2.1 Medidas cautelares que se pueden solicitar en el arbitraje internacional.....	14
2.2 Medidas cautelares en los distintos reglamentos de arbitraje.....	16
2.2.1 Medidas provisionales al amparo del estatuto de la corte internacional de justicia	17
2.2.2 Medidas cautelares en el arbitraje comercial al amparo de la ley modelo de la comisión de las naciones unidas para el desarrollo para el derecho mercantil internacional (CNUDMI).....	18
2.2.3 Las medidas cautelares en el arbitraje de inversiones al amparo del convenio CIADI	24
3 Requisitos aplicables para otorgar medidas cautelares	28
4 Decisiones CIADI sobre medidas cautelares en distintos casos.....	38
4.1 Caso Perenco vs. República del Ecuador decisión medidas provisionales	38
4.2 Caso Burlington vs. República del Ecuador decisión medidas provisionales.....	46
4.3 Caso Oxy II vs. República del Ecuador decisión medidas provisionales.....	56
4.4 Caso City Oriente vs. Ecuador.....	65

4.5	Caso Repsol vs. Ecuador.....	76
4.6	Caso Cemex vs. Venezuela	80
5	Obligatoriedad de las medidas provisionales	87
6	Conclusiones generales.....	96
	BIBLIOGRAFIA	102

Introducción

El presente trabajo trata uno de los temas más modernos y que más discusión genera dentro del mundo del arbitraje internacional, esto es las medidas provisionales. La discusión dentro del presente tema, se genera en sentido de los requisitos necesarios para ordenar medidas provisionales bajo este aspecto, se toma en cuenta si es necesario que las medidas eviten que se produzca un daño grave o caso contrario si lo que las medidas deben buscar preservar la producción de un daño irreparable. Así mismo, la principal discusión que se genera es en torno a la obligatoriedad de las medidas provisionales, sobre si las partes están o no obligadas a cumplir con las medidas provisionales ordenadas por un Tribunal de Arbitraje Internacional.

Sería injusto para el lector, comenzar el presente trabajo sin una noción introductoria de lo que son las medidas provisionales por ello el capítulo primero del presente trabajo hace una introducción general de las nociones del proceso cautelar.

Continuaremos a analizar las medidas provisionales en el Arbitraje Internacional en donde veremos aquello que se menciona en los reglamentos de tres centros importante de solución de diferencias, estos son la Corte Internacional de Justicia (CIJ), la Comisión de las Naciones Unidas Para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). De cada uno de estos reglamentos analizaremos los textos y las condiciones establecidas para poder llegar a establecer medidas provisionales.

Analizaremos también dentro del presente trabajo, los requisitos necesarios para que un tribunal pueda recomendar medidas provisionales es decir que es aquellas condiciones que se tienen que cumplir para que los tribunales puedan otorgar medidas provisionales.

Junto con esto, analizaremos también la tan discutida necesidad de daño que tanto se comenta por los tratadistas y en los casos de Arbitraje Internacional, es decir llegaremos a la discusión sobre si es necesario que un tribunal salvaguarde la producción de un daño grave, o si el daño que se tiene que salvaguardar es un daño irreparable.

Aquí hay que decir que los Tribunales se han pronunciado de distinta manera en cada uno de los casos, sosteniendo las distintas posiciones por ello la mejor manera de analizar los conceptos y poder llegar a las distintas conclusiones, en el presente trabajo analizaremos los casos de arbitraje en donde se vio involucrado el Ecuador, y de paso también por su peculiaridad tomaremos en análisis al caso Cemex vs. Venezuela.

Del análisis jurisprudencial pasaremos a analizar en el capítulo final si las medidas provisionales son o no obligatorias para las partes ya que veremos como el Ecuador en dos de sus casos no cumplió con las recomendaciones hechas por el tribunal y nada más en uno de los casos declaro obligatorias a las medidas provisionales.

En general con el presente trabajo buscaremos aclarar para el lector, temas controversiales dentro de las medidas provisionales como lo son los requisitos para solicitar las medidas cautelares, la necesidad de un daño grave o de un daño irreparable, y finalmente la conclusión final si son o no obligatorias las medidas provisionales.

1 Teoría General del Proceso Cautelar

El proceso cautelar es un proceso destinado a preservar la consecución de un fin o precautelar todo aquello que pudiera dificultarlo¹, históricamente este proceso ha formado parte del derecho Romano. A lo largo del tiempo, encontramos procesos que han tenido el mismo fin y cuyos efectos han sido similares. Procesos que con el paso de los años y con adaptaciones a los requerimientos de los sistemas jurídicos modernos han delineado a los ordenamientos jurídicos de los estados con el fin de salvaguardar un derecho y hacer que las medidas cautelares sean de cumplimiento obligatorio para las partes procesales.²

En el proceso ordinario local, las decisiones que toman los jueces respecto a las medidas cautelares son de obligatorio cumplimiento para las partes y no cabe mayor discusión respecto a las mismas. El proceso es relativamente simple, la parte las solicita, el juez si considera conveniente dicta las medidas solicitadas y se ejecuta la resolución del juez.

Sin embargo, no todo es tan claro a la hora de analizar el tema del proceso cautelar dentro de la esfera del arbitraje internacional, en donde centros como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión en adelante CIADI manifiestan dentro del Art. 47 del convenio CIADI que las medidas cautelares son recomendación hechas por el tribunal³. Si bien son recomendaciones,

¹ Cabanellas Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Buenos Aires Argentina. PP. 67

² Carnelutti Francesco. “Estudio del Código de Procedimiento Civil Italiano” Ediciones Jurídicas Europa América. PP. 30

³ El Art. 47 del Convenio CIADI manifiesta “Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de

estas tienen que ser cumplidas por las partes, aduciendo que el tribunal recomienda siempre lo que en derecho es mejor para las partes y para el proceso por lo que sería obligación de las partes, dar estricto cumplimiento a lo que el tribunal ordena. De igual manera amparándose además en el principio de buena fe procesal y el pacto *sunt servanda* rector del arbitraje, las disposiciones de los árbitros deben ser cumplidas de buena fe por las partes procesales.

Sin embargo, casos como los que analizaremos en el capítulo 4 del presente trabajo, en donde el Ecuador no cumplió las medidas provisionales de los distintos tribunales, dejan en tela de juicio respecto a la obligatoriedad de las mismas.

1.1 Concepto y Objeto de la Medidas Cautelares

DE LAZARI define al proceso cautelar como “Cautelar es una actividad preventiva que, enmarcada en una objetiva posibilidad de frustración, riesgo, o estado de peligro, a partir de la base de un razonable orden de probabilidades acerca de la existencia del derecho que invoca el peticionante, según las circunstancias exigiendo el otorgamiento de garantías suficientes para el caso de que la petición no reciba finalmente auspicio, anticipa los efectos de la decisión de fondo ordenando la conservación o mantenimiento del estado de cosas existentes o, a veces, la innovación del mismo según sea la naturaleza de los hechos sometidos a juzgamiento.”⁴ Resumiendo lo dicho, entenderemos al proceso cautelar como aquel proceso por el cual se busca proteger un bien o un derecho el cual corre riesgo de ser vulnerado hasta que se cuente con una sentencia o auto final dentro de un proceso⁵.

aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes.

⁴ De Lazari Eduardo. “Medidas Cautelares”. Ediciones Platenses. Argentina 1984 PP. 6

⁵ Llegamos a esta conclusión luego de analizar

Con estos conceptos no es tarea difícil poder definir el objeto de las medidas cautelares, por lo que se puede afirmar que el objeto mismo del proceso cautelar es el de proteger el derecho o los bienes del que una parte se cree asistida y que considera que hasta que llegue el momento de la sentencia estos bienes o este derecho corren peligro, por lo que es necesario protegerlos. Eso precisamente es el objeto del proceso cautelar, asegurar un bien o los derechos del que la parte solicitante se cree asistida. Autores como CARNELUTTI han manifestado que “el proceso cautelar sirve de forma inmediata a la composición procesal de la litis pues su finalidad es la garantía del desarrollo o resultado de otro proceso del cual saldrá la composición definitiva”⁶. También es importante citar a autores como CALAMANDREI quien manifiesta “El proceso, entendido como una serie de actos preparatorios que conducen al acto jurisdiccional, no tiene en sí mismo otra función que la consistente en preparar aquella providencia del juez mediante la cual (y no a través de actos procesales) se explica la función jurisdiccional.”⁷

1.2 Características del Proceso Cautelar

“Las características del sistema cautelar son las siguientes. 1) se <ordena sin oír previamente a la parte contraria> el juez funda su decisión en los hechos que afirma y acredita sumariamente el peticionario; por ello, y a fin de preservar la igualdad de los litigantes, se exige que aquel de una <contra cautela> para garantizar el pago de los daños y perjuicios que pudiese causar en su contraria por haber obtenido medida abusando o excediéndose en el derecho que la ley le otorga. 2) <son provisionales>

⁶ Carnelutti Francesco. “Instituciones del derecho Procesal Civil”. Ediciones Jurídicas Europa América. 1960. (Pg. 35). Si bien es cierto lo que manifiesta el autor en cuanto a que sirve como garantía, hay que tomar en cuenta que no siempre es un proceso ajeno y secundario, sino que por el contrario hay muchos casos en lo que el proceso cautelar es parte integral del proceso principal.

⁷ Calamandrei Piero. “Introducción al derecho procesal civil”. Ediciones de Palma. Buenos Aires. 1953 pp. 6.

una vez ordenadas, el juez mediante el recurso de reposición y al oír a la parte contraria, puede revocar su decisión lo mismo lo puede hacer la Cámara de Apelación si el afectado recurre por apelación. 3) <son accesorias> en principio no tienen un fin en sí mismo. Si fueron ordenadas y hecho efectivas antes del proceso principal y se trata de obligaciones exigibles la demanda debe imponerse dentro del plazo de 10 días a contar desde su traba, caso contrario se produce la caducidad a pleno derecho de las medidas cautelares. Así mismo su exigencia depende de las contingencias del proceso principal.”⁸ Y precisamente como bien lo dice VARGAS el proceso cautelar es un proceso unipartito, cuando el peticionario demuestra su derecho y explica al juez las razones por las cuales solicita aquella medida cautelar y el juez medita respecto a las mismas y las concede sin escuchar a la contraparte⁹. VARGAS dice que en todos los casos se fija una contra cautela para en caso que se cause daños y perjuicios por la medida solicitada; sin embargo, no podemos quedarnos con aquello, ya que no es en todos los casos que se fija una contra cautela, o por lo menos no es un requisito dentro del sistema jurídico ecuatoriano que se fije la contra cautela. Sí debería ser un requisito que en todos los casos se fije una contra cautela con cada medida cautelar, sin embargo no es así en la práctica. De igual manera respecto a la contra cautela, varios autores dentro los cuales destaca Enrique Lino Palacio por ejemplo, se han manifestado aduciendo que la contra cautela no debe ser obligatoria ya que el juez a la hora de dictar su sentencia debería condenar a constar a quien solicitó una medida cautelar cuya ejecución causó daños y perjuicios¹⁰.

⁸ Vargas Abraham. “Estudios de derecho procesal”. Ediciones Jurídicas Cuyo. Buenos Aires, 1998 pp. 72-73

⁹ No se toma en cuenta a los casos de Arbitraje Internacional en donde si se permite la presentación de argumentos de cada una de las partes.

¹⁰ La discusión sobre este punto circula respecto al punto sobre si lo que el juez debe hacer es condenar propiamente a resarcir los Daños y Perjuicios que se ocasionaron, o por el contrario debe estimar el monto al que hacienda el daño condenando a la parte que solicito la medida al pago de costas por un valor equivalente al perjuicio que se genero.

Respecto a la segunda característica mencionada por VARGAS, las medidas cautelares son provisionales porque el juez las puede revocar en cualquier momento, escuchando a la parte contraria, esto aplicando a nuestra normativa vigente cuando la parte contraria ha demostrado que el actor no tiene el derecho o cuando se ha fijado una caución. De igual manera son provisionales porque las medidas cautelares hablando respecto a bienes, no generan derechos reales sobre los mismos sino que por el contrario únicamente evitan que el deudor enajene la cosa¹¹.

Autores como CARNELUTTI siguiendo el criterio mayoritario de la doctrina afirma que el proceso cautelar es accesorio. Acierta entonces ya que el proceso cautelar es por su naturaleza accesorio en vista que el objeto de este proceso es el de precautelar y proteger un derecho o un bien que de acuerdo al actor está en peligro de desaparecer. El proceso cautelar protege aquel derecho que luego con sentencia o con pronunciamiento definitivo de parte del Juez se genera un derecho, mientras el Juez no se pronuncie de manera definitiva sería imposible afirmar que el proceso cautelar puede ser principal, ya que es un proceso que no genera derechos mientras no se cuente con una decisión definitiva de parte del Juez. CALAMANDREI corroborando con este criterio dice “El acto judicial mediante el cual se dispone una medida cautelar exhibe, al margen de su contenido (de declaración o de ejecución), una característica constante que está dada por el hecho que sus efectos tienen necesariamente una limitación temporal en tanto se agotan, cumpliendo dicho acto su finalidad, en el momento en el cual recae sentencia sobre el mérito de la controversia o asunto”¹².

¹¹ El ejemplo toma en cuenta que la medida cautelar fue la de prohibición de enajenar un bien inmueble, para nada más ilustrar como no se generan derechos reales en favor del acreedor sino que por el contrario se protege su derecho evitando que la cosa pueda ser enajenada por el deudor.

¹² Calamandrei Piero. “Introducción al derecho procesal civil”. Ediciones de Palma. Buenos Aires. 1953 pp. 4.

Sin embargo, también hay quienes afirman que parte de la doctrina manifiesta que el procedimiento cautelar es definitivo ya que la decisión que toma el juez no se revoca sino con un auto o sentencia en donde ya se ha logrado obtener una prueba y escuchado a la contraparte que de alguna manera se ve afectada por esta resolución. Autores como PODETTI son quienes han propuesto esta idea y son quienes a su manera y con pocos argumentos la defienden, pues este autor manifiesta “La resolución cautelar tiene carácter definitivo, decide un artículo o instancia previa y otorgar en su contra recurso, no sirve más que para complicar y dilatar un procedimiento que debe ser simple y expeditivo”.¹³ Hay que aclarar que PODETTI considera absurdo el conceder un contra recurso y no así al proceso cautelar al que considera definitivo, cuando en realidad no lo es.

Personalmente, me inclino con la gran mayoría de la Doctrina que considera al proceso cautelar como provisional, en vista que es un proceso que bien puede ser revocado por el juez en todo momento. Además que para que la medida cautelar sea definitiva, sería necesario un pronunciamiento del Juez, y sería recién a partir de ese momento que se generan derechos a favor de la parte que solicitó las medidas cautelares.

1.3 Clases de Medidas Cautelares

Hay dos clases de medidas cautelares. Medidas cautelares de carácter personal, y medidas cautelares de carácter real. Las medidas cautelares personales son aquellas medidas que recaen en la persona, es decir respecto a la persona. En nuestro ordenamiento jurídico las medidas cautelares de carácter personal son: 1) La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares. 2) La obligación de abstenerse a acercarse a determinadas personas. 3) La sujeción a la vigilancia de

¹³ Podetti José Ramiro. “Tratado de los recursos”. Editorial del Sur. Buenos Aires. 1993, pp. 88

autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales, o a quien este designare. 4) La prohibición de ausentarse del país. 5) Suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos. 6) Ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos. 7) Ordenar la prohibición de que el procesado, por si mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o intimidación a las víctimas o testigos. 8) Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica. 9) Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad, en caso de ser necesario nombrar una persona idónea siguiendo lo dispuesto en el Art. 107, regla 6a. del Código Civil y las disposiciones del código de la niñez y la adolescencia. 10) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que este designare. 11) El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial. 12) La detención. 13) La prisión preventiva.”¹⁴ A esto nada más hay que acotar que por decreto del mismo Código de Procedimiento Penal las medidas cautelares privativas de la libertad serán adoptadas siempre como medidas excepcionales y de carácter restrictivo y siempre que las anteriores medidas no fueren suficientes para evitar que el procesado fugue evadiendo la justicia¹⁵.

Las medidas cautelares de carácter real, son aquellas medidas que recaen sobre una cosa, sea este mueble o inmueble. De acuerdo al Código de Procedimiento Penal vigente, las medidas cautelares de carácter real son 1) El Secuestro. 2) La retención y 3) El Embargo¹⁶, a esto que manifiesta el código hay que agregar la prohibición de

¹⁴ Art. 160 Código de Procedimiento Penal

¹⁵ Art. 159 Código de Procedimiento Penal.

¹⁶ Art. 160 Código de Procedimiento Penal.

enajenar bienes como una de las medidas cautelares mas con las que contamos en nuestro ordenamiento jurídico local.

De igual manera nuestro Código de Procedimiento Civil contempla medidas cautelares, estas únicamente de carácter real como lo son por ejemplo la prohibición de enajenar, el embargo, el secuestro y la retención. No varían los conceptos entre lo que manifiesta el Código de Procedimiento Penal; sin embargo, la peculiaridad del Código de Procedimiento Civil es que hace referencia a bienes que no pueden ser embargados por ejemplo en el art. 441 establece los bienes inembargables todos aquellos bienes que constan en el art. 1634 del Código Civil, de lo que podemos manifestar son entre otros las remuneraciones, el lecho del deudor su cónyuge y su hijo, los libros relativos a la profesión del deudor, patrimonio familiar, uniformes, utensilios entre otros¹⁷. Principalmente el mencionado código, protege el derecho al trabajo y tacha de inembargables las pertenencias que impidan se puedan continuar con un trabajo. Salvo estas, la ley permite, que se soliciten las medidas cautelares que protejan tanto bienes muebles (el secuestro y la retención) o los bienes inmuebles (la prohibición de enajenar y el embargo)

1.4 Requisitos Mínimos para Solicitar Medidas Cautelares

Para poder solicitar una medida cautelar, el requisito principal sería no otro sino el de lograr convencer a un juez o árbitro que la parte que solicita la medida cautelar esté investida de derecho para solicitarla, de la misma manera es indispensable que un bien o un derecho se encuentren en peligro inminente de ser afectados, y que de una u otra manera hay que proteger el derecho o el bien. “El derecho a obtener la tutela cautelar se subordina necesariamente a la condición suspensiva de que la sentencia sea favorable al beneficiario de la medida, debe responderse por el daño

¹⁷ Art. 1634 Código Civil

causado sin derecho alguno, siendo inadecuado pretender que sea abusivo o excesivo, el ejercicio de una facultad que no siquiera llegó a existir.”¹⁸ Es decir el derecho siempre se genera previo pronunciamiento favorable del juez o del árbitro, y no por mero capricho de una de las partes. De igual manera hay que recalcar que no es abusivo de ninguna de las partes el solicitar una medida cautelar, siempre que claro lo que se busque la medida cautelar que se solicita sea proteger un derecho y no causar un perjuicio en contra de la otra parte. Es trabajo del juez, y no de la partes realizar el respectivo examen de derecho en donde determina la existencia de un peligro y la necesidad de decretar la medida cautelar, evitando que se produzcan con esto abusos de derecho o malos usos del mismo¹⁹.

A pesar que recaiga ipso facto, la parte que solicita una medida cautelar es responsable por los daños y perjuicios que se generen con relación a la medida que solicita, no es necesario demostrar responsabilidad ni tampoco es obligación la contra cautela, sin embargo el principio de responsabilidad va inmersa con cada una de las medidas que se solicita. “Las medidas cautelares se decretan bajo la responsabilidad de quien las pide. El daño que causen indebidamente es de cargo de este y no del Estado. Dentro del derecho vigente no corresponde, en nuestro concepto, la llamada responsabilidad objetiva, vale decir, sin dolo ni culpa del peticionante, sino la responsabilidad que nace del dolo, culpa o negligencia.”²⁰ Es decir perfectamente de acuerdo con COUTURE, no estamos hablando de responsabilidad objetiva sino más que nada de responsabilidad por daños y perjuicios que una medida cautelar puede causar.

¹⁸ Westzler Malbran Alfredo Ricardo. “Responsabilidad procesal derivada de la cautela”. Ediciones Platenses. 1996, pp. 600

¹⁹ Calamandrei Piero. “Introducción al derecho procesal civil”. Ediciones de Palma. Buenos Aires. 1953 pp. 13

²⁰ Couture Eduardo J. “Fundamentos del derecho procesal civil”. Ediciones de Palma. Buenos Aires 1955 pp. 122

Teniendo en cuenta lo que son las medidas cautelares procederemos a comprender el ámbito en el cual se manejan dentro del procedimiento local, así como también en el arbitraje internacional en donde son meras recomendaciones, cuya no ejecución como lo hemos visto pone en peligro un derecho, siendo obligación de los tribunales arbitrales internacionales el dar salidas jurídicas a este problema, para no dejar el derecho sin protección.

2 Medidas cautelares en el arbitraje internacional

Partiendo desde el concepto interpuesto por varios autores entre ellos PAULSEEN la eficacia de un proceso arbitral depende de la eficacia de las medidas cautelares que aquel tribunal no solo ordene, sino que de igual manera logre ejecutar según la jurisdicción acordada para aquello²¹. Dentro del Arbitraje Internacional, las medidas cautelares, representan una flexibilidad mucho mayor que lo que se puede apreciar dentro de la jurisdicción ordinaria de cada uno de los estados. Y la razón es sencilla, los tribunales arbitrales no están sujetos en todos los casos a una ley estatal, es decir no existe una *lex fori*, que limite la actuación arbitral respecto a las medidas cautelares que este pueda dictar²². Una segunda razón es que las leyes que son aplicables al arbitraje, tal como la ley aplicable al procedimiento y la ley del lugar de celebración son en general mucho más amplias permitiendo una amplia gama de medidas cautelares que puede ordenar el tribunal, en comparación con los límites de actuación de los jueces ordinarios quienes están reglados estrictamente a cumplir las medidas cautelares limitadas por el ordenamiento jurídico al cual se están rigiendo.²³

Sin embargo, las principales restricciones con las que cuenta un tribunal arbitral son la que las medidas cautelares que dicta un tribunal, se encuentren acordes al orden público, y sean de aquellas que permite ya sea la jurisdicción sede del arbitraje o en su defecto la ley del lugar en donde se pretenden ejecutar aquellas medidas. Sin

²¹ Markus Wirth, *Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland*, ASA Bulletin, Vol. 18 N° 1 (2000), pp. 31 – 45; David Howell y Jan Paulsson, *Interim Measures of Protection in International Arbitration Proceedings : Towards a New Paradigm?*, Asian Dispute Review, 2006, pp. 18 – 21

²² Dr. Ernesto Salcedo. *Las medidas cautelares en el proceso arbitral*. THEMIS 2008, pp. 54-62

²³ Chillón Medina José María. “*Tratado de Arbitraje Interno Privado e Internacional*” Civitas, Madrid, 1978. P. 1427

embargo estas restricciones no necesariamente implican restricciones ni límites sobre aquello que el tribunal arbitral puede o no otorgar como medida cautelar.

Mucho se habla de igual manera, respecto a la ejecución de estas medidas cautelares, ya que es precisamente este problema de ejecución de las mismas en donde versa la problemática mayor de las medidas cautelares y de los laudos arbitrales dictados por los distintos tribunales, ya que encontramos autores que sostienen que el aquello que dictan los tribunales arbitrales en general, y mucho más los tribunales arbitrales internacionales es lo que se califica “leges imperfectae”²⁴ en sentido estricto con la necesidad que tiene un tribunal arbitral de recurrir en la mayoría de casos a la justicia ordinaria para poder ejecutar las decisiones arbitrales sean laudos o medidas cautelares.

2.1 Medidas cautelares que se pueden solicitar en el arbitraje internacional

Dentro del marco del arbitraje internacional, es difícil el mencionar los requisitos específicos para que un tribunal pueda dictar medidas cautelares, y cuáles serían las medidas cautelares respecto las cuales este tribunal puede o no dictar. Esto ya que los distintos centros de arbitraje internacional tienen sus propias reglas a la hora de llevar a cabo un arbitraje²⁵. Sin embargo, podemos decir en base al análisis hecho del procedimiento cautelar, que el solicitante debe demostrar que sus derechos están en

²⁴ E. Schwartz y M. Jurgén, *Provisional remedies in international arbitration*, World Arbitration & Mediation Report, 1995, p. 59

²⁵ El CIADI por ejemplo plantea varias distinciones con la Cámara de Comercio Internacional en cuanto a lo que medidas cautelares respecta. Más adelante profundizaremos el tema con mayor detalle.

riesgo de sufrir un daño irreparable (*periculum in mora*), y con esto demostrar cuál es el derecho que se pretende proteger frente al daño alegado (*fumus boni iuris*)²⁶

Dentro de los procesos arbitrales que por diferencias relativas a inversión se lleva en el seno del CIADI, a pesar que es difícil determinar el número exacto de medidas cautelares otorgadas por los tribunales, claro está que aquellas medidas que los tribunales arbitrales han concebido con mayor frecuencia son: medidas en donde se obliga a otorgar información confidencial, medidas para la obtención de evidencia, medidas para asegurar garantías financieras, suspensión de la ejecución de una decisión administrativa, detener la interferencia perjudicial de una de las partes²⁷. De igual manera, entre las medidas más novedosas que han sugerido tribunales arbitrales del CIADI, encontramos que están las de no continuación de un proceso arbitral local, o la de el detenimiento de un proceso judicial iniciado en contra de los representantes legales o funcionarios de los demandantes²⁸.

En los procesos arbitrales comerciales, que se llevan a cabo en el centro de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, podemos mencionar que las medidas cautelares más comunes son: medidas cautelares destinadas a asegurar la relación comercial entre las partes mientras dure el proceso arbitral (orden al contratista de continuar los trabajos pendientes, orden al contratante de realizar los pagos debidos), autorización de la suspensión de trabajos o ejecución de otras prohibiciones contractuales, consignaciones de vía cuentas bancarias que sean administradas por el tribunal, orden de constituir una garantía económica a favor de una parte, prohibición de ejecutar una garantía bancaria o de restituir una garantía

²⁶ RUEDA GARCIA, p. 7-22

²⁷ News from ISCID. Volumen 21. No 2. 2004

²⁸ Véase el caso *City Oriente Vs. Republica del Ecuador* el mismo que estará analizado detenidamente más adelante en este mismo trabajo.

bancaria que ya se ha ejecutado, prohibición de disponer sobre bienes (mareva injunction) y medidas cautelares destinadas a salvaguardar pruebas²⁹.

2.2 Medidas cautelares en los distintos reglamentos de arbitraje

Como está mencionado anteriormente, las medidas cautelares y en general todo el proceso cautelar que se lleve a cabo en un centro de arbitraje internacional, va a estar determinado por el reglamento de arbitraje de aquel centro, en tal sentido, el ámbito del proceso cautelar que se lleve a cabo dentro de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante únicamente CCI) es muy distinto al que se lleve a cabo dentro del CIADI, y no solamente por la razón que un centro maneja diferencias comerciales y el otro maneja diferencias relativas a la inversión³⁰, sino que por el reglamento mismo de cada uno de los centros. Este reglamento será aquel que determine qué medidas cautelares se pueden ordenar o recomendar por el tribunal arbitral³¹ así como también en qué estado del proceso se pueden ordenar estas medidas cautelares. Otro requisito es que la parte solicitante demuestre la existencia de una situación de urgencia o peligro inminente que amenaza a sus derechos. De la mano del anterior requisito es importante mencionar que la parte solicitante debe demostrar que existe un daño que cause riesgo importante en caso de ausencia de

²⁹ Ali Yesilirmak, Interim and Conservatory Measures in ICC Practice, ICC Bulletin, Vol. 11 N° 1 (2000), pp. 31-36.

³⁰ El centro de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, únicamente trata diferencias relativas al comercio, mientras que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversión o CIADI

³¹ En casos de las CCI se habla de medidas cautelares que el tribunal ordena, mientras que en el reglamento CIADI se habla de medidas cautelares que el tribunal recomienda, de ahí la diferencia entre uno y otro termino.

protección³². A estos requisitos hay que agregar la potestad que tiene el tribunal de dictar cauciones, o contra cautelas previas la ejecución de las medidas cautelares por este dictado³³.

2.2.1 Medidas provisionales al amparo del estatuto de la corte internacional de justicia

La Corte Internacional de Justicia en lo posterior (CIJ) es el principal centro judicial de las Naciones Unidas. Su estatuto, es el principal marco jurídico de aplicación para resolver todas aquellas disputas que a esta corte lleguen, siendo sus fallos en especial en lo referente a las medidas provisionales referentes jurisprudenciales en especial dentro del sistema CIADI.

Si bien dentro del reglamento del centro, no es abundante el articulado que se refiera a las medidas provisionales, pues nada mas el Art. 41 del estatuto de la CIJ establece que esta entidad podrá indicar las medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los derechos de una de las partes³⁴.

Es importante resaltar que el mismo estatuto en varios artículos establece que todos los países firmantes, reconocen la obligatoriedad de todas y cada una de las órdenes que establece la CIJ. Por ejemplo, el artículo 59 establece que las decisiones de la CIJ son obligatorias para las partes involucradas en el proceso. Así mismo el

³² Para este requisito y el anterior hay que tener en cuenta que el tema de prueba de la urgencia es muy importante, la parte solicitante tiene que demostrar la existencia no solo de un derecho sino más que ello de un peligro.

³³ Silva Romero Eduardo. El Arbitraje y la Jurisdicción. Ponencia II Congreso Internacional del Club Español de Arbitraje. Pp.13-15.

³⁴ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia “Art. 41 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 notificarán inmediatamente a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas.”

numeral segundo del Art. 36 determina que los estados pueden reconocer ipso facto como obligatorias las decisiones de la CIJ³⁵.

Es importante mencionar que dentro de este centro, no se establece requisitos, ni se establece contra cautelas ni ninguna otra medida, pudiéndose interpretar que para poder dictar una medida provisional sería necesario que los árbitros lo consideren así.

2.2.2 Medidas cautelares en el arbitraje comercial al amparo de la ley modelo de la comisión de las naciones unidas para el desarrollo para el derecho mercantil internacional (CNUDMI)

Dentro de la ley modelo de la Comisión de las Naciones unidas para el derecho mercantil internacional en adelante CNUDMI, conforme a la realización del texto en 1985 y la actualización del mismo en el año 2006³⁶. Con esto tenemos en claro que se trata de una de las leyes de arbitraje internacional más actuales, sino la más actual, la misma que tiene como lo veremos a continuación varios artículos y en general muy bien reglado el tema de las medidas cautelares. Dentro de este reglamento de arbitraje el Art. 9 manifiesta que no será incompatible de ninguna manera que las partes involucradas en el arbitraje decidan en cualquier instancia del proceso atribuir al tribunal la potestad de ordenar medidas cautelares mediante la solicitud y posterior concesión de las mismas³⁷. De igual manera en el Art. 17 de la ley modelo trata sobre las medidas cautelares en donde manifiesta que salvo que exista acuerdo en contrario de las partes, el tribunal podrá por petición de una de ellas, otorgar medidas cautelares. El numeral 2 de este artículo se anticipa y define medidas cautelares

³⁵ Art. 36 núm. 2 y 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

³⁶ Fechas disponibles en el texto mismo de la ley modelo de CNUDMI.

³⁷ Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional **Art. 9.-** No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante el transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni que el tribunal conceda esta medida.

como “toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que: *a)* mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia; *b)* adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral; *c)* proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o *d)* preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia³⁸”

De lo expuesto la definición de medidas cautelares que nos da la ley modelo, podemos mencionar que se limita a las medidas cautelares en cualquier momento hasta antes de la expedición del laudo o de cualquier providencia que ponga fin al procedimiento arbitral. Estas medidas cautelares como es obvio cumplen con el requisito básico de todas las medidas cautelares que es la temporalidad, y las mismas cuyo objeto es mantener el “*status quo*” cuyo significado traducido al español sería

³⁸ Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional **Art. 17** 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares.

2) Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:

a) mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia;

b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;

c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia”.

dejar las cosas en estado actual³⁹, es decir las medidas cautelares en este caso buscan mantener las cosas en un estado actual evitando deterioros y daños mayores que puedan significar de alguna manera amenaza contra un derecho o que afectaren al procedimiento arbitral, siendo aquello otras de las características de estas medidas cautelares.

De igual manera encontramos que en la ley modelo de CNUDMI está determinado de manera clara las condiciones necesarias para el otorgamiento de las medidas cautelares, y precisamente el artículo 17 A determina que quien solicita una medida cautelar deberá convencer al tribunal que hay un daño que no se puede resarcir y que además esté a punto de producirse y que es necesaria la adopción de medidas cautelares para salvaguardar aquel derecho. Además se tiene que demostrar que el daño que se causa por no otorgar la medida sería mucho mayor que el daño que se causa a la parte sobre la cual pesa la medida cautelar. Y se expresa que estas medidas serán aplicables solamente a potestad del tribunal⁴⁰.

Hay que continuar agregando que respecto al proceso cautelar en sí, el reglamento al que hacemos diferencia, manifiesta en varios de sus artículos el procedimiento cautelar, estableciendo la metodología y características que este proceso tiene. Y por ejemplo se establece que el tribunal podrá modificar, revocar o

³⁹ Diccionario de la Real Academia Española. Disponible en www.rae.es, consultado el 28 de Agosto de 2010

⁴⁰ Ley Modelo del CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional **Art. 17 A.- 1)** El solicitante de alguna medida cautelar prevista en los apartados *a)*, *b)* o *c)* del párrafo 2) del artículo 17 deberá convencer al tribunal arbitral de que: *a)* de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y *b)* existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

2) En lo que respecta a toda solicitud de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado *d)* del párrafo 2) del artículo 17, los requisitos enunciados en los apartados *a)* y *b)* del párrafo 1) del presente artículo sólo serán aplicables en la medida en que el tribunal arbitral lo estime oportuno

suspender las medidas cautelares que haya determinado ⁴¹ se determina de igual manera que se puede establecer una contra cautela adecuada a la medida cautelar que se solicita⁴².

Peculiar es además que se establezca en la ley modelo que es obligación de las partes informar al tribunal de manera obligatoria respecto a cualquier cambio importante en las circunstancias que provocaron se produzcan las medidas cautelares⁴³, esto hace referencia con el artículo anterior en donde se manifiesta que se puede en cualquier momento, suspender o revocar las medidas cautelares que se dicten, y es que no tendría sentido alguno seguir manteniendo medidas cautelares cuando las circunstancias han cambiado y no hay derecho que se encuentre en peligro ni bienes que tienen que ser precautelados ya que el peligro a pasado.

De la misma manera, la ley modelo establece que será el tribunal quien determine la respectiva condena a costas y la responsabilidad de quien solicite la medida cautelar para que sea este último quien responda por los daños y perjuicios que ocasionaren⁴⁴. Posteriormente analizaremos cuando es pertinente condenar al pago de daños y perjuicios o la condena a costas, tras el no cumplimiento de las medidas cautelares ordenadas, o recomendadas por un tribunal internacional.

⁴¹ Ley Modelo del CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional Art. 17 D.- El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar que haya otorgado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes.

⁴² Ley Modelo del CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional Art. 17 E 1) El tribunal arbitral podrá exigir del solicitante de una medida cautelar que preste una garantía adecuada respecto de la medida.

⁴³ Ley Modelo del CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional Art. 17 F 1) El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer sin tardanza todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara u otorgara.

⁴⁴ Ley Modelo del CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional Art. 17 G El solicitante de una medida cautelar o el peticionario de una orden preliminar será responsable de las costas y de los daños y perjuicios que dicha medida u orden ocasione a cualquier parte, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida o la orden. El tribunal arbitral podrá condenarle en cualquier momento de las actuaciones al pago de las costas y de los daños y perjuicios.

La peculiaridad de la ley modelo que venimos analizando es que dedica toda una sección para el tema que más nos interesa, es decir para la obligatoriedad de las medidas cautelares. Es pertinente copiar el artículo de la convención que manifiesta:

Artículo 17 H. Reconocimiento y ejecución

- 1) *Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 17 I.*
- 2) *La parte que solicite o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al tribunal de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida.*
- 3) *El tribunal ante el que sea solicitado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir de la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros.⁴⁵*

Y es importante y a la vez de muchísimo valor, el mecanismo de ejecución que tienen esta convención, pues manifiesta que aquellas medidas cautelares que ordene el tribunal son obligatorias para las partes y estas tienen que ser ejecutadas por el juez ordinario del lugar en donde se tienen que ejecutar aquellas medidas cautelares. A esto podemos comentar que estaríamos entonces ante una lo que en derecho se conoce como “*leges imperfectae*”⁴⁶ y con esto la falta de “*imperium*” que tienen los árbitros ya que así sean obligatorias las medidas cautelares estas tienen que ser ejecutadas por un juez ordinario lo que no solo dilataría el proceso de ejecución de dichas medidas sino que por el contrario podría negarse la ejecución de dichas medidas y su obligatoriedad queda en nada.

Se contempla razones específicas en donde se determina las justificaciones para poder negar la ejecución de medidas cautelares, todas considerando razones

⁴⁵ ⁴⁵ Ley Modelo del CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional **Art. 17 H**

⁴⁶ Cfr. E. Schwartz y M. Jurgén, Provisional remedies in international arbitration, World Arbitration & Mediation Report, 1995, p. 59

sustanciales determinadas por el tribunal de arbitraje⁴⁷, olvidándose que pueden en muchos casos los jueces ordinarios de cada estado negar la ejecución de dichas medidas. Por ello creo yo, es pertinente aplicar la misma lógica que contempla el Art. 36 de la convención en donde se establecen la razones por las cuales se puede negar a la ejecución de un laudo. De la que podemos rescatar es que se manifiesta expresamente en literal b que se lo podrá denegar, cuando hay alguna nulidad dentro del proceso, o por lo menos dicha nulidad se discute o cuando el tribunal compruebe que la materia objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o cuando el reconocimiento o ejecución sería contrario al orden público⁴⁸. Y es esa última frase

⁴⁷ Ley Modelo del CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional **Art. 17 I**

⁴⁸ Artículo 36. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución 1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado:

a) a instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución:

i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; o

ii) que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o

iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o

v) que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo; o

b) cuando el tribunal compruebe:

i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o

ii) que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado.

la que podemos analizar, si suponiendo que el juez local tienen que hacer en análisis del exequátur para determinar la validez y si la medida cautelar es o no atentatoria contra el orden público, entonces estaríamos en problemas ya que siendo el orden público un tipo jurídico indeterminado el juez bien podría negarse a ejecutar la medida cautelar por ser atentatoria al orden público.

Y es que por más que esté muy bien reglamentado y bien escrito el proceso de ejecución de medidas cautelares en donde dice que si son efectivamente de obligatorio cumplimiento, más a fondo vemos, que esta obligatoriedad puede no ser siempre efectiva, al momento en que se sujeta a un estudio del juez de lo civil, quien puede negar la ejecución de la medida cautelar o simplemente demorar tanto en el proceso hasta el punto que se vuelve inefectivo su cumplimiento.

2.2.3 Las medidas cautelares en el arbitraje de inversiones al amparo del convenio CIADI

Dentro del arbitraje internacional, es quizás el CIADI, el centro hoy en día en donde se llevan a cabo las más importantes disputas en materias de inversiones, de igual manera, es el CIADI, uno de los más controversiales, sino el más controversial de los centros de arbitraje internacionales con respecto al tema de las medidas cautelares. Esta controversia se debe más que nada a la discusión respecto a si las medidas cautelares que dicta un tribunal CIADI son o no de obligatorio cumplimiento para las partes. El Convenio CIADI manifiesta que el tribunal podrá recomendar las medidas cautelares que considere adecuadas⁴⁹, y justamente desde ese punto versa la discusión sobre si estas recomendaciones son obligatorias para las partes o en su defecto son meras recomendaciones que hace el tribunal, sobre este tema me referiré más ampliamente al momento de las conclusiones.

⁴⁹ Art. 47 Convenio CIADI

Como está mencionado anteriormente, el Art. 47 del convenio CIADI, manifiesta que salvo acuerdo en contrario de las partes, y siempre que el tribunal lo requiera necesario, este último podrá recomendar las medidas provisionales que considere óptimas para salvaguardar los derechos respectivos de las partes⁵⁰. En principio este artículo de las medidas provisionales no es distinto de cualquier otra convención que regla las mismas, con la única diferencia que dentro del convenio CIADI consta la palabra “recomendaciones”, la cual es vertiente de varias y arduas discusiones.

De igual manera, en concordancia con el Art. 47, la regla 39, dentro del procedimiento especial establecido en la misma convención, nos encontramos que se regula de manera clara las medidas provisionales. Específicamente la regla manifiesta:

REGLA 39

(1) En cualquier etapa una vez incoado el procedimiento, cualquiera de las partes puede solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para la salvaguardia de sus derechos. La solicitud deberá especificar los derechos que se salvaguardarán, las medidas cuya recomendación se pide, y las circunstancias que hacen necesario el dictado de tales medidas.

(2) El Tribunal dará prioridad a la consideración de las peticiones de las partes hechas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo (1).

(3) El Tribunal también podrá recomendar de oficio la adopción de medidas provisionales, o recomendar medidas distintas de las identificadas en la petición. Podrá modificar o revocar sus recomendaciones en cualquier momento.

(4) El Tribunal sólo recomendará medidas provisionales, o modificará o revocará sus recomendaciones, después de dar a cada parte una oportunidad para que haga presente sus observaciones.

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

(6) Nada en esta Regla impedirá que las partes, siempre que lo hayan estipulado en el convenio que registre su consentimiento, soliciten a cualquier autoridad judicial o de otra naturaleza que dicte

⁵⁰ Convenio CIADI Art. 47.- Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes.

*Medidas provisionales, antes o después de incoado el procedimiento, para la preservación de sus respectivos derechos e intereses.*⁵¹

Importante mencionar que como en todas las demás convenciones esta establece que las medidas cautelares se las puede recomendar en cualquier estado de la causa cuando el tribunal considere necesario salvaguardar un derecho. Es prudente suponer que el tribunal está limitado a dictar medidas cautelares hasta la emisión de un laudo, o una decisión que ponga fin al proceso. En muchos casos estas medidas cautelares se presentan junto con la solicitud de arbitraje y la demanda arbitral, cayendo en casos en donde el tribunal ordena medidas cautelares incluso cuando su jurisdicción se ha puesto en discusión Sin embargo, es perfectamente válido que el tribunal emita una recomendación sobre medidas cautelares antes incluso que se pronuncie respecto a su jurisdicción.

De igual manera, bajo convención CIADI, es importante mencionar que hay que especificar las razones por la cuales se solicita la medida, hay que especificar qué medida es la que solicita. Es aquí importante mencionar que es necesario demostrar la urgencia en la solicitud de la medida, urgencia que tiene que necesariamente tiene que estar ligada con un daño irreparable no así con un daño que se pueda medir y subsanar de manera económica netamente⁵².

Podemos mencionar también que se le concede al tribunal la facultad de recomendar medidas cautelares de oficio. Esto siempre que el tribunal reconozca que a pesar que las partes no han solicitado, es necesario dictar la medida cautelar, a mi entender por no otra razón sino porque el tribunal quiere salvaguardar aquello que corre peligro y es indispensable para la hora de dictar una decisión dentro del proceso.

⁵¹ Convenio CIADI. Regla 39. (Capítulo 5 Procedimientos especiales)

⁵² Argumento utilizado por el Ecuador en caso Perenco vs. Ecuador

De igual manera, podemos manifestar que se establece la facultad de iniciar procesos cautelares en la jurisdicción ordinaria sin que esto sea un rechazo de manera alguna a la jurisdicción arbitral. Aquí decir una vez más que siempre que el proceso que se inicie sea únicamente cautelar ya que de ser un proceso ordinario, sería improcedente continuar bien con el arbitraje o bien con el proceso ordinario.

Hasta aquí no hay mucha diferencia en cuanto a lo que el convenio CIADI manifiesta en lo que a medidas provisionales se refiere con lo establecido en distintos convenios de arbitraje. Una vez más reitero que la peculiaridad sobre las medidas CIADI es que la convención misma dice que son “recomendaciones” y con esto es difícil medir el grado de obligatoriedad que estas recomendaciones tengan.

3 Requisitos aplicables para otorgar medidas cautelares

Dentro de lo que es el arbitraje internacional, específicamente el arbitraje de inversiones los requisitos para otorgar medidas provisionales no han establecido de manera unánime, haciendo que tribunales no fallen de la misma manera. En este sentido, lo que para un tribunal puede ser un requisito necesario para dictar una medida provisional, otro tribunal no lo puede considerar de la misma manera. Lo que sí está dicho es que dentro del arbitraje internacional, las medidas cautelares son consideradas de carácter excepcional, las mismas que no deben ser recomendadas de manera ligera.⁵³

El primer requisito que tendría que tomar en cuenta el Tribunal a la hora de dictar una medida provisional, es si efectivamente están facultados para ello. Para esto, es indispensable que el Tribunal se remita en todos los casos a la cláusula arbitral. En este sentido, el Tribunal deberá analizar si las partes han otorgado dicha facultad, o en su defecto si específicamente han prohibido al Tribunal dictar medidas provisionales⁵⁴.

Con relación a este primer punto, es igual de importante que previo a dictar una medida provisional el tribunal examine conjuntamente con la cláusula arbitral, el reglamento del centro de arbitraje al que las partes han sometido resolver su controversia. Este punto es importante, entre otras cosas para que el propio Tribunal conozca a fondo sus atribuciones y pueda resolver de mejor manera la controversia. Pues será el reglamento mismo del centro de Arbitraje, aquello que determine entre

⁵³ Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7),

⁵⁴ En este sentido, el Art. 47 del convenio CIADI establece que salvo acuerdo contrario de las partes, el Tribunal podrá recomendar las medidas provisionales que considere necesarias.

otras cosas, el procedimiento a seguir para la adopción de medidas cautelares como por ejemplo el plazo, el carácter unilateral o contradictorio, entre otros⁵⁵.

Con este punto surge también el tema de discusión respecto a aquellos casos en los que los Tribunales dicten medidas provisionales antes que decidan sobre su propia competencia. En estos casos, los estados han impugnado la jurisdicción de los tribunales para conocer sobre el caso que fue llevado a arbitraje, sin embargo debido a la necesidad y la urgencia de la medida solicitada por una de las partes, la recomendación no puede esperar hasta que el tribunal resuelva sobre su propia competencia, sino que este debe resolver las medidas provisionales solicitadas antes de resolver sobre su propia jurisdicción.

Para casos similares al último expuesto, es ya conocido de manera casi uniforme tanto por la doctrina como por la misma jurisprudencia de los centros internacionales, que los tribunales si están facultados para dictar medidas provisionales incluso antes de resolver sobre su propia competencia. En este sentido la Corte Internacional de Justicia en el Caso de las “Papeleras” entre Argentina y Uruguay⁵⁶ se pronunció manifestando que cuando existan indicios suficientes que a prima facie demuestren la competencia del Tribunal, este puede recomendar las medidas provisionales que considere necesarias.⁵⁷

En el caso CIADI Holidays Inns vs. Marruecos⁵⁸ el tribunal continúa con la misma idea propuesta por la CIJ, dentro de la cual se reconoce que si el Tribunal considera tener indicios a prima facie que demuestran su competencia este puede

⁵⁵ Calvo Caravaca Alfonso Luis. Medidas Cautelares y Arbitraje Privado Internacional. Diario la Ley, Año XXV. Número 6128. Martes 16 de Noviembre de 2004.

⁵⁶ Caso “Las papeleras en el Río Uruguay” Argentina Vs. Uruguay llevado a cabo ante la Corte Internacional de Justicia.

⁵⁷ Caso “Las papeleras en el Río Uruguay” Argentina Vs. Uruguay llevado a cabo ante la Corte Internacional de Justicia. Decisión de 23 de Enero de 2007

⁵⁸ Holiday Inns S.A. vs. La República de Marruecos Caso CIADI No. ARB/72/1

recomendar las medidas provisionales que consideres necesarias para salvaguardar el estado de la controversia y los derechos que las partes pretenden proteger. Dice además el Tribunal que el hecho de dictar medidas provisionales antes de resolver su propia competencia, no impide ni atenta algún derecho de las partes, toda vez que las partes continúan con su derecho de expresar excepciones a la competencia del tribunal en todos y cada uno de los temas, en los que consideren que se debe objetar⁵⁹.

Con esto, el requisito de la Jurisdicción, queda establecido en sentido que el Tribunal siempre que a prima facie considere tener jurisdicción, puede recomendar las medidas provisionales que considere necesarias. Hay que manifestar que en cualquier caso cuando el tribunal ha recomendado la adopción de medidas provisionales y luego el Tribunal ha decidió que no es competente para continuar con la resolución del caso, las medidas provisionales pierden vigencia.

En este sentido en el caso *Pey Casado Vs. Chile*⁶⁰ el Tribunal recomendó medidas provisionales solicitadas por ambas partes antes de resolver sobre su propia competencia, en este caso, al momento de pronunciarse el Tribunal al respecto, manifestó que las medidas provisionales son por naturaleza provisionales, y que carecen de “res judicata” por lo que estas pueden ser revocadas, canceladas o anuladas en cualquier momento cuando así el tribunal lo considere necesario⁶¹.

⁵⁹ *Holiday Inns S.A. vs. La República de Marruecos* Caso CIADI No. ARB/72/1, decision sobre jurisdicción del 12 de Mayo de 1974 “The Tribunal... considers that it has jurisdiction to recommend provisional measures according to the terms of Art. 47... the Parties still having the right to express, in the rest of the procedure, any exception relating to the jurisdiction of the Tribunal on any other aspect of the dispute”

⁶⁰ *Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile* Caso CIADI No. ARB/98/2

⁶¹ *Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile* Caso CIADI No. ARB/98/2, Decision de Medidas Provisionales del 25 de Septiembre de 2001 textual mente el fallo manifiesta “provisional measures, which are provisional by nature and definition... can be modified or annulled at any time by the Tribunal, do not enjoy “res judicata” effect, are only valid for the

De este primer requisito hay que concluir diciendo que lo importante es que el Tribunal revise la clausula arbitral, y considere de los hechos del caso si a prima facie tiene o no jurisdicción, y de acuerdo a ello recomendar las medidas provisionales que considere necesarias.

El segundo requisito es aquello que en doctrina se conoce como el *fumus boni iuri* también conocido como el principio de prueba de buen derecho. Este requisito establece que quien solicite una medida provisional este investido del derecho para hacerlo, es decir sería responsabilidad del tribunal asegurarse que quien solicita la medida cautelar sea parte procesal y que se encuentre con el derecho efectivo de solicitar una medida provisional.

Un claro ejemplo de este principio se estableció en el caso *Cemex vs. Venezuela*, en donde Venezuela afirmo entre otras cosas que en las medidas provisionales solicitadas por Cemex se violaba este principio toda vez que los buques sobre los cuales recaía la medida provisional solicitada pertenecías a Sumbulk, una compañía ajena al proceso cautelar⁶². En este caso, como en cualquier otro que se solicite una medida provisional, es trabajo del Tribunal determinar si se cumple o no con este requisito.

De igual en este segundo requisito es necesario mirar que no solamente las partes sino también los derechos que se pretenden proteger tienen que estar relacionados con la controversia. Es decir, la no únicamente las personas, sino aquello que se pide tiene que este acorde a un buen derecho, acorde al derecho y no a un derecho aparte.

En este sentido, en el caso *Maffezini vs. El Reino de España*⁶³ el Tribunal manifestó que las medidas cautelares tienen que ser solicitadas sobre derechos ya

duration of the procedure and “would automatically fall” were the arbitral tribunal to decide that it is incompetent to consider the dispute.

⁶² CEMEX Caracas Investment B.V. and CEMEX CARACAS II INVESTMENT B.V. VS. La Republica Bolivariana de Venezuela ICSID Case No. ARB/08/15

⁶³ Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España Caso CIADI No. ARB/97/7

existentes y no para que se creen nuevos derechos⁶⁴. En este sentido tenemos que entender que el buen derecho tiene que también ser entendido en cuanto a la petición que se hace, pues como establece el Tribunal, la petición de medidas provisionales debe versar sobre derechos ya existentes mas no sobre derechos que se pretenden crear.

En este mismo requisito, Tribunales CIADI, han manifestado que previo a la recomendación de una medida provisional quien solicita la misma está en la obligación de probar o demostrar que posee el derecho para solicitar la medida siendo este el criterio aplicado por el Tribunal en el caso *Pey Casado vs. Republica de Chile*⁶⁵.

Un tercer requisito que debe cumplirse para que el tribunal proceda a dictar una medida provisional es que se demuestre la urgencia de la medida, requisito que es conocido también como *periculum in mora*. Este requisito debe evitar un peligro grave para el buen fin y desarrollo del proceso arbitral, requisito que está ligado con el estado de necesidad⁶⁶.

De este tercer requisito el profesor SCHEURER manifiesta que los requisitos principales para la otorgación de una medida provisional son que cumplan un estado de necesidad y urgencia, por ejemplo el menciona “la necesidad de adoptar medidas preliminares para garantizar el cumplimiento de un eventual laudo; la necesidad de “detener a las partes de recurrir a la auto-tutela o buscar satisfacción de su

⁶⁴ Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España Caso CIADI No. ARB/97/7, decisión de medidas provisionales de 28 de Octubre de 1999. “Any preliminary measure to be ordered by an ICSID arbitral tribunal must relate to the subject matter of the case before the tribunal and not separate unrelated issues or extraneous matters”

⁶⁵ Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile Caso CIADI No. ARB/98/2, Decision de Medidas Provisionales del 25 de Septiembre de 2001 textual mente el fallo manifiesta “To demand the right that one seek to preserve must be existing, demonstrated or proved”

⁶⁶ Calvo Caravaca Alfonso Luis. Medidas Cautelares y Arbitraje Privado Internacional. Diario la Ley, Año XXV. Número 6128. Martes 16 de Noviembre de 2004.

pretensión a través de otros medios”; y la necesidad de “prevenir en general la agravación de la situación a través de la acción internacional”⁶⁷

Un cuarto requisito que se presenta es que la medida provisional solicitada no está relacionada con el fondo de la controversia, implicando que cuando el tribunal se pronuncie respecto a la medida provisional, este no esté adelantando su criterio respecto al fondo de la controversia, es decir se mira a la petición de medidas provisionales como adyacentes únicamente a un derecho en riesgo y no como un arma para conocer el criterio del tribunal. Este requisito se manifiesta de manera clara en el fallo *Oxy II vs. Ecuador*⁶⁸ en donde entre otras razones el Tribunal niega las medidas provisionales manifestando que el pronunciarse sobre las mismas, estaría anticipando su criterio respecto al fondo de la controversia.

Un quinto requisito que analizan constantemente los Tribunales, es la existencia de un daño. Aquí hay que hacer un alto debido a la discusión que se crea es respecto a si debe existir un el riesgo de que se produzca un daño o por el contrario, si este daño tiene que necesariamente ser irreparable. En ambos casos hay fallos que se manifiestan a favor de cada una de estas posturas.

Por un lado nos encontramos con Tribunales que han manifestado que no es necesario que se produzca un daño irreparable para que puedan dictar las medidas provisionales. En estos casos los tribunales establecen que basta con que el riesgo que se produzca un daño sea eminente y que la inversión corra un riesgo para que se puedan dictar las medidas provisionales respectivas sin que sea necesario que exista el riesgo que se produzca un daño irreparable⁶⁹. Entre los argumentos que encontramos de quienes están a favor de esta teoría, versan que en al fin y al cabo,

⁶⁷ Christoph Schreuer, *The ICSID convention a Commentary*. Cambridge University Press. 2001

⁶⁸ *Occidental Petroleum Corporation (OPC) y Occidental Exploration and Production Company (OEPC) vs. Ecuador* (ICSID Case No ARB/06/11)

⁶⁹ *City Oriente Ltd v Ecuador* (ICSID Case No ARB/06/21 IIC 309 (2007))

todo el daño va a poder ser recompensado de manera económica de tal razón que no hay tal cosa como un daño irreparable, por lo que es mejor evitar que se produzca el daño y con eso evitar proceder con la compensación económica que en muchos de los casos puede llegar a ser muy difícil de ser calculada.

Así por ejemplo en el caso *City Oriente vs. Ecuador*, el Tribunal manifestó que “lo importante no es tanto que las medidas provisionales sean necesarias para evitar un daño irreparable, sino que el daño evitado al solicitante con su promulgación sea grave y desborde ampliamente el daño causado al perjudicado.⁷⁰” Es decir se tiene mucha más noción que el daño sea simplemente grave y no irreparable.

Así mismo en el caso *Perenco vs. Ecuador*, el tribunal dispuso similar criterio al manifestar que el Convenio CIADI no establece nunca que el requisito sea el de daño irreparable para otorgar medidas provisionales manifestando el tribunal que

Cuando las acciones de una parte pueden causar pérdidas a la otra que no puedan subsanarse con un eventual laudo de daños pecuniarios, es probable que se cumpla la condición del Artículo. Sin embargo, el Artículo no establece una condición de pérdida irreparable, y los antecedentes no dan pie a una construcción tan estrecha⁷¹

Quienes sostienen la segunda teoría, por la cual se establece que es necesario que se produzca un daño irreparable para que el tribunal considere dictar una medida provisional, manifiestan que el daño que se puede llegar a producir sin la medida provisional tiene que ser de tal magnitud que no puede ser valuado económicamente. Aquí sin embargo hay que tomar en cuenta que la convención CIADI por ejemplo, no hace referencia alguna a lo que por daño se deba entender y si es o no necesario que este daño sea irreparable, sin embargo existen varios criterios al respecto que siguen los parámetros establecidos por la CIJ para precisar este particular.

⁷⁰ *City Oriente Ltd. v Ecuador* Caso CIADI No ARB/06/21 IIC 309 (2007)

⁷¹ *Perenco Ecuador Ltd. Vs. Republica del Ecuador y Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/06)

En este sentido la CIJ se ha pronunciado manifestando que las medidas provisionales pueden ser ordenadas solo si existe una necesidad urgente para evitar un perjuicio irreparable que no pueda esperar hasta la emisión de la pronunciación final⁷²

Similar postura aparece en el caso *Oxy II vs. Ecuador*, en donde el Tribunal considero aquello establecido por la CIJ y adujo que para dictar medidas provisionales es necesario que el daño que se pretenda evitar sea irreparable, en este sentido solo versaría recomendar medidas provisionales cuando aquello que se busca salvaguardar no puede ser recompensado de manera económica⁷³.

Es decir, para poner fin a esta discusión, nada más hay que manifestar que el requisito generalmente aceptado por los Tribunales CIADI es aquel que al amparo del Art. 47 de la convención, establece que es necesario la existencia de un daño irreparable para que sea procedente recomendar medidas provisionales. Caso contrario, cuando el daño puede ser valorado de manera económica, no tendría sentido dictar la medida en vista que bien se puede recompensar por aquel daño que se causa.

Otro requisito que encontramos propuesto por varios tribunales, es la fijación de una contra cautela. Si bien es un requisito atípico, en el sentido que no es otorgado por los tribunales de manera uniforme y que difícilmente conceden los tribunales

⁷² “Thus, that power “can be exercised only if there is an urgent necessity to prevent irreparable prejudice to such rights, before the Court has given its final decision.” (ICJ - Pulp Mills on the River Uruguay (*Argentina v. Uruguay*), Order of 23 January 2007, ICJ Reports 2007, p. 11

⁷³ “Otro principio firmemente establecido es que sólo pueden concederse medidas provisionales en situaciones de necesidad y urgencia, para proteger derechos que a falta de esas medidas se perderían definitivamente. Es un hecho no controvertido que las medidas provisionales son medidas extraordinarias, que no pueden recomendarse a la ligera. En otros términos, se requieren, conforme al Artículo 47 del Convenio del CIADI, cuando son necesarias para salvaguardar los derechos de una parte y cuando esa necesidad es urgente, para evitar un daño irreparable.” *Occidental Petroleum Corporation (OPC) y Occidental Exploration and Production Company (OEPC) vs. Ecuador* (ICSID Case No ARB/06/11)

cuando una de las partes lo solicita, es importante mencionar a contra cautela en vista que ha estado presente en algunos casos como veremos a continuación.

Autores como SCHEURER sostienen que al ser facultad del Tribunal arbitral el recomendar medidas provisionales son estos quienes tienen que señalar la pertinencia de una contra cautela. Los Tribunales arbitrales debe asegurarse de contar con la certeza y seguridad necesarias para que se puedan llegar a cumplir sus recomendaciones, y que estas al momento de cumplirse no generen un daño sobre la parte que las deben ejecutar, siendo facultad del tribunal y no petición de las partes la otorgación de una contra cautela. Así mismo dice SCHEURER una contra cautela tiene que ser necesariamente aplicada para todos los casos en los cuales exista duda respecto a si el solicitante puede cubrir los gastos respecto a la medida provisional, o cuando el solicitante de la medida no genere suficiente seguridad como para poder hacerse cargo de los costos que aplica la ejecución de la medida, es labor del Tribunal condicionar la medida provisional al cumplimiento de una contra cautela⁷⁴.

Personalmente creo mucho más fuerte la posición que sostiene la necesidad de proteger un daño irreparable, el cual debe ser entendido como aquel no puede ser recomenzado de manera económica, o cuyo cálculo económico sería difícil de establecer o inexacto, así se tendría como prioridad proteger aquellos daños que no podrán ser resarcidos con la condena a costar, separando de aquellos que bien si podrían.

Requisitos como la proporcionalidad que forma parte de la teoría general del proceso cautelar, que no han sido tratados de manera uniforme por tribunales arbitrales, sino que por el contrario han aparecido como características de cada uno de los casos.

⁷⁴ Christoph Schreuer, *The ICSID convention a Commentary*. Cambridge University Press. 2001

Es importante dejar en claro que estos requisitos de otorgación de las medidas provisionales se aplicarían siempre que estas medidas sean solicitadas directamente al Tribunal arbitral. Puede sonar lógico lo antes dicho, pero no hay como olvidarse que los reglamentos de arbitraje si permiten que las partes soliciten medidas provisionales ante las cortes locales sin que esto implique un rechazo al arbitraje. Para estos casos en donde las medidas provisionales sean solicitadas en las cortes locales, se aplicaran los requisitos que cada ley establezca, las mismas que generalmente estarán contempladas bajo los lineamientos generales del proceso cautelar.

4 Decisiones CIADI sobre medidas cautelares en distintos casos

Toda vez que hemos visto y analizado los principales reglamentos de arbitraje internacional, el único sistema de arbitraje internacional que nos deja dudas respecto a la obligatoriedad de las medidas cautelares es sin dudas el CIADI ya que es el único centro de arbitraje que *recomienda* la implementación de medidas cautelares. No es pertinente buscar únicamente lo que dice la doctrina en este respecto ya que el análisis casuístico podrá sin lugar a dudas tener mucho más peso, ya que sale de las ideas utópicas planteadas por algunos autores y se centra en lo que en realidad paso. Es por ello que procederé a comentar varios casos CIADI en donde se ha recomendado la ejecución de medidas provisionales y cuáles han sido en realidad el resultado de aquellas recomendaciones. De igual manera es pertinente analizar casos en donde se han negado medidas provisionales para tener en claro que es lo que busca un tribunal CIADI para ordenar medidas provisionales.

4.1 Caso Perenco vs. República del Ecuador decisión medidas provisionales⁷⁵

El 4 de Septiembre de 2002, la compañía Perenco firma dos contratos de participación con el estado Ecuatoriano, uno de esos contratos es de participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos del bloque 21, mientras que el segundo contrato es la modificación del contrato de prestación de servicios para la

⁷⁵ Perenco Ecuador Ltd. Vs. Republica del Ecuador y Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (Caso CIADI No. ARB/08/06)

exploración y explotación del bloque 7⁷⁶. De igual manera, Perenco suscribió varios acuerdos de operación conjunta con otras entidades que operaban los bloques 7 y 21, siendo Perenco, el mayor tenedor de derechos de los contratos de participación con un 53% en el bloque 21 y 57.50% en el bloque 7⁷⁷. Las participaciones restantes pertenecen a la compañía Burlington Resources Oriented Limited con quien Perenco suscribió un consorcio⁷⁸. De acuerdo con ambos contratos suscritos, el consorcio tiene el derecho y la obligación de realizar actividades relacionadas con la exploración y producción de petróleo en ambos bloques a los que se refieren los dos contratos.

La controversia entre las partes surge a raíz de la expedición de la denominada Ley 42, en la misma que se agrega a la Ley de Hidrocarburos vigente un artículo por el cual se cambia el rubro de participación en 99% a favor del estado ecuatoriano⁷⁹. Perenco continuó pagando al estado Ecuatoriano la cantidad estipulada en la Ley 42 siempre con intenciones de renegociar el contrato y el tema de las participaciones. Sin embargo con fecha 12 de Abril del 2008, el ejecutivo manifestó que suspendió toda negociación futura y con esto, el 30 de Abril de 2008 Perenco, presenta la respectiva solicitud de arbitraje en contra del Ecuador. A partir de aquella fecha, la petrolera deja de pagar los rubros correspondientes de acuerdo con la ley 42 sugiriendo al estado ecuatoriano, poder aquel dinero en una cuenta independiente y neutral, hasta que se resuelva la controversia. Propuesta que no fue aceptada por el Ecuador.

⁷⁶ El Segundo contrato, incluía a más del bloque 7, el contrato del campo unificado Coca - Payamino.

⁷⁷ Disponible en los antecedentes del caso, dentro de la decisión de medidas provisionales

⁷⁸ Más adelante trataremos con mayor profundidad el caso Burlington Vs. Ecuador.

⁷⁹ Dicho cambio de rubro se da mediante Decreto Ejecutivo No. 662 de 4 de Octubre de 2007, en donde luego de varios cambios en las participaciones ecuator se hace acreedor de 99% del precio de venta del petróleo, vendido por encima del precio establecido anteriormente.

A partir de entonces, las relaciones entre las partes empeoraron, llegando a contar incluso con declaraciones de parte del ministro Ecuatoriano donde se mencionaba que se buscaba la terminación anticipada del contrato con Perenco. De igual manera, con fecha 14 de Febrero de 2009, el Ecuador anuncia el inicio de medidas coactivas en contra del consorcio Perenco – Burlington, por el no pago de impuestos sobre ganancias extraordinarias⁸⁰, coactivas con las cuales la compañía fue citada el 19 de Febrero de 2009 por un valor de US\$171.782.211,00 y la otra por un valor de de US\$155.685.236,00⁸¹. En vista del no pago de parte de la compañía petrolera, el 3 de marzo de 2009, el juez segundo de coactivas de Petroecuador ordena incautar la producción y embarque de crudo proveniente del bloque 21, que conforme consta en el contrato eran propiedad de Perenco. Dicha orden disponía que se mantenga el estado de la causa es decir el embargo del crudo, hasta que Perenco cancele el total de la obligación pendiente con el Ecuador.

Perenco en su demanda arbitral, alega que con los contratos de participación suscritos con el estado ecuatoriano, adquirió varios derechos y obligaciones, los mismos que llevaron a la compañía a invertir grandes cantidades de dinero y que al momento de promulgar la Ley 42, se modificaron las condiciones contractuales de manera radical y unilateral, en perjuicios de Perenco, violando no solo términos del contrato suscrito por las partes, sino que también el Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y Francia⁸².

⁸⁰ Bajo el criterio del Estado Ecuatoriano ganancias extraordinarias hace referencia a los altos precios del crudo.

⁸¹ De la notificación otorgada a la compañía petrolera se manifiesta que “Como la mencionada deuda es líquida, determinada y de plazo vencido, se ordena que el deudor pague dentro de TRES DÍAS o, dentro de igual término, dimita bienes equivalentes para el embargo, bajo prevención de que se embargará bienes equivalentes a la deuda, intereses y costas.”

⁸² Acuerdo entre la República del Ecuador y la República de Francia para la promoción y protección recíproca de inversiones que entró en vigor el 10 de junio de 1996.

En cuanto a lo que nos interesa para este trabajo, en la respectiva demanda arbitral Perenco solicita medidas provisionales las misma que del texto de la demanda se leen textualmente

“43. A fin de preservar los derechos de Perenco bajo el Tratado hasta que la disputa hay sido decidida en el fondo, Perenco solicita al Tribunal que ordene medidas provisionales de conformidad con la Regla de Arbitraje 39. De conformidad con el párrafo 1 de dicha Regla, Perenco especifica aquí: (a) los derechos a ser salvaguardados, (b) las medidas cuya recomendación se pide, y (c) las circunstancias que hacen necesaria la dictación de tales medidas:

(a) El derecho a ser salvaguardado. Como se ha demostrado anteriormente, Perenco adquirió derechos de un valor sustancial en virtud de los Contratos de Participación, incluyendo el derecho a percibir la totalidad de su participación pactada contractualmente y a disfrutar de los beneficios económicos de la venta de dicha participación.

(b) Las medidas cuya recomendación se pide. Perenco respetuosamente solicita que, hasta que se haya dictado un laudo sobre el fondo del asunto, el Tribunal ordene a las Demandadas se abstengan de: (i) llevar a cabo cualquier acción encaminada al cobro de los pagos que según las Demandadas adeuda Perenco de conformidad con la modificación a la LHC [Ley 42]; y (ii) modificar unilateralmente, rescindir, terminar o repudiar los Contratos de Participación o cualquier término(s) de los mismos.

(c) Las circunstancias que hacen necesarias la dictación de tales medidas 21. Durante la primera sesión que tuvo lugar el 7 de febrero de 2009 en la sede del Centro en Washington D.C., en presencia de los abogados de las partes, Perenco decidió no proseguir con su solicitud de medidas provisionales, pero indicó que lo haría si las negociaciones no rendían frutos y se tomaban medidas coercitivas en su contra. Las Demandadas expresaron su deseo de llegar a un arreglo.

Como se ha descrito anteriormente, las Demandadas han requerido pagos mensuales de Perenco de conformidad con la LHC modificada [Ley 42]. Como sostuvo el tribunal en City Oriente, en otro procedimiento de arbitraje ante el CIADI que involucró la modificación a la LHC [Ley 42], tales requerimientos de pago pueden “privarle a ésta de su legítimo derecho a obtener una tutela efectiva

de sus intereses.” Adicionalmente, si las Demandadas llevaren a cabo su amenaza de revocar los Contratos de Participación, el consiguiente daño a Perenco sería irreparable. A menos que se ordene a las Demandadas abstenerse de adoptar tales medidas, será considerablemente más difícil para el Tribunal dar un remedio efectivo a Perenco” (Traducción del Tribunal).⁸³

Por lo expuesto, esta clara que lo que Perenco buscaba con la petición de medidas provisionales era que se detenga las acciones de cobro es decir la coactiva iniciada por el juez segundo de coactivas de Petroecuador, así como también que se

⁸³ Tomado de la solicitud de Arbitraje de Perenco presentada al CIADI el 30 de abril de 2008

solicite al Ecuador, abstenerse de manipular o terminar el contrato con Perenco hasta contar con un laudo definitivo dentro del caso Sin embargo la demandante en la primera sesión que se llevo a cabo el 7 de Febrero de 2009, decidió no seguir con su petición de medidas provisionales en virtud que se encontraban en negociaciones con el Ecuador.

Sin embargo dichas negociaciones no llegaron a un final feliz y el estado ecuatoriano volvió a iniciar un proceso coactivo por las deudas pendientes, obligando a Perenco a presentar una nueva solicitud de medidas provisionales. Expresamente la compañía demandante solicito el tribunal, disponer que el Ecuador se abstenga de toda acción que por cobro forzoso se haya iniciado en contra de Perenco, preservando en status quo cualquier haber pendiente por el tema de la ley 42, así como también solicito se ordene no iniciar proceso alguno que cobre aquella deuda, y ordenar al Ecuador abstenerse de realizar cualquier modificación, rescisión etc. De manera unilateral del contrato⁸⁴.

No tardo el ecuador en responder a la solicitud de Perenco, alegando que eran improcedentes las medidas cautelares ya que en primer lugar no puede el tribunal internacional obligar al Ecuador abstener de iniciar acciones legales cuando su legislación local bien lo permite más aun cuando se trata de leyes que fueron promulgadas de manera legal, y dada la soberanía del estado Ecuatoriano, este no puede y no debe dejar de iniciar acciones de cobro ante deudas pendientes. De igual manera, el Ecuador crítico la solicitud de medidas cautelares, ya que a criterio de

⁸⁴ Textualmente Perenco Solicito al tribunal ordenar a las demandadas: “(a) demandar que [Perenco] pague cualquier monto presuntamente adeudado conforme a la Ley 42; (b) instituir o continuar cualquier acción, judicial o de otro tipo, incluyendo las acciones descritas en las notificaciones del 19 de febrero de 2009, para cobrarle cualquier monto que las Demandadas reclaman que [Perenco] les adeuda conforme a la Ley 42; (c) instituir o continuar con cualquier acción, judicial o de otro tipo, en contra de [Perenco] o cualquiera de sus directivos o empleados que surja de o en conexión con los Contratos de Participación; y (d) unilateralmente modificar, rescindir, dar por terminado o repudiar los Contratos de Participación, o [emprender] cualquier otra conducta que pueda, directa o indirectamente, afectar o alterar la situación legal bajo los Contratos de Participación, tal y como fue acordado por las partes.”

nuestro estado, no había un peligro inminente menos cuando lo que el Ecuador buscaba de manera amigable solucionar las controversias entre ambos. Así mismo dice el Ecuador que las medidas cautelares tienen que ser determinadas siempre previa “defensa” de la parte afectada⁸⁵.

Tras las distintas cartas y contestaciones de las partes, el tribunal emitió un comunicado en donde manifestó que considera necesario solicitar a las partes abstenerse de iniciar o continuar acciones que afecte en “status quo” hasta que se pueda escuchar a las partes y el tribunal manifestarse respecto a las medidas cautelares⁸⁶. Fijando fecha para que se lleve a cabo la respectiva audiencia.

Mientras tanto, Ecuador continuo con el proceso coactivo y Perenco solicito que el tribunal emita recomendaciones respecto a las medidas provisionales antes mencionadas. El Ecuador, se pronuncio y alego, que el tribunal no puede emitir recomendaciones en vista que el daño que se va a causar es pecuniario y cuantificable por lo que no es pertinente que el tribunal ordene medidas cautelares. Sostiene así mismo el Ecuador, que para que se decreten medidas provisionales, la condición es pérdida irreparable, ya que el perjuicio sustancial no es suficiente toda vez que este se lo puede cuantificar e indemnizar económicamente. Y aquí Ecuador tiene un buen punto, ya que cuando el perjuicio que se generaría fuera económicamente cuantificable, entonces la sanción por la adopción de la conducta que genere dicho perjuicio sería resarcir el valor económico del daño causado.

En las conclusiones del tribunal, se reconoce que el propósito de Perenco es el de salvaguardar sus activos, ante lo que es una inminente expropiación de los

⁸⁵ Comunicación enviada por el Ecuador al tribunal con fecha 20 de febrero de 2009.

⁸⁶ Comunicación emitida por el tribunal con fecha 24 de febrero de 2009 que manifiesta “El Tribunal considera necesario, no obstante, solicitar a las partes abstenerse de iniciar o continuar cualquier acción o adoptar cualquier medida que pueda, directa o indirectamente, modificar el status quo entre las partes con respecto a los Contratos de Participación, incluyendo cualquier intento de incautar cualquier activo de [Perenco], hasta que haya tenido la oportunidad de escuchar a las partes sobre la cuestión de las medidas provisionales”

mismos, por el estado Ecuatoriano para el cobro del dinero que por la redistribución de las ganancias correspondería al estado, por lo que no es del todo descabellado suponer una urgencia para salvaguardar aquellos activos manteniendo un status quo, evitando así acciones de parte del estado que pongan en peligro la explotación de petróleo en los bloques 7 y 21 respectivamente. De igual manera el tribunal responde ante “la soberanía” del Ecuador manifestando que el tribunal no se entromete en la promulgación de leyes internas y que nada tiene con el poder legislativo de un país, pero sí puede en un caso particular limitar la potestad de un estado para aplicar determinada ley contra determinada persona.

Además dice el tribunal que mientras no exista pronunciación respecto a la jurisdicción o un laudo final que dirima la controversia, las partes no pueden acudir a las cortes locales para solventar las diferencias relativas a la demanda arbitral presentada. Además manifiesta el tribunal que acudir a las cortes locales para impugnar el reclamo materia de este arbitraje implicaría una violación al Art. 26 del convenio CIADI⁸⁷ al menos hasta que el tribunal se pronuncie respecto a la jurisdicción. Y es que el tribunal tiene razón, sería incompetente y al mismo tiempo un abuso de derecho de parte del Ecuador el acudir ante la jurisdicción ordinaria, ya que estaría la parte demandante utilizando los mismos argumentos en ambos casos creando así incompetencia sobre bien el proceso arbitral, así como también podrían generarse el conflicto de competencia respecto al juez ordinario.

Por ello, el tribunal considera pertinente recomendar a las compañías demandadas, como medidas cautelares dentro del proceso las siguientes:

⁸⁷ El Art. 26 convenio CIADI.- 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. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.

El Tribunal considera que las circunstancias le requieren recomendar, y así lo hace, medidas provisionales que impidan a las Demandadas:

- (1) demandar que Perenco pague cualquier monto presuntamente adeudado conforme a la Ley 42;*
- (2) instituir o continuar cualquier acción, judicial o de otro tipo, incluyendo las acciones descritas en las notificaciones del 19 de febrero y de 3 marzo de 2009, para cobrarle a Perenco cualquier monto que las Demandadas reclaman que Perenco o el Consorcio les adeudan conforme a la Ley 42;*
- (3) instituir o continuar cualquier acción, judicial o de otro tipo, en contra de Perenco o cualquiera de sus directivos o empleados que surja de o en conexión con los Contratos de Participación; y*
- (4) unilateralmente modificar, rescindir, dar por terminado o repudiar los Contratos de Participación, o emprender cualquier otra conducta que pueda, directa o indirectamente, afectar o alterar la situación legal bajo los Contratos de Participación, tal y como fue acordado por las partes.⁸⁸*

De igual manera, el tribunal también dice que en vista que no se ha pronunciado respecto a su competencia, que se abra en el plazo máximo de 120 días una cuenta administrada por un tercero en donde se depositen los rubros que se encuentran pendientes de pago por parte de Perenco.

El tribunal se refiere a las objeciones del Ecuador en donde manifiesta que no es necesario que se escuche a la contraparte previa el otorgamiento de medidas cautelares, y que la potestad del tribunal esta al amparo del convenio CIADI, en especial en el Artículo 47 de dicha convención. Además dice el tribunal que independientemente si en la palabra utilizada es “sugerir” o “recomendar” esto no es causal de nulidad de la medida solicitada, y si en efecto se alega aquello, es con la única intención de dilatar el proceso cautelar, y la medida que se dispone.

Algo muy interesante hace el tribunal cuando menciona en el punto 66 del fallo de medidas provisionales que venimos analizando, cuando dice que las partes al ser suscriptores del convenio CIADI y de la convención de Viena, están obligadas a cumplir con las medidas cautelares que el tribunal ordena, y que pese a que estas consten con recomendaciones, el tribunal arbitral al amparo de los tratados suscritos por los países, cuando ordena una medida cautelar, el cumplimiento de la misma se

⁸⁸ Punto 62 de la Decisión de Medidas Cautelares, dentro del presente caso.

vuelve una obligación internacional para las partes. Cita incluso el tribunal jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia⁸⁹, donde dice que el hecho que se refiera como recomendaciones no implica que dichas medidas cautelares dejen de ser vinculantes para las partes⁹⁰.

Sin embargo y pese a que el tribunal dijo ser vinculantes las medidas cautelares, el 3 de Marzo de 2009, el Ecuador confisco el 70% de la producción petrolera de Perenco, para así pagar los mas de USD\$ 338 millones de dólares que adeudaba al Ecuador por tema impuestos⁹¹. De igual manera el Ecuador dijo que va a proceder a la venta de aquello que embargo, y que en caso de no ser suficiente procederá con el embargo de campos y oficinas de la petrolera francesa, y hasta la presente fecha Ecuador no cumplió con las recomendaciones sobre medidas provisionales realizadas por el tribunal.

4.2 Caso Burlington vs. República del Ecuador decisión medidas provisionales⁹²

Dentro de los antecedentes del presente caso, es importante mencionar que la relación nace de la suscripción de dos contratos de participación para la exploración y explotación petrolera en los campos petroleros denominados Bloque 7 y Bloque 21. Dichos contratos se suscribieron el primero el 23 de Marzo de 2000 entre el

⁸⁹ El caso citado es el de *Walter Le Grand vs. Estados Unidos*, en donde es curioso que el tribunal cite este caso para probar su punto sobre si las medidas cautelares son vinculantes, puesto que estados unidos no cumplió la medida cautelar de no ejecutar a *Walter Le Grand*, aduciendo que no eran vinculantes.

⁹⁰ En las conclusiones finales hare un análisis de este particular para determinar si son o no vinculantes las medidas cautelares.

⁹¹ *Diario El Comercio*, y *Diario El Hoy*, ediciones del 24 de Marzo de 2009

⁹² *Burlington Resources Inc. Vs. Republica del Ecuador y Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/05)

Ecuador por medio de Petroecuador por una parte y Kerr McGee Ecuador Energy Corporation, Preussag Energie GmbH, Sociedad Internacional Petrolera S.A., Compañía Latinoamericana Petrolera Número Dos S.A. por la otra parte. Mientras que el segundo contrato (aquel que se relaciona con el bloque 21) fue suscrito el 20 de Marzo de 1999 entre Oryx Ecuador Energy Company, Santa Fe Minerales del Ecuador S.A., Sociedad Internacional Petrolera S.A. y Compañía Latinoamericana Petrolera S.A y la República del Ecuador por medio de Petroecuador S.A.

Burlington Resources Oriented Limited en adelante simplemente Burlington aduce tener participaciones por el 42,5% del Contrato de participaciones del Bloque 7 y el 46,25% de las participaciones en el Contrato de Participación del Bloque 21. Dichos bloques, eran operados en su momento por la compañía Perenco Ecuador Limited⁹³ quien a su vez realizo un consorcio con Burlington responsable de las obligaciones tributarias derivadas de los Contratos de Participación⁹⁴.

Como es de conocimiento público el Ecuador con fecha 18 de Octubre de 2007, publica la última reforma a la ley 42, por la cual aumento la participación del estado en los ingresos extraordinarios que por la vente de petróleo se produjeran del 50% a un 99% a favor del estado. ⁹⁵

Desde la promulgación de la ley 42, en junio de 2008 y ocho meses desde la promulgación del Decreto 662, el consorcio Perenco – Burlington realizo los pagos

⁹³ Revisar el caso Perenco Ecuador Ltd. Vs. Republica del Ecuador y Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (Caso CIADI No. ARB/08/06)

⁹⁴ Párrafo 6 de la decisión sobre medidas provisionales “Las compañías contratistas que mantienen contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos vigentes con el Estado ecuatoriano de acuerdo con esta Ley, sin perjuicio del volumen de petróleo crudo de participación que les corresponde, cuando el precio promedio mensual efectivo de venta FOB de petróleo crudo ecuatoriano supere el precio promedio mensual de venta vigente a la fecha de suscripción del contrato y expresado a valores constantes del mes de la 5 liquidación, reconocerán a favor del Estado ecuatoriano una participación de al menos el 50% de los ingresos extraordinarios que se generen por la diferencia de precios”

⁹⁵ El 18 de Octubre de 2007 mediante publicación del Decreto 662, que enmendó el anterior decreto 1672 y con esto realizo el cambio respectivo en las participaciones.

respectivos al Ecuador, poco después, las partes del consorcio dejaron de pagar el dinero directamente al Ecuador, para depositarlo en cuentas independientes, las mismas que eran manejadas directamente por las petroleras de forma separada⁹⁶

El 19 de de Febrero de 2009 el juzgado de coactivas de Petroecuador, inicia un proceso de cobro en contra del consorcio Burlington - Perenco, por los montos adeudados por pagos provenientes de la promulgación de la ley 42. El 3 de Marzo de 2009, luego de tres notificaciones el juzgado de coactivas de Petroecuador ordeno la incautación inmediata de toda la producción y cargamento de crudo de los bloques 7 y 21.

Con estos antecedentes, con fecha 21 de abril de 2008, Burlington Oriente, Burlington Resources Andean Limited y Burlington Resources Ecuador Limited presentaron una solicitud de arbitraje ante el CIADI en donde manifiestan violación al Acuerdo de Promoción y protección de Inversiones suscrito entre Estados Unidos y Ecuador (en adelante TBI) por haber expropiado de manera ilegal inversiones de Burlington en Ecuador. Así como también se manifiesta haber sido víctimas de acciones arbitrarias e ilegales de parte del Ecuador, en donde se viola el trato justo y equitativo⁹⁷.

De igual manera, Burlington presento una solicitud de medidas provisionales en donde solicito que el tribunal recomiende al Ecuador, abstenerse de cualquier acción de cobro que se haya iniciado en contra de Burlington ya que a decir de la petrolera, la incautación de activos era inminente, a lo que luego de varios pedidos de la demandante el tribunal recomendó: “que las Demandadas se abstuvieran de realizar todo acto que agravara la controversia entre las partes y/o afectara el statu quo hasta que se pronunciara sobre la solicitud de medidas provisionales presentada por las

⁹⁶ Cada una de las cuentas separada por el Bloque, es decir una cuenta para el dinero del bloque 7 por un valor de USD \$171,7 millones, y dinero delo bloque 21 por un valor de USD \$155,7 millones. Este dinero proveniente de pagos conforme al dinero adeudado por la ley 42.

⁹⁷ Punto i) y ii) de la solicitud de Arbitraje presentada al CIADI por parte de Burlington.

Demandantes o reconsiderara la presente recomendación, si esto último fuera primero⁹⁸ con esta recomendación el tribunal determinó que se cumplieran a cabalidad los requisitos de urgencia y necesidad. Además de esto Burlington sugirió que los valores adeudados al Ecuador se los deposite en una cuenta la misma que sería custodiada por el tribunal arbitral.

Bajo estos requisitos de urgencia y de necesidad considerados por el tribunal es menester detenernos para analizar aquello que fue expuesto por cada una de las partes sobre este particular.

Burlington considera que la adopción de medidas cautelares tienen que estar sujeta a un estado de Urgencia y Necesidad⁹⁹.

Respecto a la Urgencia la compañía petrolera sostiene que este requisito tiene que ser entendido es un sentido amplio, de tal manera que la protección solicitada no puede esperar hasta la emisión del laudo. Aplicando al caso concreto Burlington manifestó que las acciones y declaraciones realizadas por el Ecuador, exigiendo el cobro de los valores pendientes en base de la ley 42 dejaban en claro la urgencia de proteger los derechos de Burlington toda vez que la demandada pretendía continuar con sus acciones de cobro

Respecto al requisito de necesidad, Burlington presente un argumento interesante en donde manifiesta que la distinción entre Daño “considerable” e “irreparable” es intrascendente puesto que ni el Convenio CIADI, ni el derecho internacional exigen la presencia de un daño irreparable a la hora de salvaguardar un derecho en riesgo, aduciendo que la exigencia es la presencia de un daño “considerable” mas no “irreparable”¹⁰⁰

⁹⁸ Recomendación realizada por el tribunal el 6 de Marzo de 2009

⁹⁹ Punto 29 de la decisión sobre Medidas Provisionales.

¹⁰⁰ Alegaciones presentes en el punto 30 de la decisión sobre Medidas Provisionales.

Aquí hay que manifestar que si bien es un argumento interesante el propuesto por Burlington, no es quizás el mejor, puesto que en casos como *Oxy vs. Ecuador*¹⁰¹, el tribunal si fue claro a la hora de manifestar que el daño que se cause tiene que ser “irreparable” entendiéndose que este daño no puede ser valorable de manera económica.

Continuando con los argumentos presentados por Burlington, esta compañía petrolera adujo que además de la necesidad y la urgencia, el tribunal tiene que considerar la proporcionalidad de la solicitud, en vista que el Ecuador nunca exigió el pago de los valores adeudados al momento en que el consorcio Perenco – Burlington comenzó a depositar los valores en una cuenta extranjera, por lo que al permitirle al consorcio continuar depositando los valores correspondientes al excedente en cuentas independientes ajenas al estado Ecuatoriano, no se generaría una carga adicional en contra del Ecuador¹⁰².

En los escritos de contestación y duplica las demandadas sostienen que las actuaciones de la compañía petrolera en razón de su cuestionamiento de una Ley vigente atenta en contra de su soberanía, puesto que toda ley vigente dentro de un estado, tiene presunción de validez y no compete a una compañía petrolera ni cuestionarla ni incumplirla. Continúan en sus escritos, manifestado que las medidas provisionales solicitadas por Burlington, no deben ser consideradas por el tribunal arbitral en vista que no se cumple con los requisitos de necesidad y urgencia, pues a criterio del Ecuador en caso que se llegare a producir un daño, dar inicio a un juicio

¹⁰¹ *Occidental Petroleum Corporation (OPC) y Occidental Exploration and Production Company (OEPC) vs. Ecuador* (ICSID Case No ARB/06/11)

¹⁰² Solicitud de medidas provisionales presentada por Burlington Párrafo 74: dado que Ecuador no ha exigido el cumplimiento de la Ley 2006-42 desde junio de 2008, cuando el Consorcio comenzó a depositar [la suma] en una cuenta separada, no se impondría ninguna carga adicional a Ecuador si el Tribunal autorizara al Consorcio o a Burlington Oriente a continuar depositando dichos montos en una cuenta separada o en una cuenta oficial de depósito en custodia

de daños y perjuicios sería la manera más efectiva de subsanar lo causado, mas no con medidas cautelares. Pues dice el Ecuador que no se genera un daño al embargar el petróleo por el monto de la deuda, en vista que la compañía petrolera ya tenía el dinero en la cuenta del exterior que manejaba.¹⁰³

Contestan las demandadas a los estados de necesidad y urgencia manifestando en lo que a mi criterio es correcta cuando dicen que un tribunal tiene que necesariamente verificar la existencia de un daño “irreparable” más no considerable como manifiesta Burlington. A decir del Ecuador, un tribunal CIADI nunca ha rechazado el criterio de daño irreparable, mismo criterio que sigue la línea de pensamiento de la Corte Internacional de Justicia¹⁰⁴. En este punto me parece mucho más acertada la postura del Ecuador que la de Burlington, en sentido que los criterios internacionales bien citados por el Ecuador, como lo son el CIADI y la Corte Internacional de Justicia han partido siempre que el daño que se causa tiene que ser irreparable, caso contrario al producirse un daño considerable que bien puede ser subsanado de manera económica a la hora del dictamen del laudo.

Además de lo expuesto, dice el Ecuador que Burlington no cuenta con derecho sustancial como el reglamento del CIADI lo requiere para la solicitud de medidas cautelares. Este argumento nace luego que las demandadas sostienen que de parte del Ecuador hasta la presente fecha no ha habido ni habrá medidas que dictaminen la caducidad del contrato, y si bien uno de los objetivos de las medidas cautelares es la de mantener el status quo para no agravar la controversia, fue la compañía petrolera quien inicio la controversia al no cancelar el monto adeudado de acuerdo a las modificaciones en la legislación ecuatoriana.¹⁰⁵

¹⁰³ Punto 37 de la decisión sobre medidas provisionales.

¹⁰⁴ Punto 38 de la decisión sobre medidas provisionales.

¹⁰⁵ Escrito de contestación a las medidas provisionales presentado por Burlington, donde el Ecuador manifiesta:

Previo a la toma de una decisión en cuanto a las medidas cautelares el tribunal arbitral realiza un análisis a fondo de los elementos previos para tanto solicitar como para conceder medidas provisionales en un proceso de esta naturaleza.

Comienza el tribunal analizando la existencia o no de un derecho para finalizar cualquier proceso judicial que se esté llevando a cabo dentro del Ecuador y que sea atentaría en contra del principio del Arbitraje como medio exclusivo para resolver la controversia. Al respecto el Tribunal dice que el proceso coactivo es un proceso administrativo que se lleva a cabo dentro del Ecuador y que en vista que Burlington no ha demostrado la violación que esto puede causar al proceso arbitral como mecanismo exclusivo de resolución de controversias el Tribunal sostiene que no se

i) El juicio de coactivas no pone en riesgo los derechos de que gozan las Demandadas en virtud del Artículo 26 del Convenio del CIADI y la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Dicho proceso no reviste carácter judicial, sino administrativo. En consecuencia, no implica la resolución de ninguno de los asuntos que se tratan en el presente arbitraje. Los únicos procedimientos ante los tribunales ecuatorianos (es decir, ante el Juzgado de lo Civil de Pichincha) fueron iniciados por las Demandantes, no por alguna de las Demandadas. ii) Burlington Oriente no tiene derecho al cumplimiento específico de los CPs, máxime cuando ello provocaría un daño irreparable, a falta de una sentencia de amparo provisional. No se ha demostrado que Ecuador haya tenido verdaderamente la intención de poner término a los CPs. Por el contrario, el Gobierno —niega expresamente cualquier intención de ese tipo” (Dúplica, párrafo 21, énfasis del original) (Traducción del Tribunal). Aunque Ecuador tuviera dicha intención, Burlington Oriente no estaría facultada para exigir el cumplimiento específico al amparo del derecho internacional. La legislación ecuatoriana no reconoce ese derecho cuando el objeto de la obligación es contrario a la ley, tal como ocurriría en este caso, dado que el cumplimiento efectivo de los CPs violaría la Ley 42. Asimismo, un tribunal carece de fundamentos tanto para ordenar a un Estado soberano terminar un contrato como para ordenarle que lo restablezca una vez terminado. iii) En el derecho internacional, el derecho a que se mantenga el statu quo, a que no se agrave la controversia y a que se asegure la efectividad del laudo no son independientes de los derechos que surgen de contratos o tratados. El mantenimiento del statu quo es uno de los objetivos que se pretende cumplir al salvaguardar, a través de medidas provisionales, los derechos emanados del Artículo 47 del Convenio del CIADI y la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Independientemente de que Burlington Oriente tenga o no derecho al mantenimiento del statu quo, no cabe duda de que fue esa empresa la que lo alteró al dejar de pagar las sumas adeudadas a Ecuador. Por último, no existe riesgo de que el cumplimiento de la Ley 42 agrave la controversia o torne ineficaz cualquier laudo que se dicte en el futuro, puesto que la controversia puede resolverse fácilmente mediante una indemnización.

ha probado el peligro en contra de la exclusividad por lo que no se pronuncia mas en cuanto a aquello¹⁰⁶.

Otro de los aspectos que analiza el Tribunal es el requisito de mantener el status quo y velar para que no se agrave la controversia. Aquí el Tribunal manifiesta que por status quo, no solamente se tiene que salvaguardar derechos sustantivos (aquellos que constituyen el objeto de la controversia) sino que hay que tener en cuenta también derechos procesales para justamente salvaguardar que la disputa existente entre las partes no se agrave¹⁰⁷. Hay que mencionar el status quo es un derecho plenamente establecido por varios fallos como por ejemplo *Electricity Company of Sofia vs. Bulgaria*¹⁰⁸.

Así mismo, trabajos preparatorios y comentarios al Convenio CIADI manifestaron que la intención del Art. 47 “se basa en el principio de que una vez que se somete una diferencia a arbitraje, las partes no deben tomar medidas que puedan agravar o ampliar su diferencia u obstaculizar la ejecución del laudo.”¹⁰⁹ Bajo esa línea de pensamiento, el tribunal arbitral llego a la conclusión que las incautaciones de petróleo que se realizo el Ecuador, si agravan la controversia entre las partes y que mientras continúe el juicio de coactivas y con esto las incautaciones de petróleo, lo más probable es que la relación entre el inversionista y el Ecuador llegue a su fin¹¹⁰.

Una afirmación interesante que realiza el tribunal dentro de este fallo es cuando manifiesta que reconoce los argumentos del Ecuador este manifiesta que es su potestad soberana la de hacer cumplir con una ley, sin embargo el tribunal dice que

¹⁰⁶ Párrafo 58 de la decisión de medidas cautelares.

¹⁰⁷ Párrafo 60 de la decisión sobre medidas provisionales.

¹⁰⁸ *Electricity Company of Sofia y Bulgaria (Bélgica c. Bulgaria)*, Sentencia del 5 diciembre de 1939, PCIJ series A/B, Núm. 79, página 199. Véase también el caso *LaGrand (Alemania c. Estados Unidos)*, Sentencia del 27 junio de 2001, párrafo 103, ICJ Reports 2001, página 466.

¹⁰⁹ ICSID Reports 99. Citado por el tribunal en su decisión sobre medidas cautelares.

¹¹⁰ Párrafo 65 de la decisión sobre medidas cautelares.

cuando el Ecuador suscribió el convenio CIADI, tácitamente acepto que por medio de medidas cautelares, los tribunales arbitrales pudieran ordenar medidas que causen interferencia con potestades soberanas y obligaciones de hacer cumplir las normas¹¹¹.

Por todo lo expuesto, el tribunal arbitral llega a la conclusión que si bien Burlington dejó de pagar la suma adeudada al Ecuador, la compañía petrolera si tiene derecho a que se mantenga el status quo y no se modifique su situación ni se agrave la controversia.

El tribunal continúa y hace un análisis de lo que al sentido de Urgencia se refiere, vale decir que las partes no discrepan en el concepto de Urgencia, si en cuanto la existencia de dicho concepto en el presente caso, llegando a la conclusión que a pesar que Burlington manifiesta las intenciones del Ecuador de dar por terminada la relación contractual entre las partes esto no es suficiente para el estado de urgencia en vista que el Ecuador no ha realizado acciones para dar a suponer tales hecho, por lo que la urgencia en el presente caso está enfocada en la no agravación de la controversia¹¹².

Personalmente considero que en el presente caso me parece que el tribunal hace bien al asimilar la urgencia con el status quo, ya que como lo dejo en claro el propio tribunal hay que velar por que la disputa no se agrave y por que las situaciones de tanto actor como demandado dentro del proceso arbitral no se vean afectados, por lo que al haber indicios que hagan suponer que la disputa bien puede agravarse, la urgencia que toma en cuenta el tribunal está ligada con aquello y no con la terminación del contrato.

Tomando en cuenta los argumentos de ambas partes por las cuales difieren en la existencia de un daño, ya que mientras Ecuador manifiesta que el daño tiene que ser “irreparable” Burlington manifiesta que el daño tiene que ser “considerable”, el

¹¹¹ Párrafo 66 de la decisión sobre medidas cautelares.

¹¹² Párrafos 72-74 de la decisión sobre medidas cautelares

tribunal llega a la conclusión que el criterio aplicable es el de *daño no resarcible adecuadamente mediante una indemnización*¹¹³ pues el tribunal sigue el mismo criterio del Art. 17 A(1) de la ley modelo del CNUDMI¹¹⁴ en donde el tribunal se inclina por manifestar que el daño tiene que ser considerable.

Dice al tribunal que dentro del presente caso, el daño que se busca evitar es el de la destrucción de una inversión. Además de aquello el tribunal considera que si Burlington continua con sus operaciones y el Ecuador continua imponiendo aquel margen de repartición de las utilidades, entonces la actividad económica se vendría abajo en vista que no sería factible para Burlington continuar trabajando a pérdida y con esto poner fin a sus operaciones¹¹⁵.

Tomando en cuenta todo lo expuesto, el tribunal en su decisión final recomendó que el Ecuador se abstenga de iniciar cualquier acción que pudiera dañar la relación entre las partes, esto es dar por terminado el contrato, o realizar acciones que motiven a Burlington a abandonar sus operaciones en el Ecuador. Así mismo ordeno que el Ecuador se abstenga de continuar o iniciar cualquier acción de cobro por los valores adeudados, los mismos que serán depositados en una cuenta de en custodia que se registrará por la normas impartidas por el tribunal arbitral¹¹⁶.

En general de lo que podemos rescatar de esta decisión, es que el tribunal manifiesta que el daño tiene que ser considerable y no irreparable, sin embargo suena a la vez contradictorio en sentido que de la misma manera el tribunal manifestó que este daño tiene que ser no valorable económicamente. Sin embargo el ordenar que se

¹¹³ Párrafo 82 de la decisión sobre medidas cautelares.

¹¹⁴ Art. 17A(1) Ley Modelo del CNUDMI No es tan indispensable que las medidas provisionales sean necesarias para evitar un daño irreparable, sino que el perjuicio que se evite al solicitante merced a dichas medidas debe ser considerable y superar con creces el daño causado a la parte afectada por ellas

¹¹⁵ Párrafo 85 de la decisión sobre medidas cautelares

¹¹⁶ Decisión de Medidas Cautelares dictada por el tribunal el 6 de Marzo de 2009

Cree una cuenta en custodia para los valores adeudados hasta que se pueda resolver la diferencia parece ser una acertada decisión de un tribunal que dio suma importancia a lo que el status quo se refiere y a no agravar las diferencias entre las partes.

4.3 Caso Oxy II vs. República del Ecuador decisión medidas provisionales¹¹⁷

En lo que a los antecedentes de este caso se refiere, es necesario recordar que con fecha 21 de Mayo de 1999 el Ecuador y las compañía Occidental Exploration and Production Company en adelante OECP suscriben un Contrato de Participación para la exploración y explotación de hidrocarburos dentro de lo que es el “Bloque 15¹¹⁸”. A partir de entonteces OECP celebra varios acuerdos con distintas compañías como por ejemplo el Acuerdo de Farmout mediante el cual OECP transfiere a City Investing, el 40% del título legal del Bloque 15, sin la autorización del Ministerio de Energía y Minas¹¹⁹. Luego con el tiempo OECP mediante comunicado de presan emitido el 1 de Noviembre de 2000 manifiesta que del acuerdo Farmout nada más se transfiere el 40% del interés sobre la venta del petróleo, pero que OECP va a ser quien realice todos los trabajos en el bloque 15. En general y conforme consta de la petición de arbitraje presentada al CIADI, la inversión realizada por OECP alcanza la suma de novecientos millones de dólares¹²⁰.

¹¹⁷ Occidental Petroleum Corporation (OPC) y Occidental Exploration and Production Company (OEPC) vs. Ecuador Caso CIADI No ARB/06/11

¹¹⁸ Se celebraron además varios acuerdos operacionales para explotar los campos Eden-Yaturi y Limoncocha conocido como el Bloque 15, dentro de la Amazonia Ecuatoriana.

¹¹⁹ Causa que luego fue el motivo aducido para la declaratoria de caducidad del contrato.

¹²⁰ Aquí pese a que el tangible en activos es de cerca de novecientos millones de dólares, la verdadera inversión con la que cuenta OECP es sin dudas el contrato de participación celebrado con Ecuador.

En Agosto de 2004, se inicia un proceso administrativo en contra de OECP por no haber tenido el consentimiento legal del Ministro de Energía y Minas para las transferencias legales de los títulos conforme al acuerdo Farmount. Es importante mencionar que entre las partes de este proceso arbitral ya había una disputa por temas de IVA petrolero que fue ganada OXY.

El 15 de Mayo de 2006, el ministerio de Energía y Minas de ese entonces, decreto la caducidad del contrato de participación que dio con esto lugar a la terminación del contrato de participación suscrito entre las partes alegando cumplimiento de lo establecido en los Art. 74 y 76 de la Ley de Hidrocarburos de Ecuador¹²¹. Y con la misma fecha, Ecuador incautó todos los activos de OECP, se hizo cargo de todas las operaciones petroleras que se llevaban a cabo en el bloque 15 y anuncio públicamente su intención de celebrar un contrato con otra compañía para asegurar la producción petrolera en el bloque 15.

Cuatro días después, es decir el 19 de Mayo de 2006, la compañía petrolera presenta su solicitud de arbitraje ante el CIADI en donde manifiestan que hay violaciones mediante la legislación interna del Ecuador tanto al contrato como al Tratado de Promoción y Protección de Inversiones suscrito entre Ecuador y los Estados Unidos, en adelante simplemente TBI.

Las demandantes solicitan al tribunal dictar un laudo bajo el cual se declare el incumplimiento contractual de parte del Ecuador sobre el contrato de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos, donde además se solicita que se declare nula la caducidad del contrato y se restablezcan los derechos de Occidental

¹²¹ Ley de Hidrocarburos Art. 74.- El Ministerio del Ramo podrá declarar la caducidad de los contratos, si el contratista: Numeral 12 Integrare consorcios o asociaciones para las operaciones de exploración o explotación, o se retirare de ellos, sin autorización del Ministerio; Art. 76.- Previamente a la declaración de caducidad de un contrato, el Ministerio del Ramo notificará al contratista fijándole un plazo no menor de treinta ni mayor de sesenta días, contado desde la fecha de la notificación, para el cumplimiento de las obligaciones no atendidas o para que desvanezca los cargos.

Exploration and Production Company, indemnización por daños y perjuicios a las demandadas por mil millones de dólares debido a las actuaciones derivadas de la caducidad del contrato, entre otras peticiones que se hicieron al tribunal arbitral¹²².

Dentro de la petición de medidas cautelares que presento la demandante se solicita que se ordene al Ecuador, abstenerse de estos actos y permitir a OEPC reanudar sus actividades en el bloque 15, de manera específica aquello que solicitan las demandadas conforme se desprende de su petición de arbitraje es lo siguiente:

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

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

(c) Las circunstancias que hacen necesaria la dictación de tales medidas. Las Demandantes sufrirán perjuicios irreparables si las Demandadas no acatan cualquiera de las órdenes e intimaciones solicitadas en el punto (b), supra. Es un hecho ampliamente reconocido que

¹²²Las Demandantes solicitan respetuosamente que se dicte un laudo en su favor, por el cual:

(a) Se declare que las Demandadas han incurrido en incumplimiento de las obligaciones que les imponen el Contrato de Participación y los Acuerdos Operativos, el Tratado y el derecho ecuatoriano e internacional;

(b) Se ordene a las Demandadas que declaren nulo y carente de valor el Decreto de Caducidad y restablezcan plenamente los derechos de OEPC conforme al Contrato de Participación y a los Acuerdos Operativos;

(c) Se ordene a las Demandadas que indemnicen a las Demandantes por todos los daños y perjuicios causados por sus incumplimientos, incluidos los costos y gastos de este procedimiento, por montos que se determinarán en la audiencia, y que a juicio de las Demandantes superarán los US\$1.000 millones;

(d) Se ordene a las Demandadas que paguen a las Demandantes intereses por todas las sumas que sean condenadas a pagarles, cuyo monto se determinará en la audiencia, y que disponga toda otra reparación admisible y apropiada en las circunstancias del caso”.

Petroecuador carece de los recursos o de la capacidad técnica necesarios para operar el Bloque 15, y todo intento que realice para hacerlo indudablemente reducirá la productividad del bloque y causará perjuicios irreparables a los pozos del mismo. Al Tribunal le sería más difícil restablecer los derechos contractuales de OEPC una vez que se haya otorgado a otra compañía petrolera un contrato de realización de actividades de exploración y explotación en el Bloque 15. Es también un hecho ampliamente reconocido que Ecuador, que no ha pagado la suma prevista en el Laudo sobre el IVA, carecería de los recursos necesarios para pagar el importe al que fuera condenado en el arbitraje de autos por un laudo de pago de sumas de dinero para restablecer la integridad de las Demandantes, ya que el monto de los daños y perjuicios superará los US\$1.000 millones. Como el Tribunal no estaría en condiciones de restablecer el status quo ante una vez que éste se haya visto alterado, debe preservarlo a través de medidas provisionales hasta que culmine el presente arbitraje¹²³”.

De la petición de medidas provisionales podemos mencionar que se le obliga al Ecuador a cesar de la incautación realizada en contra de OEPC además que se le obligue al estado Ecuatoriano a aceptar a OEPC dentro del campo petrolero y que esta compañía pueda reanudar las operaciones en dicho campo. A mi criterio las medidas cautelares que solicitan las demandantes, son las mismas pretensiones que solicitan se declaren en Laudo. De igual manera hay que comentar que lo solicitado por las demandantes es que se obligue a Ecuador a cumplir los contratos celebrados con OEPC. Aquí me parece que se comete un error de parte de los demandantes ya que es improcedente obligar a un estado a que de cumplimiento de sus contratos que ha declarado caducos, lo que si hubiera sido procedente era sin lugar a dudas indemnizaciones pero no cumplimiento forzoso de los contratos, en lo que las demandantes llamaron preservar su derecho para a obtener un restitución efectiva” para retomar su calidad de operador del bloque 15.

Hay que de igual manera, manifestar que las demandantes solicitaron medidas que preserven el derecho, alegando que caso contrario el Ecuador podrá tomar medidas que cesen completamente a OEPC de realizar sus actividades contempladas en el contrato. Una vez más estaríamos suponiendo que se puede dar cumplimiento

¹²³ Tomado textualmente de la solicitud de arbitraje presentada ante el tribunal CIADI el 17 de Mayo de 2006

forzoso del contrato obligando al Ecuador. Medidas cautelares que fueren enmendadas, y no enmendadas varias veces.

De igual manera dicen las demandadas que de no permitir a OEPC continuar con sus actividades extractivas, es decir si se detienen los procesos de extracción será prácticamente imposible retomar la producción existente que supera los 10,000 barriles diarios. Por lo que de no tomar las medidas urgentes al momento de detener la producción se producirá un daño irreparable¹²⁴.

En la audiencia celebrada el 2 de Mayo de 2007 las demandantes solicitan al tribunal que obligue al Ecuador a que este a su vez obligue a Petroecuador a realizar distintas inversiones para mantener la producción del Bloque 15, de igual manera se solicito que las demandadas rindan cuentas respecto a las inversiones y actividades que se realizan en los pozos petroleros pertenecientes al bloque 15, esto en teoría que se tuvo que realizar mediante la presentación de informes mensuales. Y el establecimiento de un Consejo de Supervisión Conjunto, petición la cual fue declinada al día siguiente. De igual manera se declinaron todas las otras medidas solicitadas por las demandantes es decir, declino su petición de una inversión mensual forzada por parte de Petroecuador. Además sobre este mismo criterio hay que manifestar que a decir de las demandantes la restitución es el remedio más adecuado frente a actos ilegales de parte de los estados¹²⁵.

En cuanto a lo que los argumentos presentados por el Ecuador se refieren, el estado manifiesta que no hay derecho alguno respecto a la ejecución forzosa de un contrato para un estado soberano, quien en caso de cometer un acto ilegal la manera de compensación más apropiada es únicamente la económica y no la ejecución forzosa como plantean las demandantes. Es decir a criterio del Ecuador no existe un derecho de parte de las demandantes que debe ser protegido por el tribunal,

¹²⁴ Tomado del punto 37 de la memoria presentada por las demandadas al tribunal.

¹²⁵ Párrafo 29 y 30 del escrito de replica presentado por las demandantes

haciendo que de igual manera, todos los daños que se alegan por la parte demandante sean resarcibles puramente de manera económica¹²⁶.

De igual manera, manifiesta el mismo memorial de contestación, que es impropcedente el obligar a un estado a cumplir un contrato firmado, o a devolver una expropiación más aun cuando ningún tribunal del mundo ha operado de aquella manera jamás, lo que sí se puede realizar es el pago de una compensación económica por los daños causados, y que en caso que la demandada quisiera recuperar sus derechos dentro del contrato, esta debió seguir un proceso ante la justicia ordinaria

¹²⁶ Párrafos 3-5 memorial de la contestación de la demanda “El vicio insalvable de este argumento es que el ‘derecho’ que las Demandantes tratan de preservar con las medidas provisionales que solicitan, no existe. En efecto, no hay derecho alguno a la ejecución forzosa de un contrato administrativo para la explotación de recursos naturales, una vez que ha caducado o ha terminado por decisión de un Estado soberano. Jurídicamente, el único remedio ante cualquier acción ilegal o ilícita por parte de un Estado soberano en semejante caso, es el pago de una compensación de carácter financiero. Siendo así, las Demandantes no tienen derecho a obtener una ‘restitución’ por medio de una orden que restablezca el Contrato de Participación devolviéndoles la explotación petrolera en el Bloque 15, puesto que su única

expectativa jurídicamente realista, en caso de que tuvieran éxito en la fase de fondo del proceso, sería una compensación monetaria. Dado que el ‘derecho’ sobre el cual las Demandantes basan su solicitud de medidas provisionales no existe, tal solicitud debe entonces ser denegada.

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

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

en Ecuador, cosa que no lo hizo, ya que se trataba de un acto administrativo por el cual se declaró al caducidad, acto que bien pudo ser impugnado ante los tribunales de lo contencioso administrativo del Ecuador¹²⁷.

Dice también el Ecuador, que en el presente caso no amerita medidas provisionales toda vez que no hay el carácter de urgencia que se busca ni un derecho que se pueda salvaguardar, pues el Ecuador manifiesta que la expropiación de los activos y todo el daño causado, es valorable de manera económica y no hay medidas cautelares que cambien o afecten aquella situación, por lo que en base al derecho internacional no proceden las medidas provisionales cuando el daño que se llegare a causar pueda ser resarcible de manera económica, y que no se trata de una situación de Urgencia, ni un peligro inminente ya que no hay derecho alguno que se vea perjudicado y que sea irreparable¹²⁸.

De igual manera es importante mencionar que los demandados dicen que no hay el carácter de urgente, que la carga de la prueba tiene que tenerla siempre quien solicita la medida cautelar y que en lo que a mi parecer tiene mucha razón el estado ecuatoriano, que las medidas cautelares tienen que preservar un derecho que esté en peligro y no a buscar gozar un derecho que se otorga mediante el laudo. Y es como esta manifestado anteriormente, a criterio muy personal, las petroleras demandantes, solicitan en las medidas provisionales que se les otorgue aquellos derechos que deben ser reconocidos y otorgados únicamente por un laudo. Por lo que es absurdo pensar que un tribunal pueda otorgar derechos mediante medidas provisionales que

¹²⁷ Párrafo 13 del escrito de duplica presentado por el Ecuador.

¹²⁸ Párrafo 53 del escrito de duplica presentado por el Ecuador que manifiesta “A pesar de que ni el artículo 47 del Convenio, ni la Regla de Arbitraje No. 39 usan las palabras ‘urgencia’ o ‘peligro inminente’, los casos del CIADI de manera uniforme utilizan esos estándares —como también lo hacen los casos decididos por la Corte Internacional de Justicia, bajo el artículo 41 de sus estatutos, en el cual está basado el artículo 47 del Convenio— y adjudican medidas provisionales solamente en circunstancias en las cuales existe la necesidad urgente de salvaguardar derechos que se encuentran ante peligro inminente de daño irreparable, de manera que la parte afectada no puede esperar la decisión final sobre el fondo de la causa

deben ser otorgados mediante laudo. Y además Ecuador deja en claro que las alegaciones respecto al OCP, no vienen al caso ya se trata de proceso muy apartes. Además finalmente Ecuador manifiesta que "las expectativas sobre el éxito o el fracaso de un caso judicial, son simplemente conjeturas y no constituyen base suficiente para afirmar que sobre ellas se sustenta un derecho actualmente existente"¹²⁹»

En cuanto a lo que el análisis del tribunal refiere, lo primero que llama la atención sin lugar a dudas es que la expresión que manifiesta que a pesar que el Art. 47 del convenio CIADI utiliza el vocablo recomendar, el tribunal tiene la potestad de ordenar las medidas cautelares que considere necesarias¹³⁰. Y que es necesario que exista un derecho que tiene que ser preservado y las características básicas son necesidad y urgencia de la medida. Además dice el tribunal que no es pertinente discutir si hay o no derecho, ya que si la parte solicita una medida cautelar y prueba tener un derecho en riesgo que generaría derecho a una reparación sustancial. Y en esta parte yo concuerdo con el tribunal, en especial cuando manifiesta que sería absurdo sostener (como lo hace Ecuador) que los derechos que se solicitan únicamente pueden ser protegidos por medio de laudo, cuando no es así¹³¹. Estos derechos se tienen y deben proteger mediante medidas provisionales cuando exista un peligro inminente. Yo en lo que concuerdo con el tribunal es que si un derecho se ve en peligro este puede ser protegido por la medida provisional, pero no se puede pretender que una medida cautelar conceda derechos que deben ser otorgados mediante laudo.

¹²⁹ Párrafo de la memoria presentado por el Ecuador.

¹³⁰ Punto 58 de la decisión de medidas provisionales que manifiesta "El Tribunal desea dejar en claro, para evitar dudas, que si bien en el Artículo 47 del Convenio del CIADI se utiliza el vocablo "recomendar", el Tribunal en realidad tiene la potestad de ordenar medidas provisionales"

¹³¹ Párrafo 63 de la decisión de medidas provisionales que manifiesta [...] Significaría, por ejemplo, que un tribunal jamás podría disponer medidas provisionales en relación con un derecho cuya existencia y supuesta violación constituyan, precisamente, el objeto del arbitraje.

De igual manera, el tribunal manifiesta que es pertinente analizar si existe o no existe un derecho, y si es o no posible ordenar el cumplimiento específico de un contrato hacia un estado. A lo que es tribunal manifiesta que en casos en donde se genere un daño por acto ilegal, esto da derecho a acciones que busquen restituir la integridad y mediante la plena reparación mas no mediante la restitución. Y hace el tribunal un análisis realmente bueno sobre lo que el “*restitutio in integrum implica*” que vendría a ser una obligación de resultado, y el cumplimiento específico que viene a ser una obligación de medios. En este caso para lo que a medidas provisionales nos compete, el criterio del tribunal se inclina a que el cumplimiento específico tiene que darse como medida única para salvaguardar un derecho y no como medida preferida para ello¹³². Y ahí está el error de las demandantes que optaron por solicitar como medida proferida el cumplimiento específico y no con esto como mejor medida para proteger su derecho¹³³.

La petición de medidas cautelares que plantea la demandada, es analizada por el tribunal en cuanto se dice que el Ecuador busca en un futuro suscribir un contrato de participación con otras personas jurídicas para que tomen los trabajos en el Bloque 15. Y aquí se plantea un elemento más para las medidas provisionales, que es la certidumbre. Pues de acuerdo al tribunal no es pertinente la solicitud de una medida cautelar cuando no se cuenta con la certeza que el derecho está en peligro real más no hipotético¹³⁴. Por lo que al no existir certeza se niega la medida

¹³² Véase Párrafos 66 a 71 de la decisión sobre medidas provisionales.

¹³³ El lector sabrá comprender que el hablar respecto al cumplimiento específico es material de un trabajo individual y muy ajeno a este, por lo que no me voy a pronunciar respecto a las diferencias entre restitución in integrum ni analizar de manera detallada como lo hace el tribunal al cumplimiento específico.

¹³⁴ Párrafo 89 de la decisión sobre medidas provisionales que manifiesta “En otros términos, las Demandantes promueven la adopción de una medida provisional encaminada a impedir un acto que ni siquiera tienen certeza de que se esté programando. Ese no es el objeto de una medida provisional. Las medidas provisionales no están destinadas a brindar protección frente a los perjuicios potenciales o hipotéticos a que puedan dar lugar actos de los que no existe certeza, sino a brindar protección a la parte solicitante frente a perjuicios inminentes”.

provisional solicitada por las demandadas en virtud de la cual se solicitaba que el tribunal prohíba al Ecuador celebrar un contrato de participación por el bloque 15.

En este particular el tribunal hace bien ya no se puede recomendar una medida cautelar por lo que vendría a ser una posibilidad hipotética de daño. El daño tiene que ser real y eminente por lo que aplicando bien los principios de derecho determinados en el convenio CIADI en esta negación de parte del tribunal estoy de acuerdo.

Finalmente el tribunal manifiesta en este caso que no puede imponer una recomendación que atente en contra de los derechos soberanos de un estado y la caducidad de un contrato o el cumplimiento específico del mismo, involucrarían una intervención con las decisiones soberanas de un estado, por lo que no es pertinente conceder las medidas provisionales solicitadas menos aun cuando estas pueden ser resarcidas de manera económica. Por lo que no se justifica de acuerdo con el análisis del tribunal que sea pertinente la recomendación de medidas provisionales¹³⁵.

4.4 Caso City Oriente vs. Ecuador¹³⁶

El caso que se produjo entre City Oriente y la República del Ecuador, es un caso que merece peculiar detenimiento y análisis en vista que es un caso de medidas

¹³⁵ Párrafo 101 de la decisión sobre medidas provisionales Por las razones aquí expresadas, el Tribunal, tras haber examinado los respectivos argumentos escritos y orales de las partes, concluye por unanimidad que a esta altura del procedimiento, las razones invocadas por las Demandantes no justifican el que se haga lugar a las medidas que pretenden. En resumen, las Demandantes no han demostrado que en las circunstancias del caso se justifique la adopción de medidas provisionales. En consecuencia, por la presente el Tribunal rechaza la Solicitud enmendada de las Demandantes.

¹³⁶ City Oriente Ltd. v Ecuador (ICSID Case No ARB/06/21 IIC 309 (2007))

cautelares que llegó a ser tratado incluso por nuestra entonces Corte Suprema de Justicia¹³⁷.

Con fecha 29 de Marzo de 1995, la Republica del Ecuador suscribe un contrato con la compañía Estadounidense City Oriente Limited para la exploración y explotación petrolífera en lo que las partes denominaron “Bloque 27”¹³⁸. Al igual que en los anteriores casos que venimos analizando, la controversia entre las partes se suscita en virtud de la expedición de la denominada Ley 42 por parte del Ecuador¹³⁹, cuyos efectos ya fueron analizados en casos anteriores dentro del presente trabajo.

A decir de City Orientes, la promulgación de la Ley 42 modifico unilateralmente las clausulas contractuales, generando un perjuicio a la compañía petrolera, afectando incluso el pacta sunt servanda afectando el contrato de tal manera que no es posible solucionar las diferencias generadas a menos que sea mediante un acuerdo común de las partes sobre los efectos y las consecuencias de la Ley 42. Así sostiene esta parte que Petroecuador demanda el pago de valores generados por el excedente en el precio del petróleo, dicha petición es ilegal puesto que dentro del contrato que las partes suscribieron no se mencionada nada al respecto¹⁴⁰. En Octubre 10 de 2006, por todos los argumentos expuestos, la compañía City Oriente Limited presenta una solicitud de arbitraje en contra del Ecuador ante el CIADI, por todos los argumentos expuestos.

En Octubre 9 de 2007, City Oriente solicita al Tribunal Arbitral recomendar medidas cautelares por las cuales, se ordene al Ecuador abstenerse de cualquier

¹³⁷ Resolución de 9 de Junio de 2008 de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. Dicha resolución será tratada a profundidad posteriormente en el presente trabajo.

¹³⁸ Contrato celebrado entre la Republica dl Ecuador y City Oriente Limited, el 29 de Marzo de 1995 ante el Notario Primero del Cantón Quito. Dr. Jorge Machado Cevallos.

¹³⁹ Hacer referencia al análisis de la Ley 42 dentro del estudio del caso Perenco vs. Ecuador.

¹⁴⁰ Investment Claims — IIC 309 (2007) — © Oxford University Press 2008

acción de cobro que se ha iniciado en contra de la demandante por los valores que se adeudan en virtud de la Ley 42. De igual manera solicito al tribunal recomiende al Ecuador abstenerse de iniciar procesos administrativos de terminación del contrato. El tribunal se pronuncio fijando para el 8 y 9 de Noviembre de 2007 las fechas en las que se lleve a cabo la respectiva audiencia.¹⁴¹

El 11 de Octubre de 2007 City contesta al tribunal manifestando que es una situación urgente y que es necesario que el Tribunal se pronuncie a la brevedad posible, en vista de las actuaciones de las demandadas. De igual manera sostienen que el Ecuador mediante el Fiscal General de la Nación ha manifestado su intención de iniciar acciones legales de carácter penal en contra de funcionarios de la compañía.¹⁴²

El tribunal contesto al pedido con fecha 16 de Octubre de 2007 que las partes se abstengan de realizar cualquier acción que afecte o modifique el status legal de cualquiera de ellas.¹⁴³

Esta medida fue en un principio aceptada por las partes ya que ninguna de ella protesto, sin embargo no fue acogida de parte del Ecuador, City Oriente presento dos denuncias al Tribunal Arbitral por las cuales manifestaba en primer lugar, que el Fiscal General de Ecuador, procedió a iniciar un proceso penal de indagación previa en contra del Ministro de Energía y de tres representantes de City Oriente por el

¹⁴¹ Párrafo 5 Investment Claims — IIC 309 (2007) — © Oxford University Press 2008

¹⁴² Párrafo 11 Investment Claims — IIC 309 (2007) — © Oxford University Press 2008

¹⁴³ De la decision del tribunal se lee “after considering and deliberating on said letters, the Tribunal has decided to request that, pending a decision by the Tribunal on the provisional measures requested by Claimant through its letter of October 9,2007, both parties refrain from engaging in any conduct — including, without limitation, any act, resolution or decision— that may directly or indirectly affect or modify the legal situation existing as of such date between the parties under the Contract dated March 29, 1995, particularly in connection with the effectiveness or administrative termination of said Contract or the enforced collection of any moneys. If either party intends to take any measure that may violate the provisions set forth herein, prior notice must be served to the Tribunal, granting enough time so that the Tribunal may proceed as appropriate”

delito de malversación de fondos y peculado, los cuales presuntamente eran destinados para el pago de los valores correspondientes de acuerdo con la Ley 42. La segunda denuncia de City Oriente, fue que Petroecuador procedió a enviar la factura No. 000011 por un valor de USD. 28, 023,363, acompañados de una carta por la cual Petroecuador solicitaba respetuosamente el pago de dichos valores con el fin de no agravar las relaciones entre las partes.¹⁴⁴ De la misma manera, dentro de la página de la Procuraduría General del Estado constaba un boletín de prensa por el cual se informa que City Oriente conocía de las obligaciones que tenía pendientes con el Ecuador y que esta compañía se negó a pagar, así mismo donde se ordenaba al Fiscal General de la Nación iniciar una indagación previa en contra de funcionarios de la compañía petrolera.

El tribunal procedió a contestar las denuncias hecha por parte de City Oriente en lo que podemos referirnos como la primera recomendación de medidas provisionales que hace el tribunal dentro del presente caso. Aquí el tribunal reconoce que dentro de la Página web de la Procuraduría General del Estado se ordena al Fiscal General de la Nación a que inicie los procesos en contra de los funcionarios de City. De la misma manera en vista que se puede comprobar que el envió de una factura por parte de Petroecuador, interpretándose que el Ecuador tiene todas las intenciones de iniciar acciones de cobro en contra de City Oriente, el tribunal recomienda que tanto Ecuador como Petroecuador se abstengan de iniciar toda acción administrativa o de cobro en contra de City, así como también se abstenga el Ecuador de iniciar cualquier proceso penal o de investigación en contra de funcionarios de City Oriente o que pudiera modificar el estatus de las partes¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Párrafos 15-18 Investment Claims — IIC 309 (2007) — © Oxford University Press 2008

¹⁴⁵ En la decisión de medidas provisionales textualmente consta “[...] the Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) refrain from: Instituting or prosecuting any judicial action of any nature against City Oriente Limited or its officers or employees arising from or in connection with the Contract of March 29, 1995, and/or enforcing the application of the Law Amending the Hydrocarbon Law to said Contract; Demanding that City Oriente Limited make

El Ecuador contestó a estas denuncias manifestando el Ecuador que dentro del contrato no se establece nada respecto al excedente en el precio de la venta de petróleo por lo que no existiera una violación al contrato ya que de ninguna manera esto está afectado el contrato suscrito por las partes. Así mismo dijo que como estado soberano de derecho que es, tiene el derecho que iniciar acciones penales contra cualquier ciudadano que dentro del Ecuador cometa una acción crimen¹⁴⁶.

Fue denunciado por parte de City Oriente el 25 de Octubre de 2007, el Fiscal General de la Nación solicitó la presencia de tres representantes de la compañía City Oriente (Ford, Páez and Yépez) a fin que procedan a rendir versiones no juramentadas con relación a los cargos de malversación de fondos y peculado que pesaban en su contra. Por esto, el tribunal dada la urgencia de la situación realizó una conferencia telefónica con las partes en donde estuvo presente el Procurador General y el Fiscal General del Ecuador, en donde llegaron a un acuerdo que las audiencias de medidas cautelares se llevaran a cabo el 9 de Noviembre, sin embargo hasta el 6 de Noviembre el Ecuador debía presentar un informe por el cual explique detalladamente si ha iniciado alguna acción legal o ha modificado de alguna manera la situación legal de las partes¹⁴⁷. El Ecuador no cumplió con esta orden del tribunal.

Un día antes de la fecha señalada para la audiencia el Procurador General de Estado de Ecuador, envió una comunicación al tribunal mediante la cual manifestó que no estaría presente en la audiencia de medidas provisionales en vista que el

payment of any amount as a result of the application of the Law Amending the Hydrocarbon Law to the Contract; Engaging in any other conduct that may directly or indirectly affect or alter the legal situation existing under the Contract of March 29, 1995, as thereby agreed upon and executed by the parties”.

¹⁴⁶Ecuador manifestó que “anywhere in the world, a national or foreign citizen who commits a crime that qualifies as such and for which a sentence is defined will obviously be imposed the relevant sentence by the appropriate court, due process observed and after being afforded an opportunity to defend themselves, without this entailing an impairment of City Oriente's rights, as it seeks to establish, misleading the members of the Tribunal Investment” consta dentro del párrafo 23 de Claims — IIC 309 (2007) — © Oxford University Press 2008

¹⁴⁷ Párrafos 26-29 de Claims — IIC 309 (2007) — © Oxford University Press 2008

contrato suscrito por las partes establece que tiene que ser la ciudad de Quito, la sede para cualquier proceso de arbitraje¹⁴⁸.

Así mismo Ecuador manifestó que no había un sentido de Urgencia para que se lleve a cabo la audiencia ya que en primer lugar las intenciones del Ecuador son las de Renegociar los contratos petroleros, mas no terminarlos. En el supuesto no consentido que Ecuador quisiera declarar la caducidad el contrato este proceso tardaría por sobre un año. De igual manera manifiesta el Ecuador que no existe un sentido de Urgencia en vista que no hay indicios mediante los cuales se pueda suponer afectación alguna a la explotación petrolera en el Bloque 27 (concesionado a City Oriente). Respecto al envío de la factura por parte de Petroecuador, el Ecuador manifiesta que es una práctica ya repetida de parte de dicha institución en donde se envía una factura a todos los acreedores sin que esto signifique que se cause un detrimento alguno a la compañía Petrolera, puesto que los valores adeudados, son valores que provienen de obligaciones legales. Finalmente respecto al proceso de indagación previa, iniciado por parte del Fiscal General de la Nación, Ecuador advierte al tribunal de estar excediendo las atribuciones constantes en el convenio CIADI ya que está interfiriendo directamente dentro de la soberanía del Ecuador al ordenarle no iniciar acciones penales. Así mismo dice Ecuador que este tema de las denuncias penales es ocasionado por declaraciones hechas por el Diputado Góngora Zambrano en su calidad de ciudadano del Ecuador y que en ningún momento pueden atribuirse como actuaciones del Estado¹⁴⁹.

Petroecuador envió una comunicación manifestando que no era procedente realizar la audiencia de medidas provisionales con fecha 9 de Noviembre, ya que no se le había otorgado el tiempo suficiente a esta compañía para proceder a contratar

¹⁴⁸ Dentro de la clausula 20.3.3 del contrato que suscribieron las partes, se establece que será Quito la sede de cualquier arbitraje

¹⁴⁹ Comunicación enviada por el Ecuador el 8 de Noviembre 2007 al Secretario General del CIADI.

una firma extranjera. De igual manera anexo Petroecuador una ayuda memoria por la cual City Oriente, reconocía la existencia de una deuda con Petroecuador¹⁵⁰.

A la audiencia de medidas provisionales no acudieron representantes ni de Ecuador ni de Petroecuador sin embargo la audiencia si se llevo a cabo. Lo fundamental dentro de la presente audiencia fue la petición realizada por City Oriente, dentro de la cual no varía en sus pretensiones de solicitar al tribunal recomendar que el Ecuador se abstenga de toda acción de cobro así como también de toda acción legal en contra de sus funcionarios, y que puedan llegar a modificar el estado actual de City Oriente. El tribunal previo a dictar las medidas provisionales dijo tener que resolver sobre su jurisdicción y sobre si las medidas cumplen los requisitos necesarios.

Respecto al primer elemento el tribunal manifestó que si bien el Ecuador ha impugnado la jurisdicción, obligando al tribunal a resolver posteriormente en el proceso sobre su propia competencia, la regla 39(1) del Reglamento CIADI faculta al tribunal para que este se recomiende las medidas provisionales que considere necesarias en cualquier estado del proceso, es decir incluso antes de resolver sobre su propia jurisdicción. De igual manera dice el tribunal que dentro de la clausula arbitral no se establece ninguna prohibición respecto a las atribuciones para dictar medidas cautelares, por lo que el tribunal está plenamente facultado para recomendar las medidas provisionales que considere necesarias¹⁵¹.

Respecto a los requisitos se deben cumplir en orden de poder recomendar medidas provisionales el tribunal ha considerado principalmente tres requisitos estos son (A) Que la adopción de la medida sea necesaria para preservar el derecho del

¹⁵⁰ Comunicación enviada por Petroecuador el 9 de Noviembre de 2007 al Secretario General del CIADI.

¹⁵¹ Párrafos 45-53 de Claims — IIC 309 (2007) — © Oxford University Press 2008

petionario. (B) Que exista un estado de Urgencia (C) Que a cada una de las partes se le otorgue el derecho de presentar su punto de vista y observaciones.

Analizando el primer requisito, el tribunal considero no es pertinente hacer un análisis en estas alturas del proceso, respecto a los efectos de la Ley 42 con City Oriente en vista que al pronunciarse el tribunal respecto a los efectos de las Ley 42 estaría pronunciándose respecto a un tema relacionado y estrictamente ligado con el fondo del proceso, por lo que no sería pertinente enfocar al análisis dentro de aquel supuesto. Si manifiesta el tribunal que mantener el *status quo* es primordial dentro de todo proceso, por lo que manifiesta que el Ecuador debe continuar con el cumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en el contrato con City Oriente y debe el Ecuador abstenerse de dar por terminado dicho acuerdo, o modificarlo de alguna manera. Así mismo, reconociendo el Tribunal la existencia de la factura que envió Petroecuador, recomienda al Ecuador abstenerse de toda acción de cobro de aquella factura, o de cualquier acción que pueda agravar la controversia¹⁵².

Respecto al proceso penal iniciado por la Fiscalía General de la Nación el Tribunal inicia el análisis manifestando que respeta plenamente al Ecuador como un estado soberano y de derecho que como tal tiene derecho de perseguir e investigar a los autores o presuntos autores de crímenes, sin embargo en el presente caso, al estar la causa de la investigación directamente relacionada con el fondo de la controversia el Tribunal no estaría inmiscuyéndose en la soberanía del Ecuador, si no que por el contrario estaría el Tribunal garantizando los mismos derechos de las partes dentro del proceso, pues un proceso penal impediría que City Oriente cuente con sus representantes dentro del proceso. Dice el tribunal que al ser las denuncias realizadas por un ciudadano como lo es el Diputado Góngora Zambrano, bien puede solicitarse al Estado no iniciar una acción penal que genere de aquella denuncia. Sin

¹⁵² Párrafos 54-60 de Claims — IIC 309 (2007) — © Oxford University Press 2008

embargo el Tribunal se dirige directamente contra la Fiscalía Distrital de Pichincha recomendando no se dé inicio ni se continúe con acciones penales en o de ninguna clase funcionario de City Oriente¹⁵³.

Respecto al requisito de la Urgencia, el tribunal hace un análisis de este tema, manifestando que si bien la convención no hace referencia expresa sobre que se tiene que entender por sentido de Urgencia, por razones obvias el tribunal tiene que entender al sentido de urgencia como aquel mediante el cual, las medidas provisionales que se soliciten no pueden esperar hasta el pronunciamiento del laudo. A esto, respetando los argumentos presentados por Ecuador ante el tribunal en su comunicación de 8 de Noviembre, en donde manifiesta que no existe un sentido de urgencia, el tribunal dice que evidentemente las acciones que ha venido realizando Ecuador dan para suponer que en cualquier momento se pueden llegar a variar las situaciones de las partes por lo que el sentido de Urgencia es eminente¹⁵⁴.

Respeto al requisito de dar la debida oportunidad a las partes para que contesten la petición de medidas provisionales, evidentemente el tribunal otorgo dicha oportunidad, pues Ecuador en varias ocasiones se refirió a las medidas provisionales mediante cartas y comunicados¹⁵⁵, sin embargo, Petroecuador alega indefensión aduciendo que no le fue permitido contratar una firma extranjera para que defienda sus intereses dentro del proceso. El Tribunal manifiesta que comprende los deseos del Ecuador de contar con la defensa de una firma extranjera y que ha tenido el suficiente tiempo desde surgida la controversia hasta la emisión de dicha decisión sobre medidas provisionales como para contratar una, el hecho que no ha procedido

¹⁵³ Párrafos 61-66 de Claims — IIC 309 (2007) — © Oxford University Press 2008

¹⁵⁴ Párrafos 69-72 de Claims — IIC 309 (2007) — © Oxford University Press 2008

¹⁵⁵ Comunicaciones enviadas por el Ecuador y Petroecuador al Secretario General del CIADI el 8 y 9 de Noviembre de 2007.

a realizar dicha contratación no genera indefensión sino que más bien una opción de la que el Ecuador no ha hecho uso (contratar una firma extranjera)¹⁵⁶

Por todo lo expuesto, el Tribunal llega a la conclusión que en vista se cumplen todos los requisitos necesarios, y en especial al considerar que existe un particular sentido de Urgencia, por lo que resuelve conceder medidas provisionales solicitadas por City Oriente dentro de las cuales recomienda: (1) Que el Ecuador se abstenga de continuar o iniciar cualquier acción judicial o administrativa que sea derivada de la aplicación o ejecución de la Ley 42, así como también que involucre a funcionarios o empleados de City Oriente. Así también que el Ecuador se abstenga de iniciar cualquier acción de cobro por los valores pendientes, que devengan de la Ley 42, y que el Ecuador no realice acción legal o administrativa alguna que modifique o afecte el estado actual de las partes¹⁵⁷. A esto hay que manifestar que el presente caso no se quede ahí, sino que fue conocido incluso por nuestra Corte Suprema de Justicia como lo veremos a continuación.

¹⁵⁶ Párrafo 81 de Claims — IIC 309 (2007) — © Oxford University Press 2008

¹⁵⁷ Textualmente en la decisión se lee “1. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) shall refrain from

– Instituting or prosecuting, if already in place, any judicial proceeding or action of any nature whatsoever against or involving City Oriente Limited and/or its officers or employees and arising from or in connection with the Contract of March 29, 1995 and/or the effects of the application of Law No. 2006–42, the Law Amending the Hydrocarbon Law, to said Contract;

– Demanding that City Oriente Limited pay any amounts as a result of the application of Law No. 2006 42, the Law

Amending the Hydrocarbon Law, to the Contract of March 29, 1995;

– Engaging in, starting or persisting in any other conduct that may directly or indirectly affect or alter the legal situation agreed upon under the Contract of March 29, 1995, as thereby agreed upon and executed by the parties.

RESOLUCION DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ECUATORIANA¹⁵⁸

Si bien el Tribunal Arbitral ordenó que no se continúe ni se dé inicio a procesos judiciales en contra de funcionarios de la City Oriente, la Fiscalía General de la Nación si continuo los procesos penales en contra de los funcionarios de City Oriente, a tal punto que luego de finalizada la indagación previa, el Fiscal considero existir indicios suficientes para iniciar una instrucción Fiscal. Con fecha 13 de Marzo de 2008 el señor Fiscal resuelve dictamen acusatorio en contra de los funcionarios de City Oriente James Patrick Ford, a Horacio Yépez Maldonado y a José Ernesto Páez Cruz, por los delitos de malversación de fondos y peculado.

La Corte Suprema de Justicia, en una muy corta pero al mismo tiempo importante resolución manifiesta que dentro del presente caso, un Tribunal CIADI decretó medidas provisionales dentro de las cuales existía el impedimento para continuar o iniciar procesos de juzgamiento en contra de funcionarios de City Oriente por temas relacionados por la aplicación de la Ley 42, y que dichas medidas en vista que no han sido revocadas por orden del mismo tribunal que las decretó, deben ser cumplidas por las partes. En tal sentido manifiesta la Corte que el señor Fiscal cuenta con un obstáculo legal que le impide dar inicio a la instrucción fiscal¹⁵⁹. De igual manera, dice nuestra corte, que la constitución vigente de aquel entonces, manifestaba que no se podrá juzgar a una persona sino mediante las leyes preexistentes, por lo que al existir un obstáculo legal previo al inicio de la instrucción fiscal, el proceso penal violaría el debido proceso. Por todo ello, la Segunda Sala de

¹⁵⁸ Resolución de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de 9 de Junio de 2008.

¹⁵⁹ La sentencia manifiesta “Por cuanto esta Resolución del CIADI determina un obstáculo legal para el desarrollo del proceso por los hechos antes referidos, no podía el señor Ministro Fiscal General del Estado iniciar la presente instrucción fiscal, hasta tanto se remueva este obstáculo, conforme a lo establecido en los Arts. 38 y 39 del Código de Procedimiento Penal; obstáculo que persiste hasta el momento y consecuentemente, no puede seguirse con la sustanciación de esta causa, porque se vulnera el debido proceso”

lo Penal de la entonces Corte Suprema de Justicia declaro la nulidad de todo lo actuado inclusive de la resolución de inicio de la Instrucción Fiscal¹⁶⁰.

Esta resolución de nuestra Corte es de vital importancia para el ordenamiento jurídico de nuestro país, puesto que nos permite conocer el criterio de una de las salas de nuestra corte respecto a lo que la obligatoriedad de las medidas provisionales se refiere. A decir de nuestra Corte, dichas recomendaciones son obligatorias y vinculantes a en tal sentido que implican un obstáculo legal para que en el presente caso, el señor Fiscal continúe con el proceso penal en contra de los Funcionarios.

Acertado o no el criterio expuesto, hay que decir que cuando nuestra Corte manifiesta que se tiene que respetar el procedimiento preexistente y las normas que con este proceso se relacionan, la corte tiene que en cuenta el impedimento legal que tiene que ser cumplido (las medidas provisionales) por lo que no es pertinente continuar con los procesos penales, dejándonos en claro la obligatoriedad de las medidas.

4.5 Caso Repsol vs. Ecuador¹⁶¹

Dentro del presente caso, es importante mencionar que mientras se llevaba a cabo la renegociación de los contratos petroleros entre Repsol y la Republica del Ecuador se presentaron distintas solicitudes de medidas Provisionales, de igual manera al igual que los anteriores casos esta es una controversia que surge a partir de la expedición de la Ley 42.

Específicamente la petición de medidas cautelares a la que hace referencia el presente fallo, tiene que ver con el origen del conflicto entre las partes con fecha 31

¹⁶⁰ Considerando Quinto de la Sentencia de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia del 9 de Junio de 2008.

¹⁶¹ Repsol Y.P.F. Ecuador y Otras vs. Republica del Ecuador Caso CIADI No. ARB/08/10

de Enero de 2009, en donde mediante declaraciones realizadas por el Presidente de Ecuador Rafael Correa mediante las cuales amenazaba a la compañía petrolera con expulsarlas del país. De igual manera, el mismo Presidente con fecha 14 de Febrero de 2009, afirmó la ejecución coactiva de montos pendientes de pago al Ecuador por concepto de montos devengados en concepto de Participación Adicional del Estado.

Los días 19 y 20 de Febrero de 2009, Repsol recibió notificaciones del Juzgado de Coactivas de Petroecuador por un monto de cuatrocientos cuarenta y cuatro millones setecientos treinta y un mil trescientos cuarenta y nueve dólares (US\$ 444.731.349,00) estimando Repsol que hasta el 25 de Febrero de 2009, recibirían la tercera y última notificación mediante la cual se facultaba a Petroecuador proceder con el embargo de los activos¹⁶².

Sin embargo, pese a todas las diferencias, las negociaciones llegaron a un feliz término y con fecha 12 de Marzo de 2009, se firmo El Contrato Modificadorio al Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 16, así como también el Convenio de Desembolsos¹⁶³. Tras la firma del contrato, Ecuador se dirigió al Tribunal informando que el proceso de coactivas se ha suspendido pudiendo reanudarse solo su Repsol incumple con los pagos acordados en el contrato suscrito. Así mismo solicito al tribunal no tomar en cuenta el pedido de medidas provisionales en vista que no hay un riesgo inminente sobre la inversión de Repsol¹⁶⁴.

Sin embargo la demandante se dirige al Tribunal manifestando que no retira su pedido de medidas cautelares en donde solicita se recomiende al Ecuador retirar y

¹⁶² Párrafo 1 y 37 de la comunicación enviada por Repsol al Tribunal con fecha 23 de Febrero de 2009

¹⁶³ El contrato al que se hace referencia se suscribió entre la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador y las Compañías Repsol YPF Ecuador S.A., Overseas Petroleum and Investment Corporation, Murphy Ecuador Oil Company Ltd. y CRS Resources (Ecuador) LDC” y el Convenio de Desembolsos entre Petroecuador y la Contratista del Bloque 16

¹⁶⁴ Comunicación enviada por el Ecuador al CIADI con fecha 19 de Marzo de 2009

dejar sin efecto la coactiva iniciada en contra de Repsol, así como también que se abstenga de cualquier medida que empeore la controversia, y que se mantenga el status quo de las partes dejando sin efecto la coactiva no simplemente suspendiéndola como lo hizo el Ecuador¹⁶⁵.

Ecuador contesto a lo expuesto por Repsol aduciendo que el suspender la coactiva no implica en ningún momento que esta suspensión se pueda levantar de manera arbitraria, la única forma por la que se puede levantar la suspensión a la coactiva es que Repsol deje de cumplir con los pagos establecidos en el acuerdo modificadorio que las partes suscribieron, es decir el riesgo de corre la inversión depende únicamente de Repsol y su cumplimiento o no al acuerdo de pagos suscrito por las partes¹⁶⁶.

De igual manera Ecuador se refiere a una clausula dentro del contrato suscrito por las partes, mediante la cual había un compromiso de cada una de estas para no impulsar el arbitraje por lo menos un año, tiempo en el cual ambas partes se iban a reunir y entablar negociaciones para resolver sus diferencias de feliz término. Respecto a los efecto que la expresión de “no impulsar” tienen dentro del fallo se habla mucho y se genera una discusión respecto a que se debe entender por “no impulsar” un proceso, la conclusión a la que llega el Ecuador es que no impulsar quiere decir no continuar con el caso, sin que esto implique que Repsol tenga que retirar su demanda presentada¹⁶⁷.

Repsol por su lado contesta a la aseveración realizada por el Ecuador y dice que por la expresión no impulsar, se debe entender el no acelerar el procedimiento y

¹⁶⁵ Párrafo 11 de la pagina 2 B del memorial enviado por Repsol al Tribunal con fecha 20 de Marzo de 2009

¹⁶⁶ Párrafo 3 de la Comunicación enviada por el Ecuador al Tribunal con fecha 19 de Marzo de 2009

¹⁶⁷ Párrafos 11 al 25 de la Decisión de Medidas Provisionales.

adaptar las actuaciones de las partes a un calendario procesal que se adapte al avance de las negociaciones¹⁶⁸.

En las consideraciones que realiza el Tribunal este comienza afirmando que es la autonomía de la voluntad aquello que mueve a las partes en el arbitraje, por lo que estas pueden de mutuo acuerdo decidir sobre los plazos y las condiciones en las que se va a llevar a cabo el Arbitraje, así también dice el Tribunal que las partes a lo largo del arbitraje han mantenido un sistema de negociaciones que si bien no ha sido uniforme en cuanto al tiempo de cada reunión y que en muchas veces este proceso se ha interrumpido, no hay indicios para suponer que las negociaciones han cesado por lo que se entiende que ambas partes continúan con sus intenciones de mantener procesos de negociación de forma paralela con el arbitraje.

Respecto al termino “no impulsar” previsto en el contrato modificadorio el Tribunal manifiesta que esta expresión no puede suponer lo manifestado por el Ecuador en cuanto a que las partes deben abstenerse de continuar con el arbitraje, sino que por el contrario, lo que este término se refiere es que a lo largo de aquel año las partes deberán continuar con las negociaciones y con el proceso arbitral a tal punto que el proceso arbitral no interfiera con las negociaciones¹⁶⁹.

Finalmente respecto a la coactiva, el Tribunal se manifestó diciendo que al estar suspendida no hay indicios que el Ecuador proceda a levantar dicha suspensión salvo que Repsol no proceda a realizar dichos pagos, es por ello que el Tribunal solicito al Ecuador notificar de todo acto que se lleve a cabo por el cual se altera la situación de

¹⁶⁸ Párrafo 6 del Escrito presentado por Repsol al Tribunal con fecha 6 de Abril de 2009 en donde manifiesta que “la expresión „no impulsar” supone no acelerar el procedimiento, esto es adoptar un calendario procesal con plazos suficientemente amplios que permita a las partes actuar en las posibles negociaciones y en el arbitraje sin presiones y pudiendo compaginar los dos procesos”

¹⁶⁹ Párrafo 36 al 42 de la Decisión de Medidas Provisionales.

las partes, es este sentido, otorgar a Repsol un periodo de de seis días hábiles previo al embargo de los activos¹⁷⁰.

Del presente caso, podemos más que nada rescatar como el tribunal da un valor especial a las negociaciones que las partes llevan a cabo. Dice el tribunal que al ver la intención de las partes de continuar con procesos de negociación no hay indicios para suponer que alguno de los derechos del peticionante de medidas cautelares se encuentre en peligro por lo que se tiene a la buena fe como pilar fundamental entre las partes.

Así mismo, es importante mencionar como el Tribunal dice que si bien la autonomía de la voluntad de las partes es el factor primordial para continuar dentro de un proceso arbitral, en ningún caso la expresión de “no impulsar” puede entenderse como de no dar continuidad al proceso arbitral sino que por el contrario lo que quiere decir es que se va a continuar con las negociaciones y con el arbitraje siempre que el arbitraje no sea un obstáculo para negociar, así el tribunal no toma al termino “no impulsar” como un dejar de actuar, sino más bien como un impulso hacia la negociación.

4.6 Caso Cemex vs. Venezuela¹⁷¹

No solo por ser un fallo bastante reciente en materia de medidas cautelares sino por su contenido, el caso Cemex vs. Venezuela es digno de análisis dentro del presente trabajo.

Cemex Caracas I y Cemex Caracas II afirman ser una compañía originaria de Holanda, por lo cual amparan su reclamo en el Tratado Bilateral de Inversiones

¹⁷⁰ Párrafo 53 de la decisión de medidas provisionales.

¹⁷¹CEMEX Caracas Investment B.V. and CEMEX CARACAS II INVESTMENT B.V. VS. La Republica Bolivariana de Venezuela Caso CIADI No. ARB/08/15

suscrito entre Holanda y Venezuela. Dichas empresas son propietarias del 75.7% del paquete accionario de Cemex Venezuela¹⁷², quien es la empresa cementera más grande Venezuela, pues a su vez posee y manejaba tres buques porta cemento de nombre *La Corregidora*, *La Marianela* y *El Edalán*¹⁷³.

Entre los antecedentes a la controversia tenemos que manifestar que la compañía Cemex Venezuela, suscribe un Fideicomiso de Administración de los Buques que transportaban cemento que en un principio eran manejados por Cemex Venezuela. En dicho Fideicomiso se estableció que Sunbulk Shipping asumirá todos los costos de operación de los buques con una opción a para luego obtener titularidad legal sobre los buques. Dicha opción que fue ejercida debidamente por Sunbulk Shipping quien pago la suma de US\$49, 974,012 a una compañía denominada Vencement, y esta última cancelo la deuda por el mismo valor que Cemex Venezuela tenía con esta Vencement. Así el 26 de Agosto de 2008 Sunbulk Shipping cancelo la bandera Venezolana de los buques, para que estos pasen a ser de bandera Panameña¹⁷⁴.

Mientras la firma del traspaso se llevaba a cabo, y con esto el cambio de bandera en los Buques, el Procurador General de la Venezuela, había dado inicio al proceso de expropiación de las acciones de Cemex Investment, en Cemex Venezuela. De igual manera, el señor Procurador solicito al Tribunal Marítimo de Caracas dictase un embargo preventivo y una prohibición de enajenar respecto a los buques. Dicha solicitud del Procurador fue bien acogida por la Corte Venezolana *ex parte*¹⁷⁵ quien

¹⁷² Cemex Caracas I, es propietaria de 100% de las acciones de Cemex Caracas II, esta última es propietaria del 75% de las acciones en Cemex Venezuela, a través de su subsidiaria Vencement Investment.

¹⁷³ Párrafo 17 de la Solicitud de Medidas Provisionales presentado por CEMEX Caracas Investment B.V. and CEMEX CARACAS II INVESTMENT B.V.

¹⁷⁴ Párrafo 19 de la Solicitud de Medidas Provisionales presentado por CEMEX Caracas Investment B.V. and CEMEX CARACAS II INVESTMENT B.V.

¹⁷⁵ El proceso cautelar se llevo a cabo sin que Cemex Venezuela presente sus argumentos, un proceso cautelar unilateral, sin que esto implique necesariamente que existió alguna violación legal.

dicto el embargo preventivo y la prohibición de enajenar de las embarcaciones, sin embargo el Tribunal Marítimo manifestó que la República de Venezuela debe presentar un reclamo formal en contra de Cemex en los próximos diez días para perfeccionar sus pretensiones de propiedad respecto a los buques, de no hacerlo entonces el embargo y la prohibición de enajenar quedarían sin efecto. Las demandantes alegan que dicha orden expiro el 16 de Marzo de 2009, sin que Venezuela presentara el reclamo formal o continuara impulsando el proceso¹⁷⁶.

Sin embargo el 20 de Marzo de 2009 la República Bolivariana de Venezuela ordeno a la Corte Suprema de Panamá ejecutar la orden del Tribunal Marítimo de Venezuela, emitiendo una orden y se proceda con el arresto de los Buques. Un día después Venezuela solicito al Tribunal Marítima de Panamá que emitiera una orden de incautación de los buques a favor de Venezuela, y que de igual manera sobre estos de ordene la prohibición de enajenar. El Tribunal marítimo respondió a la petición emitiendo la prohibición, y solicitando a la Corte Suprema de Panamá que se pronuncie sobre si la incautación era justificada. La Corte Suprema manifestó que “arreste” al buque de manera temporal hasta formalmente fallar sobre el asunto en cuestión. Dicho esto el buque *Edalan* fue arrestado en el Puerto de Panamá, y fue puesto en libertad luego de un pago realizado por Sunbulk¹⁷⁷.

Las demandantes sostienen han sido privados de ejercer sus derechos de propiedad sobre Cemex Venezuela en vista que el Gobiernos de Venezuela ha procedido a expropiar sus acciones dentro de la compañía Cemex Venezuela entre Mayo y Agosto de 2008.¹⁷⁸ De igual manera las demandantes solicitan que Venezuela restituya el 100% las acciones expropiadas y el control total y exclusivo de la

¹⁷⁶ Párrafo 18 decisión sobre Medidas Provisionales.

¹⁷⁷ *Ibidem* § 19

¹⁷⁸ Párrafo 116 Solicitud de Medidas Provisionales presentado por CEMEX Caracas Investment B.V. and CEMEX CARACAS II INVESTMENT B.V.

compañía Cemex Venezuela, así como también, compensación total por la ruptura del Tratado Bilateral de Inversiones y al Derecho Internacional¹⁷⁹.

Concretamente, dejando en claro que pese a que el Tribunal no se ha pronunciado sobre su competencia este es competente para recomendar medidas provisionales Cemex solicita al Tribunal Arbitral recomendar las siguientes medidas: 1) Ordenar a Venezuela abstenerse de manera inmediata, de iniciar o continuar cualquier acción de incautación de los activos de Cemex Venezuela... 2) Que se ordene a la Republica de Venezuela abstenerse de iniciar cualquier acción en Cortes Venezolanas, Panameñas o de cualquier otro territorio, que implique la incautación de los bienes de Cemex Venezuela, o cualquier otra acción que pudiera perjudicar a Cemex Venezuela. 3) Que se ordene a Venezuela abstenerse de solicitar a otras naciones realizar incautaciones de los buques de Cemex. 4) Que se ordene a la Republica de Venezuela abstenerse de realizar cualquier acción que implique un deterioro de la controversia ya existente, o creando disputas de difícil resolución para el Tribunal Arbitral.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Párrafo 118 Solicitud de Medidas Provisionales presentado por CEMEX Caracas Investment B.V. and CEMEX CARACAS II INVESTMENT B.V.

¹⁸⁰ Textualmente en la Solicitud de Medidas Provisionales presentado por CEMEX Caracas Investment B.V. and CEMEX CARACAS II INVESTMENT B.V. consta lo siguiente:

(i) An order requiring Venezuela to immediately cease any further efforts to seize the former assets of CEMEX Venezuela, including the Vessels;”

(ii) An order that Venezuela cease any litigation, whether in Panama, Venezuela, or elsewhere, having as its object the seizure of the Vessels or any money equivalent thereof, including but not limited to:

- (1) the proceedings before the Caracas Court;
- (2) the proceedings before the Panama Supreme Court; and
- (3) and the proceedings before the Panama Maritime Court;

(iii) An order that Venezuela cease all efforts to enlist the assistance of other governments in seizing the Vessels or any bond or security thereof; and

(iv) An order enjoining Venezuela from taking any action further prejudicing, aggravating the dispute before this Tribunal, or rendering this dispute more difficult of solution.

Venezuela Responde a la solicitud de medidas provisionales manifestando principalmente que la petición de Cemex Venezuela, versa únicamente en el principio de no agravar la controversia, el cual sin lugar a dudas es importante pero a decir de Venezuela no es fundamental a la hora de dictar medidas provisionales, pues el tribunal debe tener en cuenta factores como necesidad, urgencia y que cause un daño irreparable, mientras que en el presente caso todo está ligado a una materia económica por lo que el daño causado bien puede ser reparado con una compensación¹⁸¹.

De igual manera, dice Venezuela, que las medidas provisionales únicamente pueden resguardar el derecho del solicitante de las mismas, y no de terceros. En el presente caso, Cemex Venezuela no busca proteger sus derechos sino por el contrario, los derechos de Sunbulk quien no es parte del proceso arbitral. De igual manera dice Venezuela que Sunbulk es una filial de de Cemex y por lo tanto no es parte del presente arbitraje, por lo que hablar de la propiedad de los barcos sería involucrar a Sunbulk dentro del presente caso, y con esto involucrar a empresas colaterales que no son partes de este arbitraje. Así mismo dice Venezuela que Cemex no ha demostrado que el traspaso de los Buques a Sunbulk se debió a la existencia de una deuda real con la compañía Vencent¹⁸².

En las audiencias llevadas a cabo, lo más importante es rescatar que Venezuela manifiesta que las acciones de nacionalización de las empresas extranjeras, son un acto soberano de la Republica Bolivariana de Venezuela, en vista que son realizadas en base a una ley vigente, y que en caso que Cemex Venezuela, o cualquier otra

¹⁸¹ Memorial de Contestación presentado por Venezuela el 26 de Octubre de 2009, en contestación a la solicitud de medidas provisionales.

¹⁸² *Ibidem* § 17

empresa que se vea afectada, puede hacer uso de las cortes nacionales de Venezuela¹⁸³.

Tiempo después de llevada a cabo la audiencia, el Cemex comunica al Tribunal con la decisión de la Segunda Corte Administrativa de Venezuela, mediante la cual se resuelve no solo la legalidad de la incautación de los buques, sino que por el contrario se reafirma en dicha incautación, a esto Cemex considera como acciones que lo único que causan es agravar la controversia¹⁸⁴. Venezuela manifestó que no se agrava la controversia en vista que en nada cambia esta resolución de su Corte Administrativa en lo dispuesto hace tiempo atrás por el Tribunal Marítimo.

En su decisión el Tribunal inicia por manifestar que la urgencia y al necesidad son dos estados necesarios que tienen que cumplirse a la hora de dictar medidas provisionales, y más bien central el fondo de su decisión respecto a la necesidad de evitar que se llegue a producir un daño irreparable.

Sobre daño irreparable, el Tribunal advierte la complejidad de la materia, es vista que esto vendría a ser un concepto jurídico bastante amplio, por lo que tras analizar varios de los casos de la jurisdicción CIADI, el Tribunal se decide en dividir el criterio en dos puntos, particularmente a) cuando el daño causado puede ser reparable de manera económica, y b) cuando existe riesgo de que la inversión sea destruida. Con esta división lo que el tribunal buscaba era determinar si era necesaria la existencia de un daño irreparable como requisito para otorgar medidas provisionales. Sin embargo, luego de analizar varios casos CIADI dice, que en el

¹⁸³ Párrafo 32 de la decisión sobre Medidas Provisionales.

¹⁸⁴ El argumento presentado por CEMEX textualmente dice “dispels any doubt that Respondent is severely aggravating the dispute before this Tribunal by using once again national courts, including its own courts, to adjudicate not only the seizure of the Vessels but also the overall legality of the seizure of Cemex Venezuela”

presente caso, es mucho mejor, estar con la teoría de la necesidad de evitar el resquebrajamiento de una inversión¹⁸⁵.

Es importante el análisis que hace el Tribunal cuando este manifiesta que si bien la solicitud de medidas cautelares se realiza en base a que se recomiende a Venezuela evitar realizar acciones que puedan agravar la controversia, el simple hecho de agravar evitar agravar una controversia, no es suficiente razón para dictar medidas cautelares, pues no se puede dictar medidas que eviten agravar una controversia sin que se tenga en cuenta a medidas cautelares que protejan un derecho.

Por ello, el Tribunal de manera muy polémica decide rechazar la petición de medidas provisionales manifestando que las mismas no están debidamente especificadas y que no simplemente basta con solicitar una medida provisional para evitar un agravar una controversia, sino que por el contrario debe existir un derecho que tiene que ser protegido¹⁸⁶.

Finalmente el tribunal manifiesta que las acciones que se llevan a cabo dentro de las cortes venezolanas son acciones administrativas propias del estado que en nada afectan a la jurisdicción del Tribunal y que no influyen en su decisión final, y que el llevar a cabo procesos en las cortes pueden significar el requisito del necesario agotamiento de los mismos¹⁸⁷.

Por todo lo expuesto el tribunal decide rechazar la petición de medidas provisionales.

¹⁸⁵ Párrafo 56 de la decisión sobre medidas provisionales.

¹⁸⁶ *Ibíd*em § 67

¹⁸⁷ *Ibíd*em § 73

5 Obligatoriedad de las medidas provisionales

Dentro de lo que el arbitraje internacional respecta, la obligatoriedad de las medidas provisionales es uno de los temas que más controversia genera, en tal sentido, hay casos dentro de los cuales se considera que estas medidas provisionales no son de obligatorio cumplimiento para las partes, sino que por el contrario dichas medidas son meras recomendaciones.

Es pertinente analizar los reglamentos y estatutos de los distintos centros tales como CNUDMI, CIJ y CIADI para poder llegar a tomar una postura respecto a si las medidas provisionales son o no son de obligatorio cumplimiento para las partes.

Respecto a lo que establece el Estatuto de la CIJ, no creo que quepa mayor discusión sobre la obligatoriedad de las medidas provisionales que se dictan. Si bien, el artículo pertinente a estas medidas que es el 41 dice que la CIJ podrá indicar las medidas provisionales que considere apropiadas, es importante analizar los siguientes artículos del estatuto y con esto fijarse en que se establece de manera clara, que todas las decisiones que se tomen son de carácter obligatorio para las partes.

Hay que mencionar que el estatuto de la CIJ, establece que las decisiones que tome este centro, serán obligatorias para las partes. Es decir, sobre que a lo largo de todo el estatuto se habla de sentencias, y de resoluciones, para evitar cualquier tipo de confusiones y discusiones respecto a la obligatoriedad de todo aquello que ordena la CIJ el Art. 59 habla de obligatoriedad de las decisiones por lo que se aclara el panorama respecto a este particular.

Así mismo, la Carta de las Naciones Unidas establece en su Art. 94 que todas las decisiones de la CIJ son de obligatorio cumplimiento para las partes, estableciendo incluso una potestad, para que una de las partes solicite que el Consejo de Seguridad

se involucre pudiendo tomar mecanismos coercitivos para asegurarse que las decisiones de la CIJ se lleguen a cumplir por cada una de las partes¹⁸⁸.

Pese a todo lo establecido por la CIJ, y la Carta de las Naciones Unidas hay casos dentro de los cuales no se han llegado a cumplir las sentencias y decisiones de la Corte Internacional de Justicia. Un claro ejemplo de esto, es dentro del caso Nicaragua vs. Estados Unidos¹⁸⁹, en donde la CIJ en primera instancia ordeno a los Estados Unidos a “cesar y abstenerse del uso ilegal de la fuerza en contra del gobierno de Nicaragua” para luego, en sentencia la CIJ determino que los Estados Unidos estaban involucrados en “una infracción de cumplimiento de su obligación, al no tomar en cuenta la orden de abstenerse de usar la fuerza contra otro Estado”, en este caso los Estados Unidos fueron condenados al pago de compensaciones, las mismas que hasta la presente fecha no fueron cumplidas, sin que se presenten mas sanciones ni mecanismos de presión en contra de los Estados Unidos¹⁹⁰.

En cuanto a las medidas provisionales que se dicten al amparo de lo establecido por el CNUDMI, la Ley Modelo destina todo un artículo como lo es el Art. 17H para dejar en claro que las medidas provisionales que se dicten al amparo de la Ley Modelo del CNUDMI son vinculantes para las partes, es decir de obligatorio cumplimiento¹⁹¹

Así mismo, el artículo 17H de la Ley Modelo del CNUDMI establece un mecanismo de ejecución para las medidas provisionales que sean dictadas por este

¹⁸⁸ Art. 94 de la Carta de las Naciones Unidas “1) Cada Miembro de las Naciones Unidas compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte. 2) Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo

¹⁸⁹ Caso Nicaragua Vs. Estados Unidos

¹⁹⁰ Laudy Marion. Nicaragua ante la Corte Internacional de Justicia de la Haya. Siglo Veitununo Editores. México DF. 1988

¹⁹¹ Art. 17 H numeral 1 de la Ley Modelo del CNUDMI.

centro de Arbitraje. Así, establece el que las medidas provisionales que se dicten, salvo que el Tribunal determine lo contrario, serán ejecutadas ante el tribunal competente de cualquiera que sea el Estado en donde haya sido solicitada la medida¹⁹².

En el caso del Ecuador, las medidas provisionales que ordene un Tribunal CNUDMI, deben ser ejecutadas siguiendo el mismo proceso que establece la Ley de Arbitraje y Mediación¹⁹³. En aquel cuerpo legal se establece que si las partes se lo establecen así en el convenio arbitral, los árbitros pueden ayudarse de los funcionarios públicos, judiciales, policiales etc. para lograr la ejecución de las medidas. Dice así mismo La Ley de Arbitraje y Mediación, que en caso que las partes no lo mencionaron en el convenio Arbitral, los Árbitros y las partes, pueden valerse de los jueces ordinarios, para poder lograr la ejecución de las medidas provisionales ordenadas por el Tribunal CNUDMI.

¹⁹² Ley Modelo del CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional **Art. 17 H**

¹⁹³ Art. 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación el mismo que manifiesta “Art. 9.- Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada infundada en el laudo. La parte contra quien se dicte la medida cautelar podrá pedir la suspensión de ésta, si rinde caución suficiente ante el tribunal.

Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas.

Si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas, sujetándose a lo establecido en el párrafo dos (2) y tres (3) de este artículo, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral.

Importante es mencionar como el mismo artículo 17H de la Ley Modelo CNUDMI establece que la parte que solicita la ejecución de una medida cautelar debe comunicar al tribunal de cualquier novedad que se produzca en su ejecución, esto es cualquier modificación, alteración, incluso que se llegue a dar la misma ejecución de la medida, todo esto debe ser debidamente informado al tribunal¹⁹⁴. Lo peculiar sin embargo, es que de acuerdo el Numeral 3 del mismo artículo, el tribunal ante quien se solicita la ejecución de la medida cautelar está facultado para fijar una contra cautela a la ejecución de la medida provisional ordenada¹⁹⁵. Es decir la ejecución de una medida cautelar podría verse condicionada, mas no obligatoriedad de la medida no entra en tela de discusión.

Directamente relacionado con la obligatoriedad de las Medidas Provisionales, La ley Modelo CNUDMI enumera una a una las razones por las cuales se puede negar la ejecución de una medida provisional. Esto es importante ya que al ser los jueces ordinarios quienes tienen que ejecutar las medidas provisionales, se deja un panorama claro estableciendo una a una las razones por las cuales se puede negar la ejecución de una medida provisional. Entre las principales razones que encontramos para que se pueda llevar a cabo la negativa de la ejecución por ejemplo, está el no cumplimiento de la garantía económica solicitada a una de las partes, que una de las partes no esté de acuerdo con el arbitraje, que la parte contra quien recae la medida provisional no fue debidamente notificada, o por ejemplo que las medidas provisionales ordenadas, excedan las facultades del arbitraje o no estén relacionadas

¹⁹⁴ Art. 17H numeral 2 de la Ley Modelo del CNUDMI “La parte que solicite o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al tribunal de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida”

¹⁹⁵ Art. 17H numeral 3 de la Ley Modelo del CNUDMI “El tribunal ante el que sea solicitado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir de la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros.

con el mismo¹⁹⁶. Un hecho importante que no hay como dejar de mencionar, es que pese a que los jueces ordinarios son quienes tienen que ejecutar las medidas provisionales, la misma Ley Modelo impide que estos jueces conozcan o se mencionen respecto al fondo de las medidas provisional, limitando el procedimiento a ser meramente ejecutivo¹⁹⁷.

Es decir con todo lo expuesto, que las medidas provisionales que se dicten al amparo de la Ley Modelo UNCITRAL, si serian de obligatorio cumplimiento para las partes, sin que al respecto quepa mayor discusión o dudas.

En donde si se presentan serias dudas y discusiones respecto a la obligatoriedad de las medidas provisionales, es en los procesos CIADI. Aquí el hecho que el Art. 47 de la Convención manifieste que el Tribunal podrá *recomendar* medidas provisionales, ha resultado en arduas discusiones que se inclinan a favor o en contra de la obligatoriedad de las medidas, hay que manifestar también que la Regla 39 tampoco aclara los parámetros hacia la obligatoriedad de las medidas.

En este sentido, y en vista que tanto el Art. 47 como la Regla 39 del convenio CIADI manifiestan que el tribunal podrá recomendar la adopción de medidas cautelares, la obligatoriedad de cumplimiento de estas recomendaciones queda en tela juicio toda vez que las ordenes del tribunal pueden ser interpretadas como recomendaciones y no como mucho más que eso.

Además, a diferencia de lo que ocurre en la Ley Modelo UNCITRAL, y en el Estatuto de la CIJ, el Convenio CIADI no tiene mención expresa sobre la

¹⁹⁶ El Artículo 17I establece las razones por las cuales se puede negar la ejecución de las medidas provisionales, en el mismo artículo, se remite al Art. 36 de la misma Ley Modelo, el cual trata de los motivos por los cuales se puede negar la ejecución de un laudo, en el presente caso los numerales i, ii, y iii son aplicables por mandato del Art. 17 I.

¹⁹⁷ Art. 17 I numeral 2 de la Ley Modelo UNCITRAL establece “2) Toda determinación a la que llegue el tribunal respecto de cualquier motivo enunciado en el párrafo 1) del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar”.

obligatoriedad de las medidas cautelares, así como tampoco sobre la obligatoriedad de las decisiones que el Tribunal tome. Nada más existe la mención realizada en el Art. 53 de la convención mediante el cual se dice que el laudo será obligatorio para las partes¹⁹⁸, haciendo referencia a la decisión final del Tribunal y no a las decisiones sobre medidas provisionales.

Sin embargo, en varios casos, Tribunales CIADI se han pronunciado respecto a la interpretación que tiene que darse a la palabra “recomendaciones”. En este sentido dentro del caso Tokio Tokelés vs. Ucrania¹⁹⁹ el tribunal manifestó que las partes involucradas en la resolución de una controversia mediante la jurisdicción CIADI, deben abstenerse de toda medida que pueda tener un efecto perjudicial sobre la ejecución de una decisión o laudo, o que implique que se alargue o se haga más difícil de resolver la resolución²⁰⁰.

Dentro del mismo caso, el tribunal expresamente se refirió respecto a la obligatoriedad de las medidas provisionales manifestando que “Corresponde recordar que conforme a un principio firmemente establecido por la jurisprudencia de los tribunales del CIADI, las medidas provisionales ‘recomendadas’ por un tribunal del CIADI son jurídicamente obligatorias; en efecto, han sido ‘ordenadas’ por el tribunal y las partes tienen la obligación jurídica de cumplirlas”²⁰¹

En perspectiva idéntica con el caso Tokio Tokelés vs. Ucrania, el Tribunal arbitral de Occidental vs. Ecuador²⁰² manifestó “El Tribunal desea dejar en claro,

¹⁹⁸ Art. 53 de la convención CIADI.

¹⁹⁹ Tokios Tokelés vs. Ucrania Caso CIADI No. ARB/02/18

²⁰⁰ Tokios Tokelés vs. Ucrania, Caso CIADI No. ARB/02/18, Resolución Procesal No. 1, fechada el 1 de julio de 2003, párrafo 3

²⁰¹ Tokios Tokelés vs. Ucrania, Caso CIADI No. ARB/02/18, Resolución Procesal No. 1, fechada el 1 de julio de 2003, párrafo 4.

²⁰² Occidental Petroleum Corporation (OPC) y Occidental Exploration and Production Company (OEPC) vs. Ecuador Caso CIADI No ARB/06/11

para evitar dudas, que si bien en el Artículo 47 del Convenio del CIADI se utiliza el vocablo “recomendar”, el Tribunal en realidad tiene la potestad de ordenar medidas provisionales. Así lo han reconocido numerosos tribunales internacionales (...)”²⁰³

En el caso, Emilio Agustín Maffezini vs. El Reino de España²⁰⁴ el tribunal se pronuncio respecto a las medidas provisionales en donde manifestó que si bien en la Regla 39 se utiliza la expresión “recomendar” y en otras reglas de la Convención CIADI en donde se describen atribuciones del Tribunal se utiliza la palabra “dictar”, la distinción es mucho más aparente que real, a tal punto que no considera que la diferencia entre una u otra palabra haya sido la intención de quienes suscribieron el convenio, sino que por el contrario, la intención era buscar palabras sinónima, por lo que el Tribunal considera que la palabra “recomendar” tiene un valor equivalente a la palabra “dictar”²⁰⁵. Es decir en este caso se considera que son obligatorias.

De igual manera, tenemos que manifestar la pronunciación de la ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en el Caso City Oriente vs. Ecuador²⁰⁶. El fallo en mención sostuvo que las decisiones tomadas por los Tribunales CIADI son obligatorias en nuestro sistema jurídico en vista de ser países suscriptores del convenio CIADI. Dicho fallo establece jurisprudencia favorable hacia la

²⁰³ Occidental Petroleum Corporation (OPC) y Occidental Exploration and Production Company (OEPC) vs. Ecuador Caso CIADI No ARB/06/11 decisión de medidas provisionales de 17 de Agosto de 2007, párrafo 58

²⁰⁴ Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España, Caso CIADI No. ARB/97/7

²⁰⁵ En el párrafo 9 de la decisión sobre medidas provisionales en el caso Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España el tribunal manifestó “Si bien existe una diferencia semántica entre la expresión “recomendar” empleada en la Regla 39 y la expresión "dictar" utilizada en otras partes de las Reglas para describir la facultad del Tribunal para exigir a una parte que realice una acción determinada, dicha diferencia es más aparente que real. Incluso debe observarse que el texto de esa Regla en castellano utiliza, además, la expresión "dictación". El Tribunal no considera que las partes en el Convenio hayan querido establecer una diferencia substancial en el efecto de estas dos palabras. La autoridad del Tribunal para decidir sobre la adopción de medidas provisionales no es menos obligatoria que la de un laudo arbitral definitivo. Por consiguiente, para los efectos de la presente Resolución Procesal, el Tribunal estima que la palabra “recomendar” tiene un valor equivalente al de la palabra "dictar."

²⁰⁶ City Oriente Ltd v Ecuador (ICSID Case No ARB/06/21 IIC 309 (2007)

obligatoriedad de ejecución de las medidas provisionales que un Tribunal CIADI dicte²⁰⁷.

Sin embargo pese a ello, todavía hay casos en los cuales las medidas provisionales que recomendó un tribunal CIADI, no fueron cumplidas por las partes. En este sentido los casos Burlington y Perenco contra Ecuador, son el más claro ejemplo de cómo a pesar de contar con un fallo de la Corte Suprema de Justicia respecto a la obligatoriedad de estas medidas, estas fueron tomadas como meras recomendaciones y no fueron cumplidas por el Ecuador.

En casos similares a los mencionados, en donde los estados se niegan a cumplir con las recomendaciones de las medidas provisionales, varios autores se han pronunciado respecto a un poder del cual los Tribunales están investidos, para tomar en cuenta la negativa de la ejecución y sancionar en el laudo, la actitud desobediente de los Estados²⁰⁸.

En la práctica, tribunales CIADI se han pronunciado respecto a este tema, en el caso AGIP vs. La Republica Popular del Congo²⁰⁹, en donde la Republica del Congo, se negó a ejecutar las medidas provisionales recomendadas por el tribunal por lo que a la hora del laudo final el tribunal tomo en cuenta aquella acción de parte de Congo, sancionándolo a la reparación del daño que sufrió Agip por la presentación de documentos por parte del Congo²¹⁰.

De la misma manera, en el caso MINE vs. Guinea el tribunal fue muy claro al manifestar que tendrá en cuenta a la hora de emitir su laudo la no ejecución de las

²⁰⁷ Resolución de la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia de 9 de Junio de 2008

²⁰⁸ Parra A.R. *The Practices and Experience of ICSID in Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*. (Publicación de la CCI No. 519/1993)

²⁰⁹ AGIP S.p.A. vs. Republica Popular del Congo Caso CIADI No. ARB/77/1

²¹⁰ AGIP S.p.A. vs. Republica Popular del Congo Caso CIADI No. ARB/77/1 “The Government did not comply with the decision of the Tribunal, dated 18 January 1979, as to the measures of preservation and as a consequence AGIP was unable to have access to a certain number of documents which could have assisted it in presenting its case”

medidas cautelares recomendadas por el tribunal. El tribunal advirtió a MINE, sobre los riesgos de no acatar las recomendaciones realizadas, y finalmente en el laudo final el Tribunal condeno a MINE al pago de costas, gastos del arbitraje y los daños y perjuicios que causaron²¹¹.

Por todo lo expuesto, podemos decir que no cabe la menor duda dentro de los arbitrajes que se lleven a cabo en sistemas como la CIJ y UNCITRAL, en donde como pudimos ver existen normas expresas dentro de sus reglamentos que establecen la obligatoriedad de las medidas provisionales como de todas las decisiones que estos organismos dicten dentro de los procesos que ante ellos se ventila. En los casos CIADI, es evidente la polémica, toda vez que hay casos en los cuales las medidas provisionales fueron cumplidos y otro en los cuales no se han sido cumplidas, lo que sí está claro, es que la literalidad de la palabra “recomendar” no debe ser vista como el único argumento en contra de la obligatoriedad de las medidas provisionales.

²¹¹ The tribunal would take into account in its award the effect of any non compliance by MINE with its recommendations”

6 Conclusiones generales

Partiendo de lo fácil a lo complejo, la primera conclusión a la que podemos llegar es que las medidas cautelares son de carácter provisional²¹². Esta primera conclusión es importante ya que deja en claro que al ser las medidas cautelares, de carácter provisional estas no generan derechos a favor de la parte que solicita la medida ni tampoco afectan el derecho de la parte sobre quien recae la medida. Las medidas provisionales únicamente afectan un derecho al momento que por sentencia se dispone la adjudicación del derecho que se protege con la medida a favor de cualquiera de las partes, mientras no sea mediante sentencia las medidas provisionales jamás podrán ser consideradas como definitivas²¹³.

Respecto a las medidas provisionales que pueden ser ordenadas, es claro que los tribunales internacionales de arbitraje, tienen mucha más amplitud para dictar medidas provisionales que los jueces ordinarios, puesto que salvo acuerdo contrario de las partes, la facultad del Tribunal para dictar medidas provisionales no se encuentra limitada de ninguna manera²¹⁴.

Esta amplitud con la que cuentan los Tribunales pueden llegar a ser sumamente peligrosas, pues al no tener límites sobre aquello que se puede ordenar como medidas cautelares, los Tribunales pueden ordenar cosas que en muchos de los casos son ambiguas, o pueden llegar a ser inejecutables. Limitar las medidas provisionales

²¹² De Lazari Eduardo. “Medidas Cautelares”. Ediciones Platenses. Argentina 1984 PP. 6

²¹³ Vargas Abraham. “Estudios de derecho procesal”. Ediciones Jurídicas Cuyo. Buenos Aires, 1998 pp. 72-73

²¹⁴ Markus Wirth, Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland, ASA Bulletin, Vol. 18 N° 1 (2000), pp. 31 – 45; David Howell y Jan Paulsson, Interim Measures of Protection in International Arbitration Proceedings : Towards a New Paradigm?, Asian Dispute Review, 2006, pp. 18 – 21

que se pueden ordenar sería pertinente ya que eso traería certeza al sistema sin que esto implique de ninguna manera atentar contra las facultades del Tribunal.

En cuanto a los casos analizados en el presente trabajo, llegaremos a distintas conclusiones que cada uno de estos casos nos dejan.

Tanto el caso *Perenco vs. Ecuador*²¹⁵ como el caso *Burlington vs. Ecuador*²¹⁶ voy a analizarlos de manera conjunta, no solamente por el hecho que ambas petroleras eran parte del mismo consorcio, sino por la similitud que encontramos en cada uno de los fallos.

En ambos casos notamos como el propósito principal de las medidas cautelares es el de mantener el status quo de las compañías petroleras, toda vez que había indicios que daban para suponer que la situación de ambas compañías se podía ver claramente afectada en vista de los procesos de cobro iniciado por el Ecuador. Así mismo vemos que el derecho interno no puede ser una justificación para afectar una inversión.

Respecto a lo que al daño se refiere, dentro de ambos casos ambos casos difieren en estos preceptos. Mientras en el caso *Perenco* el Tribunal adujo que no es necesario un daño irreparable, el Tribunal en *Burlington* afirmó lo contrario. Sin embargo como conclusión general podemos decir que si bien el daño irreparable no es un requisito necesario de acuerdo a la convención CIADI, es mucho más sensato proteger aquello que no puede ser reparado de manera económica, o cuyo cálculo económico se volviera difícil e inexacto de calcular, por ello concluiremos que el daño tiene que ser irreparable.

²¹⁵ *Perenco Ecuador Ltd. Vs. Republica del Ecuador y Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/06)

²¹⁶ *Burlington Resources Inc. Vs. Republica del Ecuador y Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/05)

Finalmente, ambos casos son claro ejemplo de cómo las medidas provisionales son simplemente recomendaciones y no son de carácter obligatorio para las partes, puesto que el Ecuador en ambos casos, no cumplió con las recomendaciones hechas por el Tribunal.

Respecto al caso *Oxy vs. Ecuador*²¹⁷, como primera conclusión podemos decir que un Tribunal de Arbitraje Internacional no puede obligar a un estado a cumplir los contratos que suscribe, siendo potestad de las partes cumplir con lo acordado dentro de un contrato o dar el contrato por terminado. La facultad del Tribunal sería únicamente la de obligar a quien da por terminado un contrato a cumplir con las indemnizaciones respectivas por terminación anticipada.

Otra de las conclusiones a las que podemos llegar dentro del presente caso, es que si las medidas provisionales solicitadas por alguna de las partes anticipa un pronunciamiento de parte del Tribunal sobre el fondo de la controversia entonces el Tribunal debe abstenerse de otorgar la medida solicitada.

En cuanto a lo que al daño se refiere, en el presente caso podemos concluir que la certidumbre de producirse el daño es un factor importante a la hora de dictar medidas provisionales. Así en el presente caso, el Tribunal considero entre otras razones que al no existir certeza sobre si se va a llegar a producir el daño, no podía dictar medidas provisionales. Así mismo, podemos nada mas reafirmar que la necesidad de un daño irreparable que no sea valorable de manera económica es el criterio a seguir por parte de los Tribunales. En este sentido, el caso *Oxy* es fundamental puesto que se considero que al ser el daño valorable de manera económica este bien podía ser reparado, por lo que no proceden medidas provisionales en casos como este. Esta conclusión se reafirma de la misma manera con la pronunciación del Tribunal en el caso *CEMEX vs. VENEZUELA*.

²¹⁷ *Occidental Petroleum Corporation (OPC) y Occidental Exploration and Production Company (OEPC) vs. Ecuador* Caso CIADI No ARB/06/11

Es importante aquí también mencionar que el tribunal hace énfasis en la obligatoriedad de las medidas provisionales, pues pese a que finalmente no se llegan a recomendar medidas cautelares, del fallo se puede concluir que estas si serían jurisprudencial y doctrinariamente obligatorias para las partes, puesto que el Tribunal cita varios casos, y se pronuncia sobre la obligatoriedad de las medidas en varias ocasiones a lo largo de este fallo.

En el caso City Oriente, como conclusión podemos determinar que lo que el Tribunal busca es mantener el status quo de la compañía petrolera, y por sobre todo evitar que la relación entre las partes empeore. En este sentido, las medidas provisionales que en el presente caso se ordenan, no solo buscan salvaguardar la inversión de City protegiendo activos, sino que con las medidas provisionales se protege también a funcionarios de la compañía, dejando en claro que los Tribunales de Arbitraje no están limitados a dictaminar medidas provisionales de carácter real, sino que también pueden (como en el caso City Oriente Ocorre) dictan medidas provisionales de carácter personal, que si bien no limitan derechos como en el sistema ordinario lo suelen hacer este tipo de medidas, en el presente caso, generaron derechos a favor de los funcionarios de City.

En lo que al daño se refiere, el presente caso manifiesta que no es necesaria la existencia de un daño irreparable para que se dicten medidas provisionales ya que bajo el criterio que establece el tribunal es necesario salvaguardar la producción de un daño que bastaría con ser grave.

Es importante concluir también que dentro de lo que es el Arbitraje como bien lo dice el Tribunal en el caso Repsol vs. Ecuador, la autonomía de la voluntad es importante a la hora que las partes fijen los plazos y delimiten el accionar de los árbitros, sin embargo no pueden las partes dejar de impulsar un proceso arbitral por un periodo de un año como se pretendía en aquel caso, sino que el consentimiento al arbitraje tiene que ser total y definitivo.

En lo que respecta a la obligatoriedad de las medidas provisionales, la conclusión a la que podemos llegar con el presente caso es que dentro del Ecuador estas medidas serían obligatorias toda vez que incluso existe dentro del Ecuador un fallo de la Corte Suprema de Justicia mediante el cual se establece que las decisiones de los Tribunales CIADI son obligatorias ante la legislación ecuatoriana. En este caso, se decreta la nulidad de lo actuado por el señor Fiscal, al no respetar las medidas provisionales ordenadas por el Tribunal CIADI.

Antes de llegar a una conclusión definitiva, me gustaría comentar lo que manifiestan los reglamentos de arbitraje tanto de la CIJ, el CNUDMI y el CIADI para poder así llegar a tener una opinión definitiva sobre la obligatoriedad de las medidas provisionales.

Así, tomando en cuenta lo establecido en el Estatuto de la CIJ, vemos que a pesar que se establece en el Estatuto de dicho organismo que todas las decisiones de la Corte son obligatorias, vemos como en el caso Estados Unidos vs. Nicaragua no se llegó a cumplir nunca con la orden de la Corte sin que se establezcan sanciones ni se llegaran a utilizar los mecanismos correctivos con los que la corte cuenta para que se cumpla con lo ordenado. Es decir más allá de lo que establece el estatuto de la CIJ, el caso Estados Unidos vs. Nicaragua prueba que los estados pueden no cumplir con lo ordenado por la Corte, llegando a pensarse que las decisiones de este centro, no son obligatorias para las partes.

En lo que respecta al CNUDMI, vemos como las reglas de arbitraje de dicho centro establecen de manera clara la obligatoriedad de las medidas provisionales, sin embargo como conclusión general vemos que la falta de imperium con la que cuenta este centro, hace que la obligatoriedad de cumplimiento de las medidas provisionales quede en tela de juicio. Pues dependería de los jueces ordinarios ejecutar las medidas provisionales tomando siempre en cuenta lo establecido en el derecho interno del lugar donde se pretenden ejecutar las medidas.

Finalmente dentro de los procesos CIADI, es en donde más polémica se genera y más difícil es lograr llegar a una conclusión. Es tan complicado llegar a una conclusión en vista que hay varias jurisprudencias que manifiestan que las medidas provisionales son órdenes de obligatorio cumplimiento para las partes, sin embargo vemos que cualquiera de las partes bien puede o no cumplir con la medida que se recomendó, como ocurrió en los casos Burlington y Perenco.

Y así, a pesar que autores como SCHREUER²¹⁸ han manifestado que la obligatoriedad de las medidas provisionales dictadas por un tribunal CIADI está dada en sentido que cuando las partes incumplen las recomendaciones hechas, el Tribunal ha sancionado al momento del laudo final vemos que esta sanción pasa no solo por el hecho de incumplir una medida sino por no acatar la buena fe procesal, es decir es una sanción por no litigar de buena fe también conocido como la condena a costas.

No es pertinente manifestar que nada más porque la convención CIADI se refiere a las medidas provisionales como “recomendaciones” estas no sean obligatorias, recordemos el viejo aforismo que manifiesta que en derecho las instituciones no se conocen por sus nombres sino por sus efectos. En este caso particular, al haber casos en los que no se cumplió una medida provisional, estas recomendaciones no fueron aceptadas por las partes y nada hizo el Tribunal y nada puede hacer un Tribunal para que las partes cumplan las medidas provisionales, sino nada mas esperar a que las partes cumplan lo dispuesto por los Tribunales mediante uno de los pilares principales del Arbitraje como lo es la buena fe.

Las medidas provisionales deben ser cumplidas de buena fe por las partes dentro de un arbitraje, sin embargo las partes no están obligadas a cumplir con estas medidas.

²¹⁸ Christoph Schreuer, *The ICSID convention a Commentary*. Cambridge University Press. 2001

BIBLIOGRAFIA

Ali Yesilirmak, *Interim and Conservatory Measures in ICC Practice*, ICC Bulletin, Vol. 11 N° 1 (2000), pp. 31-36.

Cabanellas Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta. Buenos Aires Argentina. PP. 67

Calamandrei Piero. *Introducción al derecho procesal civil*. Ediciones de Palma. Buenos Aires. 1953

Calvo Caravaca Alfonso Luis. *Medidas Cautelares y Arbitraje Privado Internacional*. Diario la Ley, Año XXV. Número 6128. Martes 16 de Noviembre de 2004.

Carnelutti Francesco. *Estudio del Código de Procedimiento Civil Italiano*. Ediciones Jurídicas Europa América. PP. 30

Carnelutti Francesco. *Instituciones del derecho Procesal Civil*. Ediciones Jurídicas Europa América. 1960. (Pg. 35).

Cfr. E. Schwartz y M. Jorgen, *Provisional remedies in international arbitration*. World Arbitration & Mediation Report, 1995, p. 59

Chillón Medina José María. *Tratado de Arbitraje Interno Privado e Internacional*. Civitas, Madrid, 1978. P. 1427

Couture Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Ediciones de Palma. Buenos Aires 1955 pp. 122

De Lazari Eduardo. *Medidas Cautelares*. Ediciones Platenses. Argentina 1984 PP. 6

Diccionario de la Real Academia Española. Disponible en www.rae.es, consultado el 28 de Febrero de 2010

Dr. Ernesto Salcedo. *Las medidas cautelares en el proceso arbitral*. THEMIS 2008, pp. 54-62

E. Schwartz y M. Jorgen. *Provisional remedies in international arbitration*. World Arbitration & Mediation Report, 1995, p. 59

Howell David y Jan Paulsson. *Interim Measures of Protection in International Arbitration Proceedings : Towards a New Paradigm?*, Asian Dispute Review, 2006, pp. 18 – 21

Investment Claims — IIC 309 (2007) — © Oxford University Press 2008

Parra A.R. *The Practices and Experience of ICSID in Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*. (Publicación de la CCI No. 519/1993)

Podetti José Ramiro. *Tratado de los recursos*. Editorial del Sur. Buenos Aires. 1993, pp. 88

Schreuer Christoph. *The ICSID convention a Commentary*. Cambridge University Press. 2001

Silva Romero Eduardo. *El Arbitraje y la Jurisdicción*. Ponencia II Congreso Internacional del Club Español de Arbitraje. Pp.13-15.

Vargas Abraham. *Estudios de derecho procesal*. Ediciones Jurídicas Cuyo. Buenos Aires, 1998 pp. 72-73

Westzler Malbran Alfredo Ricardo. *Responsabilidad procesal derivada de la cantela*. Ediciones Platenses. 1996, pp. 600

Wirth Markus. *Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland*. ASA Bulletin, Vol. 18 N° 1 (2000), pp. 31 – 45

CASOS CITADOS

AGIP S.p.A. vs. Republica Popular del Congo (Caso CIADI No. ARB/77/1)

Burlington Resources Inc. Vs. Republica del Ecuador y Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (Caso CIADI No. ARB/08/05)

Caso “Las papeleras en el Río Uruguay” Argentina Vs. Uruguay llevado a cabo ante la Corte Internacional de Justicia.

Caso Nicaragua Vs. Estados Unidos llevado a cabo ante la Corte Internacional de Justicia.

CEMEX Caracas Investment B.V. and CEMEX CARACAS II INVESTMENT B.V. VS. La Republica Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI No. ARB/08/15)

City Oriente Ltd v Ecuador (Caso CIADI No ARB/06/21 IIC 309 (2007)

City Oriente Ltd. v Ecuador (Caso CIADI No ARB/06/21 IIC 309 (2007)

Electricity Company of Sofia y Bulgaria (Bélgica c. Bulgaria), Sentencia del 5 diciembre de 1939, PCIJ series A/B, Núm. 79, página 199

Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (Caso CIADI No. ARB/97/7),

Holiday Inns S.A. vs. La República de Marruecos (Caso CIADI No. ARB/72/1)

Laudy Marion. Nicaragua ante la Corte Internacional de Justicia de la Haya. Siglo Veitino Editores. México DF. 1988

Occidental Petroleum Corporation (OPC) y Occidental Exploration and Production Company (OEPC) vs. Ecuador (ICSID Case No ARB/06/11)

Perenco Ecuador Ltd. Ss. Republica del Ecuador y Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (Caso CIADI No. ARB/08/06)

Repsol YPF Ecuador, S.A. vs. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador) (ICSID Case No. ARB/08/10)

Resolución de 9 de Junio de 2008 de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Tokios Tokelés vs. Ucrania, (Caso CIADI No. ARB/02/18)

Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile (Caso CIADI No. ARB/98/2)

Walter Le Grand vs. Estados Unidos LaGrand (Alemania c. Estados Unidos), Sentencia del 27 junio de 2001, párrafo 103, ICJ Reports 2001, página 466.

LEGISLACION ECUATORIANA

Código Civil del Ecuador
Código de Procedimiento Civil del Ecuador
Código de Procedimiento Penal del Ecuador.
Constitución Política del Ecuador
Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador
Ley de Hidrocarburos del Ecuador

LEGISLACION INTERNACIONAL

Convenio CIADI
Estatuto de la Corte Internacional de Justicia
Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial
Internacional

PRENSA

Diario El Comercio, y Diario Hoy, ediciones del 24 de Marzo de 2009

DOCUMENTOS PUBLICOS

Contrato celebrado entre la República del Ecuador y City Oriente Limited, el 29 de Marzo de 1995 ante el Notario Primero del Cantón Quito. Dr. Jorge Machado Cevallos.