

## **LAS MEDIDAS PROVISIONALES RECOMENDADAS EN EL ÁMBITO DEL CIADI Y SU EVENTUAL OBLIGATORIEDAD JURÍDICA**

JAVIER REINICK \*

**Resumen:** En la actualidad, el CIADI se encuentra en un claro momento de expansión y cuyo fin principal consiste en garantizar la solución ágil, confiable y efectiva de los conflictos suscitados entre los Estados Nacionales y los inversores extranjeros.

El hecho de que en estos procesos arbitrales sean parte los Estados Nacionales implica que en los mismos se entrelazan un número significativo de elementos públicos y privados que hacen que estos reclamos internacionales adquieran particularidades singulares que exigen un profundo análisis. Entre éstas se encuentran las denominadas “medidas provisionales”.

Ello es así, toda vez que este mecanismo de resolución de controversias también queda expuesto a los posibles daños que conlleva el inexorable transcurso del tiempo durante la sustanciación del proceso y el posterior dictado del laudo arbitral.

Atento a todo ello, mediante el presente trabajo nos proponemos analizar y determinar las potestades cautelares de los árbitros dentro del CIADI y su fuerza jurídica vinculante para las partes. Ha sido ésta un área poco desarrollada en el derecho y que, según nuestro criterio, resulta de vital importancia abordar; fundamentalmente para países como la Argentina que presentan un alto grado de litigiosidad ante esta entidad internacional. A su vez, se prestará especial atención a la jurisprudencia del CIADI sobre la materia.

**Palabras clave:** Medidas Provisionales – Inversiones – CIADI - Obligatoriedad

**Abstract:** At present, the ICSID is in a clear moment of expansion and its main purpose is to ensure an agile, reliable and effective resolution of conflicts between National States and foreign investors.

The fact that in these arbitration proceedings are involved National States implies that a significant number of public and private elements are involve, which makes

---

\* Becario del CONICET – Docente Univ. Nac. de Rosario (UNR).

that these international proceedings acquire unique characteristics that require a depth analysis. Among these features we find the so called "provisional measures". This is so, because this dispute resolution mechanism is also exposed to the potential damages that may arise as a result of the inevitable time that the arbitration proceedings and the subsequent arbitration award demands.

As a result of this, the present work will analyze and determine the precautionary powers that the arbitrators have under the ICSID system and the binding force that they have on the parties. This has been an underdeveloped area in the law field and that, in our opinion, it is vital to study, mainly in countries like Argentina that have been sued by a large number of investors. In turn, we will pay particular attention to the ICSID jurisprudence on this matter.

**Keywords:** Provisional Measures - Investments – ICSID - Binding

### **Sumario:**

I. Introducción. II. Las “medidas provisionales” en el CIADI. III. Recepción normativa de las medidas provisionales en el CIADI. IV. Jurisprudencia del CIADI en torno a la obligatoriedad de las “medidas provisionales”. V. Incumplimiento de las “medidas provisionales” adoptadas por el tribunal arbitral VI. Conclusiones.

### **Siglas y Abreviaturas**

CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional
I.L.M.	International Legal Materials
J.A.	Revista Jurisprudencia Argentina
L.L.	Revista Jurídica La Ley

### *I. Introducción*

Resulta evidente que hoy en día “el arbitraje se encuentra en un claro momento de expansión y constituye un mecanismo alternativo de resolución de conflictos intersubjetivos cuyo fin principal consiste en garantizar la

solución pacífica, ágil, confiable, segura y efectiva de ellos”<sup>2</sup>. En este sentido, se ha afirmado que el arbitraje representa en la actualidad un instrumento absolutamente necesario para el tráfico internacional y que resulta sumamente difícil concebir un comercio dinámico sin la existencia de esta forma alternativa de solución de disputas<sup>3</sup>.

Por su parte y si bien resulta innegable que uno de los principales beneficios del arbitraje consiste en su celeridad, en comparación con la prolongada duración que poseen muchas veces los procesos estatales; no es menos cierto que, aún así, este mecanismo de resolución de controversias queda expuesto a los posibles daños que conlleva el inexorable transcurso del tiempo durante la sustanciación de un proceso y eventualmente el posterior reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. Es aquí donde toma suma importancia la potestad cautelar de los árbitros, la cual es ampliamente reconocida en el arbitraje internacional<sup>4</sup>.

Es por ello que mediante el presente trabajo nos proponemos analizar y determinar las principales características y potestades cautelares de los árbitros dentro del sistema de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Es ésta, sin lugar a dudas, una temática que merece por sus características propias un tratamiento particular<sup>5</sup>.

Ello es así, toda vez que en la actualidad, este mecanismo de resolución de conflictos es utilizado cada vez con mayor frecuencia en el mundo de las inversiones internacionales. En este sentido y según datos oficiales del CIADI en la actualidad se han presentado ante dicho organismo

---

<sup>2</sup> FEUILLADE, Milton y REINICK, Javier: “Aspectos normativos latinoamericanos comparados de las medidas cautelares en el arbitraje internacional”; en J.A.; Tomo II-7; Buenos Aires; 2012; págs. 3 a 16; pág. 3.

<sup>3</sup> PRATO, Osvaldo A. y WAGNER, Horacio; “Acerca de la posibilidad de obtener medidas cautelares antes del dictado del laudo arbitral”; L.L.; Tomo 1997- C; págs. 1362 a 1366; pág. 1362.

<sup>4</sup> Sobre la recepción normativa actual de las potestades cautelares de los árbitros en países latinoamericanos puede v.: FEUILLADE, Milton y REINICK, Javier; op. cit..

<sup>5</sup> En este sentido también se expresa, por ejemplo, el Dr. Collins: “The propriety of provisional measures in national courts in the context of arbitration under the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States deserves a separate heading.” (COLLINS, Lawrence; “Provisional and protective measures in international litigation”; en: “Recueil des cours”; Vol. 234; 1992-III; págs. 9 – 238; pág. 98).

393 casos<sup>6</sup>, incremento que se ha producido fundamentalmente a partir de la última década. Al mismo tiempo y según dichos registros, también resulta posible observar un considerable crecimiento de países que han adherido al Convenio de Washington del 18 de marzo de 1965 sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (en adelante, Convenio de Washington o Convenio CIADI o Convenio)<sup>7</sup>. Ello implica que actualmente se ha producido una diversificación en cuanto a los países que enfrentan reclamos internacionales ante el mencionado organismo.

Todo ello demuestra que el CIADI constituye un mecanismo de uso cada vez más frecuente por parte de los inversores de nuestra región y del mundo en general, constituyéndose en un organismo que se encuentra estrechamente relacionado con el comercio internacional y la inversión extranjera.

Ello, sumado al hecho de que en estos procesos arbitrales intervienen como partes los Estados soberanos, hace que los procesos llevados a cabo ante el Centro difieran en numerosos aspectos de otros arbitrajes y adquieran diversas particularidades que exigen un mayor estudio<sup>8</sup>. Particularmente, en materia cautelar, se ha afirmado que “...the mixture of private and public international law elements inherent in the investment arbitration process presents certain unique characteristics which are reflected in the types of measures sought and granted”<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> En internet: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=ViewAllCases>; 30/08/2012.

<sup>7</sup> En la actualidad son 158 Estados los que ha aceptado al CIADI como mecanismo de resolución de conflicto, de los cuáles 147 ya han depositado sus respectivos instrumentos de ratificación. En internet: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=Spanish>; 30/08/2012. A ello se le debe sumar la gran cantidad de Tratados de Promoción y Protección de Inversiones (TPPI) que han celebrado los países en los cuales se reconoce al CIADI como alternativa de resolución de conflictos (cláusula CIADI).

<sup>8</sup> En este sentido, Fernández Arroyo se ha manifestado diciendo que: “...el impresionante desarrollo alcanzado por el arbitraje de Inversión -el cual, más allá del verdadero carácter de dichas "inversiones", constituye sin dudas el fenómeno más relevante de la evolución del arbitraje en las últimas décadas - ha provocado el surgimiento de problemas específicos cuyas soluciones son, en muchos casos, controvertidas” (FERNÁNDEZ ARROYO, Diego; "Los dilemas del Estado frente al arbitraje comercial internacional"; en: Revista Brasileira de Arbitragem; Año II; N° 5; San Pablo; Brasil; Ed. IOB Thomson y Comité Brasileiro de Arbitragem; 2005; pág. 99 – 128; pág. 99).

<sup>9</sup> MALINTOPPI, Loretta; “Provisional measures in recent ICSID proceedings: What parties request and what tribunals order”; en: BINDER, Christina, et al. (Ed.);

En virtud de lo expuesto, consideramos que resulta de suma utilidad establecer, en primer lugar, las facultades cautelares de los árbitros dentro del CIADI para luego analizar la obligatoriedad jurídica que poseen las mismas; todo ello con una especial referencia a la jurisprudencia de dicho organismo sobre la materia.

Ha sido ésta un área poco desarrollada en el derecho y que, según nuestro criterio, resulta de vital importancia abordar; fundamentalmente para países como la Argentina que presentan un alto grado de litigiosidad ante esta entidad internacional.

## *II. Las “medidas provisionales” en el CIADI*

Resulta necesario destacar que si bien no en todos los procedimientos arbitrales internacionales tramitados ante el CIADI se han solicitado medidas provisionales, si se lo ha hecho, según veremos a continuación, en un número significativo e importante de casos. Sin lugar a dudas, las mismas constituyen un instrumento útil y ampliamente utilizado por las partes e incluso por el mismo tribunal a los efectos de garantizar la eficacia y cumplimiento del futuro laudo a dictarse. Ello es así, toda vez que desde el momento en que surge la disputa entre la partes, se presenta la solicitud de arbitraje ante el Secretario General del CIADI y hasta que el tribunal arbitral resuelve en forma definitiva el fondo del asunto, transcurre un lapso de tiempo considerable que hace que este tipo de medidas, al igual que en cualquier otro proceso donde se respeten las garantías procedimentales propias de un Estado de Derecho, se tornen sumamente efectivas para resguardar la correcta administración de justicia.

Sin perjuicio de ello y según surge de un análisis casuístico, dichas medidas son recomendadas por los tribunales arbitrales del CIADI extremando la observancia de los recaudos exigidos por la normativa correspondiente

---

“International investment law for the 21st century: Essays in honour of Christoph Schreuer”; Nueva York; Oxford University Press; 2009; págs. 970, pág. 157: “...la mezcla de elementos de derecho internacional privado y público inherentes en el proceso de arbitraje de inversión otorga determinadas características única, las cuales se reflejan en los tipos de medidas solicitadas y concedidas” (traducción propia).

y siempre que las mismas constituyan el mecanismo más idóneo para evitar el agravamiento de la situación debatida.

En este sentido, se ha dicho que: “ICSID tribunals do not readily recommend provisional measures. As of January 2010, parties had made requests for recommendation of provisional measures in 58 registered ICSID cases, resulting in recommendations in only some 16 cases”<sup>10</sup>. Según datos oficiales<sup>11</sup> y respecto de los procesos arbitrales publicados, podemos afirmar que en dicho casos intervinieron como parte demandada 30 Estados Nacionales: 1) La República Argentina (3 casos)<sup>12</sup>, 2) La República Popular de Bangladesh (1 caso)<sup>13</sup>, 3) El Estado Plurinacional de Bolivia (1 caso)<sup>14</sup>, 4) La República de Bulgaria (1 caso)<sup>15</sup>, 5) La República de Chile (1 caso)<sup>16</sup>, 6) La República de Costa Rica (2 casos)<sup>17</sup>, 7) La República del Ecuador (6 casos)<sup>18</sup>, 8) La República Árabe de Egipto (1 caso)<sup>19</sup>, 9) La República

<sup>10</sup> REED, Lucy, PAULSSON, Jan y BLACKABY, Nigel; “Guide to ICSID arbitration”; 2da. ed.; Reino Unido; Ed. Kluwer Law International; 2011; págs. 468; pág. 146: “Los tribunales del CIADI no recomiendan fácilmente medidas provisionales. Hacia Enero de 2010, las partes han solicitado recomendaciones sobre medidas provisionales en 58 casos registrados antes el CIADI, dando lugar a recomendaciones en tan sólo unos 16 casos” (traducción propia).

<sup>11</sup> En internet: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ListCases>; 30/08/2012.

<sup>12</sup> Azurix Corp. c/ La República Argentina (ARB/01/12), Enron Corporation c/ La República Argentina (ARB/01/3) y Sempra Energy International c/ La República Argentina (ARB/02/16).

<sup>13</sup> SAIPEM S.p.A. c/ La República Popular de Bangladesh (ARB/05/07).

<sup>14</sup> Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S. A. y Allan Fosk Kaplún c/ Estado Plurinacional de Bolivia (ARB/06/2).

<sup>15</sup> PLAMA c/ República de Bulgaria (ARB/03/24).

<sup>16</sup> Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c/ La República de Chile (ARB/98/2).

<sup>17</sup> Alasdair Ross Anderson Et Al c/ La República de Costa Rica (ARB (AF)/07/3) y Quadrant Pacific Growth Fund L.P. y Canasco Holdings Inc. c/ La República de Costa Rica (ARB (AF)/08/1).

<sup>18</sup> Burlington Resources Inc. y Otros c/ La República del Ecuador y Otro (ARB/08/5), City Oriente Limited c/ La República del Ecuador (ARB/06/21), Murphy Exploration and Production Company International c/ La República del Ecuador (ARB/08/4), Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c/ La República del Ecuador (ARB/06/11), Repsol Y. P. F. Ecuador, S.A. y Otros c/ La República del Ecuador y Otro (ARB/08/10) y Perenco Ecuador Ltd. c/ La República del Ecuador y Otro (ARB/08/6).

<sup>19</sup> Helnan International Hotels A/S c/ La República Árabe de Egipto (ARB 05/19).

Eslovaca (1 caso)<sup>20</sup>, 10) El Reino de España (1 caso)<sup>21</sup>, 11) La República de Filipinas (1 caso)<sup>22</sup>, 12) La República de Ghana (2 casos)<sup>23</sup>, 13) La República de Guatemala (1 caso)<sup>24</sup>, 14) La República de Guinea (2 casos)<sup>25</sup>, 15) La República de Indonesia (1 caso)<sup>26</sup>, 16) El Reino Hachemita de Jordania (1 caso)<sup>27</sup>, 17) La República de Kazajistán (1 caso)<sup>28</sup>, 18) La República de Kenia (1 caso)<sup>29</sup>, 19) La Antigua República Yugoslava de Macedonia –actualmente La República de Macedonia- (1 caso)<sup>30</sup>, 20) El Reino de Marruecos (1 caso)<sup>31</sup>, 21) La República Islámica del Pakistán (2 casos)<sup>32</sup>, 22) La República del Perú (1 caso)<sup>33</sup>, 23) La República Checa (1 caso)<sup>34</sup>, 24) La República Popular del Congo -actualmente La República Democrática del Congo- (1 caso)<sup>35</sup>, 25) Rumania (2 casos)<sup>36</sup>, 26) La República de Senegal (1 caso)<sup>37</sup>, 27) La República Unida de Tanzania (2

<sup>20</sup> Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. (COBS) c/ Slovak Republic (ARB/97/4).

<sup>21</sup> Emilio Agustín Maffezini c/ El Reino de España (ARB/97/7).

<sup>22</sup> Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c/ La República de Filipinas (ARB/03/25).

<sup>23</sup> Vacuum Salt Products Limited c/ La República de Ghana (ARB/92/1) y Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c/ La República de Ghana (ARB/07/24).

<sup>24</sup> Railroad Development Corporation c/ La República de Guatemala (ARB/07/23).

<sup>25</sup> Atlantic Triton Company c/ La República de Guinea (ARB/84/1) y Maritime International Nominees Establishment (MINE) c/ La República de Guinea (ARB/84/4).

<sup>26</sup> Amco Asia Corporation y Otros c/ La República de Indonesia (ARB/81/1).

<sup>27</sup> Ata Construction, Industrial And Trading Company c/ El Reino Hachemita de Jordania (ARB/08/2).

<sup>28</sup> Caratube International Oil Company LLP c/ La República de Kazajistán (ARB/08/12).

<sup>29</sup> World Duty Free Company Limited c/ La República de Kenia (ARB/00/7).

<sup>30</sup> Evn Ag c/ La Antigua República Yugoslava de Macedonia (ARB/09/10).

<sup>31</sup> Holiday Inns S. A. y Otros c/ El Reino de Marruecos (ARB/72/1).

<sup>32</sup> SGS Société Générale de Surveillance S. A. c/ La República Islámica del Pakistán (ARB/01/13) y Bayindir Insaat Ticaret Ve Sanayi A. Ş. c/ La República Islámica del Pakistán (ARB/03/29).

<sup>33</sup> Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. c/ La República del Perú (ARB/04/19).

<sup>34</sup> Phoenix Action Ltd c/ La República Checa (ARB/06/5).

<sup>35</sup> AGIP S.p.A. c/ La República Popular del Congo (ARB/77/1).

<sup>36</sup> EDF (Services) Limited c/ Rumania (ARB/05/13) y Spyridon Roussalis c/ Rumania (ARB/06/1).

<sup>37</sup> Millicom International Operations B. V. y Sentel GSM S. A. c/ La República de Senegal (ARB/08/20).

casos)<sup>38</sup>, 28) La República Togolesa (1 caso)<sup>39</sup>, 29) La República de Turquía (4 casos)<sup>40</sup>, 30) Ucrania (2 casos)<sup>41</sup>.

### *III. Recepción normativa de las medidas provisionales en el CIADI*

De manera concreta y en el ámbito normativo del CIADI, las medidas cautelares se encuentran explícitamente consagradas en el art. 47 del Convenio de Washington y reglamentadas luego mediante el art. 39 de las Reglas Procesales Aplicables a la iniciación de los procedimientos de Conciliación y Arbitraje (en adelante, las Reglas o las Reglas de Arbitraje del CIADI).

En este sentido, el Art. 47 del Convenio, ubicado en el capítulo IV -El Arbitraje-, Sección 3 -Facultades y funciones del Tribunal-, reza expresamente que: “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”<sup>42</sup>. Este tipo de norma no

---

<sup>38</sup> Biwater Gauff (Tanzania) Limited c/ La República Unida de Tanzania (ARB/05/22) y Tanzania Electric Supply Company Limited c/ Independent Power Tanzania Limited (ARB/98/8).

<sup>39</sup> Togo Electricité y Gdf Suez Energie Services c/ La República Togolesa (ARB/06/7).

<sup>40</sup> Cementownia "Nowa Huta" S. A. c/ La República de Turquía (ARB(AF)/06/2), Europe Cement Investment y Trade S. A. (ARB(AF)/07/2), Saba Fakes c/ La República de Turquía (ARB/07/20) y Libananco Holdings Co. Limited c/ La República de Turquía (ARB/06/8).

<sup>41</sup> Joseph Charles Lemire c/ Ucrania (ARB/06/18) y Tokios Tokelés c/ Ucrania (ARB/02/18).

<sup>42</sup> Según Schreuer, Christoph dicho artículo tuvo como modelo al art. 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en cuanto dice: “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...” (SCHREUER, Christoph; “The ICSID convention: A commentary: A commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”; 2da. ed; New York; Cambridge University Press; 2009; págs. 1592; pág. 759). En este mismo orden de ideas, el propio Tribunal Arbitral del CIADI en el caso Pey Casado y Fundación Presidente Allende c/ Chile (ARB/98/2) dijo que: “Lo dispuesto en el artículo anterior no constituye de ninguna manera una innovación en la historia de la jurisdicción internacional; es inspiración directa del artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, motivo por el cual, resulta de especial interés examinar las decisiones, que tanto dicha Corte como su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, han adoptado en el pasado en materia de medidas provisionales”.

resulta desconocida en el arbitraje internacional, ya que disposiciones similares pueden observarse en diversos instrumentos internacionales, como por ejemplo en el Art. 28 del Nuevo Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional –vigente a partir del 1 de enero de 2012-<sup>43</sup> o en el art. 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 2006<sup>44</sup>.

Según se observa, el artículo bajo estudio se preocupa por hacer prevalecer el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, criterio que irradia todo proceso arbitral. Atento a ello, la regla que rige la materia cautelar en el ámbito del CIADI es que los tribunales arbitrales tendrán la potestad de “recomendar” medidas provisionales, “salvo acuerdo en contrario de las partes”. En otras palabras y sobre la base de este principio de autonomía de voluntad, las atribuciones cautelares reconocidas por el Convenio del CIADI a sus árbitros siempre podrán ser modificadas, limitadas e incluso totalmente suprimidas por la soberana voluntad de los litigantes<sup>45</sup>. Incluso, el propio Schreuer recuerda que las partes poseen inclusive la facultad de

---

<sup>43</sup> Art. 28: “Medidas cautelares y provisionales: 1 Salvo acuerdo de las partes en contrario, el tribunal arbitral podrá, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, ordenar, a solicitud de parte, cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas. El tribunal arbitral podrá subordinar dichas medidas al otorgamiento de una garantía adecuada por la parte que las solicite. Las medidas mencionadas deberán ser adoptadas mediante orden motivada o laudo, según el tribunal arbitral lo estime conveniente. 2 Antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral, y en circunstancias apropiadas aun después, las partes podrán solicitar a cualquier autoridad judicial competente la adopción de medidas provisionales o cautelares. La solicitud que una parte haga a una autoridad judicial con el fin de obtener tales medidas o la ejecución de medidas similares ordenadas por un tribunal arbitral no contraviene al acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste y no afecta los poderes del tribunal arbitral al respecto. Dicha solicitud, así como cualquier medida adoptada por la autoridad judicial, debe ser notificada sin dilación a la Secretaría. Esta última informará de ello al tribunal arbitral”.

<sup>44</sup> Art. 17: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares”.

<sup>45</sup> Resulta importante resaltar que los primeros Modelos de Cláusulas Arbitrales elaborados por el Organismo (1968) indicaban expresamente como excluir el poder cautelar del tribunal en los siguientes términos: Modelo de Cláusula XXVI – Exclusion of provisional measures: “No Arbitral Tribunal constituted pursuant to this agreement shall, without the special consent of the parties hereto, be empowered to recommend any provisional measures before rendering its award.” (I.L.M.; Vol. 7; 1968; págs. 1426; pág. 1179).

extender e incrementar por su sola voluntad las potestades cautelares del tribunal arbitral, pudiendo acordar efectos vinculantes para todas o algunas de las medidas provisionales<sup>46</sup>.

Complementando la normativa citada, el art. 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, bajo el encabezado de “Medidas provisionales”, dispone que: “(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 medidas provisionales, antes o después de incoado el procedimiento, para la preservación de sus respectivos derechos e intereses”<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> SCHREUER, Christoph; op. cit.; pág. 761. También recuerda dicho autor que los mismos Modelos de Cláusulas Arbitrales de 1968 ofrecían una fórmula para hacer vinculantes el poder cautelar de los árbitros: Modelo de Cláusula XXVII - Binding recommendations of provisional measures: “The parties here to agree to abide by and comply with any provisional measure [unanimously] recommended by an Arbitral Tribunal constituted pursuant to this agreement.” (I.L.M.; op. cit.).

<sup>47</sup> Resulta necesario destacar que la última reforma que se hizo al art. 39 de las Reglas en el año 2006 consistió en la incorporación del inc. 5 de la actual redacción.

### *III. Obligatoriedad de las “medidas provisionales” en el CIADI*

Según hemos manifestado, el objeto del presente trabajo consiste en determinar el grado de obligatoriedad de las “recomendaciones” adoptadas por los tribunales arbitrales del CIADI en materia cautelar y, en su caso, las consecuencias jurídicas que su falta de acatamiento conlleva. Es ésta una cuestión que presenta discrepancias tanto en el ámbito doctrinario como en la propia jurisprudencia elaborada por los tribunales del CIADI, todo lo cual abordaremos a continuación.

Hemos expresado que tanto el art. 47 del Convenio como el art. 39 de las Reglas manifiestan que el tribunal arbitral puede, a pedido de parte o de oficio, “recomendar” a las partes medidas provisionales. De la posterior lectura de ambos artículos surge en forma inmediata el interrogante respecto del significado jurídico del término utilizado por dicha normativa y fundamentalmente respecto de la fuerza vinculante que poseen dichas medidas para las partes del proceso arbitral.

A los fines de abordar la presente temática, consideramos que resulta imperioso recordar que el proyecto preliminar del Convenio otorgaba originariamente, en su art. 47, mayores facultades a los tribunales arbitrales, ya que permitía expresamente que estos “ordenaran” medidas vinculantes a las partes y contemplaba la posibilidad de imponer incluso sanciones ante el incumplimiento de las mismas<sup>48</sup>. Motivo por el cual, consideramos que resulta necesario destacar que la normativa actual ha sido el resultado de numerosos debates llevados a cabo por el Comité redactor de las normas.

---

<sup>48</sup> Sobre la evolución y los debates que se produjeron en torno al artículo 47 al momento de su redacción puede v.: BROWER, Charles N. y GOODMAN, Ronald E. M.; "Provisional Measures and the Protection of ICSID Jurisdictional Exclusivity Against Municipal Proceedings"; ICSID Review - Foreign Investment Law Journal; Vol. 6; 1991; págs. 440 a 443. En este sentido, expresa dicho autor que: "The resulting Draft Convention placed before the Legal Committee contained, as Article 50, the following provision: (1) Except as the parties otherwise agree, the Tribunal may, -if it considers that the circumstances so require, prescribe such provisional measures as it deems necessary to prevent or halt any action by either party which might frustrate an eventual award; (2) The Tribunal may fix a penalty for failure to comply with such provisional measures" (pág. 442).

*IV. Jurisprudencia del CIADI en torno a la obligatoriedad de las “medidas provisionales”*

En este estado del trabajo, entendemos que resulta necesario realizar un breve recorrido sobre la recepción que esta temática ha tenido en los tribunales arbitrales del CIADI:

- a) Caso: Maritime International Nominees Establishment (MINE) c/ La República de Guinea (ARB/84/4), 6 de Enero de 1988.

En el presente caso y respecto de la cuestión que sometemos bajo análisis, el tribunal manifestó que la falta de cumplimiento por parte de MINE de la recomendaciones adoptadas serían tomadas en cuenta al momento de dictar el laudo final<sup>49</sup>.

- b) Emilio Agustín Maffezini c/ El Reino de España (ARB/97/7), Resolución Procesal N° 2, Decisión sobre Medidas Provisionales, 28 de octubre de 1999.

Aquí el tribunal ha dicho expresamente que:

“9. 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

---

<sup>49</sup> El tribunal expresa en el laudo final que: “Interim relief was available to Guinea pursuant to Article 47 of the icsid Convention and the Tribunal therefore recommended that mine withdraw and cease all pending litigation in the national courts, dissolve all existing attachments and commence no new litigation. Failure by mine to comply with the Tribunal's recommendations would be taken into account in the final award”. Agrega luego: “Taking note of the Art. 47 limitation, that the Tribunal merely “recommend” rather than “order”, the Provisional Measures provided that the Tribunal would take into account in its award the effects of any non-compliance by MINE with its recommendations” (en: RAYFUSE, R. (ed.) y LAUTERPACHT, E. (ed. asesor); “ICSID REPORTS: Reports of Cases Decided under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 1965”; Vol. 4, Cambridge, Grotius, 1997, págs. 509, págs. 57 y 69 respectivamente).

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”.

- c) Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c/ La República de Chile (ARB/98/2), Decisión sobre Medidas Provisionales, 25 de septiembre de 2001.

Es éste uno de los casos llevados a cabo ante el CIADI donde más se ha discutido respecto de la naturaleza vinculante de las medidas provisionales dictadas bajo el amparo del art. 47 del Convenio y el art. 39 de las Reglas. Atento a ello consideramos que resulta valioso citar las afirmaciones más relevantes realizadas sobre la materia:

“17. Otro asunto general que merece examinarse es la fuerza, obligatoria o no, que tienen las medidas provisionales a que se refiere el artículo 47 del Convenio y la regla 39 de las Reglas de Arbitraje. Este asunto, que ha suscitado tanta polémica en la doctrina, puede decirse que ya ha quedado resuelto a la luz de la jurisprudencia y, como hemos de ver más adelante, a la luz de una sentencia recientemente dictada por la Corte Internacional de Justicia.

”18. Varios especialistas se habían basado en una interpretación literal del artículo 47 del Convenio (así como en el método de interpretación, discutible, de recurrir a los trabajos preparatorios en los que la palabra “prescribe” fue reemplazada por “recommend”), para concluir que las recomendaciones que el Tribunal de Arbitraje dirige a las partes no tendrían un carácter obligatorio, a diferencia de los laudos arbitrales (y de las resoluciones procesales) dictados por el mismo Tribunal.

”24. De cualquier manera, e incluso cuando había quienes se cuestionaban sobre la naturaleza jurídica exacta y las consecuencias de “indicar” o “recomendar” la adopción de medidas provisionales, y sobre la facultad de un Tribunal de Arbitraje de velar por su cumplimiento, hay un punto que parece ha sido generalmente aceptado: el Tribunal gozaba del derecho de tener en cuenta, en su decisión final, el comportamiento de las partes y su eventual inobservancia de las medidas provisionales que se hayan recomendado (consúltese por ejemplo C. Schreuer, op. cit. 36–37 y la decisión AGIP contra el Congo, CIRDI ARB/77/1, párrafo 42)”.

Es en virtud de los argumentos citados que el tribunal concluye que las medidas provisionales adoptadas en el marco de un proceso llevado adelante del CIADI resultan obligatorias para las partes.

d) Tokios Tokelés c/ Ucrania (ARB/02/18), Orden N° 1, Decisión sobre Medidas Provisionales, 1 Julio de 2003.

Aquí el tribunal manifestó lo siguiente: “4. It is to be recalled that, according to a well-established principle laid down by the jurisprudence of the ICSID tribunals, provisional measures “recommended” by an ICSID tribunal are legally compulsory; they are in effect “ordered” by the tribunal, and the parties are under a legal obligation to comply with them”<sup>50</sup>.

e) Biwater Gauff (Tanzania) Limited c/ La República Unida de Tanzania (ARB/05/22), Orden N° 1, Decisión sobre Medidas Provisionales, 31 de Marzo de 2006.

La resolución bajo análisis resulta de gran relevancia toda vez que el tribunal resuelve, por un lado, recomendar determinadas medidas y por el otro, ordenar otras. Si bien es cierto que el tribunal no se ha detenido en explicar cuál es el fundamento que lo ha llevado a realizar dicha diferenciación, en caso de que existiera alguno, se ha dicho que el mismo ha tenido la intención de asignar diferentes grados de fuerza u obligatoriedad legal a las medidas, otorgando una mayor fuerza vinculante a aquellas que fueron "ordenadas" y no meramente "recomendadas"<sup>51</sup>.

f) Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration And Production Company c/ La República Del Ecuador (ARB/06/11), Decisión sobre Medidas Provisionales, 17 de agosto de 2007.

En el mismo se manifestó expresamente que: “58. El Tribunal desea dejar en claro, para evitar dudas, que si bien en el Artículo 47 del Convenio del CIADI se utiliza el vocablo “recomendar”, el Tribunal en realidad tiene

---

<sup>50</sup> “4. 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” (traducción según Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration And Production Company c/ La República Del Ecuador (ARB/06/11), Decisión sobre Medidas Provisionales, 17 de agosto de 2007, párrafo 58).

<sup>51</sup> MALINTOPPI, Loretta; op. cit.; pág. 161.

la potestad de ordenar medidas provisionales. Así lo han reconocido numerosos tribunales internacionales, entre los cuales el tribunal del CIADI que entendió en el caso Tokios Tokelés...”.

g) City Oriente Limited c/ La República Del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) (ARB/06/21), Decisión Sobre Medidas Provisionales, 19 de noviembre de 2007.

Ha sido éste otro de los casos donde el tribunal arbitral del CIADI se ha detenido específicamente a analizar en profundidad la cuestión bajo estudio. En ese sentido, ha expresado en las partes pertinentes que:

”51. Otro tema de carácter previo es el de la fuerza obligatoria o no, de las eventuales medidas provisionales dictadas por el Tribunal. La duda surge porque el art. 47 del Convenio y la Regla 39 (3) del Reglamento prevén que el Tribunal puede “recomendar” la adopción de las medidas provisionales que considere necesarias, mientras que en otras partes de dichos textos legales se utiliza el verbo “dictar” para referirse a actuaciones de carácter vinculante.

”52. La diferencia, sin embargo, es más aparente que real, pues la propia Regla 39 (1) se refiere, en su versión española, al proceso de “dictación” de las medidas cautelares, lo que muestra que, para el Reglamento, los términos son intercambiables. Aun dejando a un lado este argumento semántico, la interpretación teleológica de los dos preceptos lleva a la conclusión de que las medidas cautelares dictadas tienen que tener carácter vinculante. El Tribunal solo puede dictar las medidas si son necesarias para salvaguardar los derechos de las partes y lograr que el laudo cumpla con su función de proporcionar tutela judicial efectiva. Estos objetivos únicamente pueden ser alcanzados, si las medidas tienen carácter vinculante y no son menos obligatorias que el laudo arbitral definitivo. Por ello, el Tribunal concluye que la palabra “recomendar” tiene un valor equivalente al de la palabra “dictar”.

”53. En todo caso, cualquiera sea el significado que se le asigne a dichos términos, el incumplimiento de directivas dirigidas a las Demandadas y cursadas por el Tribunal al amparo del art. 47 del Convenio importará violación del art. 26 del Convenio, con las responsabilidades del caso.

”92. La conclusión alcanzada por el presente Tribunal de Arbitraje de que, a efectos del art. 47 del Convenio, las expresiones “dictar” y

“recomendar” son intercambiables, ha sido defendida en, al menos, dos decisiones precedentes. En Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España el Tribunal, interpretando la literalidad y la finalidad del mencionado artículo, llegó a la conclusión “que la palabra “recomendar” tiene un valor equivalente al de la palabra “dictar”.” Una conclusión similar es la sentada en la decisión del Tribunal en el caso Víctor Pey Casado, al que ya se ha hecho referencia. En su argumentación, el Tribunal se basa no solo en una interpretación del art. 47 del Convenio, sino también en la decisión LaGrand - Alemania c. EE.UU de la Corte Internacional de Justicia”.

- h) Perenco Ecuador Ltd. c/ Ecuador Y Empresa Estatal Petróleos Del Ecuador (PETROECUADOR) (Caso CIADI No. ARB/08/6), Decisión sobre Medidas Provisionales, 8 de mayo de 2009.

Por último, consideramos que resulta imperioso citar las apreciaciones efectuadas por el tribunal en el presente caso: “66. Por lo que concierne a la segunda objeción de las Demandadas, el Tribunal observa que el Artículo 47 del Convenio del CIADI y las Reglas 39(3) y (4) de las Reglas de Arbitraje deben ser interpretadas en su contexto y a la luz de su objeto y fin, todo ello como lo requiere el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Independientemente de la terminología precisa que se utilice, los esfuerzos del Tribunal para ejercer su mandato bajo un tratado exhortando a las partes a mantener el status quo en el caso que se le presenta, son vinculantes para las partes de conformidad con sus obligaciones bajo dicho tratado. La jurisprudencia establecida por otros tribunales del CIADI, la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, y que puede asistir a tribunales arbitrales del CIADI (ver, e.g., J.A. Rueda-García, “Provisional Measures in Investment Arbitration: Recent Experiences in Oil Arbitrations Against the Republic of Ecuador”, Transnational-Dispute-Management.com, al 25 de marzo de 2009) también apoya la conclusión de que el intento de las Demandadas de distinguir de manera significativa entre el uso por parte del Tribunal de la palabra “solicitud” y la palabra “recomendación” que se encuentra en el Artículo 47, es excesivamente limitado.

”67. Por el tiempo y en la medida en que el procedimiento arbitral se esté desarrollando, ambas partes tienen la obligación internacional de cumplir con cualquier medida provisional que el Tribunal emita con el

propósito de proteger su jurisdicción y su capacidad, si así lo determina, de otorgar el remedio solicitado. Por lo tanto, los Estados Parte del Convenio del CIADI han contraído inherentemente una obligación internacional de cumplir con las medidas provisionales emitidas por un Tribunal del CIADI.

”74. Actualmente, es de aceptación general que las medidas provisionales son equivalentes a órdenes y son vinculantes para la parte a la que son dirigidas: véase Zannis Mavrogordato y Gabriel Sidere, “The Nature and Enforceability of ICSID Provisional Measures”, 75 *Arbitration* 38, (2009), 41-42. El primer tribunal del CIADI en fallar de ese modo fue Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España (Caso CIADI No. ARB/06/21)... Otros tribunales han seguido el razonamiento de Maffezini, el cual deriva su fuerza de lo que ese tribunal creyó era la intención de los Estados Contratantes del Convenio: véase por ejemplo, Tokios Tokelés c. Ucrania, citado anteriormente, para 4; Occidental Petroleum Corp. y otra c. Ecuador, citado anteriormente, para 58; City Oriente c. Ecuador, citado anteriormente, Decisión sobre Medidas Provisionales, para 52.

”75. Más recientemente, el tribunal en el caso Roussalis c. Rumanía enfáticamente respaldó la posición de que las medidas provisionales son “sustantivamente vinculantes” (“substantively binding”): Caso CIADI No. ARB/06/01, para 21”.

Según se observar y a pesar de las observaciones que realizaremos a continuación, es posición mayoritaria en la jurisprudencia del CIADI la fuerza vinculante que para las partes tienen las recomendaciones adoptadas en materia cautelar por un tribunal arbitral en virtud del art. 47 del Convenio del CIADI y del art. 39 de las Reglas, llegando incluso a asemejarlas con la obligatoriedad y fuerza vinculante que presentan los laudos definitivos.

Esta postura, que puede ser considerada mayoritaria en la actualidad, también ha sido sostenida por gran parte de la doctrina especializada<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> En este sentido, Malintoppi, Loreta ha expresado que: “The legal authority of ICSID tribunals to issue binding rulings on provisional measures is undisputed.”; “There is unquestionably a legal obligation for parties to conform to the provisional measures ordered or recommended by an arbitral tribunal which falls within the general duty to respect the integrity of the proceedings and not to frustrate their object. As recognized by the Maffezini tribunal, the difference between the words 'recommend' and 'order' is not substantial and use of the term 'recommend' does not lessen in any way the tribunal's

Sin perjuicio de todo ello, debemos manifestar nuestra discrepancia con dicha postura. Por el contrario, sostenemos que no resulta posible realizar una interpretación de los textos del art. 47 del Convenio y del art. 39 de las Reglas que postule la fuerza vinculante de las medidas provisionales adoptadas por los tribunales del CIADI y mucho menos que pretenda igualar sus efectos jurídicos a los de los laudos arbitrales. Un análisis en este sentido no se condice ni con una interpretación literal ni histórica de los respectivos instrumentos internacionales.

En primer lugar, consideramos que no se puede restar importancia al vocabulario utilizado y mucho menos considerar como neutra la adopción del verbo “recomendar”. Una interpretación en esta dirección, implicaría un desconocimiento respecto de los debates suscitados entorno a la redacción del artículo 47 del Convenio. Ello es así, toda vez que según se puede observar en los trabajos preparatorios, el borrador original del proyecto de convención, sometido a discusión, establecía que el tribunal arbitral poseía la potestad de “prescribir” u “ordenar” medidas provisionales e incluso se preveía la posibilidad de que adoptara penas o sanciones en caso de que alguna de las partes incumpliera con las medidas ordenadas. Fue luego de profundos debates, los cuales se detuvieron especialmente en el vocabulario utilizado por dicho artículo, que se adoptó la palabra “recomendar” en vez de “prescribir” u “ordenar” como se utiliza en el resto del Convenio. Fue principalmente el delegado de la República Popular de China quien se opuso al otorgamiento de facultades vinculantes al tribunal en materia cautelar<sup>53</sup>.

---

authority to issue binding provisional measures” (MALINTOPPI, Loretta; op. cit., pág. 169 y 179 respectivamente). En el mismo orden de idea se ha dicho que “...the Tribunal only has the power to "recommend". This restriction is not as serious as it appears, for not only is the authority of a recommendation emanating from an international tribunal very considerable but the Tribunal can normally take into account in its award the effects of any noncompliance with its recommendations” (RAYFUSE, R. (ed.) y LAUTERPACHT, E. (ed. asesor); op. cit.; pág. 99).

<sup>53</sup> Específicamente se dijo que se prefería la utilización de la palabra recomendar para contemplar determinados casos donde un Estado Parte se vía obligado a adoptar determinadas acciones contrarias a las disposiciones cautelares del tribunal basado en razones de necesidad o de política nacional. A su vez, se argumentó que en todos los casos si el laudo definitivo resultaba a favor del inversionista, el Estado podría pagar el agravamiento de los daños y perjuicios ocasionados por el no acatamiento de las recomendaciones del tribunal (BROWER, Charles N. y GOODMAN, Ronald E. M.; op. cit.; pág. 441).

Todo ello no puede, sino, llevarnos a la conclusión de que al momento de redactar dicho artículo el comité elaborador del proyecto pretendió otorgarle a la palabra “recomendar” un significado jurídico distinto que al de la palabra “ordenar”. Desconocer ello implicaría ir más allá de la real voluntad de los Estados contratantes.

Ahora bien, ¿cuál es entonces el significado jurídico que debe dársele a las recomendaciones adoptadas por un tribunal arbitral del CIADI?

Según nuestro punto de vista, el hecho que un tribunal pueda “recomendar” y no ordenar medidas provisionales, implica que las mismas no poseen fuerza jurídica vinculante para las partes y se enmarcan, por lo tanto, en el deber general que las mismas poseen de contribuir con el desarrollo del proceso y de evitar el agravamiento de la situación en debate. Sin embargo, el hecho de que las mismas no resulten jurídicamente obligatorias para las partes en el mismo grado que una orden, sólo implica reconocer que ellas carecen de una sanción jurídica directa, pero de modo alguno puede ser interpretado en el sentido de que las mismas se encuentran privadas de todo valor jurídico. Esta postura que sostenemos también ha encontrado sustento dentro de la doctrina<sup>54</sup>.

#### *V. Incumplimiento de las “medidas provisionales” adoptadas por el tribunal arbitral*

Estrechamente relacionado con la temática desarrollada se encuentra el tema de las consecuencias jurídicas que la falta de acatamiento de dichas recomendaciones conlleva.

Es éste un tema menos controvertido en la doctrina y en la jurisprudencia del CIADI.

En primer lugar, debemos resaltar el hecho de que ni la Convención ni las Reglas prescriben multas, sanciones o penalidades ante la falta de

---

<sup>54</sup> En este sentido se han expresado, por ejemplo, SCHREUER, Christoph; op. cit.; pág. 764; FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique; “Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI”; Valencia; Tirant lo Blanch; 2004; págs. 368; pág. 224 y 225; RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia; “El sistema arbitral del CIADI”; México D.F.; Editorial Porrúa S. A.; 2006; págs. 526; pág. 183 y 184; BROWER, Charles N. y GOODMAN, Ronald E. M.; op. cit.; pág. 440; COLLINS, Lawrence; op. cit.; pág. 98; entre otros.

cumplimiento de las parte de las recomendaciones adoptadas por el tribunal. En otras palabras y según ya hemos expresado, dicha inobservancia carece de sanciones directas.

Por otro lado y sin perjuicio de todo lo expuesto, existe un consenso doctrinario y jurisprudencial en que las medidas provisionales adoptadas en el marco del CIADI carecen de fuerza ejecutoria. En este sentido se ha dicho que: "However, provisional measures are not in themselves self-executing and, in case of non-compliance, an ICSID tribunal does not have the power to enforce provisional measures which are normally decided through procedural orders and not binding awards. Nevertheless, there generally appears to be voluntary compliance by losing parties in the great majority of cases, mainly because parties are careful not to act in a way that may have an adverse effect on the conduct of the proceedings, alienate the tribunal, or aggravate the dispute"<sup>55</sup>.

Si bien es cierto que tanto la doctrina especializada como la jurisprudencia del CIADI reconocen la ausencia de sanciones directas ante la falta de acatamiento de las recomendaciones adoptadas por un tribunal arbitral, ambas se apresuran en subrayar que ello no implica de modo alguno arribar a la conclusión de que dicha conducta resulta inocua y carente de consecuencia jurídica alguna. Ello es así, toda vez que las partes tienen un deber general contribuir con el desarrollo del proceso y no agravar la disputa suscitada, dentro de lo cual deben acatar las recomendaciones del tribunal. Es por ello que toda conducta que demuestre la falta de cooperación de las partes con el proceso o que agraven la situación debatida –como podrá ser la falta de acatamiento de las recomendaciones provisionales dictadas en el marco del artículo 47 del Convenio- serán consideradas y valoradas por el tribunal al momento de dictar el laudo que resuelva el fondo de la cuestión.

---

<sup>55</sup> MALINTOPPI, Loretta; op. cit.; pág. 180: "Sin embargo, las medidas provisionales no poseen sí mismas fuerza ejecutoria y, en caso de incumplimiento, un tribunal del CIADI no tiene el poder para hacer cumplir las medidas provisionales que normalmente se resuelven mediante órdenes de procedimiento y no mediante laudos vinculantes. Sin embargo, hay un apariencia general de acatamiento voluntario por las partes vencidas en la gran mayoría de los casos, principalmente porque las partes tienen cuidado de no actuar de una manera que puede tener un efecto adverso sobre el desarrollo del procedimiento, molestar al tribunal o agravar la disputa". En igual sentido también se ha manifestado Reed, Lucy: "A recommendation for provisional measures, however, does not constitute an award and is not subject to post-award proceedings under the Convention" (REED, Lucy; PAULSSON, Jan y BLACKABY, Nigel; op. cit.; pág. 146).

Esta idea, no sólo fue propugnada durante el debate del Comité elaborador de la Convención, sino que también fue expresamente plasmada en la Nota B de las Reglas de Arbitraje de 1968<sup>56</sup>. Incluso ha tenido un acatamiento unánime dentro de la propia jurisprudencia del CIADI. En este sentido, en AGIP S.p.A. c/ La República Popular del Congo (ARB/77/1), el Estado demandado se negó en reiteradas oportunidades a cumplir con las recomendaciones adoptadas por el tribunal, motivo por el cual éste al momento de dictar el laudo final tuvo especialmente en cuenta dicha conducta y fundamentalmente al momento de examinar y calcular los daños ocasionados al actor<sup>57</sup>. En igual sentido se expresaron los tribunales en los casos Maritime International Nominees Establishment (MINE) c/ La República de Guinea (ARB/84/4)<sup>58</sup> y en Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c/ La República de Chile (ARB/98/2)<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> RAYFUSE, R. (ed.) y LAUTERPACHT, E. (ed. asesor); "ICSID REPORTS:..."; Vol. 1; op. cit. pág. 99.

<sup>57</sup> El párrafo 42 reza expresamente: "The declarations made by the Government are so lacking in precision that in the view of the Tribunal the existence and persistence of the dispute are in no doubt. It befalls upon it, therefore, to examine successively the merits of the grievances invoked by AGIP and, if upheld, the assessment of, and provision of reparation for the damage caused to it. In this respect, the Tribunal does not lose sight of the facts:... c) that 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" (Ibid., pág. 317).

<sup>58</sup> Ver nota 48.

<sup>59</sup> Expresamente dice el tribunal en el párrafo 24 de su Decisión sobre la adopción de medidas provisionales que: "De cualquier manera, e incluso cuando había quienes se cuestionaban sobre la naturaleza jurídica exacta y las consecuencias de "indicar" o "recomendar" la adopción de medidas provisionales, y sobre la facultad de un Tribunal de Arbitraje de velar por su cumplimiento, hay un punto que parece ha sido generalmente aceptado: el Tribunal gozaba del derecho de tener en cuenta, en su decisión final, el comportamiento de las partes y su eventual inobservancia de las medidas provisionales que se hayan recomendado...". En internet: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC501\\_Sp&caseId=C1;30/08/2012](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC501_Sp&caseId=C1;30/08/2012).

## *VI. Conclusiones*

A modo de conclusión, podemos decir que: 1) El hecho de que en el procesos arbitrales desarrollados en el CIADI intervengan los Estados Nacionales como parte conlleva necesariamente a que los mismos adquieran singularidades propias que exigen un profundo estudio. 2) Las medidas provisionales constituyen un instrumento útil y ampliamente utilizado en dichos procesos. 3) Las potestades cautelares de los tribunales arbitrales en el ámbito del CIADI encuentran consagración normativa en el art. 47 del Convenio de Washington y el art. 39 de las Reglas de Arbitraje. 4) Es posición mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia del CIADI sostener la fuerza vinculante que para las partes tienen las recomendaciones adoptadas en materia cautelar por los árbitros. 5) Por el contrario, entendemos que no resulta posible realizar una interpretación que postule la obligatoriedad de las recomendaciones provisionales. 6) Si bien el no acatamiento de las recomendaciones adoptadas por el tribunal carece de una sanción directa, dicha conducta será valorada al momento de dictarse el laudo final.