



School of International Arbitration

School of International Arbitration, Queen Mary,
University of London

International Arbitration Case Law

*Directores Académicos: Ignacio Torterola &
Loukas Mistelis**

CARATUBE INTERNATIONAL OIL COMPANY LLP v. REPÚBLICA DE KAZAJSTÁN (CASO ICSID No. ARB/08/12)

DECISIÓN 5. EL RECLAMO DE MEDIDAS PROVISIONALES POR LA DEMANDANTE

Autor: Bingen Amezaga**

Editado por Natasha Dupont***

Una decisión dictada el 31 de Julio de 2010, bajo el tratado bilateral de inversión entre EE.UU. y Kazajstán ("TBI") y de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Convención del CIADI.

Tribunal: Professor Dr. Karl-Heinz Böckstiegel (President), Dr. Gavan Griffith QC, Dr. Kamal Hossain.

Demandante: Judith Gill QC, Matthew Gearing, Jan K. Schaefer, Anthony Sinclair, Alexander Thavenot, Henrietta Jackson-Stops, ALLEN & OVERY LLP.

Demandada: Peter Wolrich, Geoffroy Lyonnet, Galileo Pozzoli, Gabriela Alvarez Avila, Askar Moukhitdinov, CURTIS, MALLETT-PREVOST, COLT MOSLE LLP.

* Los Directores pueden ser contactados por email a ignacio.torterola@internationalarbitrationcaselaw.com y loukas.mistelis@internationalarbitrationcaselaw.com

** Bingen Amezaga ejerce como abogado en Castaldi Mourre & Partners especializado en arbitraje comercial y de inversión.

*** Natasha Dupont es consultora económica del Brattle Group y su trabajo reciente se centra en la valuación de daños en arbitrajes internacionales. Tiene un MBA, es abogada y previamente trabajó como abogada para una importante firma jurídica en el área de litigios comerciales.

ÍNDICE DE CUESTIONES DISCUTIDAS

1. Hechos del Caso	3
2. Medidas Provisionales solicitadas (Decisión, ¶ 54)	5
3. Cuestiones Legales Discutidas en la Decisión	6
(a) Recomendaciones y no órdenes (¶ 67).....	6
(b) Menciones en la solicitud de medidas provisionales (¶ 68)	6
(c) Relevancia de las decisiones de otros Tribunales (¶¶ 69-74).....	7
(d) Carga de la prueba (¶ 75).....	7
(e) Igualdad procesal de las partes / Acceso a las pruebas (¶¶ 99- 104).....	7
(f) El deber de las partes de actuar conforme a la buena fe (¶¶ 117-120)	8
(g) Preservación del status quo y no agravación de la disputa (¶ 127).....	8
(h) Poderes soberanos y responsabilidad internacional de los Estados (¶ 118)	9
(i) Atribución de las conductas a los Estados (¶ 118)	9
(j) Investigaciones penales y Medidas provisionales (¶¶ 134-139)	9
(k) Un derecho amenazado que deba preservarse (¶ 139).....	10
(l) Demandas de indemnización por daños en el fondo (¶ 139)	10
(m) Deber de no prejuzgar sobre el fondo (¶¶ 139).....	10
4. Decisión	11

Resumen del Caso

1. Hechos del Caso

La controversia sobre el fondo del caso se refiere a la terminación por parte del gobierno de Kazajstán (“Kazajstán” o la “Demandada”) del contrato n° 954 (“el Contrato”), el cual otorgaba derechos de exploración y explotación de hidrocarburos en el Distrito Baianin de la región de Aktobe en Kazajstan (“el área contractual”).

El Contrato, que inicialmente había sido otorgado por Kazajstán a la compañía *Consolidated Contractors Company S.A.L.* (“CCC”) el 27 de Mayo de 2002, fue posteriormente cedido a la empresa *Caratube International Oil Company LLP* (“CIOC”)¹ mediante la modificación efectuada el 26 de diciembre de 2002.

El Contrato otorgaba a CIOC derechos exclusivos de prospección y exploración en el área contractual durante 5 años, con la posibilidad de extender este período dos veces, por dos años en cada ocasión y, en caso de resultar positivas las exploraciones, CIOC podría obtener derecho a una licencia de explotación comercial exclusiva durante 25 años².

El contrato inicial fue extendido por dos años mediante una modificación efectuada el 27 de julio de 2007. Sin embargo, el Ministerio de Energía y Recursos Minerales de Kazajstán (“el Ministerio”) decidió dar por terminado el contrato mediante las Ordenes emitida el 30 de enero de 2008. El 1 de febrero de 2008 por las cuales el Ministerio envió una notificación a CIOC en la que exigía a ésta última abandonar el área contractual.

CIOC se negó a abandonar el área contractual pues consideraba que la terminación unilateral del contrato por parte de Kazajstán carecía de justificación legal y era contraria a las disposiciones del Contrato³.

Además, según las explicaciones de CIOC, no era posible detener la actividad en determinados pozos petroleros del área contractual pues, debido a las particulares características técnicas de presión de los mismos, se corría el riesgo de provocar fugas

¹ CIOC es una empresa constituida bajo las leyes de Kazajstán, cuyo capital pertenece en un 92% a un ciudadano estadounidense, el Sr. Devinci Salah Hourani y el 8% restante pertenece a un ciudadano libanés, Mr. Kassem Omar Abdallah.

² Decisión, ¶ 2, p. 32, citando la Solicitud modificada de medidas provisionales de la Demandante, ¶ 7.

³ Decisión, p. 37, citando la Solicitud modificada de medidas provisionales de la Demandante, ¶¶ 25 -29.

de petróleo que podrían deteriorar las condiciones técnicas de los pozos y ocasionar daños ecológicos irreparables.

Por lo tanto, CIOC mantuvo el control y operación del área contractual, y continuó la extracción de cantidades limitadas de petróleo de los pozos que presentaban presiones elevadas. Además, CIOC continuó comercializando esta producción residual pues, según las explicaciones de la Demandante, no tenía capacidad para almacenarla ya que sus reservas se encontraban llenas⁴.

Al desobedecer la orden del gobierno de Kazajstán de detener la actividad y abandonar los pozos, este último inició varios procesos civiles y penales contra CIOC, y sus dirigentes y accionistas basados en la explotación ilegal (sin licencia) del área contractual.

Según lo alegado por la Demandante, se produjeron *“varias investigaciones prolongadas, intrusivas y molestas en los negocios de la Demandante por parte de diversas autoridades, incluyendo la policía financiera, los fiscales del Estado, la policía, los servicios secretos y las autoridades fiscales”*, y además, *“el principal accionista de CIOC y su familia, así como los directivos y trabajadores de CIOC se habían visto expuestos al acoso y la amenaza personal”*⁵.

El 16 de junio de 2008 la Demandante inició una reclamación de arbitraje contra Kazajstán ante el CIADI en base al TBI entre los EE.UU y Kazajstán, solicitando indemnización monetaria por los daños y perjuicios materiales respecto a la terminación del Contrato, así como por los daños morales causados por las acciones de Kazajstán.

La Demandante hizo una primera solicitud al Tribunal Arbitral para que recomendara la aplicación de medidas provisionales el 14 de abril de 2009⁶.

El 16 de abril (el mismo día en que se celebró la primera sesión del Tribunal Arbitral) y el día siguiente, los agentes del Comité de Seguridad Nacional de Kazajstán (“KNB”) irrumpieron en las oficinas de CIOC en las ciudades de Aktobe y Almaty, y en el Campo Caratube⁷. Durante estas incursiones las autoridades de Kazajstán interrogaron a los empleados de CIOC y confiscaron importantes cantidades de documentos y archivos, incluyendo computadoras y discos duros, así como los sellos corporativos de la empresa.

⁴ Decisión, p. 37, citando la Solicitud modificada de medidas provisionales de la Demandante, ¶ 26.

⁵ Decisión, p 7, citando la Demanda de Arbitraje, ¶ 3.

⁶ Decisión, ¶ 15.

⁷ Decisión, ¶ 19.

El 29 de abril de 2009, la Demandante presentó una solicitud modificada de medidas provisionales al Tribunal Arbitral motivada por dichas incursiones⁸.

En vista de las nuevas circunstancias denunciadas por la Demandante y de su solicitud modificada de Medidas Provisionales, el Tribunal Arbitral decidió llevar a cabo una audiencia sobre la solicitud de medidas provisionales el día 30 de junio de 2009 en Londres (“la Audiencia”)⁹, y solicitó a la Demandada que presentara su Réplica a la solicitud de la Demandante.

Durante los meses de mayo y julio de 2009 la Demandante denunció ante el Tribunal Arbitral nuevos actos perturbadores contra CIOC o sus empleados. En particular, informó sobre la requisición de los documentos de identidad de dos empleados no kazajos de CIOC por parte del gobierno de Kazajstán¹⁰, y sobre la decisión de la Fiscalía de Kazajstán de confiscar todas las propiedades del Sr. Hussam Hourani, Director de CIOC¹¹.

El Tribunal Arbitral dictó su decisión sobre medidas provisionales el 31 de julio de 2009.

2. *Medidas Provisionales solicitadas (Decisión, ¶ 54)*

Según la solicitud modificada del 29 de abril de 2009, la Demandante solicitaba:

(a) Que en el plazo de 30 días, luego de la fecha de la orden del Tribunal, los representantes de Kazajstán se reúnan con los representantes de CIOC en el área contractual para discutir y llegar a un acuerdo sobre la adecuada entrega del área contractual;

(b) Que dentro de los 120 días siguientes a la fecha de la orden del Tribunal, o dentro de otro período que las partes acuerden, y sin perjuicio de las reclamaciones de las partes en este arbitraje, Kazajstán acepte el abandono del campo por parte de CIOC, a cuenta y riesgo de Kazajstán únicamente;

(c) Que Kazajstán tome las medidas necesarias para asegurar la preservación de todos los documentos, archivos, memorias de computador y otros materiales que fueron sustraídos de las oficinas de CIOC en Aktobe y Almaty y del campo petrolero Caratube desde el 16

⁸ Decisión, ¶ 22 y ¶ 54.

⁹ Decisión, ¶ 26, citando la carta del Tribunal a las Partes de 4 de mayo de 2009.

¹⁰ Decisión, ¶ 28, citando la carta de la Demandante de 19 de mayo de 2009.

¹¹ Decisión, ¶ 44 citando la carta de 6 de julio de 2009 de la Demandante.

de abril de 2009, y que todos estos materiales, incluyendo los sellos de la compañía sean devueltos a los abogados de CIOC, Allen & Overy LLP, dentro de los 5 días siguientes a la orden del Tribunal;

(d) Que, para evitar el innecesario agravamiento del conflicto, Kazajstán y todos los departamentos, agencias, emanaciones y otras personas por las que éste es legalmente responsable detengan inmediatamente cualquier acoso de los empleados, directores y propietarios de CIOC, incluyendo sus familias;

(e) Que Kazajstán desista de cualquier conducta que viole los deberes de buena fe y equidad de las partes en este arbitraje;

(f) Que Kazajstán se abstenga de tomar cualquier otra medida en relación a CIOC que pueda agravar la presente disputa;

(g) Que mientras dure este procedimiento arbitral, las autoridades de Kazajstán se abstengan de proseguir los procesos criminales en curso contra CIOC o de iniciar nuevos procesos con motivo de la ocupación por parte de CIOC del campo petrolero y de actividades posteriores al 1 de febrero de 2008.¹²

3. Cuestiones Legales Discutidas en la Decisión

(a) Recomendaciones y no órdenes (§ 67)

El Tribunal Arbitral precisó que de acuerdo con la regla 39 de las Reglas de Arbitraje CIADI, los tribunales arbitrales CIADI no pueden ordenar medidas provisionales sino que únicamente pueden recomendarlas.

(b) Menciones en la solicitud de medidas provisionales (§ 68)

La Decisión recuerda que la Parte que solicita medidas provisionales “*debe especificar los tres aspectos mencionados en la última frase de la Regla 39(1)*”. Estos aspectos que deben especificarse son: (a) los derechos que se salvaguardarán, (b) las medidas cuya recomendación se pide, y (c) las circunstancias que hacen necesario el dictado de tales medidas.

El Tribunal consideró que las Partes habían tratado dichos aspectos en detalle en el presente caso.

¹² Decisión, § 54.

(c) *Relevancia de las decisiones de otros Tribunales (¶¶ 69-74)*

El Tribunal Arbitral declaró que consideraba estar investido de la misión específica de *“aplicar las reglas de la Convención CIADI y del Reglamento de Arbitraje y establecer el sentido que debe darse a las normas particulares en el contexto de esta específica controversia sobre medidas provisionales”*.

Sin embargo, interpretó que la palabra *“en particular”* en el lenguaje del artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados indica que además de los *“trabajos preparatorios”* y de las *“circunstancias de su celebración”*, otros medios suplementarios de interpretación son posibles, y por tanto, el Tribunal Arbitral expresó que podría servirse de las decisiones de otros tribunales arbitrales como *“medios suplementarios de interpretación en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”*¹³.

En todo caso, el Tribunal Arbitral aclaró que las anteriores decisiones de otros tribunales arbitrales no serían consideradas vinculantes para este Tribunal Arbitral.

(d) *Carga de la prueba (¶ 75)*

El Tribunal Arbitral anunció que a pesar de la discreción de la que gozaba para decidir sobre la recomendación de medidas provisionales, la carga de la prueba sobre la oportunidad para recomendar las mismas correspondía a la parte que las había solicitado.

(e) *Igualdad procesal de las partes / Acceso a las pruebas (¶¶ 99- 104)*

El tema de la igualdad procesal de las partes respecto del acceso a las pruebas surgió en relación a la solicitud (c), sobre los documentos de CIOC que habían sido sustraídos de sus oficinas por la Demandada.

El Tribunal Arbitral subrayó que *“la particular importancia de la igualdad procesal en los procedimientos arbitrales, y de que todas las partes puedan contar y valerse de la misma evidencia”*¹⁴.

Sin embargo, el Tribunal recordó los compromisos asumidos por la Demandada en relación a los documentos de la Demandante que fueron confiscados:

¹³ Decisión, ¶ 71.

¹⁴ Decisión, ¶ 100.

- Todos los documentos obtenidos por la Demandada serán preservados por la Demandada.
- La Demandada permitirá acceso a los representantes de la Demandante a todos los documentos cuyo acceso sea solicitado.
- Los representantes de la Demandante podrán copiar cualquiera de dichos documentos
- Los representantes de la Demandante podrán llevarse dichas copias desde Kazajstán a Londres.

En vista de lo anterior, el Tribunal Arbitral concluyó que no sería necesario hacer otras recomendaciones al respecto

(f) *El deber de las partes de actuar conforme a la buena fe (¶ 117-120)*

Al resolver la solicitud (d), el Tribunal Arbitral afirmó que las partes que participan en el arbitraje tienen la obligación de conducirse de acuerdo con la buena fe.

En relación a las solicitudes (e) y (f), el Tribunal Arbitral expresó que también resultaba necesario dejar constancia en su decisión de que *“el deber de las partes de actuar de buena fe, incluye y comprende el deber de evitar el innecesario agravamiento de la disputa y de acosar a la otra parte”*.

El Tribunal Arbitral recordó a la Demandada sobre los deberes procesales básicos de las Partes en los arbitrajes CIADI, en vista de las acciones asumidas por las autoridades de la Demandada luego de haber comenzado el arbitraje, y en particular a la incursión llevada a cabo en las oficinas de la Demandante para confiscar una gran cantidad de documentos, precisamente en la misma fecha en que se celebraba la primera sesión del Tribunal Arbitral.

En definitiva, el Tribunal Arbitral no hizo las recomendaciones expresas solicitadas en los puntos (d) a (f), pero declaró expresamente para que quede constancia en los autos que *“las partes tienen la obligación de conducirse en el proceso de acuerdo a la buena fe y que esta obligación incluye el deber de evitar cualquier agravación de la disputa y de acosar a la contraparte”*¹⁵.

(g) *Preservación del status quo y no agravación de la disputa (¶ 127)*

Hubo una discusión entre las partes respecto de si era un requisito indispensable que existiera la amenaza de un *“daño irreparable”* para recomendar las medidas

¹⁵ Decisión, ¶ 120.

provisionales¹⁶, o si era suficiente que la medida solicitada estuviera dirigida a preservar el *status quo* de la Parte¹⁷.

Al respecto, al tratar la solicitud (f), el Tribunal Arbitral señaló coincidir con el tribunal del caso *Burlington*, el cual había considerado que “*el derecho de preservar el status quo y de no agravar la disputa estaban bien establecidos desde el caso “Electricity Company of Sofia and Bulgaria”*”¹⁸.

(h) *Poderes soberanos y responsabilidad internacional de los Estados* (¶ 118)

El Tribunal Arbitral señaló que aún cuando la soberanía de los Estados les permite aplicar sus leyes dentro de su territorio, los mismos están sujetos al derecho internacional, y “*ningún Estado puede basarse en sus leyes internas nacionales como una justificación para violar sus deberes bajo el derecho internacional*”¹⁹.

El Tribunal Arbitral recordó además que los deberes procesales que emanan de la Convención CIADI y la referencia a los mismos en el TBI relevante son obligaciones que forman parte del derecho internacional.

(i) *Atribución de las conductas a los Estados* (¶ 118)

El Tribunal afirmó el principio de atribución según el cual los Estados son responsables bajo el derecho internacional por los actos de todos sus órganos e instituciones.

(j) *Investigaciones penales y Medidas provisionales* (¶¶ 134-139)

El Tribunal señaló que las investigaciones criminales y medidas relacionadas adoptadas por el Estado dentro de este contexto requerían consideraciones especiales. El Tribunal Arbitral también reconoció que la aptitud de implementar y hacer cumplir la ley en su territorio formaba parte de los “*más obvios e indiscutidos aspectos de la soberanía de los Estados*”²⁰.

Sin embargo, el Tribunal Arbitral consideró que el lenguaje del artículo 47 de la Convención y de la Regla 39 que autorizan al Tribunal para recomendar medidas

¹⁶ Decisión, ¶ 51, citando las transcripciones de la Audiencia, ¶¶ 50-53.

¹⁷ Decisión, ¶ 60, citando las Conclusiones de la Demandante durante las Audiencias.

¹⁸ Decisión, ¶ 127 (*Burlington c. Ecuador*, Orden Procesal n° 1, ¶ 62).

¹⁹ Decisión, ¶ 118.

²⁰ Decisión, ¶ 135.

provisionales es bastante amplio y “no indica que existan acciones específicas del Estado que queden excluidas del alcance de posibles medidas provisionales”²¹.

En este sentido, el Tribunal Arbitral mostró su desacuerdo con el enfoque restrictivo que parece haber sido adoptado por el tribunal del caso *SGS*²². En su lugar, el Tribunal prefirió seguir el enfoque adoptado por el tribunal en el caso *Tokios Tokelés*²³ y concluyó que “el lenguaje amplio puede interpretarse en el sentido de que, en principio, las investigaciones criminales no deben considerarse totalmente excluidas del alcance de las medidas provisionales en los procedimientos CIADI”.

No obstante lo anterior, el Tribunal Arbitral también coincidió con el tribunal de *Tokios Tokelés* en el sentido de que resultaba necesario superar un umbral particularmente elevado para que un tribunal CIADI pudiese recomendar medidas provisionales sobre las investigaciones criminales llevadas a cabo por un Estado²⁴. En el presente caso el Tribunal Arbitral consideró que dicho umbral no fue superado.

(k) *Un derecho amenazado que deba preservarse* (¶ 139)

Respecto de la solicitud (g), el Tribunal Arbitral consideró que, tomando en cuenta las conclusiones a las que había llegado respecto de las otras solicitudes, la Demandante no demostró que el derecho de continuar el arbitraje CIADI estuviera amenazado por la investigación penal.

(l) *Demandas de indemnización por daños en el fondo* (¶ 139)

El Tribunal Arbitral reconoció que la continuación de los procedimientos criminales por parte de Kazajstán pudo haber afectado los derechos sustantivos de la Demandante. Sin embargo, el Tribunal Arbitral decidió que los eventuales daños causados “podrían ser reclamados, examinados y decididos más adelante en el caso, durante el procedimiento sobre el fondo” desde que la Demandante no reclamó el cumplimiento específico de la prestación sino una compensación monetaria.

(m) *Deber de no prejuzgar sobre el fondo* (¶ 139)

Debido a que la Demandante estaba reclamando compensación monetaria relacionada con la alegada conducta de la Demandada, el Tribunal Arbitral afirmó que si

²¹ Decisión, ¶ 136.

²² Decisión, ¶ 136, refiriéndose a *SGS v. Pakistan*, Orden procesal n° 2, de 16 de octubre de 2002. En este caso, el Tribunal consideró que no podía “impedir a un Estado conducir el procedimiento normal de administración de justicia penal, administrativa y civil dentro de su propio territorio”.

²³ Decisión, ¶ 136, refiriéndose a *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Órdenes Procesales n° 1 y 3.

²⁴ Decisión, ¶ 137, refiriéndose a *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Orden Procesal n° 3, ¶¶ 12-13.

recomendaba medidas provisionales dirigidas a detener los procedimientos penales podría prejuzgar lo relativo a dichos daños. Para el Tribunal Arbitral, este mismo hecho demostraba que no existía urgencia en adoptar una medida al respecto.

4. *Decisión*

El Tribunal rechazó las solicitudes de medidas provisionales formuladas por la Demandante.

Respecto de las dos primeras solicitudes (a) y (b), el Tribunal Arbitral constató que la reunión solicitada en (a) ya había tenido lugar, y que las Partes se encontraban en negociaciones para llegar a un acuerdo respecto de la entrega del área contractual. Por tanto, el Tribunal consideró que no era necesario recomendar estas medidas.

Respecto de la solicitud (c), el Tribunal Arbitral, recordó el compromiso adquirido por la Demandada en este sentido y consideró que no sería necesario hacer otras recomendaciones.

Respecto de las solicitudes (d), (e) y (f), el Tribunal Arbitral confirmó que las Partes tienen una obligación de conducirse en el procedimiento de acuerdo con la buena fe, y que esta obligación incluyó el deber de evitar cualquier agravación innecesaria de la disputa y de acosar a la otra Parte.

Finalmente, respecto de la solicitud (g) el Tribunal Arbitral decidió no recomendar medidas provisionales sobre las investigaciones penales dirigidas por la Demandada pero señalando que ello no obstaba a que la Demandante formulara reclamaciones por los daños relacionados con esta conducta en el procedimiento sobre el fondo.